



Številka: Up-538/20-21

Datum: 9. 2. 2023

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. ROKA SVETLIČA K ODLOČBI ŠT. Up-538/20 Z DNE 19. 1. 2023

1) Pravilo in izjema

Medijska objava gradiva, ki je pridobljeno na nezakonit način, ni vnaprej prepovedana, saj demokratični pravni red ne izključuje možnosti, da bi bila s tako objavo zavarovana neka višja vrednota. Odločitev o dopustnosti take objave zato zahteva presoje vseh okoliščin konkretnega primera vsakič posebej. Nekaj pa je nesporno: taka objava mora biti **izjema** od pravila. Objavljanje nezakonito pridobljenih informacij nikakor ne sme postati *modus operandi* časopisnih hiš.

To stališče zgoščeno povzema evidenčni stavek sodbe št. 1 BvR 272/81 Nemškega Zveznega ustavnega sodišča z dne 25. 1. 1984: "V primerih, ko je tisti, ki objavlja informacije, le-te pridobil protipravno s prevaro, z namenom, da jih uporabi zoper prevaranega, do take objave ne sme priti. Izjema velja le, če pomen informacije za obveščanje javnosti in za oblikovanje javnega mnenja jasno pretehta nad škodo, ki jo povzroči kršitev prava za prizadeto osebo in za pravni sistem." Če to velja za prevaro med zasebniki, velja *a fortiori* tudi za "prevaro" tajnosti (pred)kazenskega postopka.

Visoko varovana svoboda medijev, da lahko objavijo vsebine, ki posegajo v osebne pravice drugih celo takrat, ko so prišli do njih na nezakonit način, izhaja iz narave demokracije. Prav informiranost javnosti je tisto, kar odgovarja na v preteklosti nerešljiv problem, "kdo bo nadzoroval nadzornike?" (*Quis custodiet ipsos custodes?*). Nadzornika ne more nadzorovati nov nadzornik, saj to vodi v slabo neskončnost. Le državljanji, osveščena javnost kot celota, lahko bdi nad nosilci oblasti in nad njihovo zlorabo družbene moči. Tega pa javnost ne more brez medijev, ki jih upravičeno imenujemo "psi čuvaji demokracije" (*Watchdogs of Democracy*). To je konstelacija, ki daje tako težo svoboščini iz 39. člena Ustave in upravičuje, v izjemnih primerih, celo objavo nezakonito pridobljenega gradiva.

2) Elementi tehtanja

Toda taka objava nikakor ni avtomatizem. V vsakem primeru posebej je treba pretehtati, kateri ustavni vrednoti je treba dati prednost. Menim, da je Ustavno sodišče (v nadaljevanju US) povsem neustrezno ovrednotilo težo vseh relevantnih okoliščin tega primera. V judikaturah Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) in US je uveljavljenih več metod, s katerimi se presoja teža vseh okoliščin. Na tem mestu zaradi poenostavitve izpostavljam zgolj naslednje štiri vidike konkretne zadeve: (a) subjekt in (b) objekt medijskega interesa, (c) teža kršitve prava in (č) kvaliteto novinarskega diskurza.

a) Subjekt medijskega interesa

Pritožnik je relativno javna oseba in zato mora trpeti večjo intenziteto posegov v zasebnost. Toda lastnost relativno javne osebe pritožnika v tem primeru ne izhaja iz opravljanja javnih funkcij, pač pa je deducirana iz njegovega predsednikovanja smučarski zvezi, direktorovanja Diners Clubu itd. To je okoliščina, ki sicer upravičuje interes javnosti, vendar ne v enaki meri, kot če bi šlo za osebo z javnimi pooblastili. Prioritetni smoter javnega interesa je ravno v nadzoru nosilcev javnih pooblastil – zato imenujemo novinarje kot "pse čuvarje **demokracije**" –, ki jim je bil podeljen demokratični mandat. Zasebnik, četudi relativno javna osebnost, ni prioriteta demokratične medijske kontrole.

Nadalje, je v sporni zadevi pritožnik nastopal kot kupec in ne prodajalec. Za zakonitost prodaje gospodarske družbe v posredni državni lasti je v prvi vrsti odgovoren podajalec, ki je eden in hkrati ključni subjekt, ki omogoči prodajo. Kupcev je (običajno) več in težko jim pripišemo skrb za zakonitost prodaje gospodarske družbe v posredni državni lasti.

b) Objekt medijskega interesa

Šlo je za prodajo Mercatorja, zasebne gospodarske družbe. Ta družba ni izvrševala nobenega javnega pooblastila niti ni bila povezana z izvrševanjem oblasti. To seveda ne pomeni, da ni podan interes javnosti glede prodaje ali celo, da bi bilo poročanje o tem nepotrebno. Gre le za še eno okoliščino, ki jo je treba upoštevati pri tehtanju, ali v konkretnem primeru objava nezakonito pridobljenega gradiva "jasno pretehta nad škodo, ki jo povzroči kršitev prava za prizadeto osebo in za pravni sistem", kot se glasi zgoraj omenjena sodba Nemškega Zveznega ustavnega sodišča.

