



Številka: Up-899/16-28
Up-900/16-25
Up-901/16-25

Datum: 5. 5. 2022

ODLOČBA

Ustavno sodišče je v postopku odločanja o ustavnih pritožbah Matjaža Škorjanca, Maribor, ki ga zastopata Odvetniška družba Čeferin in partnerji, o. p., d. o. o., Grosuplje, in Janko Jerman, odvetnik v Mariboru, na seji 5. maja 2022

odločilo:

Sodba Vrhovnega sodišča št. I Ips 34177/2012 z dne 12. 7. 2016, sodba Višjega sodišča v Mariboru št. II Kp 34177/2012 z dne 5. 2. 2015 in sodba Okrožnega sodišča v Mariboru št. II K 34177/2012 z dne 23. 12. 2013 se razveljavijo in zadeva se vrne Okrožnemu sodišču v Mariboru v novo sojenje.

OBRAZLOŽITEV

A.

1. Pritožnik je bil z izpodbijanimi sodbami pravnomočno obsojen storitve kaznivega dejanja izdelovanja pripomočkov, namenjenih za kaznivo dejanje, po tretjem odstavku 306. člena Kazenskega zakonika (Uradni list RS, št. 55/08, 66/08 – popr. in 39/09 – v nadaljevanju KZ-1), kaznivega dejanja pranja denarja po tretjem v zvezi z drugim in prvim odstavkom 245. člena KZ-1 in treh kaznivih dejanj pomoči pri kaznivem dejanju napada na informacijski sistem po četrtem v zvezi z drugim odstavkom 221. člena KZ-1 v zvezi z 38. členom KZ-1. Sodišče prve stopnje mu je izreklo enotno kazen štirih let in desetih mesecev zapora ter 3.000,00 EUR denarne kazni. Kot protipravno pridobljeno premoženjsko korist mu je odvzelo stanovanje, avto in vso zaseženo računalniško opremo. Višje sodišče je sodbo spremenilo v delu glede vštevanja časa pridržanja v čas odvzema prostosti, pritožniku je naložilo dodatno plačilo 25.320,56 EUR, ki ustreza razliki med vrednostjo pridobljene premoženjske koristi in vrednostjo odvzete premoženja, v

ostalem pa je pritožbe zavrnilo in potrdilo sodbo sodišča prve stopnje. Vrhovno sodišče je zahtevo za varstvo zakonitosti kot neutemeljeno zavrnilo.

Stališča sodišč

Glede izločitve dokazov, pridobljenih v Združenih državah Amerike

2. Vrhovno sodišče je zavrnilo očitek pritožnika, da bi smel tajni policijski sodelavec (v nadaljevanju TPS) stopiti v stik z njim kot prodajalcem, ki je svoj naslov javno objavil, le na podlagi odredbe sodišča in da mu je bila zaradi delovanja organov pregona kršena pravica do komunikacijske zasebnosti.¹ Pritrdilo je stališču nižjih sodišč, da ravnanje organov pregona iz Združenih držav Amerike (v nadaljevanju ZDA) ni pomenilo posega v zasebnost komunikacij, saj se pritožnik zaradi oglaševanja prodaje zlonamerne kode na javno dostopnem spletnem forumu nanjo ne more sklicevati.² Komunikacijsko sredstvo, to je javno dostopno spletno stran, je namreč uporabil za storitev kaznivega dejanja, to je prodajo zlonamerne kode, zaradi odkrivanja kaznivega dejanja pa je TPS z njim vzpostavil kontakt, čemur je sledilo nadaljnje ravnanje organov pregona in je bila posledično odkrita pritožnikova identiteta. Višje sodišče je poudarilo, da če nekdo na javno dostopni spletni strani reklamira prodajo zlonamerne programske opreme in za kontakt objavi svoj spletni naslov, potem pa takšno opremo proda in se nato odkrije njegova identiteta, ne gre za zasebno komunikacijo, ki jo varujejo naša in ameriška Ustava ter Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (Uradni list RS, št. 33/94, MP, št. 7/94 – v nadaljevanju EKČP), pač pa za način prodaje programa, torej za način kriminalnega delovanja.³ Oglaševanje prodaje na svetovnem spletu po stališču Višjega sodišča ne pomeni zasebnega komuniciranja, za katero lahko posameznik pri svojem ravnanju upravičeno pričakuje zasebnost, kot velja v primeru tajnosti pisem ali elektronske pošte, kjer uporabnik sporočilo nameni le določeni osebi in zato pričakuje tajnost komunikacije.⁴ Ob sklicevanju na odločbo Ustavnega sodišča št. Up-540/11 z dne 13. 2. 2014 (Uradni list RS, št. 20/14, in OdlUS XX, 33) je Višje sodišče opozorilo, da je predmet varstva le tista komunikacija, za katero posameznik upravičeno pričakuje zasebnost. Nekdo, ki javno objavi naslov za vzpostavitev stika, pa se ne more sklicevati na kršitev pravice do zasebnosti, kadar država, da prepreči izvrševanje kaznivega dejanja, ugotovi njegovo identiteto.⁵

¹ Glej 56. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

² Glej 27., 28., 33. in 35. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča. Okrožno sodišče je glede pričakovanja zasebnosti izpostavilo vprašanje, ali lahko nekdo, ki na javno dostopni spletni strani reklamira prodajo zlonamerne kode in ob tem kot kontakt za prodajo navede elektronski naslov, pričakuje zasebnost na tem elektronskem naslovu (40. stran sodbe).

³ Točka 28 obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

⁴ Glej 33. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

⁵ Glej 35. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

3. Poleg tega je Vrhovno sodišče poudarilo,⁶ da je mogoče pri dokazih, pridobljenih v tujini po tujem pravu brez sodelovanja naše države, od tuje države pričakovati, da bo ravnala po svoji zakonodaji. Pritrdilo je stališču nižjih sodišč, da so bili dokazi v ZDA pridobljeni zakonito. Ob sklicevanju na lastno sodno prakso je presodilo, da kadar so v kazenskem postopku predloženi takšni dokazi, sodišče njihove dopustnosti ne presoja po procesnih pravilih domače zakonodaje oziroma Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo – v nadaljevanju ZKP), temveč preveri, ali so bile vsebinsko varovane človekove pravice in temeljne svoboščine, ki jih zagotavlja tudi Ustava. Ta presoja je bila v pravnomočni sodbi po stališču Vrhovnega sodišča opravljena, pravilno pa je tudi stališče, da so bili dokazi pridobljeni v skladu z našimi ustavnimi zahtevami. Zakonitost nekega dokaza, pridobljenega v tuji državi, bi presojali le, če bi se v našem postopku izpostavilo ali ugotovilo konkretno dejstvo, ki bi vzbudilo razumen dvom, da je tak dokaz pridobljen v nasprotju z veljavnimi (v naši državi ratificiranimi) mednarodnimi dokumenti ali s kršitvijo tistih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, katerim ustavnopravno varstvo zagotavlja tudi Republika Slovenija.⁷ Vendar po presoji Vrhovnega sodišča v konkretnem postopku ni bilo ugotovljeno nič takega; z odredbami sodišč v ZDA je bila opravljena (naknadna) sodna kontrola. Upošteva je navedeno, je Vrhovno sodišče presodilo, da je bil poseg v zasebnost v skladu z mednarodnimi standardi ter z univerzalno in mednarodno priznano pravico do zasebnosti, ki jo varujejo ustave vseh modernih držav.⁸

4. Tudi po stališču pritožbenega sodišča je ključno, da gre za dokaze, ki so bili v tujini pridobljeni neodvisno od naše države in zakonodaje, torej ne da bi za pridobivanje dokazov naša država zaprosila tujo državo.⁹ Od tujih organov ni mogoče pričakovati ravnanja po slovenskih procesnih pravilih, zaradi česar tudi ni mogoče presojati zakonitosti zbiranja dokazov po naših predpisih. V takem primeru se presoja le, ali je bil dokaz pridobljen v skladu z našimi ustavnimi zahtevami, pri čemer lahko nekatere institute Ustave razumemo v tem smislu, da zavezujejo samo naše organe, ne pa tudi tujih.¹⁰ Konkretno je Višje sodišče presodilo, da je tajno operacijo, navidezni odkup in tajno delovanje dovolil oziroma odredil javni tožilec (*United States Attorney*), izvedla pa jih je policija, torej enako, kot je to urejeno v slovenski zakonodaji. Jasna naj bi bila tudi časovna kontinuiteta, saj je po presoji sodišča tožilec ukrepe dovolil 14. 1. 2008, sledili naj bi dve poročili o tajnem delovanju in odkupu programske opreme z dne 7. 11. 2008 in 10. 11. 2008, zatem pa še že omenjeni odredbi sodišča. Takšen postopek v ZDA po stališču sodišča ni bil nezakonit. Poleg tega pritožbeno sodišče meni, da ravnanje ne more biti protiustavno zato, ker v delovanju organov pregona v ZDA ni zaslediti ničesar,

⁶ Glej 52.–56. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

⁷ Glej 53. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

⁸ Glede nejasnosti stališča Vrhovnega sodišča o tem, ali je šlo za poseg v komunikacijsko zasebnost ali ne, glej opombo 42 te odločbe.

⁹ Prim. 21.–30. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

¹⁰ Sodišče se sklicuje na članek K. Šugman Stubbs, Kako v kazenskem postopku vrednotiti dokaze, ki so bili pridobljeni v tujini, *Pravna praksa*, let. 31, št. 47 (2012), str. ii–viii.

kar bi bilo v nasprotju z Ustavo, Ustavo ZDA in EKČP. Organi pregona so soglasje za izvajanje tajne operacije utemeljili z obstojem utemeljenega suma izvrševanja kaznivih dejanj na spletu, podprtega z izjavo zaprisežene priče; v odobritvi tajne operacije je bila podana določnost predmeta in osebe, ki bo preiskana, ter drugih oseb, ki glede na naravo izvrševanja kaznivih dejanj na spletu pred izvedbo operacije niso mogle biti znane, bila je nujna, odobrena zaradi javne varnosti, iz časovnega sosledja ravnanja organov pregona pa sta razvidni, ob upoštevanju obsežnosti in narave na svetovnem spletu izvrševanih kaznivih dejanj, tudi kontinuiteta in ustrezna časovna omejenost ravnanja organov pregona.

5. Okrožno sodišče je sprejelo stališče,¹¹ da so bili prikriti preiskovalni ukrepi, ki so jih izvajali agenti Zveznega preiskovalnega urada iz ZDA (*Federal Bureau of Investigation* – v nadaljevanju FBI), izvedeni v skladu z ameriško zakonodajo, zaradi česar so na njihovi podlagi pridobljeni dokazi veljavni tudi v kazenskem postopku v Republiki Sloveniji, četudi niso bili pridobljeni na način, kot ga določa ZKP. Dokazi namreč niso bili pridobljeni niti s kršitvijo ustavno zajamčenih človekovih pravic niti s kršitvijo EKČP. Sodišče je ugotovilo, da je iz spisa razvidno soglasje javnega tožilca z dne 14. 1. 2008 s predlagano tajno operacijo oddelka FBI v Honoluluju in njeno zakonitostjo, ki zajema kazensko preiskavo določenih oseb. Iz navedene pisne odobritve je razvidno, da ta zajema tudi uporabo tajnih tehnik in da je bila izvedena presoja zakonitosti predlagane operacije, ocenjene pa so bile tudi občutljive okoliščine, ki jih je upravičeno pričakovati – odgovornost do tretjih ter da korist, ki izvira iz preprečevanja, odkrivanja in pregona kaznivih dejanj, prevlada nad neposrednimi stroški in tveganjem za drugo škodo. Na tej podlagi izvedenim ukrepom organov pregona ZDA sledita odredbi sodišča z dne 23. 10. 2009 za preiskavo elektronskega računa iserdo@gmail.com in z dne 28. 4. 2011 za hišno preiskavo prostorov družbe Google, Inc., in po presoji sodišča ni nobenega dvoma, da so v času izdaje navedenih odredb obstajali utemeljeni razlogi za sum. Vzpostavitev kontakta TPS s pritožnikom po spletni pošti je bila izvedena skladno s točko 2.c 2511. člena *United States Code*,¹² zanj so potrebovali dovoljenje za delovanje pod krinko in za delovanje tajne osebe, ki so ga preiskovalci imeli, ni pa bila potrebna pridobitev kakršnekoli sodne odredbe ali naloga.¹³ Glede na navedeno, ko torej ukrepom organov pregona ZDA sledijo dve sodni odredbi in še sodni nalog za prijetje pritožnika, očitno tudi po presoji ameriških sodišč v postopkih FBI ne obstajajo okoliščine, ki bi govorile o tem, da bi bili predhodno pridobljeni dokazi nezakoniti oziroma pridobljeni s kršitvijo ustavno zajamčenih pravic. Sodišče je še dodalo, da ni mogoče pričakovati, da bodo imele vse države svojo zakonodajo usklajeno s slovensko, vztrajanje pri popolni skladnosti pa bi onemogočilo mednarodno sodelovanje v kazenskih zadevah.

