



**REPUBLIKA SLOVENIJA
USTAVNO SODIŠČE**

U-I-272/98
13. 5. 2003

Pritrdilno ločeno mnenje sodnika dr. Fišerja, ki se mu pridružuje sodnica dr. Wedam Lukić

1. Glasoval sem za osnutek odločbe v tej zadevi, ki je bil soglasno sprejet. Tudi s poglobitnimi argumenti za razveljavitev sporne določbe se strinjam; za odločitev so zadoščali, vendar utegnejo nastati težave v nadaljevanju, ko bo moral zakonodajalec opraviti popravni izpit in t. i. policijske prikriti preiskovalne ukrepe urediti na novo v skladu s stališči iz te odločbe. Takrat se bo pokazalo, da mu jih odločba ne daje v zadostni meri. Na enega izmed teh problemov želim zato opozoriti v svojem ločenem mnenju.

2. Zaradi navezave na ločeno mnenje v nadaljevanju moram najprej na kratko opozoriti, da sta bila prvi in tretji odstavek 49. čl. ZPol razveljavljena iz treh bistvenih razlogov in sicer zato, ker je dosedanja ureditev premalo določna, ker zajema daleč preširok krog (katalog) kaznivih dejanj in ker trajanje ukrepov časovno ni dovolj omejeno.

To z drugimi besedami pomeni, da so bili razveljavljeni trije (to je večina) od pogojev, ki morajo biti izpolnjeni, da se ukrepi po 49. čl. ZPol lahko odredijo. Izmed preostalih pogojev subsidiarnost ni bila sporna, saj naj bi delovala kot pomemben omejevalni pogoj (vprašanje je le, ali v praksi v resnici ima takšne učinke) in je zaradi tega ne predlagatelj ne pobudniki niso izpodbijali.

Ostane še vprašanje stopnje verjetnosti (dokaznega standarda), da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ki bi morala biti podana, da bi bili ti ukrepi dopustni. Načeloma ne more biti sporno, da so posegi države v pravice in svoboščine ljudi, ki se navezujejo na domnevno storjeno kaznivo dejanje, dopustni le, če je podana potrebna verjetnost, da se je to res zgodilo. Ta mora biti tem višja, čim hujši so takšni posegi. V konkretnem primeru je zakonodajalec določil, da so dovolj že razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, torej najnižji dokazni standard, ki ga pozna naše kazensko procesno pravo, čeprav gre za ukrepe, ki razmeroma globoko posegajo v pravice in svoboščine ljudi.

Nekateri izmed pobudnikov so, poleg drugih, izrecno izpodbijali tudi ta del sporne določbe.

3. Za odločitev, ki jo je sprejelo US, so v odločbi navedene kršitve Ustave, kot rečeno zadoščale. Toda vprašanje stopnje verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ki mora biti podana, da je mogoče odrediti uporabo prikritih preiskovalnih ukrepov, je ena izmed ključnih točk tega instituta.

Z zahtevo po določnosti ureditve, omejenem katalogu kaznivih dejanj in (znatno) bolj omejenem trajanju, kakor je veljalo doslej, so v pretežni meri določeni formalni okviri ali kriteriji za odrejanje ukrepov po 49. čl. ZPol. Zahteva po subsidiarnosti in dokazni standard sta bolj vsebinske narave. Prvi od teh dveh pogojev je pri vseh prikritih preiskovalnih ukrepih (tudi tistih, ki jih odreja sodišče in tistih, ki jih odreja državni tožilec) vezan praktično v celoti na krog podatkov in ocen, ki izvirajo iz policijske sfere [1] ter zato že načeloma znatno manj učinkovit v svoji garantni funkciji. Kljub temu ne bi smeli spregledati pomembne razlike, ki nastaja v primerih, ko o tem, ali so izpolnjeni pogoji za uporabo prikritih preiskovalnih ukrepov, odloča državni tožilec in - zlasti - sodišče, v primerjavi s tistimi, ko odloča policija popolnoma sama. Takšna je ureditev v konkretnem primeru: policija čisto sama ocenjuje, da kaznivega dejanja brez uporabe spornih ukrepov ne bo mogla odkriti, preprečiti ali dokazati in nato - sama sebi -dovoli izvajati prikriti preiskovalni ukrepe. Še znatno bolj ohlapno je ugotavljanje, kakšne neki naj bi bile nesorazmerne težave, povezane z odkrivanjem, preprečevanjem ali dokazovanjem kaznivega dejanja, ki prav tako legitimirajo uporabo policijskih prikritih preiskovalnih ukrepov. Skratka, pri ukrepih iz 49. čl. ZPol (z majhno izjemo pri tistem, ki ga odobri državni tožilec, gl. 2. odst. 49. čl. ZPol), gre, za razliko od ukrepov, o katerih se odloča na podlagi določb ZKP, za odločanje, ki ostaja popolnoma v okvirih policijskega delovanja, brez kakršnekoli - vsebinske ali formalne - predhodne kontrole s strani organov zunaj policijske organizacije. Kontrola mogoča šele

naknadno. Že samo to dejstvo izjemno poveča moč policije in bi se ga morali zavedati vselej, ko je govor o prikritih preiskovalnih ukrepih [2]. Garantna funkcija subsidiarnosti je zato relativna [3].

