

**DDr. Klemen Jaklič**

sodnik Ustavnega sodišča RS

**Maša Setnikar**

raziskovalna sodelavka

## Zadržanje kazni zapora – ustavnopravni vidik

Ko je posameznik zaradi kaznivega dejanja pravnomočno obsojen na kazen zapora, se postavi vprašanje, ali naj bodisi prvostopenjsko sodišče<sup>1</sup> bodisi Vrhovno<sup>2</sup> ali Ustavno sodišče,<sup>3</sup> ki tako sodbo v okviru svojih pristojnosti preizkuša, do končnega preizkusa izvršitev kazni zadrži. Vprašanje je posebej zanimivo v okoliščinah tiste skupine primerov, v katerih pri obsojenih ni šlo za prisotnost katerega od pripornih razlogov za odvzem prostosti: begosumnost, ponovitvena nevarnost ali nevarnost uničenja oziroma prirejanja dokazov.<sup>4</sup>

Ustavno sodišče na podlagi 58. člena ZUstS lahko zadrži izvršitev posamičnega akta, ki se z ustavno pritožbo izpodbija, če bi z izvršitvijo akta lahko nastale težko popravljive škodljive posledice. Toda po ustaljeni presoji slovenskega Ustavnega sodišča poseg v pravico do osebne svobode (19. člen Ustave) ni tako škodljiva posledica, da bi sama po sebi lahko bila razlog za zadržanje. Do zadržanja kazni zapora tako lahko pride le, če je izkazana verjetnost nastanka neke druge težko popravljive škodljive posledice, ki presega zgolj odvzem prostosti kot posledico pravnomočne obsodilne sodbe.

V zadevi Up-729/03 je bila doktrina jedrnato razložena:

»Ustavno sodišče bi lahko zadržalo izvrševanje pravnomočno izrečene kazni zapora že v fazi sprejema ustavne pritožbe, če [...] bi glede na posebne okoliščine primera grozile kakšne druge težko popravljive škodljive posledice (npr. ogrožanje zdravja ali življenja prizadete osebe). [...] Vendar v zadevi ustavnega pritožnika ne gre za tak primer. Zato je Ustavno sodišče pritožnikov predlog zavrnilo.«<sup>5</sup>

Še podrobneje je svoje stališče Ustavno sodišče pojasnilo v zadevah Up-883/14 in Up-889/14:

»Za odločitev o zadržanju izvrševanja pravnomočne obsodilne sodbe mora biti izkazana možnost nastanka težko popravljivih škodljivih posledic, ki presega posega v osebno svobodo, ki po naravi stvari nastajajo že zaradi same pravnomočne obsodilne sodbe. Kot je bilo že navedeno, narava zatrjevane kršitve sama po sebi ni težko popravljiva škodljiva posledica, je pa element, ki škodljive posledice (lahko) dela še posebej težko popravljive ali celo nepopravljive. Prav s tem pa lahko pomembno vpliva na samo teo škodljivih posledic. Zato je najprej pomembno, ali so podane škodljive posledice, ki jih je mogoče šteti kot

take, ki presegajo same škodljive posledice, ki vsakemu pritožniku nastajajo zaradi prestajanja kazni zapora. Šele če so te izkazane, na njihovo težo lahko pomembno vpliva narava zatrjevane kršitve [...].

Pritožnik težko popravljivih škodljivih posledic v opisanem pogledu ne navaja. Poseg v osebno svobodo seveda onemogoča neposredno sodelovanje pritožnika v dejavnosti gospodarske družbe (kot prokurista). Vendar teh škodljivih posledic samih po sebi ni mogoče šteti za izjemne okoliščine, ki bi odločilno vplivale na odločitev v tej zadevi. Posebne okoliščine, ki bi v skladu z merili, ki jih je sprejelo Ustavno sodišče v sklepih št. Up-729/03 in Up-879/14 glede možnosti zadržanja izvrševanja pravnomočne obsodilne kazenske sodbe na kazen zapora, omogočale sklep o možnosti nastanka težko popravljivih škodljivih posledic v smislu 58. člena ZUstS, zato niso izkazane. Ustavno sodišče je zato predlog za začasno zadržanje izvrševanja kazni, izrečene pritožniku z izpodbijanimi sodbami, zavrnilo.«<sup>6</sup>