Glede pravice do pregledovanja spisa

¹¹ Prim. 8. točko obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča, stran 38-40.

¹² Stran 39 obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča.

¹³ Stran 55 obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča, izpovedba priče Jeffa Collinsa.

6. Vrhovno sodišče je ob sklicevanju na stališči nižjih sodišč zavrnilo tudi očitek pritožnika, da mu je bila zaradi omejevanja pregledovanja spisa kršena pravica do obrambe iz 29. člena Ustave.¹⁴ Poudarilo je, da je sodišče v skladu s (tedanjim) petim odstavkom 128. člena ZKP¹⁵ v okviru objektivnih možnosti obdolžencu na njegovo zahtevo dolžno na primeren način omogočiti, da uresniči pravico, ki je tudi sestavni del pravice do obrambe, vendar naj pritožnik ne bi pojasnil, katerih zgoščenk ni mogel pregledati, temveč je trdil le, da mu je bilo omogočeno spis pregledovati vsega skupaj 15 ur. V nadaljevanju je Vrhovno sodišče na podlagi podatkov iz prvostopenjske sodbe kronološko nanizalo, kdaj je pritožnik ob prisotnosti izvedenca pregledoval spis (4. 10. 2012, 10. 10. 2012, 17. 10. 2012, 15. 11. 2012, 16. 1. 2013 ter 3. 6. 2013), pojasnilo pa je tudi, kako so posamezni pregledi potekali.¹⁶ Vrhovno sodišče je pojasnilo, da je bil možen ogled vseh dokazov, razen dokazov, ki so na zgoščenci "Blue ray". Poleg tega so bile po navedbah sodišč pritožniku 3. 9. 2013 izročene kopije zgoščenk, za katere je zaprosil po seznamu, razen kopij tistih zgoščenk, za katere je bilo v uradnih zaznamkih izrecno navedeno, da se mu ne izročijo, saj so na njih osebni podatki drugih oseb, uporabniška imena, gesla, podatki o bančnih karticah, osebna komunikacija ter tudi virusi, zlonamerni kodi BFF in BFF BOT ter deli zlonamernih kod. Kljub tej omejitvi je bilo pritožniku omogočeno pregledovanje tudi teh zgoščenk, katerih kopije mu sicer niso bile izročene. Po stališču Vrhovnega sodišča torej ni mogoče trditi, da je bila pritožniku obramba onemogočena, ker se ni mogel seznaniti z dokaznim gradivom, saj je imel možnost, da se z gradivom seznanji, zgoščenke pa je tudi pregledoval. Prav tako je Vrhovno sodišče zavrnilo očitek pritožnika, da mu je bilo zaradi tega, ker je bil z vsebino elektronskih dokazov seznanjen šele po zaslišanju prič, onemogočeno njihovo vsebinsko zasliševanje.¹⁷ Ob presoji, da pritožnik pomanjkljivo utemeljuje očitek, ker ni pojasnil, glede katerih dejstev oziroma dokazov, ki so v spisu in na zgoščenkah, se ni mogel izjaviti oziroma o katerih dejstvih in dokazih ni mogel zasliševati določenih prič, je Vrhovno sodišče kronološko nanizalo, kdaj so bile zaslišane posamezne priče, kar je primerjalo z datumi pregleda spisa.¹⁸ Ugotovilo je, da je bila zgolj ena priča prvič res zaslišana, še preden je bilo pritožniku omogočeno pregledovanje zgoščenk, a da je bila ta ista priča kasneje zaslišana znova, ko je imel pritožnik možnost postavljati ji vprašanja. Vse druge priče pa so bile zaslišane po tem, ko je pritožnik že pregledal elektronske dokaze in jim je tudi zastavljal vprašanja. Po stališču Vrhovnega sodišča so bile torej priče zaslišane v času, ko je bilo pritožniku že omogočeno pregledovanje zgoščenk in seznanitev z nujno potrebnimi podatki za samo zaslišanje, pritožnik pa naj ne bi konkretno pojasnil, o čem ni

¹⁴ Glej sodbo Vrhovnega sodišča, 31.–40. točka obrazložitve, sodbo Višjega sodišča, 74., 81. in 89. točka obrazložitve, ter sodbo sodišča prve stopnje, strani 27–29, 30–32 in 35–36.

¹⁵ "Obdolženec ima pravico pregledati in prepisati spise in si ogledati dokazne predmete." Enako določa tudi trenutno veljavni ZKP v šestem odstavku 218. člena.

¹⁶ Pregledi zgoščenk so na podlagi odredbe sodišča z dne 1. 10. 2012 potekali le ob prisotnosti izvedenca, ki je skrbel za varen pregled elektronskih dokazov. O poteku pregledov je izvedenec sestavil poročila, sodišče pa uradne zaznamke.

¹⁷ Glej 33. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

¹⁸ Pritožbeno sodišče je stališče o tem sprejelo v 81. in 82. točki obrazložitve sodbe.

mogel zasliševati prič in kateri so bili tisti podatki, ki bi bili nujno potrebni, pa jih, ker pregled zgoščenk ni bil opravljen, ni imel in v zvezi z njimi ni mogel zastavljati vprašanj pričam.

7. Tudi pritožnikov očitek, da mu je bila pravica do učinkovite obrambe iz 29. člena Ustave kršena s tem, ko mu sodišče ni dovolilo pregleda istovetnih kopij, je Vrhovno sodišče zavrnilo.¹⁹ Pri tem se je oprlo na stališče pritožbenega sodišča, da je istovetna kopija celotnega nosilca podatkov le prostor, v katerem so shranjeni vsi elektronski podatki iz trdega diska računalnika, tudi tisti, ki niso namenjeni za dokazovanje v kazenskem postopku in s kaznivim dejanjem niso povezani. Sklicevalo se je tudi na stališče pritožbenega sodišča, da pritožnik prav v ničemer ni bil omejen glede pregledovanja spisa, na nepotrebnost pregledovanja forenzičnih kopij pa je opozoril tudi zaslišani izvedenec. Vrhovno sodišče je sledilo presoji sodišča prve stopnje, da pregled istovetnih kopij ni potreben za preverjanje verodostojnosti izvedenih dokazov,²⁰ in je zaključilo, da je bil pregled dokazov, torej tistih podatkov, ki se nanašajo na očitana kazniva dejanja in ne na druge podatke, ki s kaznivim dejanjem nimajo nobene zveze, pritožniku omogočen. Po presoji Vrhovnega sodišča pa pritožnik niti ni pojasnil, na podlagi katerih zgoščenk, ki naj bi jih pregledali, naj bi obstajal kakršenkoli resen dvom, da vsebina zgoščenk ni točna oziroma da je karkoli prirejeno, tako da bi bila potrebna kontrola s pregledom istovetnih kopij. Le z nekonkretiziranim zatrjevanjem, da bi se šele s pregledom istovetnih kopij lahko ugotovilo, ali so vsi podatki točni ali pa je prišlo do kakšnih spreminjanj podatkov, pa po stališču Vrhovnega sodišča pritožnik ni utemeljil, da bi mu bila kršena pravica do obrambe.²¹

Očitki pritožnika

8. Zoper navedene sodbe pritožnik vloga tri ustavne pritožbe, v katerih obširno zatrjuje kršitve pravic iz 15., 22., 23., 25., 29., 35. in 37. člena Ustave ter 6. člena EKČP.

9. Kršitev pravic iz četrtega in petega odstavka 15. člena ter 22., 23. in 29. člena Ustave naj bi sodišča zagrešila z uporabo nedovoljenih dokazov, ki bi morali biti po mnenju pritožnika izločeni, saj so bili pridobljeni s kršitvijo pravice iz 37. člena Ustave. Obsodba naj bi se v pomembnem delu opirala na dokaze iz ZDA, ki naj bi bili pridobljeni s kršitvijo pritožnikove komunikacijske zasebnosti, saj naj bi agenti FBI oziroma njihov TPS v okviru tajne operacije, ki naj bi imela podlago v dopisu tamkajšnjega tožilstva, med drugim spremljali komunikacijo na forumih, ki niso javno dostopni, TPS pa naj bi preko namišljene identitete komuniciral tudi s pritožnikom (z vzdevkom Iserdo) v okviru programa MSN Messenger oziroma Google Talk, ki prav tako nista javno dostopna. Takšno komunikacijo naj bi agenti in TPS dokumentirali (izdelovali "*print screen*"),

¹⁹ Glej 35. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

²⁰ Strani 29–30 in 34–35 sodbe Okrožnega sodišča.

²¹ Za stališče glede zavrnitve pregleda istovetnih kopij glej sodbo Okrožnega sodišča, strani 30, 35 in 36, ter sodbo Višjega sodišča, 102. točka obrazložitve.

posnetke pa posredovali organom Republike Slovenije, vse to pa naj bi napravili brez odredbe sodišča, kar pomeni kršitev drugega odstavka 37. člena Ustave. Pritožnik nasprotuje stališčem sodišč glede pričakovanja zasebnosti, saj meni, da zgolj objava elektronskega naslova na javno dostopni spletni strani še ne pomeni, da se posameznik s tem odpove tudi pravici do zasebnosti glede vsebine komunikacije po spletu. Nasprotuje tudi stališčem sodišč, da od tujih organov ni mogoče zahtevati, da spoštujejo tiste določbe naše Ustave, ki se lahko nanašajo le na organe naše države. Pritožnik meni, da država, ki dopušča, da se v njenih postopkih uporabijo dokazi, ki so bili pridobljeni s kršitvijo ustavno zagotovljenih človekovih pravic, ali dokazi, ki so bili pridobljeni v nasprotju s pravili, ki veljajo v državi pridobitve dokazov, v svojem sojenju ne varuje človekovih pravic, ne zagotavlja odprave posledic njihovih kršitev, ne zagotavlja poštenega postopka (29. člen Ustave) niti ne sodnega varstva (23. člen Ustave). Če pa uporablja drugačna (milejša) merila glede dopustnosti dokazov, kadar ti izvirajo iz tujine, s tem po mnenju pritožnika krši tudi pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave. Ker Ustava v drugem odstavku 37. člena zagotavlja višjo raven varstva pravice do komunikacijske zasebnosti, saj za vsak poseg zahteva odločbo sodišča, bi morala sodišča po mnenju pritožnika presojo dopustnosti v ZDA pridobljenih dokazov opraviti z vidika jamstev in zahtev, ki izhajajo iz navedene določbe. Pritožnik sodbam očita tudi kršitev pravice iz 22. člena Ustave zaradi neobrazloženosti; tako naj ne bi bilo jasno, kaj določa člen ameriškega zakona, na katerega se sodba sklicuje, zakaj naj bi navedeno določilo pomenilo, da so bili dokazi pridobljeni skladno z ameriškim pravom, in kdaj je določba veljala. Sodišča naj tudi ne bi obrazložila, kateri instituti Ustave naj bi zavezovali zgolj slovenske organe, ne pa tujih.

