



PРАВНА NARAVA ODVZEMA PO ZAKONU O ODVZEMU PREMOŽENJA NEZAKONITEGA IZVORA*

Petra Plesec,

univerzitetna diplomirana pravnica, magistrica pravnih znanosti,
okrajna državna tožilka, Okrožno državno tožilstvo v Ljubljani

1. UVOD

Nihče ne more obdržati premoženja, ki ga je pridobil na nezakonit način oziroma z nezakonito dejavnostjo. To je osnovno načelo izrekanja kazenskih sankcij¹ in civilnih pravovarstvenih zahtevkov.²⁻³ Premožanje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, je mogoče odvzeti v različnih postopkih, med drugim v kazenskem postopku oziroma v posebnem postopku, ki ga določa Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI).⁴ Medtem ko je pravna narava odvzema premoženjske koristi (pridobljene s kaznivim dejanjem ali zaradi njega) in (civilnopravnih) obogatitvenih zahtevkov dokaj jasna, pa tega ne moremo reči za odvzem, ki ga določa ZOPNI. Ta namreč ureja (za slovensko

* Članek temelji na raziskavi v okviru priprave doktorske disertacije z naslovom Kazenskoprocenjski vidiki odvzema predmetov, protipravne premoženjske koristi in premoženja pod mentorstvom dr. Primoža Gorkiča.

¹ Kazenski zakonik Republike Slovenije (KZ-1, Ur. l. RS, št. 55/08 in nasl.) v prvem odstavku 74. člena kot razlog za odvzem premoženjske koristi navaja, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega.

² Predlog zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 3.

³ Določbe 190. člena Obligacijskega zakonika (OZ, Ur. l. RS, št. 83/01 in nasl.) vsebujejo splošno pravilo v primeru neupravičene obogatitve, ki nalaga tistemu, ki je bil brez pravnega temelja obogaten na škodo drugega, da prejetega vrne, če je to mogoče, oziroma da nadomesti vrednost dosežene koristi. Kot obogatitev se šteje tudi pridobitev koristi s storitvijo. Na podlagi tretjega odstavka pa obveznost vrnitve oziroma nadomestitve vrednosti nastane tudi, če kolo nekaj prejme na podlagi, ki se ni uresničila ali je pozneje odpadla.

⁴ Ur. l. RS, št. 91/11 in 25/14.

pravno ureditev) novo obliko posega v lastninsko pravico posameznika. Namen tega posega, ki je jasno izražen v 2. členu, je zaščita gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine. Ustava Republike Slovenije (URS)⁵ v drugem poglavju določa človekove pravice in temeljne svoboščine, ki gredo slehernemu posamezniku. Med te spada tudi pravica do zasebne lastnine (33. člen URS), na podlagi katere je posamezniku zagotovljena svoboda ravnanja na premoženjskem področju (zlasti na področju materialnih pogojev posameznikovega obstoja, varnosti in razvoja njegove osebnosti), bistven element te svobode pa je možnost razpolaganja s stvarmi in pravicami, ki so predmet lastnine. Lastninska svoboda zajema več elementov: svobodo pridobivanja lastnine, uživanja lastnine, pravico do prenašanja lastnine in zaupanje v pridobljene pravice.⁶ Vendar pa ta posameznikova pravica ni neomejena. Ne glede na to, da gre za ustavno varovano človekovo pravico, ki se uresničuje neposredno na podlagi ustave, jo je dopustno tudi omejiti. Iz tretjega odstavka 15. člena URS med drugim izhaja, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene s pravicami drugih. Poleg tega URS v tretjem poglavju, v katerem ureja gospodarska in socialna razmerja, v 67. členu pooblašča zakonodajalca za določitev pridobivanja in uživanja lastnine, in sicer tako, da je zagotovljena njena gospodarska, socialna in ekološka funkcija. Navedena ustavna določba, skupaj z določbo tretjega odstavka 15. člena, da so človekove pravice in temeljne svoboščine omejene le s pravicami drugih, je podlaga za dopustnost odvzema premoženja. Zakonodajalec ima torej pooblastilo, da posameznikovo lastninsko pravico deloma omeji. Kje je ta meja, je odvisno od narave stvari, ki je predmet lastnine (oziroma lastninske pravice), ter od tega, kakšne obveznosti je zakonodajalec naložil lastniku v okviru načina uživanja lastnine.⁷ Omejitve lastninske pravice, potrebne za doseg gospodarske, socialne in ekološke funkcije, je zato treba presoјati glede na konkretne okoliščine. Vendar pa načelno velja, da bolj ko je pri določeni vrsti stvari poudarjen njen namen za skupnost, večji manevrski prostor ima na razpolago zakonodajalec pri urejanju vsebine lastninske pravice.⁸ Tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije je v eni izmed svojih odločb⁹ navedlo, da načelo pravne države, ki ga določa 2. člen URS, in številne človekove pravice in temeljne svoboščine človeku zagotavljajo svobodo in varnost pred samovoljnimi, nezakonitimi in čezmernimi posegi represivnega aparata države. Oboje je posamezniku zagotovljeno tako dolgo, dokler ta sam ne poseže v pravno zavarovane dobrine drugih posameznikov

⁵ Ur. l. RS, št. 33/91 in nasl.

⁶ L. Šturm, nav. delo, str. 451.

⁷ Odločba US RS, št. U-I-70/04 z dne 15. februarja 2007.

⁸ Prav tam.

⁹ Odločba US RS, št. U-I-296/02 z dne 20. novembra 2003.

ali družbe kot celote na način, ki je prepovedan in inkriminiran s kazenskim zakonom. Navedeno tako navaja na sklep, da je odvzem po ZOPNI legitimen in vsaj na prvi pogled v skladu z ustavo, saj iz 2. člena, ki opredeljuje namen zakona, izhaja, da je namenjen varovanju pridobivanja premoženja na zakonit način ter varovanju gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, kar se ustavnopravno gledano šteje za legitimen namen. Nadalje se postavlja vprašanje, pod kakšnimi pogoji je tovrsten poseg v lastninsko pravico legitimen. To pa je odvisno od pravne narave ukrepa, ki je predmet tega prispevka.

S procesom globalizacije in odpravljanjem meja ter vzpostavitvijo svoboščin notranjega trga na ravni Evropske unije so se pojavili tudi negativni vidiki te integracije, ki se med drugim kažejo v krepitvi čezmejnega kriminala¹⁰ in delovanju organiziranih hudodelskih združb, ki »svoje lovke« sočasno stegujejo v različne države z različnimi pravnimi kulturami. Zaradi tega so se klasični kazenskopравни mehanizmi (zlasti odvzem protipravne premoženjske koristi) pokazali za neučinkovite,¹¹ saj je bila onemogočena ali znatno otežena sledljivost »koristi oziroma dobička«, ki so ju storilci pridobili s kaznivim dejanjem, poleg tega pa je v veliki večini primerov (zlasti pri kaznivih dejanjih pranja denarja in neupravičene proizvodnje ali prometa s prepovedanimi drogami, pa tudi pri drugih hujših oblikah kaznivih dejanj, ki so se izvrševala v okviru oziroma pod okriljem hudodelske združbe) prihajalo tudi do t. i. mešanja umazanega (nezakonito oziroma s kaznivim dejanjem ali na njegovi podlagi pridobljenega) in čistega (zakonito pridobljenega) denarja. Ravno zaradi tega so nekatere evropske države (med njimi tudi Slovenija) po zgledu ZDA v svoj pravni red vnesle institut t. i. civilnega odvzema oziroma zasega premoženja, ki se opravi v civilnem (pravdnem) postopku, v katerem veljajo nižji dokazni standardi kot v kazenskem pravu. Prav tako v njem ne veljajo nekatere temeljne domneve, ki sicer v kazenskem postopku pomenijo temelj (poštenega) zakonitega postopka (zlasti domneva nedolžnosti), v zvezi z dokaznim bremenom pa velja obrnjeno dokazno breme, ki breme dokazovanja prelaga z organa pregona na (domnevnega) storilca oziroma drugega upravičenca do premoženja, ki je predmet postopka. Nekatere evropske države so v okviru kazenskih postopkov (zlasti za kazniva dejanja, storjena v hudodelski združbi) uvedle ureditev, ki omogoča odvzem »dobička« (premoženja oziroma premoženjske koristi) neodvisno od storilčeve krivde, kar pomeni, da ni potrebno, da je bil storilec za kaznivo dejanje, iz katerega naj bi izvirал predmet odvzema, tudi

¹⁰ K. Rejec Longar, B. Lobnikar: *Odvzem premoženja nezakonitega izvora v pravu EU*, <www.fvv.uni-mb.si/DV2012/zbornik/kriminalistica_dejavnost/longar_lobnikar.pdf> (20. 11. 2014), str. 1.

¹¹ Prav tam.

obsojen.¹² Posamezne države torej v boju zoper organizirano kriminaliteto oziroma v zvezi z izvrševanjem hujših gospodarskih kaznivih dejanj uporabljajo različne načine, njihov skupni cilj pa je, da se odvzame tisto, kar ni bilo pridobljeno legalno. Storilci tovrstnih kaznivih dejanj, zlasti tistih, pri katerih so »v igri« velike vsote denarja, so namreč postali »imuni« na izrek zapornih kazni, zato te niso več učinkovit mehanizem, ki bi tako storilce same (specialnoproventivni namen) kakor tudi potencialne storilce (generalnoproventivni namen) odvrčal od (ponovnega) izvrševanja kaznivih dejanj. Več jim namreč pomeni denar, do katerega pridejo z izvrševanjem kaznivih dejanj, zato so zanj pripravljeni žrtvovati tudi lastno svobodo, saj vedo, da bodo po prestani kazni lahko uživali »sadove« kaznivih dejanj in si privoščili lagodno in brezskrbno življenje. Zato je treba storilce z ustreznimi (represivnimi) mehanizmi udariti tam, kjer so najbolj občutljivi: po premoženju. Sredstva so namreč glavni motor ukvarjanja s kaznivimi dejanji in večinoma tudi cilj njihovega izvrševanja.¹³ Učinkovit odvzem (protipravno) pridobljenega premoženja je pomembna ovira za kriminalno dejavnost.¹⁴ Tako se storilec in potencialnim storilec pokaže, da se izvrševanje kaznivih dejanj ne izplača.

V tuji pravni literaturi se je že veliko razpravljalo o kazenskem in civilnem odvzemu premoženja. Opravljene so bile številne primerjave obeh po temelju različnih institutov, nasprotniki civilnega odvzema pa so izrekli številne kritike. Mnogi tuji pravni teoretiki namreč menijo, da naj bi bil tudi civilni odvzem po svoji pravni naravi kazenski. Slovenija je s sprejetjem ZOPNI kot ena redkih evropskih držav (če ne celo edina) s kontinentalnim pravnim sistemom v svoj pravni red vpeljala institut civilnega odvzema, ki ima temelje v anglo-ameriškem pravnem sistemu.

V prispevku bom najprej predstavila obe vrsti odvzema, v nadaljevanju pa se bom opredelila do pravne narave odvzema, ki ga ureja ZOPNI. Pri tem mi bodo v pomoč merila, ki so se izoblikovala v sodni praksi Vrhovnega sodišča ZDA in jih je mogoče uporabiti tudi v kontinentalnem pravnem sistemu, v katerega spada slovenska pravna ureditev, ter merila, ki jih je za razmejitev med kazensko in civilno zadevo izoblikovalo Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP). Ugotovitev resnične pravne narave ukrepa, ki ga ureja ZOPNI, je z vidika procesnega prava pomembna zlasti v zvezi z vprašanjem procesnih garancij prizadeti osebi; te so namreč v kazenskem postopku postavljene znatno višje kot v civilnem.