Na prvi pogled, z vidika slovenske perspektive, se taka praksa zdi kot nekaj najbolj običajnega. Kolikor je avtorjema znano, pred prvostopenjskimi sodišči in pred Vrhovnim sodiščem tovrstnih zadržanj (že iz razloga odvzema prostosti kot posega v človekovo svobodo) praktično ni. Na Ustavnem sodišču ni nič drugače. Take vloge tečejo po ustaljeni rutini zavrnitev (v tistih primerih, v katerih pritožniki kljub ustaljeni praksi vloge za zadržanje vseeno vlagajo). V slovenski pravni skupnosti o tem vprašanju do zdaj prav tako ni bilo nobene avtorjema znane akademske razprave. Še več, ne le da Ustavno sodišče v svoji več kot petindvajsetletni praksi na podlagi zatrjevane nepopravljive posledice posega v posameznikovo prostost zadržanju še nikoli ni ugodilo, temveč naj bi bil pred Ustavnim sodiščem, če ne gledamo na razlog, v vseh teh letih uspešen le en primer zadržanja kazni zapora nasploh.<sup>7</sup> To

<sup>1</sup> Tretji odstavek 422. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP).

<sup>2</sup> Četrti odstavek 423. člena in četrti odstavek 414. člena ZKP.

<sup>3</sup> Člen 58 Zakona o ustavnem sodišču (ZUstS).

<sup>4</sup> »No flight risk, no danger to commit another crime, no risk to tamper with evidence/witnesses.«

<sup>5</sup> Sodnik dr. Ciril Ribičič je bil edini, ki je v tej zadevi glasoval proti. Glasoval je za zadržanje, svoj glas pa utemeljil v kratkem odklonilnem ločenem mnenju, v katerem je pojasnil svoje zadržke. Ni pa v njem obravnaval primerjalne ustavnopravne teorije in prakse tega vprašanja.

<sup>6</sup> Up-883/14, točki 18 in 19 obrazložitve. Primerjaj z Up-879/14, točki 17 in 18 obrazložitve, kjer je pojasnjen še dodaten vidik: »V naravi stvari je, da poseg v osebno svobodo povzroča škodljive posledice družini obsojenca, tudi njegovemu otroku. Vendar teh škodljivih posledic samih po sebi ni mogoče šteti za izjemne okoliščine, ki bi odločilno vplivale na odločitev v tej zadevi.« A proti taki doktrini sta v citiranih zadevah, Up-883/14 in Up-879/14, glasovala sodnika dr. Mitja Deisinger in dr. Ernest Petrič, ki sta – podobno kot pred njima v Up-729/03 že sodnik dr. Ribičič – spisala tudi odklonilni ločeni mnenji. Iz točk 4 in 5 ločenih mnenj izhaja, da sta v okoliščinah teh primerov odvzem prostosti štela kot zadosten razlog za zadržanje.

<sup>7</sup> Up-889/14, točka 12.

je bil primer Patria,<sup>8</sup> ki pa je prav tako zgolj potrdil doktrino slovenskega Ustavnega sodišča, da sam poseg v osebno prostost ne more biti zadosten razlog za zadržanje. Kazen zapora je bila zadržana le Janezu Janši, preostalima soobsojenima v zadevi Patria pa ne, ker naj bi ob morebitni kasneje ugotovljeni protiuustavnosti le v njegovem primeru poleg samega odvzema prostosti bile izkazane tudi druge težko popravljive škodljive posledice: motnje demokratičnega procesa oziroma delovanja parlamenta ter opozicije.<sup>9</sup>