10. Eden od očitkov pritožnika je tudi to, da mu je bil dostop do dokazov, ki so pretežno v elektronski obliki, kljub vztrajno ponavljajočim se predlogom za pregled elektronskega dela spisa časovno in vsebinsko omejen. Posledično naj mu ne bi bila zagotovljena pravica do priprave ustrezne obrambe iz 29. člena Ustave, v primerjavi s tožilcem pa naj bi bil v izrazito neenakem položaju. Pritožnik zatrjuje, da je možnost dostopa do dela elektronskih prilog spisa (zgoščenk, na katerih naj bi bilo več tisoč strani podatkov) pridobil šele po predobravnavnem naroku, po izvedenih listinskih dokazih in po zaslišanju ključnih prič. Ogled zgoščenk naj bi mu bil omejen na nekaj terminov v skupnem trajanju 15 ur, in še to le v prisotnosti izvedenca, vseh datotek pa naj si ne bi mogel ogledati tudi zato, ker naj mu za pregled na sodišču ne bi zagotovili ustrezne programske opreme. Šele po več kot letu dni sodnih obravnav in zaslišanju vseh prič naj bi sodišče pritožniku odobrilo prejem kopij nekaterih zgoščenk, ne pa vseh, saj naj bi s tem ščitilo zasebnost tretjih. Kršitev pravice do učinkovite obrambe naj bi sodišče zagrešilo tudi s tem, ko pritožniku ni dovolilo vpogleda v istovetne kopije zaseženih elektronskih naprav, vanje pa naj ne bi vpogledal niti izvedenec. Pritožnik je prepričan, da bi mu sodišče vpogled v istovetne kopije moralo dovoliti, saj naj bi bile te v sodnem spisu (obramba pa se ima pravico seznaniti tudi z gradivom, ki sta ga tožilstvo in policija zbrala v kazenskem in predkazenskem postopku, četudi ni predloženo v sodni spis), nekateri dokazi pa naj bi bili zaradi velikosti izključno na istovetnih kopijah. Poleg tega naj bi pritožnik le z vpogledom v istovetne kopije lahko preveril pravilnost navedb in zaključkov kriminalistov v zapisnikih

in pravilnost metod ob preiskavi naprav, pri čemer se sklicuje na ugotovitev, da naj bi nekatere datoteke, v katerih so bili dokazi zoper njega, nastale šele zatem, ko so kriminalisti računalnik že zasegli, ter da naj bi bil program za zagotavljanje integritete podatkov na zaseženi računalnik nameščen šele 53 dni po zasegu. Pritožnik naj bi z vpogledom v istovetne kopije preveril tudi, ali so v njih podatki, ki so mu v korist. Sodišču očita še, da se je pri oceni relevantnosti podatkov iz istovetnih kopij zanašalo zgolj na oceno kriminalistov, ne da bi tudi samo vpogledalo v istovetne kopije.

11. Ustavno sodišče je s sklepom senata št. Up-899/16, Up-900/16, Up-901/16 z dne 14. 12. 2020 ustavne pritožbe sprejelo v obravnavo. V skladu s prvim odstavkom 56. člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – uradno prečiščeno besedilo, 109/12, 23/20 in 92/21 – v nadaljevanju ZUstS) je o sprejemu ustavnih pritožb obvestilo Vrhovno sodišče.

B.

Glede izločitve dokazov, pridobljenih v ZDA

12. Eden od osrednjih očitkov pritožnika je, da so sodišča v postopku zoper njega uporabila dokaze, ki bi jih morala izločiti, saj so bili pridobljeni s kršitvijo pravice do komunikacijske zasebnosti iz 37. člena Ustave. Agenti FBI oziroma njihov TPS naj bi namreč nadzirali komunikacijo na forumih, ki niso javno dostopni, TPS pa naj bi preko namišljene identitete komuniciral s pritožnikom po elektronski pošti in v okviru programa MSN Messenger oziroma Google Talk, ki prav tako nista javno dostopna. Takšno komunikacijo naj bi agenti FBI oziroma njihov TPS dokumentirali, posnetke pa posredovali organom Republike Slovenije, vse navedeno pa naj bi napravili brez odredbe sodišča.

13. Izločitve dokazov, pridobljenih s kršitvijo človekovih pravic, Ustava izrecno ne ureja, kar pa ne pomeni, da to vprašanje ni ustavnopravno varovano. Ustavno sodišče je namreč že presodilo, da je to načelo v celoti vsebovano v pravici do odprave posledic kršitve človekovih pravic iz četrtega odstavka 15. člena Ustave in da bi bilo sodišče nanj vezano, četudi ga zakonodajalec ne bi posebej uredil.²² Izločitev dokazov je tudi eno od sredstev, s katerim se zagotavlja enakost orožij obeh strank v kazenskem postopku in s tem pravice iz 22., 23. in 29. člena Ustave.²³ Zakonodajalec je pravilo ekskluzije dokazov, pridobljenih s kršitvijo človekovih pravic, uredil v drugem odstavku 18. člena ZKP, ki

²² Tako npr. v sklepu Ustavnega sodišča št. Up-6/92 z dne 4. 11. 1996 (Uradni list RS, št. 75/96, in OdlUS V, 205), 8. in 10. točka obrazložitve, ter v odločbah št. Up-326/14 z dne 6. 12. 2017 (Uradni list RS, št. 6/18, in OdlUS XXII, 35), 7. točka obrazložitve, in št. Up-709/15, Up-710/15 z dne 9. 10. 2019 (Uradni list RS, št. 69/19, in OdlUS XXIV, 33), 64. točka obrazložitve.

²³ Prim. npr. sklepa Ustavnega sodišča št. Up-62/99 z dne 4. 7. 2000, 9. točka obrazložitve, in št. Up-666/04 z dne 20. 11. 2006, 6. točka obrazložitve.

določa, da sodišče ne sme opreti sodne odločbe na dokaze, ki so pridobljeni s kršitvijo ustavno določenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kot tudi ne na dokaze, ki so pridobljeni s kršitvijo določb kazenskega postopka in je zanje v tem zakonu določeno, da se sodna odločba nanje ne more opreti, ali ki so bili pridobljeni na podlagi takega nedovoljenega dokaza. Navedeno pa ne pomeni, da sodišča, ko razlagajo ustavne in zakonske določbe, ki urejajo dopustnost načina pridobivanja dokazov za potrebe kazenskega postopka, ter prvi odstavek 18. člena ZKP, nimajo določenega razlagalnega polja, ki lahko pripelje do tega, da dokaz ne bo izločen kot nedopusten. Vendar pri razlagi teh zakonskih določb ne smejo sprejemati stališč, ki so sama po sebi protiustavna, če lahko vplivajo na odločitev.²⁴

14. Svobodno in nenadzorovano komunikacijo in s tem zaupnost razmerij, v katera pri sporočanju vstopa posameznik, zagotavlja Ustava v prvem odstavku 37. člena.²⁵ Pravica do komunikacijske zasebnosti pomeni "varstvo posameznikovega interesa, da se država ali nepovabljeni tretji ne seznanijo z vsebino sporočila, ki ga posreduje preko kateregakoli sredstva, ki omogoča izmenjavo oziroma posredovanje informacij na daljavo; kot tudi posameznikovega interesa, da ima nadzor in svobodo nad tem, komu, v kakšnem obsegu, na kakšen način in pod kakšnimi pogoji bo posredoval določeno sporočilo".²⁶ Varstva komunikacijske zasebnosti ni mogoče zožiti na samo vsebino sporočanja, ampak ta pravica varuje tudi podatke o tem, na kakšen način je komunikacija potekala, kdo jo je vzpostavil, s kom je bila vzpostavljena, od kod je bila vzpostavljena in ali je sploh potekala.²⁷ Pogoje za omejitev pravice do tajnosti pisem in drugih občil določa drugi odstavek 37. člena Ustave, in sicer je poseg v svobodo komuniciranja dopusten, če: 1) je določen v zakonu, 2) ga s svojo odločbo dovoli sodišče, 3) je določno omejen čas izvajanja posega in 4) če je nujen za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.²⁸ Pri presoji, katero človekovo delovanje spada v ustavno varovano polje zasebnosti, Ustavno sodišče uporablja t. i. test upravičenega pričakovanja zasebnosti,²⁹ ki velja tudi glede komunikacijske zasebnosti. Predmet varstva prvega odstavka 37. člena

²⁴ Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča št. Up-127/16 z dne 20. 1. 2022 (Uradni list RS, št. 20/22), 11. točka obrazložitve.

²⁵ Del zasebnosti, ki se nanaša na svobodo komuniciranja, Ustava varuje dvakrat: v 35. členu, v katerem postavi splošno pravilo, da ima vsakdo pravico do zasebnosti in da je zasebnost nedotakljiva, in še posebej v prvem odstavku 37. člena, s katerim je zagotovljena tajnost pisem in drugih občil. Prim. odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997 (Uradni list RS, št. 5/98, in OdlUS VI, 158), 40. točka obrazložitve, in št. Up-540/11, 9. točka obrazložitve.

²⁶ G. Klemenčič v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev – A, Fakulteta za državne in evropske študije, Ljubljana 2011, str. 522–523.

²⁷ Prav tam. Glej tudi odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-40/12 z dne 11. 4. 2013 (Uradni list RS, št. 39/13, in OdlUS XX, 5), 16. točka obrazložitve.

²⁸ Prav tam.

²⁹ Prim. odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-25/95, 38. točka obrazložitve, in št. U-I-272/98 z dne 8. 5. 2003 (Uradni list RS, št. 48/03, in OdlUS XII, 42), 20. točka obrazložitve.

Ustave je tako tista komunikacija, za katero posameznik upravičeno pričakuje zasebnost in to jasno izkaže navzven.³⁰

15. S pravico do komunikacijske zasebnosti v povezavi s komunikacijo na spletu se je Ustavno sodišče podrobno ukvarjalo v odločbi št. Up-540/11, v kateri ni ugotovilo kršitev pravice iz drugega odstavka 37. člena Ustave. Presodilo je, da je pritožnik odprto javno komuniciral z vnaprej nedoločenim krogom neznancev, ki po vsem svetu uporabljajo internet in ki so pokazali interes za izmenjavo določenih datotek, hkrati pa naj uporabnikom te mreže dostop do IP-naslovov drugih uporabnikov ne bi bil omejen.³¹ Ustavno sodišče sicer ni dvomilo, da je pritožnik pričakoval, da bo njegova komunikacija ostala zasebna, prav tako naj bi pričakoval, da ne bo razkrita njegova identiteta, vendar naj takšno pričakovanje zasebnosti ne bi bilo upravičeno, ker ni jasno izrazil namere, da želi svojo komunikacijo in identiteto ohraniti kot zasebni oziroma da v zvezi z njima upravičeno pričakuje zasebnost.³² Zato je Ustavno sodišče ob upoštevanju vseh okoliščin konkretnega primera odločilo, da pritožnikovo pričakovanje zasebnosti ni bilo upravičeno, pridobitev podatka o njegovem dinamičnem IP-naslovu in naročniških podatkih pa ni pomenila posega v njegovo pravico do komunikacijske zasebnosti iz prvega odstavka 37. člena Ustave, zaradi česar sodna odredba za to ni bila potrebna.³³

16. V okviru pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja opredeljujeta pravico do komunikacijske zasebnosti tudi EKČP v 8. členu³⁴ in Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah (Uradni list SFRJ, št. 7/71, in Uradni list RS, št. 35/92, MP, št. 9/92 – v nadaljevanju MPDPP) v 17. členu.³⁵

³⁰ Prim. odločbe Ustavnega sodišča št. Up-540/11, 14. točka obrazložitve, št. Up-979/15 z dne 21. 6. 2018 (Uradni list RS, št. 54/18, in OdlUS XXIII, 26), 18. točka obrazložitve, in št. Up-153/17 z dne 9. 9. 2021, 11. točka obrazložitve.

