



Številka: U-I-144/19-47

Datum: 27. 12. 2022

**PRITRDILNO LOČENO MNENJE
SODNIKA DR. MATEJA ACCETTA
K DELNI ODLOČBI ŠT. U-I-144/19 Z DNE 1. 12. 2022**

1. Delno odločbo sem lahko podprl, saj pritrjujem ugotovitvi neskladnosti iz 1. točke njenega izreka. V tem ločenem mnenju na kratko pojasnujem le svoje razhajanje glede izvedbe strogega testa sorazmernosti, kot je opravljen v pričujoči delni odločbi.

2. Po eni strani imam – še enkrat več¹ – že na načelni ravni zadržke do pragmatičnega pristopa Ustavnega sodišča, po katerem bolj ali manj prosto izbira, katerega izmed treh pogojev oziroma zahtev testa sorazmernosti bo presojalo (najprej). To je Ustavno sodišče storilo tudi v tej delni odločbi: "Ne da bi se opredeljevalo do primernosti in nujnosti ukrepa, je Ustavno sodišče presojalo le, ali je poseg v človekovo pravico sorazmeren v ožjem smislu [...]".² V zelo ozkem tehničnem pogledu logičnega sklepanja izbira kateregakoli izmed kumulativnih pogojev v primeru njegove neizpolnjenosti sicer privede do pravilnega izida presoje – če kateremukoli izmed pogojev ni zadoščeno, ukrep ni sorazmeren. Vendar pa bi, kot sem že utemeljeval,³ razen v izjemnih in ustrezno obrazloženih "težavnih" primerih presoje enega od zgodnejših korakov test praviloma zahteval izvedbo po vrstnem redu pogojev, kot si sledijo in si morajo vedno slediti kot zahteve načela sorazmernosti: najprej primernost, nato nujnost in na koncu sorazmernost v ožjem smislu.

3. Tu ne bom še enkrat ponavljal že navedenih argumentov, razen njegovih bistvenih poudarkov: da, prvič, kasnejši koraki testa nujno predpostavljajo izpolnjenost prejšnjih (in tako denimo presoja nujnosti ukrepa nima smisla, če ukrep ne bi bil niti primeren za uresničevanje – spet predhodno ugotovljenega kot takega – ustavno dopustnega cilja) ter da, drugič, ustrezno izvedeni test tudi v primeru ugotovljene nesorazmernosti vsebuje sporočilo, ki je več kot le gola ugotovitev protiustavnosti, saj zakonodajalcu natančneje sporoča, na katerem koraku z ukrepom ni zadostil zahtevam načela sorazmernosti.

¹ O tem prvič in obširneje pišem že v svojem ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča št. Up-320/14, U-I-5/17 z dne 14. 9. 2017 (Uradni list RS, št. 59/17, in OdlUS XXII, 9).

² Glej 57. točko obrazložitve delne odločbe.

³ Glej omenjeno ločeno mnenje k odločbi št. št. Up-320/14, U-I-5/17, 5.–9. točka mnenja.

4. V tem oziru že povedanemu dodajam le še to pripombo: tovrstna pragmatična izbira koraka presoje ima nemara tudi za preostale kolege smisel le v primeru, ko ukrep izbranemu pogoju ne zadosti, kjer se torej presoja zaključi z ugotovitvijo protiustavnosti zaradi neizpolnjenosti tega izbranega pogoja. Težko si je namreč predstavljati, da bi Ustavno sodišče tudi ob nasprotni ugotovitvi, da je ukrep torej skladen s splošnim načelom sorazmernosti, kar bi zahtevalo izpolnjenost vseh treh pogojev, svojo presojo zasnovalo po poljubnem vrstnem redu in da bi denimo tako kot v tej zadevi začelo pri presoji sorazmernosti ukrepa v ožjem smislu, potem nadaljevalo s presojo njegove nujnosti in povsem na koncu ugotovilo še, da je bil ukrep tudi primeren za uresničevanje zasledovanega cilja.⁴ V tem oziru je zgoraj citirana ubeseditev obrazložitve delne odločbe tudi nekoliko nerodna, saj napeljuje na sklep, da naj bi pravzaprav v okoliščinah obravnavane zadeve splošno načelo sorazmernosti zahtevalo zgolj presojo sorazmernosti v ožjem smislu, ne pa tudi primernosti in nujnosti ukrepa, kar seveda ne more držati.⁵

5. Po drugi strani pa sem zadržan tudi do konkretnega stališča iz obrazložitve delne odločbe, po katerem v pričujoči zadevi ni zadoščeno pogoju sorazmernosti v ožjem smislu. Delna odločba v tem delu obrazložitve vsebuje podrobno presojo,⁶ ki jo vodi v sklep, da je ukrep iz izpodbijane 1. točke prvega odstavka 150.a člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP) iz navedenih razlogov v neskladju s pogojem sorazmernosti v ožjem smislu. Po vsebinski plati razlogovanju pritrjujem. Eden ključnih vsebinskih poudarkov presoje je, da je pri izvajanju prikritih preiskovalnih ukrepov bistvenega pomena možnost temeljite naknadne sodne presoje,⁷ kar velja tudi v primeru uporabe

⁴ Tu le mimogrede ponavljam, da je Ustavno sodišče v začetku sicer zmotno štelo, da se korak nujnosti presoja pred korakom primernosti (glej prav tam, op. 7 v 5. točki mnenja), sedaj pa štejem za splošno uveljavljeno, da si morajo koraki slediti po tudi primerjalno ustaljenem vrstnem redu, po katerem se torej primernost ukrepa ugotavlja pred njegovo nujnostjo.