Ko pa na tako prakso pogledamo s širše, primerjalne ustavnopravne perspektive, se pokaže najmanj kot nenavadna. Odsotnost zadržanj v tovrstnih zadevah se že na prvi pogled ne zdi usklajena z načelom sorazmernosti. Pravica do svobode (osebne prostosti) je seveda temeljna ustavna pravica in človekova pravica.<sup>10</sup> Kot taka je lahko omejena zgolj skladno z ustavnim načelom sorazmernosti, slovensko Ustavno sodišče pa je med tistimi sodišči, ki izrecno razlagajo, da je za presojo skladnosti vseh posegov v človekove pravice in temeljne svoboščine vselej treba uporabiti strogi test sorazmernosti. Zdi se, da sta si ta doktrina in doktrina zoper vsa zadržanja, ko gre »zgolj« za argument posega v prostost, v očitnem nasprotju in (še) nista ustrezno usklajeni. Za doseg legitirnega cilja (doseči pravico prek izvršitve pravno-močne sodbe) na prvi pogled obstaja praktično enakovredno, a za poseg v osebno svobodo mnogo milejše sredstvo: obsojenec, za katerega je ugotovljeno, da ni begosumen in da zanj ne veljata nevarnost ponovitve kaznivega dejanja ali uničenja/prirejanja dokazov, na dokončno odločitev o vseh vidikih svoje obsodbe, tudi vidikih Ustave in človekovih pravic, lahko počaka na prostosti. S tem je ustrezno definiran legitimen cilj dosežen (storilci, katerih obsodbe so potrjene, so kaznovani),<sup>11</sup> obenem pa se na ta način onemogoči nevarnost neupravičenega nepopravljivega posega v človekovo svobodo v primerih, ko bi bila obsodba razveljavljena. Brez upoštevanja takšne sorazmernosti bi med drugim prihajalo tudi do situacij, ko bi kasneje oproščeni obsojenec do odločitve Vrhovnega in Ustavnega sodišča kazni v celoti že prestopal, zgolj denarna odškodnina pa mu povzročeni nepopravljivi posledici kasneje ne bi mogla odtehtati.

Če je absolutno pravilo o zavrnitvi zadržanj iz naslova posega v svobodo z vidika sorazmernosti že na prvi pogled suspektno, pa se dvom o takšni praksi še bolj zaostri ob analizi primerjalnopravne ureditve tega vprašanja. V nasprotju s slovensko so ureditve v zahodni ustavni praksi – zaradi temeljne človekove pravice do svobode, ki je v tovrstne primere neizogibno

vpeta – bolj ali manj skladne z načelom sorazmernosti. To je tako, četudi nekatere od teh držav v svojih ustavnosodnih praksah načela sorazmernosti sploh nimajo tako zelo strogo zastavljene, kot ga ima prav slovensko Ustavno sodišče.

## Zvezna republika Nemčija

Nemško Zvezno ustavno sodišče na primer že vse od svojih začetkov, ko se je s tem vprašanjem prvič soočilo leta 1958,<sup>12</sup> konsistentno stoji na stališču, ki je diametralno nasprotno slovenski predpostavki. Pravico do osebne svobode (prostosti) razume kot pravico, ki ima v hierarhiji ustavnih pravic posebno težo (*besonderes Gewicht*),<sup>13</sup> kazni zapora pa šteje za enega najhujših mogočih posegov v človekovo svobodo, takšnega, ki je že po svoji naravi nepopravljiv.<sup>14</sup> Nobena denarna odškodnina ne more popraviti škode, ki je človeku nastala zato, ker je bil protipravno (protiuustavno) zaprt. Zaradi odvzema prostosti lahko človek izgubi službo, družino in celo vrsto priložnosti, ki bi jih sicer v tistih letih življenja imel, ter uživanje vseh človekovih pravic, ki jih je mogoče izvrševati le na prostosti. Denar tudi ne more popraviti škode, ki zaprtemu človeku ob zavedanju, da je določen čas svojega življenja namesto na neki drug, bolj časten način preživel v zaporu, nastane zaradi okrnjenja njegovega dostojanstva. Iz teh razlogov odvzem prostosti po ustaljeni nemški ustavnosodni presoji sam po sebi predstavlja razlog za zadržanje pravno-močne obsodilne kazenske sodbe do odločitve o ustavni pritožbi. Ob pritožnikovem sklicevanju nanj do zadržanja nato praviloma tudi pride, če le na drugi strani tehtnice ne prevladajo specifične nasprotno okoliščine nekega konkretnega primera.<sup>15</sup>

Sodišče pri tej presoji uporabi dvostopenjski sorazmernostni test, v katerem tehta težo negativnih posledic, ki bi nastale, če sodišče vloži začasno zadržanje ne bi ugodilo, pritožnik pa bi kasneje z ustavno pritožbo uspel, ter težo negativnih posledic, ki bi nastale, če bi sodišče začasno zadržanje sprejelo, ustavni pritožnik pa nato v glavni stvari ne bi uspel. V zadevi BVerfG 2 BvR 449/05 je sodišče na primer zadržalo kazni zapora za kaznivo dejanje goljufije, za katero je bil pritožnik obsojen na tri leta in tri mesece zapora, ter razložilo:

»a) Če začasna odredba ne bi bila izdana, kasneje pa bi se izkazalo, da je ustavna pritožba utemeljena, bi v vmesnem času prišlo do izvrševanja zaporne kazni treh let in treh mesecev. S tem bi šlo za občuten poseg v pravico posameznika do osebne svobode, ki ima med temeljnimi pravicami posebno težo (prim.

<sup>8</sup> Up-879/14 (Janša) ter povezani zadevi Up-883/14 (Crnkovič) in Up-879/14 (Krkovič).

<sup>9</sup> Up-879/14, točke 11–18.

<sup>10</sup> Kot taka je izrecno opredeljena tudi v slovenski ustavni ureditvi (19. člen, poglavje »Človekove pravice in temeljne svoboščine«).

<sup>11</sup> Če bi legitimen cilj definirali bolj ozko (na primer čimprejšnja izvršitev prav vsake pravno-močne obsodbe, vključno s tistimi, ki kršijo zakon ali temeljne človekove pravice), takšen cilj ni več v celoti legitimen, saj bi izvršitev protizakonite obsodbe ali obsodbe na podlagi kršenja človekovih pravic sama po sebi pomenila protiuustavno ravnanje (ustavno nedopusten cilj). Nezakonitih in protiuustavnih obsodb pa je po naravi stvari v postopku preizkusa na Vrhovnem in Ustavnem sodišču precej. Poleg tega v takih primerih javnost (davkoplačevalci) za napačno obsodbo in s tem protizakonito oziroma protiuustavno izvršeno zaporno kazni tudi plača(jo) odškodnino, kar tudi kaže na to, da cilj takojšnje izvršitve sodbe sam po sebi še ni legitimen cilj oziroma cilj v javnem interesu, saj je z njim (javnim interesom) v tej meri ravno v nasprotju. Legitimen cilj je lahko zgolj čim hitrejša zagotovitev pravice oziroma čimprejšnja izvršitev zakonsko- in ustavnoskladnih pravno-močnih sodb ter odprava nezakonitih in protiuustavnih.

<sup>12</sup> BVerfGE 8, 102-103.

<sup>13</sup> 2 BvR 769/10: »Die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG) hat unter den grundrechtlich verbürgten Rechten besonderes Gewicht (vgl. BVerfGE 65, 317 (322); 104, 220 (234); BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Zweiten Senats vom 22. Dezember 2009 – 2 BvR 2365/09, Rn. 3.«

<sup>14</sup> BVerfGE 65, 317 (322); BVerfGE 104, 220 (234); BVerfGE 22, 178 (180); 84, 341 (344); 2 BvR 2365/09 Rn 3, 2 BvR 769/10; idr.

<sup>15</sup> BVerfGE 65, 317 (322); BVerfGE 88, 169 (172); BVerfGE 91, 328 (332); BVerfGE 104, 220 (234); BVerfGE 22, 178 (180); BVerfGE 84, 341 (344); 2 BvR 2365/09 Rn 3, 2 BvR 769/10; idr. Poleg tega mora biti za odločanje o začasnem zadržanju ustavna pritožba dopustna in ne očitno neutemeljena. Preko tega res minimalnega standarda procesne in vsebinske upravičenosti ustavne pritožbe pa po izrecni ustaljeni praksi nemško Zvezno ustavno sodišče pri odločanju o zadržanju kriterijem utemeljenosti argumentov iz ustavne pritožbe sploh ne upošteva, glej BVerfGE 34, 241 (342); BVerfGE 56, 396.