¹² Gre za ukrep, pri katerem se premoženje odvzame ne glede na krivdo storilca (*non-conviction based* ukrep).

¹³ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 3.

¹⁴ Prav tam.

2. KAZENSKI ODVZEM

2.1. Splošne značilnosti

Kazenski odvzem je ukrep *in personam* (medtem ko je civilni odvzem ukrep *in rem*, torej se izreče v postopku, ki teče zoper premoženje, in ni vezan na obsojbo storilca, za kar se v tuji pravni literaturi uporablja tudi izraz *non-conviction based* ukrep), osredotoča se na posameznika ali skupino posameznikov, za katere je bilo ugotovljeno, da so storili kaznivo dejanje.¹⁵ Njegova značilnost je tesna povezava s storjenim kaznivim dejanjem, ugotavlja se namreč v istem postopku kot kaznivo dejanje, ki je predmet obtožbe. Naša pravna ureditev pozna več vrst kazenskih odvzemov, ki imajo različno pravno podlago, nekateri so urejeni v kazenskem materialnem zakonu, drugi pa v kazenskem procesnem zakonu. Razlike med posameznimi vrstami se kažejo zlasti v njihovi umestitvi bodisi med kazenske sankcije (odvzem predmetov po določbah KZ-1) bodisi med ukrepe posebne vrste oziroma ukrepe *sui generis* (odvzem protipravne premoženjske koristi in odvzem predmetov po določbi 498. člena ZKP) ter v obligatornosti oziroma fakultativnosti njihovega izreka.

2.2. Vrste kazenskega odvzema

2.2.1. Odvzem predmetov po določbah KZ-1

Odvzem predmetov po določbi 73. člena KZ-1 je kazenski odvzem iz preventivnega razloga in se po svoji pravni naravi šteje za stvarni varnostni ukrep, torej za obliko kazenske sankcije. Ne glede na to pa se (enako kot personalni varnostni ukrepi) izreka zaradi nevarnosti, da storilec ponovno stori kaznivo dejanje, pri čemer nevarnost izhaja iz možnosti, da storilec še naprej razpolaga s tovrstnimi predmeti.¹⁶ Načeloma je ta odvzem fakultativen,¹⁷ kar bi utegnilo navesti na sklep, da je odločitev o njem podvržena izključno le presoji sodnika, ki o zadevi odloča. Da pri njegovi uporabi ne bi bilo prevelikih odstopanj, mora sodišče oblikovati neka merila za odločanje, ali ga izreče ali ne, pri čemer se lahko uporabijo le ugotovitve o večji ali manjši nevarnosti za storilčevo ponavljanje kaznivega dejanja.¹⁸

¹⁵ A. W. Leach, J. G. Malcolm, nav. delo, str. 264.

¹⁶ I. Bele, nav. delo, str. 404–405.

¹⁷ Zakon uporablja besedno zvezo »smejo odvzeti«, kar kaže na fakultativnost tovrstnega odvzema.

¹⁸ I. Bele, nav. delo, str. 405.

2.2.2. Odvzem premoženjske koristi

Institut odvzema protipravne premoženjske koristi je urejen v sedmem poglavju KZ-1. Določba prvega odstavka 74. člena KZ-1 kot razlog za odvzem premoženjske koristi navaja, da nihče ne more obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega. Gre za odziv kazenskega prava na kaznivo dejanje, cilj katerega je med drugim tudi sanirati premoženjsko stanje, ki je nastalo s storitvijo kaznivega dejanja, ter vzpostaviti stanje, kakršno je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja.¹⁹ Protipravna premoženjska korist je namreč vsako povečanje storilčevega premoženja, ki ima vzrok v storitvi kaznivega dejanja.²⁰ Tega ukrepa glede na njegovo pravno naravo ni mogoče uvrstiti med kazenske sankcije, saj ne izpolnjuje niti njihovega namena niti njihovih funkcij, temveč se šteje za kazenskopravni ukrep *sui generis*.²¹ Zakon predvideva obvezen odvzem protipravne premoženjske koristi in ga sodišče mora izreči, če ugotovi, da je bila s kaznivim dejanjem pridobljena premoženjska korist, oškodovanec pa ni podal premoženjskoprnega zahtevka. Navedeno kaže na subsidiarno uporabo te vrste kazenskega odvzema, saj je njegova primarna funkcija restitucija škode oškodovancu, ki mu je bila povzročena s kaznivim dejanjem.

2.2.3. Odvzem premoženja po 77.a in 77.b členu KZ-1

Novela KZ-1B²² je uvedla še dve vrsti kazenskega odvzema, in sicer odvzem premoženja zaradi dejanj, storjenih v hudodelski združbi (77.a člen KZ-1), ter odvzem premoženja, pridobljenega v zvezi s kaznivim dejanjem (77.b člen KZ-1). V obeh primerih gre za t. i. razširjeni odvzem, saj je na njegovi podlagi mogoče poseči tudi na premoženjsko korist ali premoženje, ki ne pomeni premoženjske koristi, pridobljene s storitvijo kaznivega dejanja ali zaradi njega, glede kaznivega dejanja, ki je predmet obtožbe, in sicer:

- če se ugotovi, da je pridobljena v okviru kriminalne združbe oziroma da ta s to protipravno pridobljeno premoženjsko koristjo razpolaga (prvi odstavek 77.a člena KZ-1),
- če je storilec storil kaznivo dejanje v hudodelski združbi in sodišče ugotovi, da njegovo premoženje izhaja iz kriminalnih dejavnosti v tej družbi (drugi odstavek 77.a člena KZ-1), oziroma

¹⁹ D. Florjančič, nav. delo, str. 216.

²⁰ I. Bele, nav. delo, str. 512.

²¹ L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 465.

²² Ur. l. RS, št. 50/12.

- če gre za prikrito razpolaganje s premoženjem, pridobljenim v zvezi s kaznivim dejanjem, ki je formalno v lasti druge osebe, ki pa ve oziroma bi morala vedeti, da gre za premoženje s tako lastnostjo (77.b člen KZ-1).

Glede na jezikovno razlago zakonskih določb v zvezi s temi vrstami odvzema je mogoče sklepati, da je tudi v teh primerih odvzem obvezen, saj iz zakonskega besedila izhaja, da se protipravno pridobljena premoženjska korist oziroma premoženje »odvzame«, in ne, da se »sme odvzeti«, kar velja v primeru fakultativnega odvzema.

2.2.4. Odvzem predmetov po določbah 498. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP)²³

Določba 498. člena ZKP ureja naknaden odvzem predmetov (po pravnomočno končanem kazenskem postopku, v katerem obdolženi ni bil spoznan za krivega, po pravnomočno končanem kazenskem postopku, v katerem je obdolženi sicer bil spoznan za krivega, vendar pa v sodbi manjka odločba o odvzemu, oziroma v primerih, ko do kazenskega postopka sploh ni prišlo), ki so bili uporabljeni ali namenjeni za kaznivo dejanje ali so s kaznivim dejanjem nastali (odvzem predmetov po določbah KZ-1). Tudi to je preventivni ukrep, saj je pomembno le, ali gre za predmet, glede katerega je podana nevarnost, da bo ponovno uporabljen za kaznivo dejanje, oziroma njegov odvzem zahtevajo razlogi splošne varnosti ali morale. Vendar pa ta ukrep ni (stvarni) varnostni ukrep, temveč kazenskopravni ukrep posebne vrste. Ker se o odvzemu predmetov na podlagi določbe 498. člena odloča v kazenskem postopku (sicer ne na glavni obravnavi, pa vendarle o njem odloča predsednik senata oziroma sodnik posameznik, ki je kazensko zadevo obravnaval) in ker mora biti za dopustnost tovrstnega odvzema predhodno ugotovljeno, da je bilo storjeno dejanje, ki ima znake kaznivega dejanja (se pravi, da morajo biti ugotovljeni objektivni znaki kaznivega dejanja), ter ker gre za kazenskopravni ukrep posebne vrste, lahko ta ukrep označimo za odvzem *in personam*. Odvzem predmetov se namreč opravi v postopku, ki je tekel zoper določeno osebo, ne glede na to, da do odvzema predmetov pride naknadno in ne z odločbo, s katero sodišče odloča o glavni stvari. Kljub temu pa bi ga lahko šteli v skupino *non-conviction based* ukrepov, saj se za njegovo uporabo ne zahteva, da bi bil storilec obsojen. Ta ugotovitev pa ne daje podlage za izločitev tega ukrepa s področja kazenskopravnih ukrepov, saj zaradi svoje umeščenosti v ZKP in s sklicevanjem na določbe KZ-1 pomeni ukrep kazenskopravne narave, kot je bilo v kazensko-pravni teoriji že večkrat poudarjeno.

²³ Ur. l. RS, št. 63/94 in nasl.

2.2.5. Odvzem denarja in premoženja po določbah 498.a člena ZKP

V skupino kazenskih odvzemov spada tudi odvzem t. i. umazanega denarja oziroma premoženja po določbi 498.a člena ZKP v primerih, ko se kazenski postopek zoper obdolženca ne konča z obsodilno sodbo.²⁴ Ta denar oziroma premoženje nezakonitega izvora izvira iz kaznivih dejanj, ki so izrecno določena v prvem odstavku in spadajo v skupino kaznivih dejanj s področja korupcije in pranja denarja, ki se štejejo za enega najhujših problemov v zadnjih nekaj desetletjih. (Kazensko)pravno naravo tega ukrepa utemeljuje navezava na eno (ali več) prej navedenih kaznivih dejanj, saj je izrecno določeno, da morajo biti dokazani tisti znaki teh kaznivih dejanj, ki kažejo na to, da denar oziroma premoženje izvira iz teh kaznivih dejanj, oziroma na to, da je bila dana ali sprejeta nagrada, darilo, podkupnina oziroma druga premoženjska korist. Ravno ta okoliščina dokazovanja znakov kaznivih dejanj, izrecno določenih v prvem odstavku tega člena, navedeni odvzem uvršča med ukrepe *in personam*. Prav tako pa je mogoče tudi ta ukrep (kot je bilo navedeno že za odvzem predmetov po 498. členu ZKP) iz razloga, ker ni vezan na obsodbo v kazenskem postopku, šteti v skupino *non-conviction based* ukrepov. Pri tem je treba znova opozoriti, da ima kljub tej ugotovitvi še vedno naravo kazenskega ukrepa, čeprav je ukrep *sui generis*.

3. CIVILNI ODVZEM

3.1. Značilnosti

Civilni odvzem je opredeljen kot ukrep *in rem*. Omogoča civilno povračilo sredstev, pridobljenih iz izvrševanja kaznivih dejanj, in odvzem ne glede na obsodbo v kazenskem postopku. Učinkovit je zlasti proti hujšim oblikam kaznivih dejanj in financiranju terorizma. Tu se represija države usmeri na premoženje (*in rem*), in ne na osebo (*in personam*); postopek se torej vodi zoper premoženje (in ne zoper osebo), in to na podlagi pravil civilnega postopka, za katerega veljajo nižji dokazni standardi kot za kazenski postopek.²⁵ Ena njegovih osnovnih značilnosti je, da ni v tako tesni povezavi s storjenim kaznivim dejanjem kot kazenski odvzem, saj se ne zahteva, da bi bila oseba v kazenskem postopku obsojena. Ni namreč treba s stopnjo gotovosti dokazati povezave med nedovoljeno dejavnostjo in premoženjem, ki je predmet odvzema (kar sicer velja za kazenski postopek), da je premoženje dopustno odvzeti kot protipravno premoženjsko korist, temveč zadostuje, da se obstoj take povezave

²⁴ Š. Horvat, nav. delo, str. 1052.