⁵ Merim na ubeseditev iz 57. točke obrazložitve delne odločbe, po kateri je Ustavno sodišče, ne da bi se opredeljevalo do primernosti in nujnosti ukrepa, "presojalo le, ali je poseg v človekovo pravico sorazmeren v ožjem smislu" – sporočilo te ubeseditve je po moji oceni treba brati tako, da je Ustavno sodišče presojo zgolj *začelo* pri sorazmernosti v ožjem smislu, ne pa, da bi se pri njej v vsakem primeru tudi *ustavilo*. Povedano drugače, tega besedila po mojem ne bi smeli razumeti tako, kot da je Ustavno sodišče v okoliščinah obravnavane zadeve želelo vzpostaviti prilagojeni test sorazmernosti, pri katerem pogoja primernosti in nujnosti ukrepa sploh ne bi bila upoštevna. Mimogrede dodajam, da sem do teze o na takšen način prilagojenem testu sorazmernosti zadržan tudi pri presoji dopustnosti posega v pravico do svobodne gospodarske pobude iz 74. člena Ustave, kjer naj bi ravno tovrstni prilagojeni test izviral iz podobno kratke obrazložitve v odločbi Ustavnega sodišča št. U-I-66/08 z dne 11. 12. 2008 (Uradni list RS, št. 121/08, in OdlUS XVII, 73) – o tem glej pritrdilno ločeno mnenje sodnika Accetta k odločbi št. U-I-446/20, U-I-448/20, U-I-455/20, U-I-467/20 z dne 15. 4. 2021 (Uradni list RS, št. 72/21), 3.–24. točka mnenja.

⁶ Glej 58.–82. točko obrazložitve delne odločbe.

⁷ Prav tam, 69. točka obrazložitve.

lovilcev IMSI.⁸ Ravno to, da ZKP ne vsebuje določb, ki bi v presojanih okoliščinah omogočale učinkovit naknadni sodni nadzor, pa je torej pomembna in usodna pomanjkljivost izpodbijane ureditve.⁹ Z vsemi temi vsebinskimi poudarki se strinjam – le s tem ne, da gre pri njih za presojo sorazmernosti v ožjem smislu.

6. Kot že rečeno, delna odločba v 57. točki obrazložitve zavzame stališče, da bo presoja Ustavnega sodišča omejena na zadnji korak testa sorazmernosti, medtem ko se do primernosti in nujnosti ukrepa Ustavno sodišče ne bo opredelilo. Vendar pa že v naslednji točki obrazložitve opravi presojo, ki za moje oči – in po mojem prepričanju povsem ustrezno – naslavlja pogoj primernosti ukrepa: 58. točka obrazložitve pojasnjuje, da uporaba lovilca IMSI omogoča oziroma pospešuje izvedbo drugih ukrepov (poenostavljeno rečeno, v zvezi s pridobivanjem prometnih podatkov), kar sam težko razumem drugače kot potrditev primernosti tega ukrepa za uresničevanje predhodno opredeljenega ustavno dopustnega cilja (v prvi vrsti zagotavljanje učinkovitega preiskovanja kompleksne kriminalitete in učinkovitega kazenskega postopka v širšem smislu).¹⁰ Po moji oceni torej ne drži, da se delna odločba sploh ne opredeljuje do primernosti ukrepa.

7. Prav tako pa po moji oceni ključni del razlogovanja (bolj) naslavlja pogoj nujnosti in ne (toliko) pogoj sorazmernosti v ožjem smislu. Če ta ključni del razlogovanja delne odločbe še enkrat povzamem in nekoliko poenostavim, je bistvena pomanjkljivost izpodbijane ureditve ta, da ne omogoča učinkovitega naknadnega sodnega nadzora nad uporabo lovilca IMSI. Po moji presoji bi to narekovalo ustrezno ovrednotenje v okviru zadnjega koraka testa sorazmernosti v ožjem smislu, torej tehtanje med težo posega v prizadeto pravico in koristmi ukrepa za zasledovani cilj, le v primeru, če bi sicer šlo za najmilejši ukrep, ki bi enako učinkovito uresničeval zasledovani cilj. Vendar pa po moji oceni prav navedena ugotovitev pomanjkljivosti ureditve, ki jo delna odločba upošteva kot večjo težo posega v pravico, nakazuje na dejstvo, da presojeni ukrep ni najmilejši ukrep oziroma da ne zadosti pogoju nujnosti.

8. Težko namreč razberem razloge, zaradi katerih bi bila prav odsotnost učinkovitega *naknadnega* sodnega nadzora nujno potrebna za zagotavljanje (enako) učinkovitega preiskovanja kompleksne kriminalitete oziroma učinkovitega kazenskega postopka v širšem smislu. Če naknadni sodni nadzor ne vpliva na učinkovitost (predhodno že udejanjene) uporabe lovilca IMSI, pa se zdi, da odsotnost možnosti naknadnega nadzora ni *nujna* oziroma da je mogoče prepoznati milejši alternativni ukrep, ki bi enako učinkovito dosegal zasledovani cilj, a manj posegal v prizadeto pravico iz prvega odstavka 38. člena Ustave: ukrep, ki bi na enak način dopuščal uporabo lovilca IMSI, a urejal tudi postopek učinkovitega naknadnega sodnega nadzora.

⁸ Prav tam, 77. točka obrazložitve.

⁹ Prav tam, 79.–81. točka obrazložitve.

¹⁰ Prav tam, 55.–56. točka obrazložitve.

9. Iz navedenih razlogov sam torej ne morem povsem slediti načinu, na katerega je v delni odločbi zastavljen in izpeljan strogi test sorazmernosti. Ker me sicer razlogovanje iz delne odločbe v bistvenem vsebinskem smislu vendarle nagovori, pa sem njen izrek kljub temu lahko podprl.

dr. Matej Accetto
Sodnik