BVerfGE 2, 178 (180)), in tega pozneje ne bi bilo več mogoče popraviti.

b) Če pa bi bila začasna odredba izdana, kasneje pa bi ustavno sodišče ustavno pritožbo zavrnilo kot neutemeljeno, bi bila škoda, ki bi zaradi tega nastala, manjša. V tem primeru se zaporne kazni, izrečene s pravnomočno sodbo, začasno ne sme izvršiti. Ni treba skrbeti, da bi s podreditvijo javnega interesa glede takojšnje izvršitve pravnomočno izrečene kazni zapora javni koristi nastala znatna škoda.<sup>16</sup>

Prav to formulo sodišče uporablja v vseh podobnih primerih in predstavlja omenjeno ustaljeno ustavnosodno prakso tega vprašanja. Glede pogostosti zadržanj stroka ob tem pojasnjuje, da v takšni ustaljeni praksi »grozeči ali že obstoječi odvzem prostosti praviloma zadosti [’erfüllt regelmäÙig’] pogojem« za ugoditev predlogu za zadržanje.<sup>17</sup>

## Združene države Amerike

Podobno tudi ureditev v ZDA jasno odraža zavedanje ameriške ustavne demokracije o sorazmernem in enakopravnem varstvu svobode kot osrednje ustavne pravice. Zadržanje je mogoče v primerih, ko obstajajo prepričljivi razlogi za to, da pravnomočno obsojeni,<sup>18</sup> v primeru, če se ga do dokončanja postopkov s pritožbami pusti na prostosti, ne bo pobegnil ali pomenil nevarnosti za drugega ali skupnost (naša kategorija primerov obsojencev brez pripornih razlogov), ter ko njegovo pravno sredstvo po vsebini sproža znatno pravno ali dejansko vprašanje (*substantial question*), ki je za primer tako bistveno, da bi ugoditev pritožbi privedla bodisi do razveljavitve sodbe, oprostitev, spremembe kazni, ki ne bi več vključevala kazni zapora, bodisi do zmanjšanja kazni zapora, ki bi bila krajša od obdobja kazni, ki jo je obsojeni morebiti že prestal, v številni predviden čas za odločanje na pritožbeni instanci.

Ključni del, ki največkrat odloča o ne/uspehu vlog za zadržanje, je pogoj »znatnega vprašanja« (*substantial question*). Ameriški pristop k zadržanju od nemškega loči prav tovrstno vnaprejšnje ocenjevanje utemeljenosti vsebine pravnega sredstva v glavni stvari. »Znatno vprašanje« pomeni, da mora pravno sredstvo glede verjetnosti uspeha seči dlje od praga za nedopustno ali očitno neutemeljeno pritožbo (nemški pristop se zadovolji s takim minimalnim pragom in globlje v potencial uspeha ne posega, glej opombo 15). Obenem pa vsaj nekatera od zveznih sodišč tudi ne zahtevajo stopnje, ki bi vzpostavila raven »verjetnosti« uspeha: »more than merely non-frivolous, but need not rise to the level of establishing likelihood of success« (drugo okrožje).<sup>19</sup> Nekatera druga zvezna sodišča kriterij

»znatnega vprašanja« razlagajo kot »close question or one that very well could be decided the other way« (enajsto okrožje),<sup>20</sup> nekatera kot »fairly debatable question« (deveto okrožje)<sup>21</sup> in spet druga kot »novel, has not been decided by controlling precedent, or that is fairly doubtful« (tretje okrožje).<sup>22</sup> Če sodišče oceni, da je v vsebinski pritožbi prisotno takšno »znatno vprašanje«, mora nato presoditi še, ali je tovrstno vprašanje tako bistveno, da bi ugoditev argumentu verjetno vodila do oprostitev ali razveljavitve oziroma preostalih razlogov za prenehanje zaporne kazni, ki so navedeni zgoraj.

Ker v mednarodni strokovni literaturi analiza pogostosti zadržanj v ZDA do danes še ni bila opravljena, sva jo avtorja izdelala sama.<sup>23</sup> Analizirala sva vse primere zadržanj na ravni vseh zveznih sodišč, ki so dostopni v bazi Westlaw, najboljše bazi ameriške zvezne judikature. Ob proučevanju dostopnih primerov po desetletjih za obdobje zadnjih štiridesetih let sva nato izločila tiste, v katerih je sodišče zadržanje po pravnomočni sodbi zavrnilo iz razlogov begosumnosti, nevarnosti ponovitve ali uničenja dokazov, ter prav tako primere, ki jih je sodišče zavrglo zaradi njihove očitne neutemeljenosti, nedopustnosti ali kakšnega drugega procesnega razloga. Tako sva izmed vseh primerov izluščila zgolj tiste, ki predstavljajo ravno kategorijo primerov, proučevanih v tej študiji.