²⁵ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 37.

dokaže z nižjo stopnjo verjetnosti, kot se zahteva za obsodbo v kazenskem postopku (preko razumnega dvoma). Civilni odvzem torej predvideva odvzem na podlagi nižjega (civilnega) dokaznega standarda, po pravilih civilnega postopka, v katerem ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki so sicer značilne za kazenski postopek in pomenijo temeljne procesne pravice obdolženega, varovane že na podlagi ustave. Med temi je treba omeniti zlasti domnevo nedolžnosti, iz katere izhaja tudi zahteva, da trditveno in dokazno breme v postopku nosi državni tožilec. V postopku, v katerem se odloča o civilnem odvzemu, pa se uporablja civilnopravni institut obrnjenega dokaznega bremena.²⁶ Tega so zaradi uporabe pri dokazovanju obstoja nezakonito pridobljenega premoženja pravni strokovnjaki večkrat kritizirali, prav tako pa je bil tudi že predmet odločanja Evropskega sodišča za človekove pravice,²⁷ ki pa v zvezi z uporabo zakonskih domnev v kazenskem postopku kršitve Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP)²⁸ ni ugotovilo.

3.2. Primerjalnopravna ureditev civilnega odvzema

Navedeni institut v kazenskih zadevah, v katerih se obravnavajo hujša kazniva dejanja, uporabljajo tudi v več evropskih državah s kontinentalnim pravnim redom (npr. v Avstriji, Franciji, Italiji, Švici), v katerih instituta civilnega odvzema, ki bi se opravi na podlagi pravil civilnega postopka in ob uporabi civilnega dokaznega standarda, sicer ne poznajo, temveč se premoženje odvzame v okviru kazenskega postopka na podlagi dokaznega standarda, ki velja v tem postopku. Vendar pa se tudi v teh državah za odvzem ne zahteva, da bi bil storilec za obravnavano kaznivo dejanje obsojen, zato prav tako ne velja, da mora biti premoženje povezano z obsodbo.

Institut civilnega odvzema izvira iz anglo-ameriškega pravnega sistema. Razvil se je v pomorskem pravu na podlagi spoznanja, da v veliko zadevah ni bilo mogoče najti vseh lastnikov določene ladje ali pa je šlo za primere, za katere domače sodišče ni moglo biti pristojno. Na podlagi pomorskih zakonov je bilo

²⁶ Tu se obstoj določenega dejstva, ki ga zatrjuje tožeča stranka, domneva, na toženi stranki pa je, da dokaže dejstva, ki to domnevo izpodbijajo. Uporabo tega instituta predvideva tudi ZOPNI. Določa namreč, da se, potem ko državni tožilec (oziroma tožeča stranka v postopku odločanja o civilnem odvzemu) z določeno stopnjo verjetnosti dokaže obstoj nezakonito pridobljenega premoženja, dokazno breme prevale na obdolženega (oziroma natančneje na toženo stranko). Ta pa mora, če želi, da mu premoženje ne bo odvzeto, dokazati, da je bilo pridobljeno na zakonit način (dokazati mora torej, da je premoženje »nedolžno«).

²⁷ Glej npr. sodbo Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Phillips proti Združenemu kraljestvu*.

²⁸ Ur. l. RS, MP, št. 7/94, 33/94.

dovoljeno uvesti postopek zoper ladjo samo in ni bila potrebna obsodba njenega lastnika.²⁹ Tako je bil olajšan odvzem premoženja v primerih, ko lastnik ni bil znan ali ga ni bilo mogoče kazensko preganjati, ker ni bilo znano, kje je. V sodobnem pravu držav, ki poznajo civilni odvzem, obstajajo še druge okoliščine, na podlagi katerih je mogoča uporaba tega instituta.³⁰ Načeloma je v kazenskem postopku mogoče odvzeti premoženjsko korist oziroma premoženje, če se je v postopku ugotovilo, da je bilo storjeno kaznivo dejanje in sta bila premoženjska korist oziroma premoženje v povezavi s storitvijo kaznivega dejanja ter da je storilec kriv.³¹ Če storilec umre pred zaključkom kazenskega postopka, se kazenski postopek, ker gre za postopek *in personam*, s sklepom ustavi in protipravno pridobljene koristi ni mogoče odvzeti, saj je ta povezana z ugotovitvijo obstoja kaznivega dejanja oziroma njegovih objektivnih znakov. Po smrti je mogoč civilni odvzem, ki ni odvisen od obsodbe v kazenskem postopku, ker poteka proti premoženju, in ne proti osebi. Prav tako je mogoč civilni odvzem v primerih, ko je storilec na begu, zato kazenski pregon v njegovi nenavzočnosti ni mogoč, vendar ima premoženje, za katero se domneva, da ni bilo pridobljeno na zakonit način. Storilec lahko odvzem premoženja v takem primeru prepreči le, če se je pripravljen soočiti s kazenskim pregonom, saj mora v postopku civilnega odvzema na podlagi obrnjenega dokaznega bremena navajati dejstva in predlagati dokaze, da je bilo premoženje pridobljeno na zakonit način, s tem pa organom kazenskega pregona omogoči prijetje in izvedbo kazenskega postopka.

Ne glede na vse opisane prednosti postopka civilnega odvzema se večina evropskih držav še vedno trdno oklepa kazenskega odvzema in v njegovem okviru širi nabor ukrepov, na podlagi katerih je mogoče poseči na premoženje, ki izvira iz storitve hujših kaznivih dejanj, zlasti tistih s področja organizirane in gospodarske kriminalitete. Tako Slovenija v Evropi glede uporabe instituta civilnega odvzema (za zdaj) ostaja v osami.

²⁹ Glej odločbo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Palmyra* (1827).

³⁰ Tu navajam zgolj tiste okoliščine, na katere je mogoče navezovati ta civilni institut v slovenskem pravnem redu oziroma v kontinentalnem pravnem redu; več o okoliščinah oziroma o prednostih civilnega odvzema v ameriškem zveznem pravu v S. Cassella, nav. delo, str. 100–101.

³¹ To v zvezi z odvzemom premoženjske koristi velja le za tistega storilca, ki mu je bila izrečena obsodilna sodba, ne pa tudi za neprištevne storilce, ki se jim se izreče varnostni ukrep; premoženjska korist se skladno s 503. členom ZKP odvzame tudi s sklepom, v katerem se izreče varnostni ukrep, oziroma s sklepom, v katerem se izreče vzgojni ukrep, saj je njen odvzem obligatoren.

4. KAZENSKI ALI CIVILNI ODVZEM?

V prejšnjih dveh poglavjih so bile predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema. Ker se za kazenski odvzem zahtevata povezava s kaznivim dejanjem in uporaba kazenskega dokaznega standarda, civilni odvzem pa je manj strog – glede ugotovitve obstoja premoženja, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, dopušča uporabo nižjega dokaznega standarda, poleg tega mora v postopku civilnega odvzema obdolženi dokazati (če se želi izogniti odvzemu), da je svoje premoženje pridobil zakonito –, bi lahko prišli do zaključka, da ukrepa nimata nič skupnega. Ne glede na njuni različni pravni naravi pa je vseeno mogoče najti stične točke oziroma podobnosti.

V nadaljevanju bodo predstavljena merila, izoblikovana v ameriški sodni praksi in v praksi ESČP, ki se uporabljajo za razmejitve kazenskopravnih od civilnopravnih zadev. Navedena merila mi bodo omogočila ugotovitev podobnosti in razlik med kazenskim in civilnim odvzemom ter analizo pravne narave odvzema po ZOPNI, glede katere so mnenja v pravni stroki različna.

4.1. Merila za razmejitve kazenskega in civilnega odvzema

Pravo mora velikokrat potegniti črto med ravnanjem, ki pomeni civilno kršitev, in ravnanjem, ki pomeni kršitev v kazenskem pomenu. Ta črta pa lahko postane nejasna in lahko pride do tega, da ima določeno ravnanje tako kazenske kakor tudi civilne posledice.³²

Kako je torej mogoče ugotoviti, ali ima odvzem premoženja ob odsotnosti obsojbe za kaznivo dejanje naravo kazenskega ali civilnega odvzema? Odgovore na to je dalo Vrhovno sodišče ZDA v zadevah *Kennedy proti Mendoza-Martinez*³³ in *ZDA proti Ward*.³⁴ Obe določata razmejitvene kriterije, na podlagi katerih je mogoče ugotoviti, ali je določen zakonski ukrep po svoji naravi kazenski ali civilni.³⁵

S tem vprašanjem se je ukvarjalo tudi ESČP v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski*.³⁶ V njej je opisalo tristopenjski test, ki ga sodišče uporabi pri odloča-

³² A. Davidson Gray, nav. delo, str. 50.

³³ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Kennedy proti Mendoza-Martinez* (1963).

³⁴ Sodba Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *ZDA proti Ward* (1980).

³⁵ Navedena merila so kljub dejstvu, da imata pravna sistema popolnoma različna temelja, uporabna tudi v slovenski pravni ureditvi, saj je civilni odvzem, kot ga pozna ZOPNI, po bistvenih značilnostih zelo podoben civilnemu odvzemu v ZDA, poleg tega pa od tam segajo tudi korenine tovrstnega odvzema (če zanemarimo institut deodanda, ki ga v pravni literaturi radi navajajo kot najstarejšo obliko odvzema po *common law*, vendar ga ameriško pravo ni nikoli prevzelo).

³⁶ Sodba ESČP v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski* z dne 8. junija 1976.

nju o tem, ali gre za kazensko ali civilno zadevo. Navedena zadeva je postala mejnik za razmejitev med civilnim in kazenskim postopkom. ESČP se na tri-stopenjski test iz te zadeve sklicuje v večini primerov, ko gre za uporabo zadeve kazenske narave.³⁷ Nanj se je v eni svojih nedavnih odločb sklicevalo tudi Ustavno sodišče Republike Slovenije.³⁸

4.1.1. Merila za razmejitev kazenskopravnih od civilnopravnih ukrepov, ki so se izoblikovala v zadevi *ZDA proti Ward* (t. i. Wardov test)

V zadevi *ZDA proti Ward* je Vrhovno sodišče ZDA opisalo dvostopenjski test, na podlagi katerega se ukrepi civilne narave razmejujejo od ukrepov kazenske narave. Navedene kriterije so nato pri odločanju v zvezi s pravno naravo ukrepa uporabila številna ameriška zvezna sodišča.