³¹ Pritožnik je komuniciral z drugimi uporabniki spleta, ki so si medsebojno izmenjavali različne datoteke, tudi otroško pornografijo, pri čemer pa ni izkazal, da bi bil IP-naslov, s katerega je dostopal do interneta, kakorkoli prikrit, torej drugim uporabnikom neviden ali nedostopen, oziroma da bi bil dostop do vsebine datotek na kakršenkoli način omejen, npr. z gesli ali drugimi orodji.

³² Prim. 14. točko obrazložitve.

³³ Prav tam.

³⁴ EKČP v 8. členu določa: "1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja. 2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države zato, da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi."

³⁵ MPDPP v 17. členu določa: "1. Nikomur se ne sme nihče samovoljno ali nezakonito vmešavati v zasebno življenje, v družino, v stanovanje ali dopisovanje ali nezakonito napadati njegovo čast in ugled. 2. Vsakdo ima pravico do zakonskega varstva pred takim vmešavanjem ali pred takimi napadi." Listina Evropske unije o temeljnih pravicah (UL C 202, 7. 6. 2016) v 7. členu določa pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, stanovanja ter komunikacij.

Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) je v sodbi v predhodno predstavljeni zadevi *Benedik proti Sloveniji* presodilo drugače od slovenskih sodišč in je ugotovilo kršitev pravice iz 8. člena EKČP. Opozorilo je, da ni odločilno vprašanje, ali je pritožnik lahko upravičeno pričakoval, da bo svoj dinamični IP-naslov ohranil zaseben, temveč vprašanje, ali je lahko upravičeno pričakoval zasebnost v zvezi s svojo identiteto.³⁶ Po stališču ESČP je odgovor pritrdilen; pritožnikova spletna dejavnost je vključevala visoko stopnjo anonimnosti, kar je potrjevalo dejstvo, da dodeljenemu dinamičnemu IP-naslovu, čeprav je bil viden drugim uporabnikom omrežja, ni bilo mogoče slediti do določenega računalnika, ne da bi ponudnik internetnih storitev podatke preveril na zahtevo policije.³⁷ Glede na vse navedeno, zlasti pa glede na dejstvo, da je pritožnikova spletna dejavnost vključevala visoko stopnjo anonimnosti, je po presoji ESČP pritožnik upravičeno pričakoval zasebnost in se ji s svojim ravnanjem ni odpovedal, zato bi bila za pridobitev naročniških podatkov v zvezi z IP-naslovom potrebna odredba sodišča.³⁸

17. Ustava v drugem odstavku 37. člena zagotavlja višjo raven varstva kot 8. člen EKČP, saj za vsak poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti zahteva sodno odredbo.³⁹ Ustavnosodno presojo obravnavane zadeve je torej treba opraviti na podlagi Ustave.

18. Nobenega dvoma ni, da preiskovalci v ZDA za začetne tajne ukrepe, ki so jih izvajali, to je pregledovanje spletnih forumov in sledenje oglaševanju zlonamernih kod po spletu, komunikacijo med TPS in pritožnikom po elektronski pošti, dvakratni navidezni odkup, komunikacijo po forumih, njeno dokumentiranje ter posredovanje slovenskim organom pregona, niso imeli sodne odredbe. Stališča sodišč iz izpodbijanih sodb o tem, zakaj kljub odsotnosti sodne odredbe dokazi iz ZDA niso bili nezakonito pridobljeni in so posledično dopustni v kazenskem postopku zoper pritožnika, pa so dvoplastna; 1) ravnanje organov pregona v ZDA ni pomenilo posega v pravico do komunikacijske zasebnosti, saj ni šlo za zasebno komunikacijo pritožnika, in 2) pri dokazih iz tujine, ki so bili pridobljeni v skladu s tujo zakonodajo in neodvisno od naše države, sodišče njihove dopustnosti ne presoja po domačih procesnih pravilih, temveč mora preveriti le, ali so bile vsebinsko varovane človekove pravice in svoboščine, ki jih zagotavlja Ustava.⁴⁰ Glede na navedeno je tudi Ustavno sodišče opravilo ločeno presojo obeh izpodbijanih stališč.

³⁶ Prim. 116. točko obrazložitve.

³⁷ Prim. 115.–118. točko obrazložitve.

³⁸ Prim. 128.–129. točko obrazložitve.

³⁹ Podrobneje prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-40/12, 27. točka obrazložitve.

⁴⁰ Da je Vrhovno sodišče zavrnitev zahteve za varstvo zakonitosti oprlo na obe navedeni stališči, izhaja med drugim tudi iz zaključka v 56. točki obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča, da morebitna napačna presoja nižjih sodišč glede varovanja komunikacijske zasebnosti niti ni relevantna glede na že povedano v zvezi s presojo dokazov iz tujine. Iz tega je mogoče zaključiti, da za Vrhovno sodišče vprašanje, ali je pritožnik imel upravičeno pričakovanje zasebnosti glede komunikacije po spletni pošti (od česar je odvisno, ali je šlo za poseg ali ne), niti ni upoštevno, saj gre za dokaze iz tujine in s tem drugačne standarde presoje.

Glede posega v komunikacijsko zasebnost in upravičenega pričakovanja zasebnosti komunikacije po elektronski pošti⁴¹

19. Iz predstavljenih stališč sodišč v tem delu torej izhaja, da navedeni tajni ukrepi zoper pritožnika, izvedeni v ZDA, ne pomenijo posega v njegovo pravico do komunikacijske zasebnosti iz 37. člena Ustave, saj naj zaradi javnega oglaševanja in objave svojega elektronskega naslova na javno dostopni spletni strani za poznejšo komunikacijo ne bi imel upravičenega pričakovanja zasebnosti.⁴² Posledično naj za izvedbo teh ukrepov ne bi bilo treba upoštevati pogojev iz drugega odstavka 37. člena Ustave, ki sicer za posege v komunikacijsko zasebnost med drugim predvideva sodno odredbo. Ključno vprašanje torej je, ali je pritožnik upravičeno pričakoval, da bo njegova komunikacija v zvezi s prodajo zlonamerne kode, ki je potekala preko objavljenega elektronskega naslova, ostala zasebna. Pri tem je treba tehati dva elementa: pričakovanje zasebnosti pritožnika ter upravičenost njegovega pričakovanja, pri čemer mora biti slednje takšno, da ga je družba pripravljena sprejeti kot upravičeno.⁴³

20. Stališče sodišč, da pritožnikovo oglaševanje prodaje na svetovnem spletu ne pomeni zasebnega komuniciranja, ne vzbuja ustavnopravnih pomislekov. Namen oglaševanja je namreč prav v tem, da doseže nedoločeno in čim večje število potencialnih kupcev, ki obiščejo neko spletno stran. Iz izpodbijanih sodb izhaja, da je bila spletna stran, na kateri je pritožnik objavil oglas za prodajo, javno dostopna vsakomur, kdor je za to izkazal interes, iz česar izhaja logičen zaključek, da pritožnik glede samega oglaševanja in objave elektronskega naslova ni mogel imeti pričakovanja zasebnosti.

21. Drugačna pa je presoja glede nadaljnje komunikacije preko elektronskega naslova; zgolj javna objava elektronskega naslova namreč še ne pomeni, da se posameznik s tem odpove tudi upravičenemu pričakovanju zasebnosti glede same vsebine komunikacije, ki kasneje poteka preko tega elektronskega naslova. Takšno stališče bi pomenilo konec komunikacijske zasebnosti na vseh javno objavljenih komunikacijskih sredstvih (npr. elektronskih naslovih in telefonskih številkah), kar je z vidika varstva komunikacijske

⁴¹ Sodišča sicer v tem delu večkrat uporabijo splošen izraz "ravnanje organov pregona v ZDA" (npr. v 27. točki obrazložitve sodbe Višjega sodišča in 56. točki obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča), vendar je iz sprejetih stališč v tem delu jasno, da se nanašajo zlasti na vzpostavitev stika TPS s pritožnikom po elektronski pošti.

⁴² Stališče Vrhovnega sodišča v tem delu ni povsem jasno; v 53. točki obrazložitve svoje sodbe na 30. strani izrecno piše o posegu v zasebnost pritožnika, iz česar bi bilo mogoče zaključiti, da Vrhovno sodišče šteje, da je vendarle šlo za poseg v komunikacijsko zasebnost, vendar se nato v nadaljevanju v 54. in 56. točki obrazložitve izrecno sklicuje tudi na 27. in 33. točko obrazložitve Višjega sodišča, katerih jedro je, da ni šlo za poseg, ker pritožnik ni imel upravičenega pričakovanja zasebnosti.

⁴³ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-540/11, 14. točka obrazložitve.

zasebnosti nesprejemljivo.⁴⁴ Predmet varovanja po 37. členu Ustave je namreč prav svobodna in nenadzorovana komunikacija ter varovanje zaupnosti razmerij, v katera pri sporočanju vstopa posameznik. Zato je pritožnik ne samo pričakoval zasebnost svoje komunikacije po elektronskem naslovu, temveč je bilo njegovo pričakovanje tudi povsem upravičeno. Komunikacija po spletni pošti je namreč omejena na določen krog oseb, ki jih izbere pošiljatelj,⁴⁵ podobno kot pri pošiljanju klasičnih poštnih pošilk ali pri klicu na določeno telefonsko številko, torej gre za zasebno komunikacijo z omejenim krogom oseb. Višje sodišče celo sámo navede, da je zasebnost varovana v primerih elektronske pošte, kjer uporabnik sporočilo nameni le določeni osebi in zato pričakuje tajnost komunikacije,⁴⁶ čeprav varovanje slednje pritožniku nato odreče. Upravičenosti pričakovanja zasebnosti tudi ni mogoče presojati *ex post*, potem ko se je že poseglo v zasebnost komunikacije, in z vidika kasneje ugotovljene obremenilne vsebine, kot to izhaja iz izpodbijanih stališč sodišč,⁴⁷ temveč se je treba *ex ante* vprašati, ali posameznik upravičeno pričakuje, da bo pri komuniciranju po elektronski pošti užival zasebnost. Policija sicer mora preiskovati uradno pregonljiva kazniva dejanja,⁴⁸ saj država s tem izpolnjuje tudi svojo dolžnost zagotavljanja varnosti osebam na svojem ozemlju iz 34. člena Ustave. Vendar pa so pogoji za delovanje policije odvisni tudi od tega, ali gre za poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti ali ne.⁴⁹ Ob vsem navedenem ni zanemarljivo niti dejstvo, da so organi pregona v ZDA na podlagi nadaljnjih izvedenih ukrepov odkrili identiteto pritožnika,⁵⁰ ki je po ustaljeni ustavnosodni presoji prav tako eden od pomembnih vidikov komunikacijske zasebnosti.⁵¹ Namreč prav pritožnikovo oglaševanje je bilo povod za preiskovanje kaznivih dejanj, katerega pomemben del je bila ugotovitev identitete takrat še neznanega storilca. Po presoji Ustavnega sodišča je torej pritožnik glede na vse okoliščine konkretnega primera upravičeno pričakoval zasebnost glede komunikacije po elektronski pošti, zaradi česar je nadzor slednje brez dvoma posegel v njegovo pravico do komunikacijske zasebnosti. Stališča vseh treh sodišč, da nadzor pritožnikove komunikacije po spletni pošti sploh ni pomenil posega v pravico do

⁴⁴ Elektronski naslovi so za vzpostavitev kontakta objavljeni na številnih spletnih straneh, npr. sodišč, odvetnikov, notarjev, zdravnikov, raznih gospodarskih subjektov itd., pri čemer je jasno, da nadaljnja komunikacija preko teh naslovov ni javna.