Rezultati so pokazali, da v ameriški praksi do zadržanj v analizirani kategoriji prihaja približno v polovici primerov, da je ta odstotek približno enak v vsakem od štirih desetletij, da se možnost zadržanja manjša relativno s težo kaznivega dejanja in obratno, ter da v primeru najhujših kaznivih dejanj (na primer umora, oboroženega ropu) zadržanja ni mogoče zahtevati. Ustavna vrednota svobode pravnomočno obsojenih pritožnikov je v ZDA tudi v svojem praktičnem učinku torej upoštevana vsaj relativno sorazmerno z vrednotami, ki ji v kontekstu zadržanja stojijo nasproti. K zanimivemu vprašanju, zakaj takrat, ko dokazano ni pripornih nevarnosti, svoboda ni morda varovana še bolj, se bomo vrnili ob proučitvi ureditve v Kanadi.

## Kanada

Kanadska ureditev in sodna praksa za uspešno zadržanje kazni zapora po pravnomočni obsodbi zahtevata, da pravno sredstvo zoper takšno obsodbo ni »očitno neutemeljeno«, da pri obsojencu ne obstaja nevarnost pobega, ponovitve kaznivega dejanja ali uničenja dokazov ter da izvršitev zaporne kazni pred končanimi postopki s pravnimi sredstvi z vidika javnega interesa ni nujna (*not necessary in the public interest*).<sup>24</sup>

<sup>16</sup> BVerfGE 2 BvR 449/05. Glej tudi na primer BVerfGE 56, 396; 2 BvR 1323/06; BVerfGE 8, 102-103; BVerfGE 14, 11-13; BVerfGE 22, 178-180; BVerfGE 88, 169 (172); BVerfGE 91, 328 (332); 2BvR 2060/06; 2 BvR 1261/00; 2 BvR 769/10; idr.

<sup>17</sup> Badura, M., in Kranz, M.: »Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen«, Zeitschrift für das Juristische Studium«, 4/2009, str. 387. Tehnica pa se je v korist takojšnje izvršitve zaporne kazni nagnila denimo v primeru 2 BvR 769/10, v katerem je tožilstvo storilca preganjalo zaradi več resnih kaznivih dejanj, vključno s trgovino z ljudmi, spolnimi kaznivimi dejanji, prostitucijo itd., pri čemer je Ustavno sodišče ocenilo, da bi nastala znatna škoda, če bi tako trdovratnega obsojenca, ki ga je tožilstvo preganjalo deset let, do dokončne odločitve o ustavni pritožbi pustili na prostosti.

<sup>18</sup> Na zvezni ravni v ZDA pravnomočnost in s tem obveznost prestajanja zaporne kazni nastopi ob obsodbi na prvi zvezni stopnji. Obenem pa so vsa zvezna sodišča tudi ustavna sodišča. Ustavo razlagajo neposredno v njeni aplikaciji v konkretnem primeru ter odločajo o ustavnosti zakonov in drugih predpisov, s tem pa tudi o tem, ali jih bodo v primeru uporabila ali ne.

<sup>19</sup> US v. Randell (2d Cir.); E Barr in M Levin, »Bail Pending Appeal in the Second Circuit«, New York Law Journal, Vol 247, št 72, 2012.

<sup>20</sup> US v. Giancola (11th Cir.).

<sup>21</sup> US v. Handy (9th Cir.).

<sup>22</sup> US v. Miller (3d Cir.).

<sup>23</sup> Za podrobnejše informacije in pomoč pri tem se zahvaljujemo sodnikom in strokovnemu osebju zveznih sodišč, Zveznemu uradu ZDA za statistiko v pravosodju, ter avtorjem tu navedenih del, Mitchell Levinu, Evan Barru in Douglas Kellerju.

<sup>24</sup> Hon. Trotter, G.: »The Law of Bail in Canada«, Carswell, Toronto, 2018, str. 10-12, 10-19 in 10-20.