4.1.1.1. Prva stopnja Wardovega testa: ugotovitev namena zakonodajalca glede pravne narave ukrepa

Na tej stopnji mora sodišče ugotoviti, kakšen je bil zakonodajalčev namen glede pravne narave ukrepa. Ta je lahko razviden že iz naslova zakona. Če v njem ni izrecno navedena beseda oziroma besedna zveza, ki bi kazala na kazensko naravo ukrepa, je mogoče sklepati, da je v zakonu urejen ukrep civilnopravne narave. Vendar pa sam naslov zakona še ni zanesljiv kazalnik resnične pravne narave; treba je namreč tudi preveriti, ali je v zakonu uporabljena terminologija, značilna za kazenski postopek,³⁹ ali pa gre za pravne termine, ki se uporabljajo v civilnem postopku. Ne nazadnje je na pravno naravo ukrepa mogoče sklepati tudi na podlagi tega, ali je urejen v kazenskopravnem zakonu (v tem primeru bi ukrepu lažje pripisali kazenskopravno naravo) ali ločeno v posebnem zakonu (v tem primeru bi morali k presoji pravne narave ukrepa pritegniti prej navedena dejavnika, in sicer naslov zakona ter pravno terminologijo, ki je v njem uporabljena). Če se na tej stopnji ugotovi, da je bil zakonodajalčev namen uveljaviti ukrep civilnopravne narave, je mogoče preiti na drugo stopnjo Wardovega testa, na kateri se ugotavlja, ali je zakonska ureditev ukrepa tako po namenu kot po učinku kazenskopravne narave, tako da s tem zanika zakonodajalčev namen glede pravne narave ukrepa.

³⁷ Predlog Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (PZOPNI), <imss.dz-rs.si/imis/21879193cb3b309d386a.pdf> (20. 11. 2014), str. 13.

³⁸ Odločba US RS, št. U-I-24/10 z dne 19. aprila 2012.

³⁹ Besede, kot so npr. »kriv«, »kaznivo dejanje«, »obsodba« itd. v povezavi z ukrepom, katerega pravna narava se presoja, lahko kažejo na njegovo kazenskopravno naravo.

4.1.1.2. Druga stopnja Wardovega testa: ugotovitev namena in učinka ukrepa

Druga stopnja Wardovega testa,⁴⁰ do katere pride, če se na prvi stopnji ugotovi, da je ukrep civilne narave, se osredotoča na namen in učinek ukrepa, katerega pravna narava se presoja. Na tej stopnji sodišče na podlagi sedmih meril, ki bodo predstavljena v nadaljevanju, ugotavlja, ali ima ukrep kaznovalno ali regulativno (civilno) naravo.

4.1.1.2.1. Sankcija/ukrep vsebuje pozitivno nezmožnost ali prisilo oziroma omejevanje

Na podlagi tega kriterija je mogoče ukrep šteti za kazenskopравни, če na posameznika učinkuje kot prisila oziroma omejevanje katere izmed njegovih pravic. Kljub temu pa resne socialne in ekonomske okoliščine za posameznika, ki ga zadeva ukrep, ne pomenijo nujno, da je na ukrep treba gledati kot na kazen.⁴¹ V zvezi s tem kriterijem so sodišča že odločila, da je dejstvo, da se ukrep šteje oziroma doživlja kot kazen, nepomembno za določitev njegove pravne narave.⁴² Ne glede na to, da učinek ukrepa na posameznika pri določitvi njegove pravne narave ni odločilen, pa je vendarle pomemben kriterij v povezavi z drugimi kriteriji in lahko pripelje do tega, da pravna narava ukrepa ni več civilna, temveč kazenska.

4.1.1.2.2. Sankcija/ukrep se je že zgodovinsko gledano štela za kazen

To merilo omogoča ugotovitev pravne narave ukrepa na podlagi zgodovinskega pristopa. Pri tem je treba presojati njegovo uporabo v preteklosti, kar pomeni, da je treba ugotoviti, ali se je že tedaj uporabljal kot kazenskopravno sredstvo.

4.1.1.2.3. Sankcija/ukrep je odvisna od ugotovitve namena oziroma zavesti o protipravnosti

Krivda posameznika je eden temeljnih elementov kaznivega dejanja. Za obstoj kaznivega dejanja in s tem za izrek kazenske sankcije je treba ugotoviti, da je posameznik ravnal krivdno; ugotoviti je torej treba njegovo krivdo. Navedeni kriterij kazenskopravno naravo ukrepa utemeljuje na ugotovitvi namena ozi-

⁴⁰ Ta stopnja predstavlja zgoščeno različico faktorjev, ki določajo, ali ima ukrep kazensko ali civilno naravo, in jih je Vrhovno sodišče ZDA določilo v zadevi *Kennedy proti Mendoza-Martinez* (L. Cambell, nav. delo, str. 447).

⁴¹ Prav tam, str. 448.

⁴² Prav tam.

roma zavesti o protipravnosti. Če je za izrek ukrepa treba predhodno ugotoviti tudi krivdo posameznika, to kaže, da gre za ukrep kazenskopravne narave.

4.1.1.2.4. Sankcija/ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja (retribucija in zastraševanje)

Retribucija oziroma povračilnost je eden temeljnih namenov kazni. S tem se zlo, ki ga je storilec povzročil s kaznivim dejanjem, izravna z zlom, ki ga pomeni kazen. Zastraševanje kot namen kazni pomeni grožnjo, ki jo vsebuje predpisana kazen, ter grožnjo, ki jo obsega izrečena kazen, in naj prispeva k temu, da ljudje ne bi izvrševali kaznivih dejanj.⁴³ Na podlagi tega merila se ugotavlja, ali ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja, se pravi, ali pomeni povračilo za izvršeno kaznivo dejanje ter ali na druge vpliva zastraševalno, torej tako, da ne bi izvrševali kaznivih dejanj.

4.1.1.2.5. Dejanje, za katero se uporabi sankcija/ukrep, je kaznivo dejanje

Na pravno naravo ukrepa lahko kaže tudi sama narava dejanja, za katero se izreka. Če se izreka za kaznivo dejanje, bo najverjetneje šlo za kazenskopravni ukrep. To pa, kot bo razvidno iz analize v nadaljevanju, ne velja absolutno. Nekateri ukrepi ne glede na to, da za njihov izrek ni potrebna obsodba za kaznivo dejanje, zahtevajo vzpostavitev povezave s kaznivim dejanjem, vendar na ravni nižjega (civilnega) dokaznega standarda; zgolj zaradi povezave s kaznivim dejanjem (ki ni dokazano preko razumnega dvoma) pa jih ni mogoče apriorno šteti za kazenskopravne ukrepe. To merilo je lahko le kazalnik kazenskopravne narave ukrepa, pri presoji pa ne more biti odločilno.

4.1.1.2.6. Obstoj alternativnega (nekaznovalnega) namena, s katerim je lahko sankcija/ukrep razumno povezana

Ukrep ima lahko poleg morebitnega kaznovalnega tudi nekaznovalni namen. Na podlagi tega kriterija je mogoče ukrep, ki ima sicer kaznovalni namen, kljub temu šteti za civilnopravne, če se ugotovi, da obstaja tudi alternativni namen, ki pa nima kaznovalne narave, s katerim je ta ukrep povezan.

4.1.1.2.7. Ali se sankcija/ukrep v zvezi s tem alternativnim (nekaznovalnim) namenom zdi pretirana

To merilo je logično povezano s predhodnim, saj se tu ob ugotovitvi morebitnega (nekaznovalnega) namena presoja, ali je ukrep pretiran glede na morebiten alternativni nekaznovalni namen.

⁴³ L. Bavcon in drugi, nav. delo, str. 384.

4.1.2. Merila za razmejitev kazenskih od civilnih zadev, ki so se izoblikovala v zadevi Engel in drugi proti Nizozemski (t. i. Englov test)

Evropska konvencija o človekovih pravicah (EKČP) ne definira pojma kazenskega postopka. Zato je ESČP v sodni praksi izoblikovalo smernice glede vsebine kazenskopravne zaščite konvencijskih določb. Izhodišče je osrednji, vendar abstraktni pojem obtožbe (angl. *criminal charge*).⁴⁴ Glede na abstraktno naravo tega pojma je zato treba ugotoviti, kaj obtožba zajema. Za ugotovitev, da gre za »obtožbo«, so odločilni trije kriteriji, ki jih je ESČP opisalo v okviru tristopenjskega testa v zadevi *Engel in drugi proti Nizozemski*, sodišče pa jih uporabi pri odločanju o tem, ali gre za kazensko ali civilno zadevo. Na podlagi tega testa je treba ugotoviti, kakšna je klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu (kazenska ali civilna), naravo dejanja oziroma kršitve (pri tem teža dejanja ni odločilnega pomena) ter naravo in težo sankcije, ki bi bila lahko izrečena storilcu (zagrožena kazen), pri čemer ni nujno, da sta drugi in tretji kriterij izpolnjena kumulativno.⁴⁵ Za obtožbo gre, če je mogoče bodisi naravo kršitve bodisi predvideno sankcijo po naravi in teži uvrstiti v kazenskopravno sfero.

4.1.2.1. Klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu

To merilo se nanaša na ugotovitev, ali nacionalno pravo uvršča določbo, ki ureja ukrep, na področje kazenskega prava. Vendar pa se ne šteje za odločilno, temveč pomeni zgolj izhodiščno točko presoje. Pri presoji kazenskopravne narave ukrepa je torej najprej treba preveriti, ali določba oziroma besedilo, ki opisuje obravnavano kršitev, v nacionalnem pravnem sistemu spada v kazensko pravo, kar je mogoče storiti na podlagi gramatične in sistematične pravne razlage.⁴⁶ Pri tem ima lahko vlogo tudi dejstvo, da je določba v posebnem »kazenskopravnem« delu zakonika oziroma pod naslovom s kazenskopravno vsebino.⁴⁷ Vendar pa je treba poudariti, da samo dejstvo, da je ukrep urejen v kazenskem zakoniku, za sklepanje o njegovi kazenskopravni naravi ne zadošča. Če zadeve (kršitve/postopka/ukrepa) na podlagi tega kriterija ni mogoče šteti za kazenskopravno, se njena pravna narava presoja na podlagi drugega in tretjega kriterija; za ugotovitev kazenskopravne narave pa, kot je že bilo navedeno, ni pomembno, da sta izpolnjena kumulativno.

⁴⁴ R. Esser, nav. delo, str. 52.

⁴⁵ Načeloma sta drugi in tretji kriterij podana alternativno. Kumulativen pristop obeh kriterijev se uporabi, če analiza vsakega izmed njiju sama zase ne omogoča jasnega zaključka glede obstoja obtožbe.

⁴⁶ R. Esser, nav. delo, str. 57.

⁴⁷ Prav tam.

4.1.2.2. Narava dejanja oziroma kršitve

V okviru tega merila se upoštevajo trije vidiki,⁴⁸ ki se presojujejo kot celota. Najprej je treba preučiti krog naslovnikov pravila, ki določa sankcijo za neko kršitev. Če se pri tem ugotovi, da se to pravilo nanaša na vsakogar, in ne le na omenjeno skupino s posebnim statusom, je to lahko znak, da ima sankcija kazenskopravno naravo.⁴⁹

Drugi vidik je namen zagrožene sankcije. Če je namen le povrnitev premoženjske škode, njena pravna narava ni kazenska.⁵⁰ Če sta namen sankcije represija in prevenција, pa gre za kazenskopravni ukrep. Iz sodne prakse ESČP ne izhaja, kaj se razume pod pojmom represija. Navadno se pod tem pojmom razume prisila, ki naj bi krivdno storjeno pravico odtehtala (medtem ko je namen restitucije vzpostavitev stanja, ki je obstajalo pred povzročitvijo škode).⁵¹ Prav tako tudi vsaka sankcija oziroma ukrep z zastraševalnim učinkom ni kazenskopravne narave. Splošno velja, da namen kazenske sankcije presega enostavno odvrčanje in obsega družbeno neodobravanje oziroma negativno vrednostno sodbo.⁵² Nasprotno je pri sankcijah oziroma ukrepih, ki niso kazenskopravne narave, čeprav se izrečejo za naklepno ali malomarnostno ravnanje (krivdno ravnanje), očitek krivde lahko sicer potrebna predpostavka, vendar pa navadno ne pomeni končnega namena sankcije oziroma ukrepa.^{53, 54} Tako je torej represivni namen oziroma prevenčijo ukrepa treba presojati glede na to, ali dejanje oziroma kršitev obsega tudi negativno vrednostno sodbo. Če ta element ni izpolnjen, o kazenskopravni naravi sankcije oziroma ukrepa ne moremo govoriti.