⁴⁵ Seveda je mogoče, da kdo od vpletenih oseb vsebino komunikacije posreduje naprej tudi komu, ki ga pošiljatelj ne izbere, a to ne vpliva na upravičenost pričakovanja zasebnosti pošiljatelja, ki z izbiro prejemnikov elektronske pošte zameji, s kom vse želi deliti neko sporočilo.

⁴⁶ Točka 33 obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

⁴⁷ Glej npr. 28. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

⁴⁸ Glej npr. prvi odstavek 148. člena ZKP.

⁴⁹ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-540/11, 12. točka obrazložitve.

⁵⁰ V začetku je bilo o pritožniku znano le, da uporablja elektronski naslov iserdo@gmail.com, v komunikaciji pa je posredoval tudi podatke za nakazilo, iz katerih je bilo razvidno le, da bo denar nakazan v Slovenijo na ime soobsojane Nuše Čoh. V fazi komunikacije pritožnika s TPS drugi podatki, ki bi omogočali ugotovitev identitete pritožnika, še niso bili znani.

⁵¹ Glej odločbo Ustavnega sodišča št. Up-540/11, 18. točka obrazložitve.

komunikacijske zasebnosti, ker ni šlo za zasebno komunikacijo pritožnika, tako pomenijo kršitev pravice do komunikacijske zasebnosti iz prvega odstavka 37. člena Ustave.

Glede meril za presojo dopustnosti dokazov iz tujine

22. Organi pregona v ZDA so torej z nadzorom pritožnikove komunikacije po spletni pošti (in nadaljnjimi ukrepi) posegli v njegovo pravico do komunikacijske zasebnosti. Ključno vprašanje za presojo v tem drugem delu pa je, kakšni pogoji veljajo za tovrsten poseg, če je bil izveden v tuji državi brez sodelovanja ali iniciative Republike Slovenije, oziroma kako presojati dopustnost tako pridobljenih dokazov iz tujine v slovenskem kazenskem postopku.

23. Ustavno sodišče je v nedavni odločbi št. Up-127/16 poudarilo, da je treba pri prenosu dokazov iz tujine v slovenski pravni sistem razlikovati med dvema dejanjema: pridobivanjem dokazov v tujini in uporabo dokazov v slovenskem pravem sistemu. Presodilo je, da s pridobitvijo dokazov v okviru preiskave, ki so jo tuji organi pregona opravili v tujini izven ozemeljske veljavnosti slovenske Ustave ter brez sodelovanja in brez pobude slovenskih organov pregona, določb slovenske Ustave ni mogoče kršiti.⁵² Pač pa je treba spoštovati temeljna ustavna procesna jamstva obdolženca, ki jih zagotavljajo 22., 23. in 29. člen Ustave pri uporabi na tak način pridobljenih dokazov v konkretnem kazenskem postopku v Republiki Sloveniji, torej ob prenosu takšnih dokazov v slovenski pravni sistem. Vendar to ne pomeni, da je treba izvedbo preiskovalnih dejanj v tujini v celoti, strogo presojati z vidika slovenske Ustave. Nezmožnost uporabe dokazov iz tujine zgolj zato, ker način njihove pridobitve (ki bi bil lahko sicer v skladu s tujo Ustavo) ne bi ustrezal temeljnim procesnim jamstvom slovenske Ustave, bi imela za posledico neučinkovitost kazenskega pregona pred slovenskimi sodišči. S tem bi bila kršena pozitivna dolžnost države, da zagotavlja varnost osebam na svojem ozemlju (34. člen Ustave).⁵³

24. V obravnavani zadevi so preiskovalni organi v ZDA pridobivali dokaze na podlagi ameriške zakonodaje, brez posredovanja ali pobude Republike Slovenije, zaradi česar niso mogli biti vezani z določbami slovenske Ustave, saj je šlo za pridobivanje dokazov v tujini izven ozemeljske veljavnosti slovenske Ustave. Ob upoštevanju ustavnosodne presoje v takih primerih pridobivanja dokazov določb slovenske Ustave ni mogoče kršiti.⁵⁴ Navedeno pa nikakor ne pomeni, da človekove pravice zunaj slovenskih meja niso varovane (glej 28. točko obrazložitve te odločbe). Zato je treba pri uporabi dokazov iz

⁵² Glej 15. točko obrazložitve. Prim. tudi K. Šugman Stubbs, nav. delo.

⁵³ Človekova pravica do varnosti iz 34. člena Ustave, ki je povezana tudi z načeli pravne države (2. člen Ustave), državi med drugim nalaga, naj si aktivno prizadeva zagotavljati najvišjo mogočo razumno dosegljivo stopnjo varnosti svojih prebivalcev; glej odločbo Ustavnega sodišča št. Up-1082/12 z dne 29. 5. 2014 (Uradni list RS, št. 43/14, in OdlUS XX, 35), 9. točka obrazložitve.

⁵⁴ Glej 15. točko obrazložitve odločbe Ustavnega sodišča št. Up-127/16.

tujine preveriti, ali so sodišča spoštovala pritožnikova temeljna ustavna procesna jamstva iz 22., 23. in 29. člena Ustave.⁵⁵

25. Eno izmed teh jamstev je tudi zahteva po obrazloženi sodni odločbi iz 22. člena Ustave, ki od sodišča terja, da na konkreten način in z zadostno jasnostjo opredeli razloge, na podlagi katerih je sprejelo svojo odločitev. Sodišče se mora z navedbami strank seznaniti in se do njih, če so dopustne in za odločitev pomembne, v obrazložitvi sodne odločbe tudi opredeliti. To ne velja le za dejanske navedbe, temveč tudi za pravna vprašanja. Pri tem sodišče ni dolžno posebej odgovarjati na vsak pravni argument stranke, mora pa se opredeliti do tistih, ki so za presojo spora odločilni oziroma bistveni.⁵⁶ Ustava v 125. členu jasno določa, da so sodniki vezani na Ustavo in zakon. Kadar se v kazenskem postopku obravnavajo posegi v človekove pravice, takšna dolžnost sodnikov izhaja tudi iz četrtega odstavka 15. člena Ustave. Sodišča se morajo zato opredeliti do navedb strank, ki so za odločitev z vidika človekove pravice bistvenega pomena. Če pri tem ocenijo, da so ustavnopravni ugovori oziroma očitki ustavnopravne narave neutemeljeni, jih morajo argumentirano zavrniti.⁵⁷ Če zaradi trka dveh (ali več) pravnih redov držav v izhodišču prihajajo v poštev med seboj različne pravne ureditve, mora sodišče, da bi opredelilo zgornjo premiso, utemeljiti zanj relevantno razmerje med vsemi v poštev prihajajočimi pravnimi podlagami in razloge za izbrano zgornjo premiso. Zgolj posplošena stališča o tem razmerju ne zadostujejo, ker onemogočajo izostritev kriterijev, po katerih se ravna presoja danega primera.⁵⁸

26. Vsa tri sodišča so stališče o dopustnosti dokazov iz ZDA oprla na dva argumenta: 1) organi pregona v ZDA so ravnali v skladu s predpisi svoje države in 2) tako pridobljeni dokazi so ustavno dopustni tudi v Republiki Sloveniji.⁵⁹ Stališče sodišč, da so ameriški preiskovalci delovali v skladu z ameriško zakonodajo in v skladu z ameriško Ustavo, ni očitno napačno, niti mu ni mogoče očitati neobrazloženosti, kot trdi pritožnik. Iz sodb namreč izhaja, da so se sodišča zadostno ukvarjala s tem vprašanjem, saj so pojasnila dejanski in časovni potek preiskovalnih dejanj, ugotavljala so tako vsebino pravnih pravil v ZDA kot tudi dejansko ravnanje preiskovalcev (zaslišanje agenta FBI Jeffa Collinsa), svojo presojo pa so tudi ustrezno obrazložila. Res je, da je Okrožno sodišče v tem delu zgolj skopo citiralo pravni predpis, ne pa tudi njegove vsebine,⁶⁰ kar bi lahko vzbujalo

⁵⁵ Prav tam.

⁵⁶ Prim. npr. odločbi Ustavnega sodišča št. Up-147/09 z dne 23. 9. 2010 (Uradni list RS, št. 83/10), 8. točka obrazložitve, in št. Up-728/08 z dne 26. 3. 2009 (Uradni list RS, št. 28/09, in OdlUS XVIII, 68), 5. točka obrazložitve, ter številne druge na to temo.

⁵⁷ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-67/09, Up-316/09 z dne 24. 3. 2011 (Uradni list RS, št. 28/11, in OdlUS XIX, 19), 24. točka obrazložitve.

⁵⁸ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-519/12 z dne 18. 9. 2014 (Uradni list RS, št. 74/14), 9. točka obrazložitve.

⁵⁹ Glej 52.–56. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča, 24.–41. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča ter 8. točko obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča na straneh 38–40.

⁶⁰ Prim. 39. stran sodbe Okrožnega sodišča.

pomislike z vidika zadostnosti obrazložitve, vendar je nato Višje sodišče obrazložitev dopolnilo z navedbo, da komunikacija TPS s pritožnikom ni bila nezakonita, saj so imeli organi pregona zanjo odobritev države.⁶¹ Pravnomočno sodbo, torej obrazložitev sodišča prve in druge stopnje je namreč treba brati skupaj kot celoto, poleg tega pa se je do vprašanja obrazloženo opredelilo tudi Vrhovno sodišče.⁶² Očitek pritožnika o kršitvi pravice iz 22. člena Ustave je torej glede prvega argumenta presoje neutemeljen.

27. Drugače pa velja glede argumenta, da so dokazi, pridobljeni v ZDA, dopustni tudi v slovenskem kazenskem postopku.⁶³ Pritožnik je ves čas postopka, v pritožbi in v zahtevi za varstvo zakonitosti uveljavljal in podrobno utemeljeval, da se smejo dokazi iz tujine uporabiti le v primeru, če so bili pridobljeni v skladu z Ustavo, konkretno v skladu s 37. členom. Ker preiskovalni organi v ZDA za posege v komunikacijsko zasebnost niso imeli odredbe sodišča, kar je izrecna zahteva iz 37. člena Ustave, teh dokazov po mnenju pritožnika ni dopustno uporabiti v slovenskem kazenskem postopku. Argumenti sodišč, zakaj so dokazi iz ZDA ustavno dopustni tudi v Republiki Sloveniji, so strnjeno naslednji: 1) ker bi vztrajanje pri popolni skladnosti dokaznih pravil onemogočilo mednarodno pravno pomoč in mednarodno sodelovanje v kazenskih zadevah,⁶⁴ 2) ker se v takem primeru presoja le, ali je bil dokaz pridobljen v skladu z našimi ustavnimi zahtevami, pri čemer lahko nekatere institute Ustave razumemo v tem smislu, da zavezujejo samo naše organe, ne pa tudi tujih,⁶⁵ in 3) ker so bili dokazi pridobljeni v skladu s slovenskimi ustavnimi zahtevami oziroma so bile vsebinsko varovane človekove pravice in temeljne svoboščine, ki jih zagotavlja tudi Ustava.⁶⁶ Sodišča so se torej na konkretizirane in ustavnopravno pomembne navedbe pritožnika sicer odzvala, vendar pri tem niso vsebinsko odgovorila na vprašanje, zakaj je mogoče v slovenskem kazenskem postopku, v katerem Ustava izrecno zahteva sodno odločbo, z uporabo dokazov zagotoviti vsebinsko varovanje človekove pravice, kljub temu da so bili ti dokazi v ZDA pridobljeni brez odredbe sodišča.

28. Jasno je, da je mednarodno sodelovanje v kazenskih postopkih pomembno za učinkovitost kazenskega pregona zunaj meja držav in za zagotavljanje varnosti osebam

⁶¹ Prim. 20. stran sodbe Višjega sodišča.