V tej ureditvi je ključen tretji kriterij (*not necessary in the public interest*), ki med drugim pomeni, da mora odločitev glede zadržanja tudi vzbujati zaupanje razumnega člana skupnosti v pravično delovanje pravosodnega sistema.<sup>25</sup>

Tretji kriterij se uporabi le v primerih, ki se z vidika javnega interesa vzpenjo nad zgolj splošno skrb po izvršitvi pravnomočnih kazenskih sodb. Tako je predvsem v primerih, v katerih gre za visoko stopnjo resnosti kaznivega dejanja,<sup>26</sup> za kvalificiran način, na katerega je bilo kaznivo dejanje storjeno, ali pa druge podobne okoliščine, ki javni interes po učinkovitem zatiranju tovrstne kriminalitete zvišajo nad običajno mero.<sup>27</sup> Ko gre za primer takšne vrste, kanadska doktrina še vedno dopušča odločitev sodišča v prid zadržanju, a za to zahteva, da imajo argumenti iz pravnega sredstva precejšnje možnosti za uspeh, takšne, ki »očitno presegaajo zgolj prag nefrivolne pritožbe«,<sup>28</sup> ter da sta stopnja javne nevarnosti in pobega resnično zanemarljivi.<sup>29</sup> Vrhovno sodišče Kanade je nedavno soglasno potrdilo, da se na podlagi slednjih kriterijev vse do končanih postopkov lahko zadrži tudi pravnomočno dosojeno dosmrtno kazen zapor zaradi kaznivega dejanja umora.<sup>30</sup>

V najbolj neproblematičnih primerih, ko se javni interes po čimprejšnji izvršitvi kazni zapor ne vzpen nad običajno raven, pa se po ustaljeni doktrini tretji kriterij ne aplicira oziroma je njegova teža zanemarljiva.<sup>31</sup> V teh primerih je za zadržanje pravnomočne kazni zapor praviloma dovolj, da ne gre za obsojence, ki so izkazano begosumni ali pomenijo nevarnost za ponovitev kaznivega dejanja oziroma uničenja dokazov, ter da pravno sredstvo ni očitno neutemeljeno ali frivolno. Kanadski pristop z obema skrajnostma ter znotraj polja med njima torej uporablja t. i. drseči (*sliding scale*) test sorazmernosti.<sup>32</sup> Vidimo, da tudi v Kanadi velja, da se pravico pravnomočno obsojenega do svobode obravnava sorazmerno s težo nasproti stoječih vrednot, in ne po poti absolutnega pravila zoper zadržanje iz naslova svobode.

Naposled pa se vendarle postavi še vprašanje, zakaj v primerih sodno nedokazanih nevarnosti – begosumnost, ponovitvena nevarnost, nevarnost uničenja dokazov – sodišča svobodo pred izčrpanjem vseh pravnih sredstev sploh omejijo? Če gre res za sodno dokazano odsotnost teh nevarnosti, zakaj zadržanje v takšnih primerih ni mogoče prav vselej? Od kod svojo moč črpa protiargument zaupanja razumnega člana skupnosti v pravično delovanje pravosodnega sistema? Odgovor na ta vprašanja tiči v dejstvu, da, tako kot pravnomočna obsodba, zoper katero vsa pravna sredstva še niso izčrpana, tudi sodna resnica o odsotnosti omenjenih nevarnosti v večini primerov v resnici nikoli ne more biti povsem gotova. Vselej obstaja vsaj nekaj možnosti,

da bo obsojeni, kljub odsotnosti dokaza o begosumnosti ali na primer nevarnosti ponovitve, v resnici pobegnil ali zagrešil novo kaznivo dejanje.<sup>33</sup> Bolj kot je kaznivo dejanje resno in bolj kot je storjeno na kvalificiran način ter daljša kot je kazen zapor, večja sta tveganje in škoda, če do pobega ali ponovitve vseeno pride, kljub temu, da omenjene nevarnosti po sodnih standardih niso dokazane. V takšnem primeru je seveda prav tako ogrožena svoboda – svoboda tretjih. Tako kot na strani pravnomočne, a ne preizkušene obsodbe do konca postopka ostaja dvom o obsodbi, zaradi česar je zadržanje kot institut vsekakor na mestu, tako tudi na strani omenjenih nevarnosti, če bi do zadržanja prišlo, obstaja podoben dvom in je zatorej v ustreznem delu tudi zavrnitev zadržanja morda upravičena. In to iz liberalnega vidika, ki svobodo vsakogar ceni enako. Ta uvid o obstoječi nevarnosti kljub sodno nedokazani nevarnosti obenem razloži ne samo kanadsko »drsečo sorazmernost«, temveč tudi relativno sorazmernost v ZDA ter dejstvo, da tudi v Nemčiji pri kategoriji primerov brez pripornih razlogov doktrina zadržanja ni povsem dosledna takrat, ko gre za hujša kazniva dejanja in bolj trdovratne storilce. V nobeni od primerjanih ureditev, razen pri nas, pa rešitev ne gre absolutno v prid zgolj ene od obeh strani v tej sorazmernostni enačbi svobode. Enostranska rešitev ni skladna z enakim in sorazmernim varstvom človekove pravice do osebne svobode.<sup>34</sup>