4. Pri dokaznem standardu naj bi šlo torej za najmočnejši vsebinski kriterij, ki naj prepreči, da se ukrepi ne bodo uporabljali arbitrarno [4], skorajda po prosti presoji tistega, ki o njegovi uporabi odloča. ZPol, ki je bil sprejet v vmesnem obdobju med odločbo US[5], ki je razveljavila ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov po ZKP94 in novelo ZKP iz leta 1998 [6], je v pogledu stopnje verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ostal pri rešitvah, ki jih je poznal ZKP94, torej pri "nizkih" razlogih za sum. Odločitev je bila skoraj izzivalno tvegana [7], saj je US v že citirani odločbi izrecno opozorilo prav na vprašanje dokaznega standarda in - v splošnem - zahtevalo več, kakor so bili razlogi za sum, na katerih je slonela ureditev iz ZKP94 [8], čeprav je treba ugotoviti, da tega ni storilo (izrecno) prav za vse ukrepe, ki jih je zajemal tedanji 150. čl. ZKP94.

Res je, nadalje, da je da je US v že citirani odločbi, zakonodajalcu naložilo, naj med ukrepi iz 1. odst. 150. čl. ZKP94 (to pa so bili, kot rečeno, tedaj vsi prikriti preiskovalni ukrepi) vzpostavi ustrezno hierarhijo[9], saj je ocenilo, da je bila dotedanja ureditev premalo diferencirana. Vendar pa dvomim, da bi tedaj imelo v mislih tudi možnost, da bi za katerikoli prikriti preiskovalni ukrep smela ostati kot temeljni pogoj že najnižja stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje.

Svoje pomisleke opiram na dejstvo, da so razlogi za sum, kot rečeno, najnižja stopnja verjetnosti, ki jo sploh predvideva naš zakonodajalec kot vsebinski temelj za posege državnega represivnega aparata v pravice in svoboščine ljudi, potem ko je bilo domnevno storjeno kaznivo dejanje. Takšna verjetnost je npr. potrebna za to, da policija lahko uporabi svoja temeljna investigativna pooblastila, ki izhajajo iz 2. odst. 148. čl. ZKP. Tako so razlogi za sum npr. podlaga tudi za t. i. splošno poizvedovanje, vključno z zbiranjem informacij o kaznivem dejanju in o storilcu od vseh oseb, ki bi o njem lahko kaj vedele.

Nobenega dvoma ni, da gre pri slednjem za pooblastila, ki neprimerljivo manj posegajo v zasebnost ljudi[10], kakor prikriti preiskovalni ukrepi iz 49. čl. ZPol. Nesprejemljivo je, da bi bili ukrepi, ki so v tem pogledu tako zelo drugačni, zlasti pa neprimerljivo bolj invazivni, vezani na enak dokazni standard kot temeljni vsebinski pogoj za njihovo izvajanje.

Načelo sorazmernosti zahteva, kot že rečeno, da so bolj invazivni ukrepi vezani na strožje pogoje za njihovo izvedbo.

To je prvi razlog zaradi katerega mislim, da bi morala biti verjetnost, da je bilo storjeno kaznivo dejanje kot pogoj za uporabo prikritih preiskovalnih ukrepov, višja. Bilo bi dobro, če bi se zakonodajalec tega zavedal, ko bo popravljal ZPol, ne glede na to, da odločba US o tem problemu tokrat ne reče nič.

5. Drugi pomemben vsebinski argument, zakaj razlogi za sum ne morejo biti dovolj za uporabo prikritih preiskovalnih ukrepov, je procesnopravno sistemske narave in je povezan z dokazno vrednostjo ugotovitev, pridobljenih s pomočjo prikritih preiskovalnih ukrepov.

Informacije, ki jih pridobi policija na podlagi poizvedovanja po 2. odst. 148. čl. ZKP, ob enaki verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ne morejo biti dokaz v kazenskem postopku.

Nasprotno, rezultati prikritih preiskovalnih ukrepov (to velja tudi za tiste iz 49. čl. ZPol), so dokaz v kazenskem postopku.

Gre za star in znan problem v našem kazenskem postopku, v katerem si je policija, potem ko ji je bila z veliko novelo ZKP v letu 1967 odvzeta možnost, da bi informacije, ki jih je pridobila od oseb (zlasti od domnevnega storilca kaznivega dejanja), pomenile dokaz v kazenskem postopku, vseskozi prizadevala, da bi se tej prepovedi - sicer logični in razumljivi za tip postopka, ki je v veljavi pri nas - izmaknila. Po skoraj štirih desetletjih od tedaj, ko se je to zgodilo, je vednost o razlogih za takšno odločitev že močno zbledela [11], čeprav to niti najmanj ne pomeni, da danes niso več aktualni.