Tudi v tem primeru je treba upoštevati, da poseg v osebne pravice – do katerega pride pri opravljanju novinarskega dela kot elementa **demokratičnih** nadzornih mehanizmov – ni upravičen v enaki meri, če gre za nadzor javnih funkcij, kot če gre za nadzor zasebnih družb. V prvem primeru ima obveščena javnosti največji možen pomen, saj lahko le preko kvalitetne obveščene uravnava podeljevanje mandata (ne)zaupanja vrednim nosilcem pooblastil. Pri nepravilnostih ob prodaji zasebne

družbe, na drugi strani, javnost nima nobene možnosti za sanacijo nepravilnosti, vse je v rokah organov pregona in nadzornih organov, ki delujejo *ex officio*.

c) Teža kršitve prava

To je okoliščina, kateri je US dalo odločno premajhno težo. Tako Nemško Zvezno ustavno sodišče kot praksa ESČP¹ pri tehtanju izpostavljata pomen **teže kršitve prava**, prek katere je medij prišel do informacij, saj so kršitve lahko zelo različne.² Nedvomno pa je v samem vrhu zaščitene vrednot tajnost prisluhov, pridobljenih na podlagi sodne odredbe v predkazenskem postopku. Tajnost, katere kršitev predpostavlja sodelovanje oseb, ki delajo z najbolj zaupnimi podatki.

Kazenski pregon je zadnja obrambna črta pri zavarovanju temeljnih vrednot družbe. Odveč je poudarjati pomen brezhibnega delovanja organov glede tajnosti v (pred)kazenskem postopku in posledice izgubljenega zaupanja vanj. Zaradi razkritja takih podatkov so dobesedno ogrožena življenja (npr. zaščitene priče), poleg tega pa zaradi uhajanja informacij postane pregon povsem neučinkovit. Če dopustimo, da se pojavi "infekcija" tukaj, se bo razširila po celotnem družbenem organizmu.

Posebej gre poudariti, da so bili tajni podatki, ki so bili razkriti, dostopni pristojnim državnim organom, ki se morajo *ex officio* odzvati, če zaznajo kršitve. Ni šlo torej za objavo podatkov, ki bi (ob)ležali v kakšni polsenci obveščevalnih agencij, kot je bilo v primeru t. i. žvižgačev, ki so razkrili npr. obstoj tajnih zaporov za mučenje. Vse, kar je bilo v tem primeru objavljeno v mediju, so imeli na mizi državni organi in je bilo podvrženo nadzoru.

č) Raven novinarskega diskurza

Zadnja okoliščina, ki jo izpostavljam na tem mestu, je dejanska dobrobit, ki jo ima na koncu od objave javnost. Ta pa je v veliki meri odvisna tudi od ravni novinarskega poročanja. Stvarna in objektivna analiza sporne prodaje gospodarske družbe ima gotovo večjo težo kot rumeno poročanje ali populistično usmerjanje javnega mnenja.

S problematičnostjo novinarskega poročanja so se v tej zadevi sodišča posebej ukvarjala in ugotovila, da gre za – "glede na status pritožnika kot relativno javne osebe – še sprejemljivo publicistično izrazoslovje".³ Toda raven "še sprejemljivo" ne gre v prid kvalitetnemu informiranju javnosti o pomembni zadevi, na čemer gradi odločba US.

¹ Npr. *Bédat proti Švici* z dne 29. 3. 2016

² Taka kršitev je bilo v primeru *Radio Twist A.S. proti Slovaški*, ki ga omenja odločba, nezakonito telefonsko prisluškovanje, v zadevi *Benediktsdottir proti Islandiji* je medij vsebino komunikacij pridobil iz nezakonito pridobljenih sporočil elektronske pošte itd.

³ 11. točka obrazložitve.

Uporaba fraz, kot so "prvorazredni prevarant",⁴ "sprevržena figura idealnega Slovenca",⁵ "kako so čevlji predsednice vlade odpirali vrata v Peko"⁶ itd. pač ne izkazujejo napora, biti varuh demokratične kulture. Z drugimi besedami, kakršen koli pomen že so imele pridobljene informacije, uporaba take novinarske retorike je razvodenela njihov pomen za obveščanje javnosti in s tem za smoter 39. člena Ustave.