⁶² Glej 55. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

⁶³ Iz izpodbijanih sodb in očitkov pritožnika je sicer razvidno, da niti sodišča niti sam pritožnik niso dosledno ločevali faze pridobivanja dokazov v ZDA od faze uporabe teh dokazov v slovenskem kazenskem postopku, kar je razumljivo, saj je bila odločba Ustavnega sodišča št. Up-127/16, ki je poudarila pomembnost ločevanja obeh faz, izdana šele januarja 2022.

⁶⁴ Stran 40 sodbe Okrožnega sodišča.

⁶⁵ Stran 16, 24. točka obrazložitve sodbe Višjega sodišča. Pri tem sicer niti Višje niti Vrhovno sodišče ne navedeta izrecno, katere institute Ustave lahko razumemo v tem smislu, vendar je mogoče iz sodb razbrati, da se to vprašanje nanaša na obstoj sodne odločbe za posege v komunikacijsko zasebnost.

⁶⁶ Točka 53 obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

na njihovem ozemlju, na kar je opozorilo tudi Ustavno sodišče.⁶⁷ A slednje ne more v vsakem primeru in na splošno upravičevati posegov v človekove pravice mimo ustavnih zahtev, konkretno brez sodne odločbe. To je lahko eden od argumentov, zakaj so dokazi iz tujine dopustni, ne more pa nadomestiti vsebinske presoje dopustnosti dokazov z vidika slovenske Ustave. Tudi stališče, da lahko nekatere institute Ustave razumemo v tem smislu, da zavezujejo samo naše organe, ne pa tudi tujih, je sicer povsem razumno, ne pojasni pa, katere konkretne institute Ustave lahko razumemo na tak način in zakaj. Višje sodišče je na podlagi pregleda ureditve komunikacijske zasebnosti po Ustavi, ameriški Ustavi in EKČP presodilo,⁶⁸ da je komunikacijska zasebnost varovana v vseh ureditvah, pri čemer pa pritožnik upravičeno pogreša odgovor, zakaj kljub očitno različnim pogojem za posege sodišče dopušča dokaze iz tujine, pridobljene pod nižjimi standardi varstva, tudi v slovenskem postopku. Ni namreč sporno, da vsi navedeni akti varujejo komunikacijsko zasebnost, temveč je bistvenega pomena, da je mogoče vanjo posegati pod zelo različnimi pogoji. Vrhovno sodišče je sicer nakazalo, da je treba opraviti vsebinsko presojo varovanja človekovih pravic z vidika Ustave, vendar takšne vsebinske presoje v nadaljevanju ni opravilo. Nobeno od sodišč torej ni razrešilo in ustrezno obrazložilo bistva problema v obravnavani zadevi – zakaj se smejo v slovenskem kazenskem postopku uporabiti dokazi, ki so bili v tujini pridobljeni s posegom v komunikacijsko zasebnost brez sodne odločbe, če slovenska Ustava za takšen poseg zahteva sodno odločbo. Pri presoji dopustnosti uporabe dokazov, pridobljenih v tujini, imajo sicer sodišča določeno razlagalno polje, pri čemer morajo upoštevati tako okoliščine posameznega primera kot način pridobivanja dokazov in procesna jamstva, ki so zagotovljena za varovanje posamezne človekove pravice v tujini. Razlagalno polje pa temelji prav na tem, da je slovenski ustavni pravni red sicer odprt zlasti k mednarodnemu pravu (peti odstavek 15. člena Ustave), ne učinkuje pa zunaj meja Republike Slovenije, ter da je za ustrezno sobivanje med različnimi pravnimi redi in njihovimi čezmejnimi učinki potrebna določena tolerantnost razlik, vendar le do mere, ki ne pomeni zanikanja vladavine prava in spoštovanja temeljne vsebine človekovih pravic. To je mogoče varovati na različne načine, tudi takšne, kot jih nekateri drugi ustavnopravni redi urejajo drugače od slovenskega. Sodišča morajo torej to vsebinsko presojo opraviti v vsakem primeru posebej in jo glede na konkretne okoliščine posameznega primera obrazložiti. V obrazložitvi izpodbijanih sodb navedenega ni, saj sodbe ne vsebujejo niti konkretne in razumno obrazložene presoje o tem, katera morebitna druga jamstva so na primerljiv način kot sodna odločba varovala pritožnikovo komunikacijsko zasebnost. Sodna odločba namreč pomeni pomembno jamstvo, da bo sodnik kot predstavnik sodne veje oblasti preizkusil obstoj ustavnih in zakonskih pogojev za poseg v določeno pravico, pri čemer nastopa v vlogi garanta, torej varuha pravic obdolženca in nadzornika nad delom tožilstva in policije.⁶⁹ Poleg tega pojem sodne odločbe po ustaljeni ustavnosodni presoji nujno

⁶⁷ Odločba Ustavnega sodišča št. Up-127/16, 15. točka obrazložitve.

⁶⁸ Glej 26. točko obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

⁶⁹ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-1006/13 z dne 9. 6. 2016 (Uradni list RS, št. 51/16, in OdlUS XXI, 34), 14. točka obrazložitve. Tudi v odločbi št. Up-402/12, U-I-86/12 z dne 5. 7. 2012 (Uradni list RS, št. 55/12) je Ustavno sodišče poudarilo, da je vloga sodnika pri odločanju o

vkjučuje jamstva iz 22., 23. in 29. člena Ustave.⁷⁰ Gre torej za pomembno ustavnopravno vprašanje uporabe dokazov, ki so bili v tujini pridobljeni pod nižjimi procesnimi standardi, kot so zahtevani v Republiki Sloveniji, zaradi česar je zahteva po jasni, kakovostni in prepričljivi obrazložitvi iz 22. člena Ustave še bolj poudarjena. Ker so se sodišča kljub delni obrazložitvi izognila ključni vsebinski presoji očitkov pritožnika o protiustavnosti uporabe dokazov, ki izvirajo iz tujine, je torej utemeljena ocena, da na ustavnopravno pomembne očitke o kršitvi človekovih pravic niso odgovorila. S tem so pritožnika prikrajšala za obrazloženo sodno odločbo in kršila njegovo pravico do enakega varstva pravic iz 22. člena Ustave.

Glede pravice do pregledovanja spisa

29. Eden od pomembnih očitkov pritožnika je tudi, da mu je bil dostop do dokazov, ki so pretežno v elektronski obliki, kljub vztrajno ponavljajočim se predlogom za pregled elektronskega dela spisa časovno in vsebinsko omejen. Posledično naj mu ne bi bila zagotovljena pravica do priprave ustrezne obrambe iz 29. člena Ustave, v primerjavi s tožilcem pa naj bi bil v izrazito neenakem položaju.

30. Ustava v 29. členu našteva minimalne pravice, ki gredo obdolžencu v kazenskem postopku in katerih namen je, da mu zagotovijo pošteno sojenje pred neodvisnim in nepristranskim sodiščem.⁷¹ Iz prve alineje 29. člena Ustave izhaja, da morajo biti ob popolni enakopravnosti vsakomur, kdor je obdolžen kaznivega dejanja, zagotovljeni primeren čas in možnosti za pripravo svoje obrambe, kamor spada tudi pravica do pregleda spisa. Člen 29 Ustave že v napovednem stavku poudarja enakopravnost, ki ima v bistvu vse attribute enakosti, ki jo vsebuje 22. člen Ustave, torej tudi enakost orožij med strankama sodnega postopka.⁷² Tudi po ustaljeni ustavnosodni presoji je za zagotovitev poštenega sojenja bistveno, da ima oseba, katere pravice, dolžnosti ali pravni interesi so predmet sodnega postopka, ustrezne in zadostne možnosti, da se opredeli tako glede dejanskih kot glede pravnih vidikov zadeve in da v razmerju do nasprotne stranke ni zapostavljena.⁷³ Bistvo pravice do obrambe torej je, da sta obdolženec in tožilec v

posegih v osebno svobodo (pa tudi nasploh) bistven pogoj za uresničevanje varstva posameznika v razmerju do države (prim. 10. točka obrazložitve).

⁷⁰ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-18/93 z dne 11. 4. 1996 (Uradni list RS, št. 25/96, in OdlUS V, 40), 69. in 70. točka obrazložitve.

⁷¹ Prim. npr. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-120/97 z dne 18. 3. 1999 (Uradni list RS, št. 31/99, in OdlUS VIII, 126), 9. točka obrazložitve, in številne druge. V skladu z ustaljeno ustavnosodno presojo je 29. člen Ustave specialni v razmerju do pravic iz 22. člena (enako varstvo pravic) in iz 23. člena Ustave (pravica do sodnega varstva).

⁷² Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-289/95 z dne 4. 12. 1997 (Uradni list RS, št. 5/98, in OdlUS VI, 165), 6. točka obrazložitve.

⁷³ Poleg odločbe Ustavnega sodišča št. Up-120/97 prim. npr. tudi odločbe Ustavnega sodišča št. Up-328/03 z dne 12. 5. 2005 (Uradni list RS, št. 56/05, in OdlUS XIV, 41), 9. točka obrazložitve, št.

enakopravnem razmerju in da je zagotovljeno spoštovanje načela enakosti orožij.⁷⁴ Če obdolžencu v kazenskem postopku, v katerem se ugotavlja njegova odgovornost za očitano mu kaznivo dejanje, nista zagotovljeni možnost izjavljanja o celotnem procesnem gradivu in možnost primerne sodelovanja v dokaznem postopku, je nedopustno poseženo v njegovo pravico do obrambe. Gre za jedro pravice do obrambe, ki ima samostojno vrednost.⁷⁵

31. Pravica do primerne časa in možnosti za pripravo obrambe, ki vključuje tudi pravico obdolženega do pregleda sodnega spisa, je kot eden od vidikov poštenega postopka iz 6. člena EKČP urejena v b) točki tretjega odstavka 6. člena EKČP. ESČP v svoji presoji pogosto poudarja, da je treba v skladu z načelom enakosti orožij obema strankama postopka dati razumno možnost, da predstavita svoje stališče pod pogoji, ki ju ne zapostavljajo v primerjavi z nasprotno stranko. Ena od zahtev poštenega postopka v kazenskih zadevah je tudi kontradiktornost postopka, kar pomeni, da morata imeti tako obramba kot tožilstvo možnost izvedeti za dejstva in dokaze v spisu, ki jih je predložila nasprotna stranka, ter se o njih tudi izjaviti.⁷⁶ Poleg tega iz prvega odstavka 6. člena EKČP izhaja zahteva, da organi pregona razkrijejo obrambi bistvene dokaze, ki jih posedujejo zoper obdolženega ali v njegovo korist.⁷⁷ Po praksi ESČP sta neomejen dostop do (sodnega) spisa in neomejena uporaba zapiskov, vključno z možnostjo pridobivanja prepisov relevantnih dokumentov, če je to nujno, pomembno jamstvo poštenega postopka.⁷⁸ Pravica do razkritja pomembnih dokazov pa ni absolutna, temveč ji lahko v kazenskem postopku nasproti stojijo drugi pomembni interesi, kot so državna varnost, zaščita prič pred povračilnimi ukrepi in zaščita tajnosti policijskih preiskovalnih metod. Prikrivanje dokazov obdolžencu je torej dopustno samo, če je to nujno potrebno (*strictly necessary*), pri čemer je treba vsako omejevanje pravic obrambe v zadostni meri uravnotežiti z ustreznim postopkom pred sodiščem.⁷⁹ Postopek odločanja mora v največji

Up-599/04 z dne 24. 3. 2005 (Uradni list RS, št. 37/05, in OdlUS XIV, 38), 16. točka obrazložitve, in št. Up-751/02 z dne 11. 11. 2004 (Uradni list RS, št. 131/04), 8. točka obrazložitve.

⁷⁴ Prim. sklep Ustavnega sodišča št. Up-94/02 z dne 21. 10. 2004 (OdlUS XIII, 88), 5. in 6. točka obrazložitve.

⁷⁵ Prim. odločbo Ustavnega sodišča št. Up-234/13 z dne 27. 11. 2014 (Uradni list RS, št. 89/14, in OdlUS XX, 40), 6. točka obrazložitve.