⁴⁸ Te tri vidike je pri svoji odločitvi v zadevi *Bandeneoun proti Franciji*, z dne 24. februarja 1994, poudarilo tudi ESČP.

⁴⁹ Sodbi ESČP v zadevi *Öztürk proti Nemčiji*, z dne 21. februarja 1984, in *Lauko proti Slovaški*, z dne 2. septembra 1998.

⁵⁰ Sodba ESČP v zadevi *Jussila proti Finski*, z dne 23. novembra 2006.

⁵¹ Točka 58 sklepnih predlogov generalne pravobranilke Juliane Kokott, predstavljenih dne 15. decembra 2011, v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014).

⁵² Točka 11 sklepnih predlogov generalnega pravobranilca Francisa G. Jacobsa, predstavljenih dne 3. junija 1992, v zadevi *Nemčija proti Komisiji*, <curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=97447&pageIndex=0&doclang=DE&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=382411> (20. 11. 2014).

⁵³ Prav tam.

⁵⁴ V primeru povračila škode za naklepno ali malomarnostno ravnanje je npr. namen sankcije oziroma ukrepa povrnitev škode oškodovancu, po možnosti pa tudi zastraševalni učinek na povzročitelja škode, ne pa, da se ta označi kot storilec kaznivega dejanja, čeprav je pred izrekom sankcije oziroma ukrepa morda treba ugotoviti krivdo. (Prav tam.)

Nato je treba ugotoviti, ali je sankcioniranje kršitve namenjeno pravnemu varstvu dobrin, katerih varstvo je navadno zagotovljeno z določbami kazenskega prava. Če je ukrep izrečen na podlagi splošnega pravnega pravila, namen katerega sta tako zastraševanje kakor tudi kaznovanje, gre za kazenskopравни ukrep.

4.1.2.3. Narava in teža zagrožene sankcije

Pri presoji na podlagi tega merila je bistveno, da se ugotovi, ali ima sankcija oziroma ukrep, ki grozi posamezniku v primeru kršitve, zanj zadosten pomen, da bi jo/ga bilo mogoče uvrstiti med sankcije oziroma ukrepe kazenskopravne narave. Pri tem se ne upošteva sankcija, ki bo v konkretnem primeru najverjetneje izrečena, temveč kazen, zagrožena v najslabšem primeru.⁵⁵ Med sankcije kazenskopravne narave se v okviru tega merila prištevajo zlasti prostostne kazni, razen če posameznik zaradi njihove narave ali trajanja oziroma narave in načina izvršitve ni na slabšem oziroma v bolj neugodnem položaju. Problemi v zvezi z ugotavljanjem obstoja »obtožbe« nastanejo zlasti pri ukrepih z ekonomskim učinkom za posameznika. Tudi ti imajo lahko kazenskopravno naravo, če je z njimi izpolnjen namen kaznovanja in so bili izrečeni z namenom preprečitve ponovne kršitve.

5. ALI IMA ODVZEM PO ZOPNI KAZENSKO ALI CIVILNO NARAVO

5.1. Analiza odvzema na podlagi kriterijev iz zadeve Ward

5.1.1. Ugotovitev namena zakonodajalca glede pravne narave ukrepa

Kot je bilo že navedeno, je test, ki ga je uporabilo ameriško Vrhovno sodišče v zadevi *ZDA proti Ward*, dvostopenjski. Prva stopnja obsega ugotovitev zakonodajalčevega namena glede pravne narave ukrepa. Naš zakonodajalec je z odločitvijo, da ukrep, ki ga je poimenoval odvzem premoženja nezakonitega izvora, uredi v posebnem zakonu, jasno izrazil namen, da se tovrsten ukrep ne šteje za kazenskega. Tudi iz naslova zakona ni razvidna kazenska narava, saj je zakonodajalec z nobeno besedo oziroma besedno zvezo ne razkrije. Nasprotno, ukrep opredeljuje kot odvzem premoženja nezakonitega izvora, kar pomeni, da gre za premoženje, ki ni bilo pridobljeno zakonito, torej v nasprotju z določbami zakona, ne navede pa, v nasprotju s katerim zakonom. Ne nazadnje pa kazenski namen ni zaznan niti v samem zakonskem jeziku oziroma besedilu, saj v delu, ki ureja postopek odvzema premoženja, ki sledi finančni preiskavi, ni besed, kot

⁵⁵ R. Esser, nav. delo, str. 61.

so kriv, kaznivo dejanje ali obsodba, temveč se uporablja terminologija, značilna za civilni postopek. Zato je na podlagi teh ugotovitev mogoče skleniti, da je odvzem, ki ga ureja ZOPNI, ukrep civilne narave, in nato preiti na naslednjo stopnjo ugotavljanja resnične pravne narave tega ukrepa.

5.1.2. Ugotavljanje pravne narave ukrepa na podlagi spodnjih kriterijev

5.1.2.1. Ukrep deluje kot prisila ali omejevanje

ZOPNI ureja ukrep, s katerim se osebi odvzame premoženje, za katero se na podlagi vložene tožbe v pravnem postopku ugotovi, da ni bilo pridobljeno na zakonit način. Ta ukrep že po definiciji vsebuje nezmožnost in omejevanje; osebi onemogoča razpolaganje s premoženjem, kar posameznika prizadene zlasti na ekonomskem področju. Vendar pa kljub temu ni nujno, da se zaradi tega šteje kot kazen, prav tako pa tudi ni nujno, da se šteje za kazenskopravni ukrep, čeprav ga posameznik doživlja kot kazen. Nedvomno tisti, ki se mu na podlagi ZOPNI odvzame premoženje, tak poseg v svojo lastninsko pravico dojema kot kazen. Toda pri tem ni pomembno, kako na ukrep gleda prizadeta oseba, temveč, kako na takšen ukrep gledajo drugi ljudje, ki premoženje pridobivajo na zakonit, pošten način. Tem se takšen ukrep zagotovo zdi zlasti restitucijski, saj odpravlja stanje, ki je obstajalo pred nezakonito pridobitvijo premoženja, in družbi vrača to, kar si je posameznik nezakonito pridobil. Če torej na obravnavano merilo gledamo zgolj z vidika jezikovne razlage, bi se odvzem po ZOPNI štel za kazenskopravnega. Menim pa, da je treba pravno naravo odvzema, ki ga ureja ZOPNI, v okviru tega merila presoјati širše, na podlagi logične razlage. Ker se s tem ukrepom odvzame premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, na njem posameznik ni mogel veljavno pridobiti lastninske pravice, zato ukrep nanj ne more delovati prisilno oziroma ne pomeni omejitve, kajti posamezniku ni mogoče omejiti nečesa, kar mu ne pripada.⁵⁶ Glede na navedeno menim, da ta kriterij pri odvzemu po ZOPNI ni izpolnjen, kar kaže na njegovo civilnopravno naravo.

5.1.2.2. Ukrep se je že zgodovinsko gledano štel za kazen

Slovenska pravna ureditev je do sprejema ZOPNI poznala zgolj odvzem predmetov in protipravne premoženjske koristi v okviru kazenskega postopka. Vendar pa, kot je že bilo povedano, navedenih ukrepov v nobenem primeru ni štela za kazen. Zlasti premoženjska korist, pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, se šteje kot kazenskopravni ukrep posebne vrste, katerega namen je v prvi vrsti restitucijski, saj se z njim skuša v največji možni meri vzpostaviti

⁵⁶ Več o tem, kdaj gre za represivno oziroma prisilno naravo ukrepa, glej v razdelkih 4.1.2.2 in 5.2.2.2.

stanje, kakršno je bilo pred storitvijo kaznivega dejanja. Že namen tega ukrepa kaže na povezavo s civilnim pravom, saj je restitucijski oziroma vrnitveni zahtevek eden izmed civilnopravnih zahtevkov. V zvezi z navedenim tako ni mogoče trditi, da se je odvzem po ZOPNI v preteklosti štel za kazen, kar zaniha njegovo kazenskopravno naravo.

5.1.2.3. Ukrep je odvisen od ugotovitve namena oziroma zavesti o protipravnosti

Do odvzema premoženja na podlagi ZOPNI lahko pride, če se na podlagi postopka, ki ga ureja ta zakon, ugotovi, da oseba razpolaga s premoženjem, glede katerega ne more dokazati, da je bilo pridobljeno iz zakonitih dohodkov oziroma na zakonit način. Iz zakonskega besedila ni izrecno ali smiselno razvidno, da bi se odvzem pogojeval z ugotovitvijo namena osebe oziroma z njegovo zavestjo o protipravnosti (nezakovitosti). Če osebi, zoper katero je bila na podlagi izvedene finančne preiskave vložena tožba, ki temelji na dejstvih in dokazih, iz katerih izhaja domneva nezakovitosti izvora premoženja, ne uspe dokazati nasprotno, se to premoženje odvzame, ne da bi se pri tem ugotavljalo, ali je vedela, da to premoženje ni bilo pridobljeno na zakonit način. Ta okoliščina je zlasti pomembna v primeru, ko oseba, ki razpolaga s premoženjem, za katero se zatrjuje in dokazuje izvor, ni hkrati tudi storilec kataloškega kaznivega dejanja. Z novelo ZOPNI-A⁵⁷ je namreč odpadlo ugotavljanje subjektivne okoliščine, da je oseba vedela ali bi morala vedeti, da je bilo nanjo preneseno premoženje nezakonitega izvora, kar je izbrisalo še zadnji dvom o tem, ali se za odvzem po ZOPNI zahteva ugotavljanje namena osebe oziroma zavesti o protipravnosti.

5.1.2.4. Ukrep vsebuje tradicionalne cilje kaznovanja (retribucija in zastraševanje)

ZOPNI v prvem odstavku 2. člena določa namen tega ukrepa kot preprečevanje pridobivanja in uporabe premoženja nezakonitega izvora zaradi varstva pridobivanja premoženja na zakonit način ter zaradi zaščite gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, ki zagotavlja pridobivanje premoženja v skladu s predpisi. Navedena določba kaže na preventivno-regulativni namen zakona, in ne na represivni namen, ki je značilen za kazenske sankcije. V drugem odstavku pa je določeno, da se ta namen zagotavlja z odvzemom premoženja tistim, ki so ga pridobili na nezakonit način oziroma na katere je bilo preneseno brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti. Ne glede na jasno izraženi namen ukrepa pa je mogoče reči, da vsebuje enega od tradicionalnih ciljev kaznovanja, saj odvzem »zaslužka« iz domnevne kriminalne aktivnosti služi kot generalna

⁵⁷ Ur. l. RS, št. 25/14.

prevencija: potencialne storilce odvrača od storitve kaznivih dejanj, ker vsebuje grožnjo, da bo premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način, odvzeto. Prav tako ukrep služi tudi specialni prevenciji, saj tudi samega storilca zaradi dejstva, da mu je bilo nezakonito pridobljeno premoženje odvzeto, odvrača od ponovitve kaznivega dejanja. Vendar pa glede na jasno izraženi zakonodajalčev namen glede cilja tega zakona menim, da navedeni kriterij ni izpolnjen, ker kljub temu, da prikrito vsebuje tudi tradicionalne cilje kaznovanja, ti niso prevladujoči, temveč je v ospredju že navedeni preventivno-regulativni namen, to pa odvzemu, ki ga ureja ZOPNI, daje civilnopravno naravo.