Čisto na koncu pa še zadnje zrno dvoma. Če drži, da naj bi bil dvom na obeh straneh neizbežen (ne le glede zakonitosti/ustavnosti pravnomočne obsodbe, temveč tudi glede odsotnosti sicer nedokazanih nevarnosti) ter da je zato v primerih hujših kaznivih dejanj iz proučevane kategorije v sorazmerni meri treba odločiti tudi v škodo zadržanja, zakaj potem takega simetričnega sorazmernostnega pristopa sodišča ne uporabljajo tudi v primerih, ko je nevarnost dokazana: sorazmernostna simetrija bi terjala, da se vsaj v nekaterih primerih sicer dokazane, a ne najbolj izrazite begosumne in ponovitvene nevarnosti ter nevarnosti uničenja dokazov kljub sodnemu dokazu tu in tam prav tako odloči v prid obdolženčevi svobodi (zadržanju). Pa se nikoli.

Morda je naposled z golo razumsko logiko vendarle skladna zgolj rešitev, ki obstoj dejstva sodne dokaznosti/nedokazanosti nevarnosti jemlje resno. Kot takšno, kakršna v pravno upoštevnem smislu v resnici je: obstoječa ali pa neobstoječa nevarnost. In da torej za kategorijo primerov, v katerih so nevarnosti (begosumnost, ponovitev, uničenje dokazov) sodno izključene, zavrnitev zadržanja do izčrpanja vseh preizkusov – enako kot ugoditev zadržanju v primerih dokazanih nevarnosti – ne more biti razumsko utemeljena ter je kot takšna nedopustna v vsakem tovrstnem primeru, ki obenem ni frivolen ali očitno neutemeljen.

<sup>25</sup> Hon. Trotter, G., naved. delo, str. 10–20 in 10–23.

<sup>26</sup> R v. McAuley, str. 318; R v. Souliere.

<sup>27</sup> Hon. Trotter, G., naved. delo, str. 10–31.

<sup>28</sup> »Where the grounds of appeal clearly surpass the non-frivolous criterion«, R v. Fuhr (2017), 57; R v. Oland (2017).

<sup>29</sup> »Where [] public safety and flight risk are negligent«, R v. Fuhr (2017), 57.

<sup>30</sup> R v. Oland (2017). Preostala kanadska zvezna sodišča so se že pred primerom Oland tu in tam odločila za zadržanje pravnomočne kazni zapor v primeru kaznivega dejanja umora, glej na primer R v. Molodowic (1997); R v. O'Grady (1997); R v. Nguyen (1997); R v. Morin (1993); R v. Khan (1998); R v. Illina; glej tudi R v. Baltovich (2000); R v. Manasseri (2014); R v. Parsons (1994).

<sup>31</sup> Hon. Trotter, G., naved. delo, str. 10–30.

<sup>32</sup> Hon. Trotter, G., naved. delo, str. 10–31.

<sup>33</sup> Kanadska zvezna sodišča odkrito priznavajo, da te elemente, kljub njihovi sodni odločenosti, vseeno vključujejo v svoj preizkus glede zadržanja. Glej na primer R v. Oland (2017) točka 39; R v. Fuhr (2017) točki 53 in 58 (odstavki 3–5).

<sup>34</sup> Up 323/17 z dne 25. julija 2017, odklonilno ločeno mnenje sodnika DDR. Jakliča, ki se mu pridružuje sodnik Šorli; Up 335/17 z dne 11. julija 2017, pritrđilno ločeno mnenje sodnika DDR. Jakliča.