⁷⁶ Prim. npr. sodbe ESČP v zadevah *Brandstetter proti Avstriji* z dne 28. 8. 1991, 66. in 67. točka obrazložitve, *Jasper proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. 2. 2000, 51. točka obrazložitve, in *Öcalan proti Turčiji* z dne 12. 5. 2005, 140. in 146. točka obrazložitve.

⁷⁷ Sodbi ESČP v zadevah *Jasper proti Združenemu kraljestvu*, 51. točka obrazložitve, ter *Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. 2. 2000, 60. točka obrazložitve.

⁷⁸ Sodbi ESČP v zadevi *Beraru proti Romuniji* z dne 18. 3. 2014, 70. in 71. točka obrazložitve, in *Kikabidze proti Gruziji* z dne 16. 11. 2021, 42. točka obrazložitve.

⁷⁹ Sodbe ESČP v zadevah *Jasper proti Združenemu kraljestvu*, 52. točka obrazložitve, *Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu*, 61. točka obrazložitve, ter *Van Wesenbeeck proti Belgiji* z dne 23. 5. 2017, 68. točka obrazložitve.

možni meri ustrezati zahtevam kontradiktornega postopka in enakosti orožij ter vključevati primerna jamstva za varstvo obdolženčevih interesov.⁸⁰

32. Pravica do vpogleda obdolženega v spis je na zakonski ravni urejena v šestem odstavku 128. člena ZKP,⁸¹ ki določa: "Obdolženec ima pravico pregledati in prepisati spise in si ogledati dokazne predmete." ZKP posebnih omejitev te pravice obdolženca, razen v primeru, ko gre za dokumente s tajnimi podatki, kar pa za obravnavani primer ni relevantno, ne določa.⁸² To pomeni, da ima obdolženi po volji zakonodajalca pravico neomejeno pregledovati in prepisovati spise, in sicer od trenutka, ko je podana zahteva tožilca za kazenski pregon, oziroma čim sodišče opravlja formalna preiskovalna dejanja pred izdajo sklepa o preiskavi.⁸³

33. Stališče sodišč o tem, da se pritožniku niso izročile kopije tistih zgoščenk, na katerih so bili virusi, zlonamerne kode, gesla in osebni podatkih tretjih oseb, ne vzbuja ustavnopravnih pomislekov. Šlo je namreč za predmete kaznivega dejanja (virusi in zlonamerne kode) in za podatke, ki nimajo nobene zveze s pritožnikovim kaznivim dejanjem (osebni podatkih drugih oseb). Kljub omejitvam pri izročitvi kopij zgoščenk pa je bil pritožnik vseeno seznanjen z njihovo vsebino, saj mu je sodišče dovolilo njihov pregled. Ne gre torej za položaj, ko bi pritožniku prikrivali vsebino navedenih zgoščenk, kot to zmotno trdi pritožnik, temveč za položaj, ko so sodišča pritožniku odrekla zgolj kopiranje nekaterih zgoščenk, ne pa tudi seznanitve z njihovo vsebino. Pri tem so sodišča omejitve pritožnikove pravice do kopiranja nekaterih zgoščenk utemeljila z ustavno dopustnimi razlogi, to sta varnost ljudi in varovanje njihove zasebnosti, svojo odločitev pa so ustrezno in razumno obrazložila.⁸⁴ Za kršitev pravice do obrambe iz 29. člena Ustave zato v tem delu ne gre.

⁸⁰ V primeru *Jasper proti Združenemu kraljestvu* ESČP ni ugotovilo kršitve prvega odstavka 6. člena EKČP in s tem kršitve poštenega sojenja, saj je o prikritju dokazov obrambi oziroma tehtanju interesov obrambe in drugih interesov *ex parte* odločalo sodišče, obrambi pa je bilo omogočeno sodelovanje v tem postopku. Drugače pa je ESČP presodilo v zadevi *Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu*, v kateri se je tožilstvo samo odločilo za prikritje dokazov, ne da bi o tem obvestilo sodišče.

⁸¹ Kot je bilo že navedeno, je bila v času sojenja ista vsebina tega člena v petem odstavku 128. člena ZKP, ki pa je po uveljavitvi Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 200/20 – ZKP-O) pristala v šestem odstavku 128. člena ZKP.

⁸² Prim. sedmi odstavek 128. člena ZKP (v času sojenja je bila ista določba v šestem odstavku).

⁸³ Prim. Š. Horvat, Zakon o kazenskem postopku s komentarjem, GV Založba, Ljubljana 2004, str. 275.

⁸⁴ Pri tem navedbe sedmega odstavka 219.a člena ZKP v sodbi Višjega in Vrhovnega sodišča ne gre razumeti kot pravne podlage za odločitev, kot meni pritožnik, temveč kot ponazoritev, da je treba načelo sorazmernosti pri poseganju v pravice tretjih upoštevati že tudi v fazi preiskave elektronske naprave in kasneje v postopku.

34. Drugačna pa je presoja Ustavnega sodišča glede stališča sodišč, da pritožniku kljub temu, da je imel očitno omejene časovne in vsebinske možnosti pregledovanja spisa, ni bila kršena pravica do obrambe. Kot izhaja iz sodb, je pritožnik že ob privedbi k preiskovalni sodnici 30. 10. 2011 navajal, da ni imel dostopa do vseh informacij in prilog kazenske ovadbe,⁸⁵ zahtevo, da naj mu sodišče omogoči pregled spisa in elektronskih dokazov, pa je pritožnik vztrajno ponavljal na številnih narokih in v pisnih vlogah,⁸⁶ čemur na določeni točki ni nasprotovalo niti tožilstvo.⁸⁷ Kljub navedenemu je sodišče prvi pregled spisa pritožniku omogočilo šele 4. 10. 2012, torej dobrih 11 mesecev po privedbi in po tem, ko so bili že opravljeni tako predobravnavni narok kot tudi več narokov za glavno obravnavo, na katerih so se zasliševale priče in izvedenec.⁸⁸ Pritožnik je tako do 3. 9. 2013 oziroma 3. 10. 2013, ko mu je sodišče le izročilo kopije večine zgoščenk in mu s tem omogočilo njihov neomejen pregled, lahko spis pregledoval zgolj šestkrat, dokazni postopek pa je kljub temu nemoteno tekel dalje, saj so bile v tem času zaslišane tudi številne priče.⁸⁹ Upošteva je predstavljene možnosti pritožnika za pregled spisa in dejstvo, da so bile na zgoščenkah velike količine podatkov,⁹⁰ kar je nedvomno terjalo določen čas za njihovo preučitev, je izpodbijano stališče sodišč, da je bil pritožniku pregled spisa omogočen in mu zato ni bila kršena pravica do obrambe, nesprejemljivo z vidika 29. člena Ustave. Res je, da pritožnik od izročitve kopij zgoščenk dalje, torej od 3. 9. 2013 oziroma 3. 10. 2013, ni bil več omejen pri njihovem pregledovanju, vendar to ne spremeni dejstva, da se pred izrekanjem o krivdi na predobravnavnem naroku in pred zaslišanjem na glavni obravnavi ter izvajanjem dokazov⁹¹ ni mogel seznaniti s pomembnim delom kazenskega spisa, saj vseh zgoščenk v navedenih šestih terminih ni mogel niti pregledati, kaj šele, da bi na njihovi podlagi lahko učinkovito pripravil svojo obrambo. Zahteva Vrhovnega sodišča, da bi moral pritožnik pojasniti, katerih zgoščenk ni mogel pregledati, ker je imel na voljo le 15 ur, je torej nerazumna, saj je samo po sebi jasno, da tako obsežnega gradiva v danem času ni mogoče pregledati. Seznanitev s spisom in dokazi v njem je namenjena temu, da lahko obdolženi še pred samim sojenjem in torej pred izvajanjem dokazov ustrezno pripravi svojo obrambo in se opredeli tako glede dejanskih

⁸⁵ Točka 2 obrazložitve sodbe Okrožnega sodišča.

⁸⁶ Glej npr. zapisnik o predobravnavnem naroku z dne 13. 7. 2012, 5. stran, in zapisnike o glavni obravnavi z dne 6. 8. 2012, 3. stran, z dne 24. 9. 2012, 2. stran, z dne 19. 10. 2012, 63. stran, z dne 22. 11. 2012, 18. stran, z dne 18. 12. 2012, 9. in 10. stran.

⁸⁷ Glej zapisnik o glavni obravnavi z dne 30. 11. 2012, 4. stran, kjer je navedeno, da tožilstvo predlogu obrambe za pregled DVD-jev in istovetnih kopij ne nasprotuje.

⁸⁸ Predobravnavni narok je bil opravljen 13. 7. 2012, naroki za glavno obravnavo pa 6. 8. 2012, 24. 9. 2012, 25. 9. 2012 in 1. 10. 2012, kot izhaja iz zapisnikov, ki jih je ustavni pritožbi priložil pritožnik.

⁸⁹ Vrhovno sodišče je pojasnilo, kako in kdaj je potekalo zaslihanje prič, pri čemer so vsi navedeni datumi zaslihanj prič pred 3. 9. 2013 oziroma 3. 10. 2013, ko je sodišče pritožniku izročilo kopije večine zgoščenk. Glej 33. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

⁹⁰ Po navedbah priče Bek lahko ena zgoščanka vsebuje tudi do 1000 strani.

⁹¹ Gre torej za naroke iz opombe 86 te odločbe, ki so bili izvedeni pred 3. 9. 2013 oziroma 3. 10. 2013.

kot glede pravnih vidikov zadeve ter se pripravi na zaslišanje prič. Ker pritožnik neomejenega dostopa do vseh dokazov v spisu ni imel oziroma mu je bil ta omogočen šele zelo pozno v postopku, se ni mogel učinkovito zoperstaviti očitkom iz obtožbe, posledično pa je bila njegova pravica do obrambe iz 29. člena Ustave pomembno okrnjena. Takšne presoje ne more spremeniti niti dejstvo, da je bil neomejen dostop do spisa dovoljen pritožnikovemu zagovorniku;⁹² zagovornik je namreč zgolj pritožnikov pomočnik glede pravnih vprašanj, ne more pa nadomestiti pritožnika glede vprašanj dejanske narave, zlasti še, če so ta tako zelo specifična, kot je to v primeru obravnavane računalniške kriminalitete.

35. Pomembno oviro za izvajanje pritožnikove pravice do obrambe in s tem pregleda spisa je pomenila tudi odločitev sodišč, da se pritožniku odreče pregled istovetnih kopij, ker naj ne bi bilo nobenega dvoma o verodostojnosti izvedenih dokazov, pritožnik pa naj svoje zahteve ne bi zadostno konkretiziral. Kot izhaja iz sodb, so kriminalisti ob zasegu računalnikov izdelali istovetne kopije naprav, to so izvirne in nespremenjene kopije zaseženih elektronskih naprav. Slednje so nato pregledovali in iz njih po lastni presoji izdelali izvlečke dokazov, ki so jih shranili na zgoščenke in priložili spisu. Pri tako veliki količini podatkov, kot je bila očitno na istovetnih kopijah, so organi pregona sicer upravičeni, da zmanjšajo spis na obvladljiv obseg in samo na tiste dokumente, ki so za obravnavo kaznivega dejanja upoštevni. Vendar je pri tem za zagotavljanje pravice do obrambe iz 29. člena Ustave bistvenega pomena, kdo in na kakšen način opravi to selekcijo. Tako ni mogoče spregledati, da so v obravnavani zadevi izbor dokazov, ki so jih iz istovetnih kopij vključili v sodni spis v obliki zgoščenk, ki so bile nato priložene spisu, opravili kriminalisti kot podaljšana roka tožilstva. Obramba v postopek določanja kriterijev, kaj iz istovetnih kopij je oziroma ni pomembno za kazenski pregon pritožnika, nikoli ni bila vključena, prav tako pa te odločitve v nobeni fazi postopka ni preverjalo sodišče.⁹³ Poleg tega so bili določeni dokazi zgolj na istovetnih kopijah, ne pa tudi na zgoščenkah z izvlečki.⁹⁴ V tej luči torej izpodbijano stališče sodišč, da vpogled v istovetne kopije kot izviren dokaz ni potreben, ker je bila pritožniku zagotovljena zadostna možnost pregleda spisa, vzbuja pomisleke o primernosti obrambe, ki jo zagotavlja 29. člen Ustave, saj se je sodišče pri oceni, kaj je upoštevno za kazenski postopek, v celoti oprlo zgolj na presojo policije in tožilstva, ne da bi se tudi samo seznanilo s temi podatki in ne da bi seznanitev z njimi omogočilo pritožniku.⁹⁵ Povsem razumno je sicer zahtevati od pritožnika, da svojo

⁹² Gre za stališče Okrožnega sodišča, zapisano na straneh 27 in 28 sodbe, da je lahko pritožnik spis pregledoval v več terminih po več ur, neomejene možnosti pregleda spisa pa je imel v času uradnih ur njegov zagovornik.