5.1.2.5. Ravnanje, za katero se uporabi ukrep, je kaznivo dejanje

Postopek finančne preiskave, ki po ZOPNI pomeni začetek postopanja, se začne, če se v predkazenskem oziroma kazenskem postopku izkažejo razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje ter da posamezne osebe razpolagajo s premoženjem nezakonitega izvora. Iz navedenega je mogoče sklepati, da mora biti ravnanje, na katero se nanaša postopek odvzema, kaznivo dejanje. Povod za odreditev finančne preiskave in s tem za začetek postopka je ravno ugotovitev storitve kataloškega kaznivega dejanja, ki pa je šele na ravni razlogov za sum, kar pomeni najnižji kazenski dokazni standard. Poleg tega je bil ZOPNI sprejet predvsem z namenom boja proti najhujšim kaznivim dejanjem v okviru organizirane in gospodarske kriminalitete, kar tudi kaže, da se odvzem uporabi zaradi ravnanja, ki je kaznivo dejanje. Navedeno bi utegnilo navesti na sklep, da je to merilo pri odvzemu po ZOPNI izpolnjeno. Vendar pa sama ta kriterij razmejitev razumem tako, da mora biti, da se ukrep šteje za kazenskopravni ukrep, v konkretnem primeru (v postopku, v katerem se odloča o uporabi oziroma izreku ukrepa) podano ravnanje (ob uporabi ustreznega kazenskega dokaznega standarda), ki je kaznivo dejanje. Ker se pri odvzemu premoženja po ZOPNI ne ugotavljata obstoj kaznivega dejanja in posameznikova krivda, temveč (ne)zakonitost izvora posameznikovega premoženja, in ker je storitev kataloškega kaznivega dejanja na stopnji najnižjega kazenskega dokaznega standarda zgolj povod za začetek finančne preiskave, v okviru katere se zbirajo podatki o posameznikovem dohodku in premoženju, ki državnemu tožilcu Specializiranega državnega tožilstva omogočajo vložitev tožbe za odvzem premoženja nezakonitega izvora (o katerem pa se odloča v pravnem postopku), menim, da odvzem po ZOPNI tega kriterija ne izpolnjuje in gre tako za civilnopravni ukrep.

5.1.2.6. Obstoj alternativnega (nekaznovalnega) namena

Kot je že bilo omenjeno, je v ZOPNI jasno izražen namen, za katerega je mogoče trditi, da je preventivno-regulativne narave. Odvzem premoženja se

opravi na podlagi predhodno izvedene finančne preiskave, v kateri se zberejo dokazi in podatki, potrebni za odločitev, ali in zoper katere osebe naj se začne postopek za odvzem premoženja nezakonitega izvora, in postopka pred pravnim sodiščem. V tem postopku tožeča stranka (državni tožilec Specializiranega državnega tožilstva) navaja dejstva in predlaga dokaze, s katerimi poskuša sodišče prepričati o utemeljenosti tožbenega zahtevka, se pravi, da gre za premoženje, ki ni bilo pridobljeno na zakonit način. Tožena stranka pa želi z navajanjem dejstev in predlaganjem dokazom izpodbiti pravno domnevo o nezakonitem izvoru premoženja, na katerem tožeča stranka gradi tožbeni zahtev, ter sodišče prepričati o njegovi neutemeljenosti. Tudi na podlagi smiselne razlage drugih določb zakona ni mogoče zaznati kaznovalnega namena. Glede na jasno izraženi namen odvzema premoženja po ZOPNI, kot izhaja iz 2. člena, ki je preventivno-regulativne, ne kaznovalne narave, je tako mogoče trditi, da obstaja alternativni (nekaznovalni) namen, zato je ta kriterij, ki kaže na civilnopravno naravo ukrepa, izpolnjen.

5.1.2.7. Ukrep je pretiran v zvezi z ugotovljenim alternativnim (nekaznovalnim) namenom

To merilo je logično povezano s prejšnjim merilom in presoja na njegovi podlagi pride v poštev le, če se predhodno ugotovi obstoj alternativnega (kaznovalnega) namena. Ker je bilo ugotovljeno, da pri odvzemu premoženja, ki ga ureja ZOPNI, obstaja alternativni (nekaznovalni) namen, se v okviru tega kriterija obravnava vprašanje, ali ni ta ukrep morebiti pretiran (oziroma bolje rečeno nesorazmeren). Ker ZOPNI odvzem premoženja predvideva v primerih kataloških kaznivih dejanj, ki se štejejo za najhujša kazniva dejanja z zagroženimi visokimi zapornimi kaznimi in katerih cilj je predvsem generiranje dobička, težko pa je v kazenskem postopku ugotoviti vse zakonske znake, ki se zahtevajo za obsodbo storilcev, poleg tega pa odvzem varuje gospodarsko, socialno in ekološko funkcijo lastnine, ki so tudi ustavno varovane, po mojem mnenju obravnavani ukrep ni pretiran (nesorazmeren) glede na cilj, ki ga zasleduje. Na podlagi tega je mogoče skleniti, da odvzem, kot je urejen v ZOPNI, tega kriterija ne izpolnjuje, s čimer je potrjena njegova civilnopravna narava.

5.1.2.8. Končna ugotovitev glede pravne narave odvzema, ki ga ureja ZOPNI, na podlagi kriterijev po Wardovem testu

Podrobna analiza ZOPNI na podlagi kriterijev, ki jih vsebuje Wardov test, je pokazala, da je pravna narava odvzema civilna, saj ni bil izpolnjen niti en kriterij, ki bi kazal na kazenskopravno naravo.

5.2. Analiza ZOPNI na podlagi kriterijev iz zadeve *Engel*

5.2.1. Klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu

To merilo se, kot je bilo že navedeno, nanaša na ugotovitev, ali nacionalno pravo uvršča določbo v kazensko pravo. Ta ugotovitev pa ni odločilna, temveč pomeni zgolj izhodiščno točko presoje. Ker je zakonodajalec postopek odvzema premoženja nezakonitega izvora uredil zunaj kazenskega postopka, v posebnem zakonu, ki ne vključuje nobene obtožbe zoper obdolženega (oziroma natančneje zoper toženo stranko), je mogoče trditi, da določbe, ki urejajo odvzem po ZOPNI, niso kazenskopravne narave.

5.2.2. Narava dejanja oziroma kršitve

V okviru tega merila je treba presojati tri vidike, ki se presojajo kot celota, in če dva izmed njih kažeta bodisi na kazenskopravno bodisi na civilnopravno naravo ukrepa, je mogoče zaključiti, da je odvzem premoženja po ZOPNI v okviru tega kriterija mogoče šteti za kazenskopravni oziroma za civilnopravni ukrep.

5.2.2.1. Krog naslovnikov pravila

Analiza ZOPNI glede prvega elementa tega kriterija pokaže, da njegove določbe veljajo za vsakogar, in ne zgolj za posebno skupino ljudi, kar kaže na kazenskopravno naravo ukrepa po ZOPNI.

5.2.2.2. Namen zagrožene sankcije

Določba 2. člena ZOPNI jasno opredeljuje namen odvzema, ki ga ureja obravnavani zakon, in sicer preprečevanje pridobivanja in uporabe premoženja nezakonitega izvora. Navedeno kaže, da namen tega ukrepa ni povračilo nastale škode. Nastala škoda se v obliki protipravno pridobljene premoženjske koristi ugotavlja v (morebitnem) kazenskem postopku zaradi kataloškega kaznivega dejanja, na kar kaže določba 3. točke prvega odstavka 10. člena ZOPNI, ki kot enega izmed pogojev za uvedbo finančne preiskave določa, da premoženje, ki je predmet postopka po ZOPNI, ne pomeni premoženjske koristi, pridobljene s kataloškim kaznivim dejanjem ali zaradi njega. V nadaljevanju se tako presoja preventijska in represivna narava obravnavanega ukrepa. Glede na jasno izraženi namen odvzema premoženja po ZOPNI v navedeni določbi 2. člena je mogoče ugotoviti njegov (že večkrat omenjeni) preventivno-regulativni namen, ki pa ne pomeni značilnosti kazenskih sankcij. Vendar pa je ne glede na to mogoče ugotoviti (tudi ob upoštevanju razlogov, ki so pripeljali do sprejetja ZOPNI, med drugim zlasti učinkovitejšega boja proti novodobni kriminali-

teti, ki obsega najhujša kazniva dejanja s področja organizirane kriminalitete, gospodarskih kaznivih dejanj in korupcije), da obravnavani ukrep prikrito izpolnjuje tudi namena generalne in specialne prevencije kot namena kazensko-pravnih ukrepov, saj se storilcu odvzame nezakonito pridobljeno premoženje, ki bi ga lahko reinvestiral v nadaljnjo kriminalno dejavnost (specialna prevencija), ukrep pa vpliva tudi na druge (potencialne) storilce, da ne bi izvrševali kaznivih dejanj in pridobivali premoženja na nezakonit način. Kljub temu pa sta po mojem mnenju glavni namen ukrepa zaščita pridobivanja lastninske pravice na zakonit način ter s tem varstvo gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, kar je zagotovljeno že na ravni Ustave RS, in to mu glede na preventivno-regulativni namen daje naravo civilnopravnega ukrepa. Ugotoviti je mogoče tudi represivni namen tega ukrepa. Odvzem namreč onemogoča nadaljnje razpolaganje s premoženjem in se šteje za prisilo, ki naj bi odtehtala posameznikovo nezakonito pridobivanje premoženja. Ukrepi za zagotovitev namena, izraženega v 2. členu ZOPNI, pa so nujno tudi omejevalni oziroma prisilni. Če se namreč v postopku finančne preiskave zberejo podatki o dohodkih oziroma premoženju, na podlagi katerih nato državni tožilec Specializiranega državnega tožilstva zoper lastnika vloži tožbo za odvzem premoženja nezakonitega izvora ter jo utemeljuje z dejstvi oziroma dokazi, iz katerih izhaja domneva o nezakonitem izvoru premoženja, toženi stranki (lastniku) pa v teku postopka te domneve ne uspe izpodbiti in dokazati, da je premoženje pridobila na zakonit način, se ji to s sodbo odvzame. Tak odvzem po mojem mnenju ne pomeni kazni oziroma nima kazenskopravne narave, saj je le tako mogoče doseči namen iz 2. člena ZOPNI (varstvo pridobivanja premoženja na zakonit način in zaščita gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine), toženi stranki pa je v teku postopka za odvzem premoženja nezakonitega izvora omogočeno dokazovanje zakonitega izvora premoženja. Kot je že bilo poudarjeno, kazenska sankcija oziroma ukrep poleg povračilnega in preventivnega namena obsega tudi družbeno neodobravanje oziroma negativno vrednostno sodbo. Ker se v postopku za odvzem premoženja po ZOPNI odloča o odvzemu ne glede na krivdo tožene stranke (lastnika tega premoženja) in ta lahko z dejstvi in dokazi izpodbije domnevo nezakonitega izvora premoženja, ni mogoče govoriti o represivni naravi tega ukrepa. Za represivni ukrep, torej za izrek negativne vrednostne sodbe in odtehtanje krivdnega ravnanja, bi šlo, če bi bilo ukrep mogoče izreči ne glede na ravnanje tožene stranke, torej ne glede na to, da je tožena stranka v postopu pred pravnim sodiščem izpodbila domnevo tožeče stranke o nezakonitem izvoru premoženja.⁵⁸ Ker ima ukrep po ZOPNI

⁵⁸ Glede obstoja represivnega namena ukrepa smiselno enako ugotavlja generalna pravobranilka Juliane Kokott v 65. točki sklepnih predlogov z dne 15. decembra 2011 v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014).

zgolj preventivno-regulativni namen, ki za kazenskopravne ukrepe ni značilen, temveč je bližje civilnopravnim ukrepom, represivnega namena pa nima, saj se ne izreče, če toženi stranki uspe dokazati, da je bilo odvzeto premoženje pridobljeno zakonito, in ker se poleg tega o njem odloča ne glede na krivdo tožene stranke, po mojem mnenju ta element drugega kriterija pri odvzemu premoženja po ZOPNI ni podan, kar kaže na civilnopravno naravo tega ukrepa.