Možnost izogniti se prepovedi se je policiji ponudila s policijskimi prikritimi preiskovalnimi ukrepi, ki pogosto niso nič drugega, kakor povsem običajno policijsko delovanje, le da je uokvirjeno v enega izmed ukrepov iz 49. čl. ZPol. Na ta način je policija dosegla, da so njene poizvedbe in njihovi rezultati,

pogosto povsem enaki tistim iz 2. odst. 148. čl. ZKP, postali dokaz v kazenskem postopku. Glede na to, da pogoji, ki morajo biti izpolnjeni za njihovo odreditev, kakor smo videli, niso posebej strogi[12], je povsem jasno, da se policiji ta razmeroma nezahtevni manevar izplača.

To je v popolnem nasprotju z veljavno ureditvijo v ZKP in pomeni očitno kršitev vsaj 2. odst. 14. čl. Ustave. Iz tega razloga ne morem pristati na to, da bi bilo te ukrepe - če naj bodo njihovi rezultati dokaz v kazenskem postopku - dopustno izvajati ob istem standardu verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, kakor policijske poizvedbe po 2. odst. 148. čl. ZKP.

dr. Zvonko Fišer

dr. Dragica Wedam Lukić

Opombe:

[1] V ZPol se glasi "...in policisti tega dejanja ne morejo drugače odkriti preprečiti ali dokazati, ali bi bilo to zvezano z nesorazmernimi težavami...", nekoliko drugače, deloma bolje, deloma slabše, je subsidiarnost opredeljena v 1. odst. 150. čl. in v 1. odst. 151. čl. ZKP.

[2] Ker je končni cilj uravnotežena ureditev, naj mimogrede omenim, da bi tudi ta okoliščina lahko bila pomemben argument pri odločanju o tem, ali je treba pristojnost za odrejanje ukrepov po 49. čl. ZPol s policije prenesti na drug organ. US je namreč razveljavilo tudi 2. odst. 49. čl. ZPol, ki, med drugim, ureja pristojnosti za odločanje o prikritih preiskovalnih ukrepih in opozorilo, da dejstvo, da 35. čl. Ustave izrecno ne predpisuje sodne odločbe za posege v človekovo zasebnost, ne pomeni, da sodna odločba v teh primerih nikoli ni potrebna (gl. zlasti 37. tč. obrazložitve). Sodna odločba, tudi če v Ustavi ni izrecno predvidena (tedaj je pač pogoj sine qua non), ima lahko pomembno - vsebinsko in simbolno - funkcijo, ki služi tudi uravnoteženju rešitve.

[3] Večjo moč bi ji lahko dala sodna praksa, vendar mi niso znani primeri, ko bi sodišče odklonilo uporabo s prikritimi preiskovalnimi ukrepi pridobljenih dokazov, ker bi bila kršena zahteva po subsidiarnosti. To je problem tudi z dokaznimi standardi, za katere je že dolgo znano, da svoje (spet garantne) funkcije v večini primerov ne opravljajo zadovoljivo, ker gre bolj ali manj za kategorije, ki jih sodna praksa ni uspela napolniti z ustrezno vsebino. Seveda pa je problem znatno širši, kakor zgolj v konkretizaciji dokaznih standardov.

[4] Drugo je vprašanje, ali je bil skozi dokazni standard ta namen že doslej dosežen; bojim se, da ne. To je splošni problem dokaznih standardov v našem kazenskem postopku. Vendar to ne pomeni, da jih je zaradi tega treba opustiti ali jih spremeniti v golo formalnost.

[5] Gl. U-I-25/95 z dne 27. nov. 1997, obj. v Ur. l. RS, št. 5 z dne 23. jan. 1998.

[6] To je ZKP-A, Ur. l. RS, št. 72/92 (sprejet okt. 1998, uvelj. jan. 1999).

[7] In da ne bo dvoma, toda o tem več v nadaljevanju - po mojem - tudi napačna.

[8] Gl. tč. 53 in nasl. obrazložitve odločbe U-I-25/95.

[9] Gl. zlasti 62. tč. obrazložitve odločbe U-I-25/95: to nalogo je zakonodajalec kar zadeva ZKP kasneje izvršil.

[10] Zgolj zaradi popolnosti prikaza naj opozorim, da v tem primeru povprašana oseba ni dolžna dati nobenega odgovora in proti njej niso dopustni prisilni ukrepi (z izjemo, v nekaterih primerih, prisilne privedbe na policijsko postajo) za to, da bi se od nje pridobila kakršnakoli izjava. V skrajnem primeru se poseg policije v človekovo zasebnost začne in konča z zastavitvijo vprašanja.

[11] Takšen je vtis, ko prebiram nekatere rešitve v predlagani peti noveli ZKP, ki je v parlamentarni proceduri, in obrazložitve zanje (gl. Poročevalec DZ, št. 17 z dne 14. marca 2003).

[12] Na ta način postane še bolj očitno, zakaj bi morali biti tisti trije pogoji, ki jih je US s to odločbo razveljavilo, opredeljeni znatno bolj natančno in predvsem veliko bolj omejevalno, zakaj je pomembno, da bi večjo težo dobila subsidiarnost in zakaj je, vsaj zame, dobesedno odločilno, da se stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, kot pogoj za njihovo uporabo, dvigne.