5) Tehtanje in elementi tehtanja

Noben od omenjenih vidikov ni absoluten. To pomeni, da vsak od njih – izoliran sam zase – govori tako v prid objavi kot proti njej. Četudi je, denimo poseg v neko vrednoto velik, ga lahko upraviči velik pomen vrednote, ki je bila na ta način zavarovana. In obratno, čeprav je izplen boren, je lahko objava še vedno upravičena, če ni terjala velikega posega v druge pravne dobrine.

Zato nič ne pomeni, če opazujemo posamezne elemente tehtanja vsakega posebej, saj vsak v določenih(!) okoliščinah dopušča poseg v osebne pravice. Tako je dopusten poseg v osebne pravice ne le relativno javne osebe, pač pa tudi povsem običajnega zasebnika, če bi bilo to nujno, denimo za razkritje zlorabe javnih pooblastil. Tudi objave glede zasebne gospodarske družbe so nesporne, če medij pridobi podatke brez (pre)hudih kršitev prava. In celo vdor v tajnost (pred)kazenskega postopka je mogoče upravičiti, če bi bilo v igri, denimo razkritje masovnih kršitev človekovih pravic.

Toda v tem primeru je konstelacija glede upravičenosti posega v osebne pravice izrazito neugodna. Poseg v varovane vrednote je v samem hierarhičnem vrhu, vsi ostali parametri pa ne izkazujejo prioritete značaja. Pravzaprav si je težko zamisliti še bolj neugodno konstelacijo, ki bi še manj upravičevala poseg. US je kljub temu poseg v komunikacijsko zasebnost prepoznalo kot ustavnoskladen. Vsiljuje se vtis, da bi US v vsakem primeru objavo podatkov, ki zadevajo prodajo Mercatorja, označilo za ustavnoskladno ne glede na vse.

Zato menim, da US ni pravilno opravilo preizkusa, "ali so (redna sodišča, op. R. S.) glede na pomen in cilj upoštevni človekovih pravic ustrezno ovrednotila posamezna merila oziroma okoliščine in vsaki od pravic v koliziji dala ustrezno težo."⁷ Pomen objave podatkov glede prodaje Mercatorja je dobil (praktično) absolutno težo.

6) Kaj sledi v bodoče

V demokratični kulturi mora obstajati tudi možnost objave nezakonito pridobljenega grdiva. Vemo, zakaj. Toda to mora biti **izjema**. Objava podatkov, pridobljenih s kršitvijo

⁴ 9. točka obrazložitve.

⁵ 10. točka obrazložitve.

⁶ 13. točka obrazložitve.

⁷ Odločba št. Up-417/16 z dne 18. 3. 2021 (Uradni list RS, št. 65/21), 21. točka obrazložitve.

tajnosti (pred)kazenskega postopka, pa mora biti **izjema od izjeme**. Kajti taka objava predstavlja simbolno pretrganje družbene pogodbe in ima funkcijo, nekako tako kot civilna nepokorščina, poslednjega varnostnega mehanizma zoper zlorabe nosilcev družbene moči.

US je v prvi vrsti precedenčno sodišče, ki postavlja zavezujoče standarde pri interpretaciji in uporabi prava v bodoče. Iz izkušenj vemo, da je bila praktično vsaka večja investicija javnih sredstev povezana z nepravilnostmi (oziroma vsaj s sumom nepravilnosti). Težko je verjeti, da ne bo tako tudi v bodoče. S to odločitvijo US bodo postale objave tajnih prisluhov vsem relativno javnim – in še toliko bolj javnim osebam –, kolikor bodo le-ti zadevali nek javni interes, ustavnoskladne. Hkrati bodo centri kapitalske moči ustvarili izjemen korupcijski pritisk na osebe, ki delajo s tajnimi podatki, saj (morebitno) medijsko uničenje konkurence prinese neprimerno večjo finančno korist, kot znašajo stroški zagotovitve takih podatkov.

Vseh posledic te odločitve niti ni mogoče predvideti. Morda bo ta odločitev medijske hiše napotila tudi na razmislek o novih poslovnih strategijah, saj objava tajnega gradiva vedno pritegne radovednost bralca in dvigujejo branost in tako naprej. Bolj ko se izjema približuje pravilu, bolj se odprejo vrata zlorabam. Pravnega reda si ni mogoče zamisliti brez spoštovanja načela, da s kršitvijo prava nihče ne sme pridobiti koristi (*Commodum ex iniuria sua nemo habere debet*). Če pravo dopusti, da ima nekdo korist od njegove kršitve, je to neizogibno gesta njegove lastne simbolne negacije.

dr. Rok Svetlič
Sodnik