5.2.2.3. Ugotovitev, ali gre za pravne dobrine, ki so običajno varovane s kazenskopravnimi določbami

V zvezi s tretjim elementom, tj. ali je sankcioniranje kršitve namenjeno varstvu pravnih dobrin, katerih varstvo je običajno zagotovljeno s kazenskopravnimi določbami, pa je mogoče ugotoviti, da gre za pravne dobrine, varovane tako v kazenskem pravu kakor tudi na drugih pravnih področjih (iz določbe 2. člena ZOPNI namreč izhaja, da so pravne dobrine, ki jih varuje ta ukrep, pridobivanja premoženja na zakonit način in gospodarska, socialna in ekološka funkcija lastnine). Zaradi takšne ugotovitve na podlagi tega elementa ni bilo mogoče ugotavljati pravne narave odvzema premoženja.

V zvezi s tem kriterijem Englovega testa ni mogoče z gotovostjo ugotoviti pravne narave odvzema po ZOPNI, saj prvi vidik kaže na njegovo kazenskopravno naravo, drugi na njegovo civilnopravno naravo, tretji element pa ne omogoča ugotavljanja pravne narave ukrepa. Ker na podlagi tega merila ni mogoče ugotoviti, ali ima odvzem po ZOPNI kazenskopravno ali civilnopravno naravo, je treba pri presoji pravne narave kumulativno presojati tudi tretji kriterij Englovega testa, namreč teža sankcije, ki bi lahko bila izrečena storilcu.

5.2.3. Teža sankcije, ki bi lahko bila izrečena storilcu (zagrožena kazen)

Glede na to, da ima ukrep po ZOPNI za posameznika le ekonomski učinek, je treba presojati, ali bi mu ta lahko dal kazenskopravno označbo. Vprašati se moramo, ali se z njim posega v interese prizadetih oseb, ki jih je vredno varovati.⁵⁹ Če je odgovor negativen, ne gre za hudo sankcijo, ki se na podlagi tega testa zahteva za opredelitev ukrepa kot ukrepa kazenskopravne narave.

Nedvomno ukrep posega v posameznikovo lastninsko pravico, ki predstavlja posameznikov interes, ki si zasluži varstvo. Ali je tako tudi, če se ugotovi, da posameznik svoje lastninske pravice ni pridobil zakonito? Menim, da lahko brez dvoma odgovorimo negativno, saj si lastninska pravica, ki je bila

⁵⁹ To v zvezi z razlago tega kriterija ugotavlja tudi generalna pravobranilka Juliane Kokott v sklepnih predlogih z dne 15. decembra 2011 v zadevi *Lukasz Marcin Bonda*, <curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=116723&doclang=SL> (20. 11. 2014), str. 7.

pridobljena na nezakonit način, ne zasluži pravnega varstva. Zato odvzem po ZOPNI na podlagi tretjega kriterija ni ukrep kazenskopravne narave.

5.2.4. Končna analiza pravne narave odvzema premoženja po ZOPNI na podlagi kriterijev v zadevi *Engel*

Na podlagi analize je mogoče utemeljeno zaključiti, da tudi po kriterijih, ki jih je v zadevi *Engel proti Nizozemski* razvilo ESČP, odvzem premoženja po ZOPNI ne pomeni ukrepa kazenskopravne narave, saj je presoja njegove pravne narave ob kumulativnem upoštevanju drugega in tretjega kriterija pokazala, da je civilnopravni ukrep. Na takšno pravno naravo kaže tudi prvi kriterij (klasifikacija zadeve po nacionalnem pravu), ki pa za samo presojo ni odločilen, saj je zgolj izhodišče pri presoji njegove pravne narave. Ta kriterij je tako le dodaten argument za ugotovitev, da je odvzem premoženja, kot ga ureja ZOPNI, civilnopravne (in ne kazenskopravne) narave.

6. SKLEPNO O PODOBNOSTIH IN RAZLIKAH MED KAZENSKIM IN CIVILNIM ODVZEMOM

V drugem in tretjem poglavju so bile predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema, v četrtem poglavju pa merila za razmejitve zadev oziroma ukrepov glede na njihovo bodisi kazenskopravno bodisi civilnopravno naravo, ki so se izoblikovala v ameriški sodni praksi in v sodni praksi ESČP. Na podlagi navedenega prikaza značilnosti obeh institutov ter meril za njuno razmejitev je mogoče med njima ugotoviti razlike, ne glede na različno pravno naravo pa tudi nekatere podobnosti.

6.1. Podobnosti

Kljub njuni različni pravni naravi je pri kazenskem in civilnem odvzemu mogoče najti tudi določene stične točke.⁶⁰ Prvič, tako za kazenski kakor tudi za civilni odvzem se zahteva povezava s kaznivim dejanjem, ki pa pri civilnem odvzemu ni tako tesna kot pri kazenskem, saj se zanj ne zahteva, da bi bila oseba, ki je lastnik odvzetega premoženja, v kazenskem postopku obsojena. Drugič, odvzem v obeh primerih je namenjen generalni in specialni prevenciji

⁶⁰ S. Cassella, nav. delo, str. 100–101. Avtor v svojem prispevku navede le okoliščine, ki bi glede na prikazane značilnosti kazenskega in civilnega odvzema lahko veljale tudi v našem pravnem redu.

(čeprav pri civilnem odvzemu le prikrito).⁶¹ Če namreč storilec ne more obdržati tistega, kar je pridobil s kaznivim dejanjem, ima to lahko učinek na druge ljudi, da ne bodo šli po storilčevih stopinjah. Prav tako pa odvzem (v okviru specialne prevencije) omogoča, da država odvzame storilcem sredstva in ekonomske vire, ki bi jih uporabili za storitev podobnega ali hujšega kaznivega dejanja v prihodnosti. Tretjič, odvzem se uporablja za zaščito družbe in za to, da se ji pokaže, da pravni sistem deluje v njenem interesu.

Navedeno kaže, da imata kazenski in civilni odvzem stične točke zgolj v materialnopravnem smislu. Kaznivo dejanje ter generalna in specialna prevencija kot namena kazni so namreč pojmi materialnega prava.

6.2. Razlike

Primerjava splošnih značilnosti kazenskega in civilnega odvzema, podanih v drugem in tretjem poglavju, in ugotovitev iz prejšnjega razdelka, da imata stične točke v materialnopravnem smislu, kaže na to, da so razlike med njima predvsem procesne. Prvič, poglobljena razlika med institutoma je v tem, kam je usmerjena represija držav – zoper osebo (*in personam*) ali zoper premoženje (*in rem*). V okviru kazenskega odvzema je represija države usmerjena zoper osebo (*in personam*), kar pomeni, da se postopek osredotoča na osebo, za katero je bilo ugotovljeno, da je storila kaznivo dejanje. Pri civilnem odvzemu pa se postopek vodi zoper premoženje (*in rem*). Drugič, razlikujeta se tudi po sami naravi postopka. Kazenski odvzem poteka po pravilih kazenskega postopka, civilni odvzem pa po pravilih civilnega postopka.⁶² Tretjič, kazenski in civilni odvzem se razlikujeta v tem, ali se za njun izrek zahteva obsodba v kazenskem postopku.⁶³ Kazenski odvzem je del izreka sodbe v kazenskem postopku, ki

⁶¹ Več o tem, zakaj se kljub prikritemu obstoju generalno- in specialnopravne namena oziroma tradicionalnih namenov kaznovanja ne šteje za kazenskopravni ukrep, glej v razdelkih 4.1.2.2, 5.1.2.4 in 5.2.2.2.

⁶² Tudi odvzem po ZOPNI poteka na podlagi smiselne uporabe pravil civilnega postopka, kar izhaja iz drugega odstavka 9. člena. Zgolj okoliščina, da se v postopku finančne preiskave, začasnega zavarovanja in začasnega odvzema premoženja nezakonitega izvora smiselno uporabljajo določbe, ki urejajo kazenski postopek, če v ZOPNI ni drugače določeno, ne more biti argument za to, da odvzem premoženja po ZOPNI spada v skupino kazenskih odvzemov.

⁶³ Ta okoliščina sicer v slovenski pravni ureditvi ne pomeni temeljne razlike med institutoma. Obsodba za kaznivo dejanje se prav tako ne zahteva za odvzem denarja in premoženja po določbah 498.a člena ZKP, ki pa je, kot je že bilo navedeno, kazenskopravni ukrep *sui generis*, saj gre zaradi dokazovanja znakov kaznivih dejanj, ki so izrecno določena v prvem odstavku 498.a člena, za ukrep *in personam*, kar je značilnost kazenskopravnega odvzema.

je tekel zoper storilca in v katerem je bil ta spoznan za krivega.⁶⁴ Za civilni odvzem pa se ne zahteva obsodba v kazenskem postopku oziroma sodna preiskava.⁶⁵ Zadostuje namreč, da je podana določena stopnja verjetnosti (ta je nižja od stopnje verjetnosti v kazenskem postopku, da je bilo storjeno kaznivo dejanje in da je bilo premoženje pridobljeno z njegovo storitvijo, da je bilo uporabljeno za njegovo storitev ali pa da je v kakršnikoli drugi povezavi s storitvijo kaznivega dejanja). Četrto, pomembna razlika je tudi glede dokaznega bremena. Medtem ko mora pri kazenskem odvzemu tožilec dokazati, da je s kaznivim dejanjem ali zaradi njega nastala protipravna premoženjska korist, obdolženec pa je lahko popolnoma pasiven, saj ga varuje domneva nedolžnosti, je pri civilnem odvzemu dokazno breme na obdolžencu (toženi stranki): on je namreč tisti, ki mora dokazovati, da je bilo premoženje pridobljeno zakonito.