⁹³ Kot izhaja iz sodb, v istovetne kopije med sojenjem nista vpogledala niti sodišče niti izvedenec, ki je izdelal izvedensko mnenje. Po trditvah tožilstva so bile istovetne kopije sicer v spisu (4. stran prepisa zvočnega posnetka glavne obravnave z dne 30. 11. 2012).

⁹⁴ Izpovedba priče Bek, 2. stran prepisa zvočnega posnetka glavne obravnave z dne 30. 11. 2012.

⁹⁵ Postopek, v katerem skuša tožilstvo samo oceniti, kaj je oziroma ni relevantno za primer, brez nadaljnjih postopkovnih varovalk za obrambo, tudi po presoji ESČP ne more biti v skladu z

zahtevo po pregledu istovetnih kopij ustrezno utemelji, saj bi se lahko v nasprotnem primeru pregledovanje istovetnih kopij izkazalo kot iskanje šivanke v kopici sena.⁹⁶ Vendar pa je pritožnik v obravnavanem primeru tej zahtevi zadostil, saj je vpogled v istovetne kopije podrobno utemeljeval ves čas postopka, pri čemer je navajal možnost prirejanja podatkov,⁹⁷ preverjanje dela kriminalistov,⁹⁸ možnost obstoja razbremenilnih dokazov,⁹⁹ zagotavljanje enakosti orožij,¹⁰⁰ vpogled pa je bil po njegovi oceni nujen tudi zato, ker so bili določeni dokazi izključno na istovetnih kopijah. Ob upoštevanju navedenih številnih obrazloženih predlogov pritožnika, se torej stališče sodišč, da vpogleda v istovetne kopije ni zadostno konkretiziral, z vidika 29. člena Ustave izkaže kot pretirano omejujoče.

36. Izpodbijano stališče sodišč, da obramba pritožnika zaradi navedenih časovnih in vsebinskih omejitev pri pregledu spisa ni bila onemogočena, pa je nesprejemljivo tudi z vidika enakosti orožij med strankama postopka. "Enakost orožij", ki izhaja iz napovednega stavka 29. člena Ustave, v zvezi s prvo alinejo tega člena implicira, da morajo biti tako čas kot tudi možnosti, ki jih ima obramba na razpolago, ne samo "primerni", ampak tudi povsem enaki času in možnostim državnega tožilca.¹⁰¹ Pri tem "primeren čas" ni statična kategorija, ampak je odvisen od okoliščin vsakega konkretnega primera ter vrste in zahtevnosti procesnega dejanja, ki ga je treba opraviti.¹⁰² V obravnavani zadevi tožilstvo za pregledovanje spisa ni imelo nobenih ovir in je lahko tako istovetne kopije kot tudi izvlečke na zgoščenkah prosto pregledovalo brez časovnih ali drugih omejitev,¹⁰³ pritožnik pa istovetnih kopij sploh ni smel pregledati, spis pa je smel iz varnostnih razlogov pregledovati samo v prisotnosti izvedenca in torej v času, ko je bil

zahtevami poštenega postopka iz prvega odstavka 6. člena EKČP. Prim. sodbo v zadevi *Matanović proti Hrvaški* z dne 4. 4. 2017, 158. točka obrazložitve.

⁹⁶ Tudi po presoji ESČP takšne "*fishing expedition*" ne morejo biti upravičene. Glej 89. točko sodbe v zadevi *Sigurður Einarsson in drugi proti Islandiji* z dne 4. 6. 2019.

⁹⁷ To se je nanašalo npr. na dokaze, pridobljene v Bosni in Hercegovini, kjer so preiskovalci delali na živem sistemu in so istovetno kopijo računalnika HP Pavilion, ki je bil zasežen ob hišni preiskavi 30. 5. 2011, izdelali šele 24. 7. 2011, v tem času pa naj bi bilo po trditvah pritožnika spremenjenih več kot 14.000 datotek, datoteka "Opsa" pa naj bi bila ustvarjena šele 26. 6. 2011 (prim. 35. in 65. stran sodbe Okrožnega sodišča).

⁹⁸ Glej npr. predlog za vpogled v istovetne kopije na naroku 6. 6. 2013, 5. stran zapisnika.

⁹⁹ Točka 81 obrazložitve sodbe Višjega sodišča.

¹⁰⁰ Prim. npr. 9. stran zapisnika o glavni obravnavi z dne 18. 12. 2012.

¹⁰¹ B. M. Zupančič v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002, str. 316. Glej tudi članek P. Kobe, "Enakost orožja" v kazenskem postopku in jugoslovansko kazensko procesno pravo (1968), v: Izročilo pravne znanosti, GV Založba, Ljubljana 2008, str. 409–433.

¹⁰² Prim. sklep Ustavnega sodišča št. Up-296/99 z dne 16. 11. 1999, 5. točka obrazložitve.

¹⁰³ Npr. zapisnik o preiskavi elektronske naprave Nuše Čoh potrjuje, da je bila preiskava opravljena že 9. 5. 2011, torej dobrega pol leta pred prijeto pritožnika.

izvedenec na voljo.¹⁰⁴ Do 3. 9. 2013 oziroma 3. 10. 2013, ko je sodišče pritožniku izročilo kopije večine zgoščenk, je lahko pritožnik spis pregledoval le šestkrat, pri čemer pa ni zanemarljivo, da je bilo sojenje na prvi stopnji zaključno že 23. 12. 2013, torej slabe štiri mesece zatem. Takšna občutna časovna in vsebinska razlika pri dostopu do spisa je obrambo postavila v bistveno slabši položaj od tožilstva tudi glede možnosti priprave na zaslišanje obremenilnih prič in izvedenca. Stališče Vrhovnega sodišča, da pritožniku niso bile onemogočene primerne možnosti za obrambo niti glede zaslišanja prič, saj so bile zaslišane po tem, ko je pritožnik že pregledal elektronske dokaze,¹⁰⁵ ni skladno z jamstvi iz 29. člena Ustave. Pravica do pregleda spisa pri tako obsežnem gradivu gotovo ne more biti izčrpana zgolj z enkratnim vpogledom v dokazno gradivo, kot je mogoče razumeti stališče Vrhovnega sodišča, temveč lahko pomeni večkratno vračanje k posameznim datotekam, zlasti ob upoštevanju, da je imelo tožilstvo neomejeno možnost dostopa do spisa. Poleg tega so bile vse priče, ki jih navaja Vrhovno sodišče, zaslišane pred 3. 9. 2013, torej v času, ko pritožnik ni mogel neomejeno pregledovati elektronskih dokazov, zaradi česar se zahteva sodišč, da bi moral pritožnik pojasniti, o čem ni mogel zasliševati prič in kateri so bili tisti podatki, ki bi bili nujno potrebni, pa jih, ker pregled zgoščenk ni bil opravljen, pritožnik ni imel in v zvezi z njimi ni mogel zastavljati vprašanj pričam, izkaže kot pretirana. Neenako obravnavanje obeh strank postopka je bilo poudarjeno razvidno tudi na naroku 13. 9. 2013, na katerem je sodišče pritožniku odreklo vnovičen pregled tistih zgoščenk, katerih kopije mu niso bile izročene, hkrati pa je ugodilo prošnji tožilstva in mu odstopilo celoten spis v pregled zaradi priprave modifikacije obtožnice.¹⁰⁶ Ne nazadnje pa pritožnik za razliko od tožilstva dostopa do istovetnih kopij nikoli ni imel, pri čemer so bili določeni dokazi izključno na istovetnih kopijah.¹⁰⁷

37. Na podlagi navedenih konkretnih okoliščin obravnavanega primera in vseh ugotovljenih časovnih in vsebinskih omejitev pri pregledu spisa, s katerimi se je soočal pritožnik, je torej utemeljena presoja, da so sodišča pritožniku z izpodbijanimi stališči kršila pravico do primerne časa in možnosti za pripravo obrambe iz prve alineje 29. člena Ustave.

38. Zaradi ugotovljenih kršitev pravice do komunikacijske zasebnosti iz 37. člena Ustave, pravice do obrazložene sodne odločbe iz 22. člena Ustave in pravnih jamstev v kazenskem postopku iz 29. člena Ustave je Ustavno sodišče izpodbijane sodbe razveljavilo in zadevo vrnilo Okrožnemu sodišču v Mariboru v novo sojenje. V ponovljenem postopku bodo morala sodišča upoštevati stališča Ustavnega sodišča iz te odločbe, se do ustavnopravno pomembnih očitkov opredeliti, pritožniku pa bo treba omogočiti tudi ustavnoskladno pripravo obrambe in pregled spisa. Kot je bilo že

¹⁰⁴ Slednje je glede na to, da je pritožnik ob hišni preiskavi skušal izklopiti delujoče računalnike in s tem uničiti dokaze, povsem razumljivo in ne vzbuja ustavnopravnih pomislekov.

¹⁰⁵ Glej 33. točko obrazložitve sodbe Vrhovnega sodišča.

¹⁰⁶ Glej zapisnik z dne 13. 9. 2013, 9. in 10. stran.

¹⁰⁷ Glej izpovedbo priče Bek v prepisu zvočnega posnetka glavne obravnave z dne 13. 11. 2012, 20. stran, in prepisu zvočnega posnetka glavne obravnave z dne 30. 11. 2012, 2., 4. in 5. stran.

navedeno, pri presoji dopustnosti dokazov, pridobljenih v tujini, sodišča sicer imajo določeno razlagalno polje, kar lahko pripelje do tega, da določen dokaz ne bo izločen kot nedopusten. Vendar morajo obrazložiti, zakaj je v primerih, ko so dokazi pridobljeni ob nižjih standardih varstva, kot jih zagotavlja Ustava, kljub temu mogoče zagotoviti varstvo temeljne vsebine človekove pravice (28. točka obrazložitve te odločbe). Ker je Ustavno sodišče izpodbijane sodbe razveljavilo zaradi ugotovljenih kršitev pravic iz 22., 29. in 37. člena Ustave, drugih zatrjevanih očitkov pritožnika ni presoјalo.

C.

39. Ustavno sodišče je sprejelo to odločbo na podlagi prvega odstavka 59. člena ZUstS v sestavi: predsednik dr. Matej Accetto ter sodnici in sodniki Dr. Dr. Klemen Jaklič (Oxford ZK, Harvard ZDA), dr. Rajko Knez, dr. Špelca Mežnar, dr. Marijan Pavčnik, dr. Rok Svetlič in dr. Katja Šugman Stubbs. Sodnika Marko Šorli in dr. Rok Čeferin sta bila pri odločanju o tej zadevi izločena. Ustavno sodišče je odločbo sprejelo s šestimi glasovi proti enemu. Proti je glasovala sodnica Mežnar. Sodnica Šugman Stubbs je dala pritrdilno ločeno mnenje.

dr. Matej Accetto
Predsednik