Na podlagi navedenega prikaza podobnosti in razlik med ukrepoma je mogoče ugotoviti, da imata kazenski in civilni odvzem skupne materialnopravne značilnosti, pri procesnih značilnostih pa se razlikujeta. Zastavlja se vprašanje, ali so za pravno naravo ukrepa odločilne njegove materialnopravne ali procesnopravne značilnosti. Odgovor je mogoče najti na podlagi meril iz zadev *Ward* in *Engel*, ki so bila predstavljena v četrtem poglavju tega prispevka in razmejujejo kazenske zadeve od civilnih. Na podlagi teh meril je mogoče ugotoviti, da gre v obeh primerih za materialnopravna merila, kar navaja na sklep, da so za odločitev o tem, ali gre za kazenski ali civilni odvzem, odločilna zlasti materialnopravna, in ne procesnopravna merila. Glede procesnopravnih meril pa je mogoče ugotoviti, da so odvisna od materialnopravnih, saj se uporabijo šele, ko se zadeva okvalificira bodisi kot kazenska bodisi kot civilna, in kažejo na bistvene postopkovne razlike med institutoma, pri sami presoji njune pravne narave pa ne igrajo nobene vloge.

7. SKLEP

Kazenski in civilni odvzem sta pravna instituta z različno pravno naravo. Postopek kazenskega odvzema teče zoper osebo (*in personam*), za katero je bilo

⁶⁴ Kazenski odvzem po slovenski pravni ureditvi pomeni tudi del izreka sklepa o sodnem opominu, vzgojnem ali varnostnem ukrepu na podlagi 70.a in 70.b člena KZ-1 v primerih, ko gre za stvarni varnostni ukrep odvzema predmetov po 73. členu KZ-1, v primerih odvzema premoženjske koristi (njen odvzem je obligatoren) ter na podlagi 498. člena ZKP, če v odločbi manjka odločba o odvzemu in gre za obligatoren odvzem.

⁶⁵ To velja tudi za slovensko pravno ureditev, saj finančne preiskave po ZOPNI ne moremo enačiti s sodno preiskavo, ker finančno preiskavo odredi državni tožilec, če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje. Za sodno preiskavo mora biti podan utemeljen sum (torej višji dokazni standard kot pri finančni preiskavi), to preiskavo pa s sklepom uvede preiskovalni sodnik.

ugotovljeno, da je storila kaznivo dejanje. Zanj je značilna tesna povezava s storjenim kaznivim dejanjem, saj se njegova upravičenost ugotavlja v istem postopku kot kaznivo dejanje, ki je predmet obtožnega akta, prav tako pa zanj veljajo dokazni standardi kazenskega postopka. Nasprotno pa postopek civilnopravnega odvzema teče zoper premoženje (*in rem*). Ta vrsta odvzema ni v tako tesni povezavi s storjenim kaznivim dejanjem, saj se zanj ne zahteva obsodba osebe v kazenskem postopku. Tu gre za odvzem na podlagi nižjega (civilnega) dokaznega standarda, po pravilih civilnega postopka, v katerem ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki sicer veljajo v kazenskem postopku.

Kljub različni pravni naravi pa imata instituta nekatere stične točke, za katere sem ugotovila, da imajo materialnopravno naravo. Ob analizi kriterijev, ki so se izoblikovali v sodni praksi Vrhovnega sodišča ZDA in ESČP in ki razmejujejo kazenske zadeve od civilnih, sem tudi ugotovila, da so ti večinoma materialnopravni. Na podlagi take ugotovitve je mogoče trditi, da so za razmejitve med kazenskimi in civilnimi zadevami odločilna materialnopravna merila, procesnopravna merila pa so od njih odvisna. Navedeno pomeni, da se procesnopravna merila uporabijo šele, ko se opravi razmejitev med kazenskimi in civilnimi zadevami na podlagi materialnopravnih meril in se zadeva okvalificira bodisi kot kazenska bodisi kot civilna.

Analiza odvzema premoženja nezakonitega izvora, urejenega v ZOPNI, ki sem jo opravila po kriterijih na podlagi zadev *Ward in Engel*, za katere sem ugotovila, da so pretežno materialnopravne narave, je pokazala, da odvzem po ZOPNI nima kazenskopravne, temveč civilnopravno naravo. Ta ugotovitev ima, kot je bilo povedano, pomembne posledice na področju kazenskega procesnega prava. Najpomembnejša je gotovo ta, da v postopkih civilnega odvzema ne velja domneva nedolžnosti, ki je sicer eno temeljnih procesnih jamstev v kazenskem postopku in iz katere izhaja tudi zahteva, da trditveno in dokazno breme nosi tožilec. Če za kazenski postopek torej velja, da je lahko obdolženi zaradi dokaznega bremena, ki je na strani državnega tožilca, popolnoma pasiven, pa se popolna pasivnost v postopku civilnega odvzema premoženja »kaznuje« s tem, da država premoženje, za katero je bilo ugotovljeno, da ni bilo pridobljeno na zakonit način, odvzame. Še več: breme dokazovanja, da je bilo premoženje pridobljeno na podlagi zakonitih prihodkov, nosi oseba, ki razpolaga s premoženjem, za katero velja domneva, da ni bilo pridobljeno zakonito. Poleg tega je občutno nižji tudi sam dokazni standard, saj se za uvedbo finančne preiskave (ki pomeni predhodno fazo v postopku odvzema premoženja po ZOPNI, v kateri se ugotavljajo dejstva in zbirajo dokazi, na podlagi katerih se vzpostavi domneva, da gre za nezakonito pridobljeno premoženje) zahtevajo zgolj razlogi za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje, kar je najnižji dokazni standard v kazenskem postopku. V postopku pred pravnim sodiščem, ki sledi

postopku finančne preiskave, pa sodišče odloča o (ne)utemeljenosti tožbenega zahtevka na podlagi civilnega dokaznega standarda, ki je nižji od dokaznega standarda, kakršen se v kazenskem postopku zahteva za obsodilno sodbo (onkraj razumnega dvoma). Ena izmed posledic ugotovitve, da je odvzem premoženja po ZOPNI civilni odvzem, se kaže tudi v obdolženčevi pravici do zagovornika. V kazenskem postopku je namreč v določenih primerih predpisana obvezna obramba z zagovornikom (70. člen ZKP), in če si ga obdolženi ne vzame sam, mu je postavljen po uradni dolžnosti. Civilni postopek pa ne predvideva obveznega zastopanja; stranka lahko za zastopanje pooblasti odvetnika, lahko pa v postopku nastopa sama.

ZOPNI je v razmeroma kratkem obdobju, odkar velja, že doživel spremembo, s katero so bile odpravljene nekatere pomanjkljivosti, na katere je opozarjala strokovna javnost, in prestal tudi ustavnopravni preizkus.⁶⁶ Tudi analiza, ki sem jo opravila po kriterijih, izoblikovanih v sodni praksi ESČP, je pokazala, da ima ukrep po ZOPNI civilnopravno naravo. Vendar ta ukrep še vedno buri duhove. V fazi preizkusa so še ena zahteva in dve pobudi, s katerimi se zahteva presoja ustavnosti ZOPNI oziroma njegovih posameznih členov.⁶⁷ Glede na trenutno stanje v naši državi pa bo po mojem mnenju teh pobud še več, dokler sodna praksa (tako na domačih sodiščih kakor tudi na ESČP) ne bo dala jasnega odgovora, ali se odvzem po ZOPNI šteje za kazenskoopravni ali za civilnopravni ukrep.

Literatura

- Ljubo Bavcon in drugi: Kazensko pravo: Splošni del, šesta izdaja. Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana 2012.
- Ivan Bele: Kazenski zakonik s komentarjem, splošni del. GV Založba, Ljubljana 2001.
- Liz Cambel: Theorising asset forfeiture in Ireland, v: *Journal of Criminal Law*, 71 (2007) 5, str. 441–460.
- Stefan G. Cassella: Civil asset recovery: The American experience, v: *European Criminal Law Association's Forum*, (2013) 3, str. 98–103.
- Anthony Davidson Gray: Forfeiture provisions and the criminal/civil divide, v: *New Criminal Law Review*, 15 (2012) 1, str. 32–67.

⁶⁶ Ustavno sodišče RS je z odločbo št. U-I-23/12 odločilo, da ZOPNI ni v neskladju z Ustavo.

⁶⁷ Podatek o tem sem našla na spletni strani Ustavnega sodišča RS, <www.us-rs.si/nere-sene-zadeve/vse-neresene-zadeve/?search=zopni&x=0&y=0> (20. 11. 2014).

- Robert Esser: Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht: Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Straßburg. De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Damijan Florjančič: Odvzem protipravne premoženjske koristi po veljavni kazenski zakonodaji in nekatera vprašanja o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, v: *Pravosodni bilten*, (2011) 2, str. 215–222.
- Jon E. Gordon: Prosecutors who seize too much and the theories they love: Money laundering, facilitation and forfeiture, v: *Duke Law Journal*, 44 (1995) 4, str. 744–776.
- Štefan Horvat: *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*. GV Založba, Ljubljana 2004.
- Arthur W. Leach, John G. Malcolm: Criminal forfeiture: An appropriate solution to the civil forfeiture debate, v: *Georgia State University Law Review*, 10 (1994) 2, str. 241–295.
- Marc B. Stahl: Asset Forfeiture, Burdens of Proof and the War on Drugs, v: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 83 (1992) 2, str. 274–337.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.37:347.234

PLESEC, Petra: Pravna narava odvzema po Zakonu o odvzemu premoženja nezakonitega izvora**Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 11-12**

Članek obravnava pravno naravo odvzema premoženja, ki ga je uzakonil nedavno sprejeti Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI). Mnenja strokovne javnosti o njej se namreč razlikujejo. Zagovorniki zakona pravijo, da gre za odvzem civilnopravne narave in da zato v postopku, v katerem se o njem odloča, ne veljajo nekatere procesne varovalke, ki so sicer temeljne procesne garancije v kazenskem postopku. Nasprotniki pa trdijo, da gre za kazenski odvzem in da mora biti zato oseba, katere premoženje je predmet odvzema, deležna ustreznih procesnih garancij, kakršne ima obdolženi v kazenskem postopku. V prispevku so najprej predstavljene bistvene značilnosti obeh vrst odvzema: kazenskega in civilnega. V nadaljevanju so predstavljena merila, izoblikovana v ameriški sodni praksi in v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP), ki omogočajo razmejitev med civilnimi in kazenskimi zadevami. Na podlagi teh kriterijev je opravljena analiza odvzema premoženja, ki ga ureja ZOPNI, z namenom ugotovitve njegove pravne narave.

Original Scientific Article

UDC: 343.37:347.234

PLESEC, Petra: Legal Nature of the Forfeiture in the Forfeiture of Assets of Illegal Origin Act**Pravnik, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 11-12**

The article discusses the legal nature of the assets' forfeiture, which was recently adopted by the Forfeiture of Assets of Illegal Origin Act (ZOPNI) and that divides the public opinion in the legal profession. In this Act, its opponents see a civil forfeiture which entails that in the procedure, which is to be decided, certain procedural safeguards that represent the fundamental procedural guarantees in the criminal proceedings do not apply. Opponents of the Act argue that it is a criminal forfeiture and that therefore a person whose property is subject to forfeiture must receive adequate procedural guarantees held by the accused in the criminal proceedings. The author first represents the main characteristics of the criminal and civil forfeiture, followed by the presentation of the criteria formed by the American jurisprudence and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR) that enable the distinction between civil and criminal case. Finally, on the basis of these criteria, the analysis of the assets forfeiture regulated by ZOPNI is made in order to determine its legal nature.