



Številka: U-I-144/19-52

Datum: 2. 8. 2023

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNICE DR. KATJE ŠUGMAN STUBBS K DELNI ODLOČBI ŠT. U-I-144/19 Z DNE 6. 7. 2023

V celoti podpiram izrek in obrazložitev odločbe, h kateri pišem to ločeno mnenje, želim pa podrobneje osvetliti še nekaj vprašanj.

I. Ukrep iz 149.b člena ZKP

Vsebina ukrepa

V 149.b členu ZKP je urejena pridobitev prometnih podatkov 'za nazaj'. Gre za pridobitev podatkov o prometu v zvezi s komunikacijo določenih oseb,¹ ki obstajajo v času izdaje odredbe, preiskovalni sodnik pa v odredbi opredeli kategorije podatkov, ki jih zahteva. Prvi odstavek 149.b člena ZKP ureja pogoje za pridobitev teh podatkov, drugi vsebino predloga in odredbe, tretji pogoje za izdajo ustne odredbe, četrti prepoved razkritja posredovanja podatkov uporabniku ali tretjim osebam, peti pa izrecno prepoved pridobitve vsebine komunikacije (glej 24.–30. točko obrazložitve odločbe).

Ustavno sodišče je presojalo, ali pomeni ureditev ukrepa iz prvega odstavka 149.b člena ZKP nesorazmeren poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti iz prvega odstavka 37. člena Ustave. Ugotovilo je, da so prometni podatki, pridobljeni po presojanem členu, predmet varstva 37. člena Ustave in 8. člena EKČP.

Dokazni standard

¹ Navedeni podatki se lahko nanašajo na osumljenca, oškodovanca in osebe iz drugega odstavka 149.a člena ZKP.

Ustavno sodišče je presodilo, da je dokazni standard (razlogi za sum), ki ga ZKP zahteva za odreditev tega ukrepa, prenizek. Razlogi za sum so najnižji dokazni standard, ki ga pozna naša kazensko procesna ureditev. Navadno se povezujejo s prvo fazo kazenskega postopka in sicer predkazenskim postopkom, ki ureja najzgodnejše delovanje organov odkrivanja in pregona kaznivih dejanj.² Temu dokaznemu standardu je zadoščeno že, če obstaja neka minimalna stopnja verjetnosti, ki kaže na to, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Ustavno sodišče je zapisalo, da: »[R]azlogi za sum temeljijo po ustaljenem razumevanju, ki se je izoblikovalo v praksi organov pregona in sodišč, na minimalnem obvestilu«. ³

Bistvo tega dokaznega standarda je, da nastopi v točki preiskovanja, ko preiskava še ni osredotočena, saj policija šele oblikuje svoje preiskovalne hipoteze. Njena dejavnost še ni usmerjena v pridobivanje točno določenih dokazov zoper določenega osumljenca. Ravno zaradi neosredotočenosti razlogov za sum, se lahko ti nanašajo bodisi zgolj na kaznivo dejanje ali pa zgolj na storilca.⁴ Ta dokazni standard lahko torej razpade na dve podkategoriji: imamo lahko zgolj 'razloge za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje', ali pa zgolj 'razloge za sum, da je neka oseba storila kaznivo dejanje'.⁵ Šele ko sum (ali stopnja verjetnosti) preraste v 'utemeljene razloge za sum' ali celo v 'utemeljen sum',⁶ pride do osredotočenosti preiskovanja (na določenega obdolženca in na določeno kaznivo dejanje). Šele takrat verjetnost postane specifična, konkretizirana in izrazljiva (artikulabilna). Faza preiskave se tako lahko uvede samo zoper določeno osebo zaradi določenega kaznivega dejanja.⁷

² Tako recimo prvi odstavek 148. člena ZKP pooblašča policijo kot organ odkrivanja in preiskovanja, da ob obstoju 'razlogov za sum' naredi vse potrebno, da se v primerih kaznivih dejanj, pregonljivih po uradni dolžnosti, izsledi storilec in zberejo dokazi.

³ Glej odločbo št. U-I-25/95, 53. točka obrazložitve. Kljub vsemu pa tudi dokazni standard 'razlogov za sum' ni blizu ničnemu dokaznemu standardu. Če bi to namreč bilo res, bi lahko policija posegala v osebnostno integriteto posameznika že pri obstoju nične oz. skrajno minimalne verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, oz. nične verjetnosti, da je ta oseba osumljenec. Takšna ureditev ne bi ustrezala načelom pravne države. Glej K. Šugman, Pomen dokaznih standardov v kazenskem postopku, Zbornik znanstvenih razprav, Pravna fakulteta v Ljubljani, l. 67, 2007, str. 245–266.

⁴ Pojemovno se morda ta različica zdi bolj nenavadna, vendar pa je v praksi relativno pogosta. Za nekoga, ki je v stiku s kriminalnim podzemljem policija sumi, da je vpleten v kaznivo delovanje, vendar pa ne ve natančno, za katera kazniva dejanja gre. Ravno takšna stopnja suma je značilna za proaktivno policijsko delovanje.

⁵ Ravno zato pa je mogoča vložitev ovadbe zoper neznanega storilca samo ob 'razlogih za sum', da je bilo storjeno kaznivo dejanje (ni torej potrebno, da obstajajo tudi 'razlogih za sum', da je osumljena določena oseba), medtem ko ni mogoče zahtevati preiskave zoper neznanega storilca ali zaradi suma storitve nedoločenega kaznivega dejanja.

⁶ V odločbi št. Up-171/01(15. in 16. točka obrazložitve) je Ustavno sodišče zavzelo stališče, da mora biti 'utemeljen sum' podan, preden se odredi pripor (predhodnost), v odločbi št. U-I-18/93 (48. točka obrazložitve) pa, da morajo biti podani tudi elementi jasne izraženosti in obrazloženosti (artikulabilnosti), nanašati se mora na določeno osebo, ki je v interese družbe posegla na določen način (konkretnost), in ne sme temeljiti na splošnih oz. verjetnostnih kriterijih (specifičnost).

⁷ Prvi odstavek 167. člena ZKP.

Razlogi za sum torej nimajo tako močno izraženih elementov specifičnosti in konkretiziranosti, kot se zahtevajo za višje dokazne standarde. Pogosto so razlogi za sum tudi neizrazljivi (neartikulabilni); lahko gre zgolj za na indicijah utemeljen občutek policista, ki je nujno potreben za začetek uspešnega preiskovanja. Zato so razlogi za sum pojmovno nezdružljivi z zahtevo po izdajo sodne odredbe, ki mora biti obrazložena. V sistematiki ZKP torej ne bi smelo biti preiskovalnih dejanj, za katera se zahteva sodna odredba, pa se lahko odredijo že ob obstoju dokaznega standarda 'razlogi za sum'. Čim mora namreč sodnik obrazložiti svojo odredbo, mora imeti dovolj konkretnega, specifičnega in obrazložljivega dokaznega materiala, na podlagi katerega to lahko stori. V takem primeru pa ne gre več za dokazni standard razlogov za sum.

In obratno: praviloma so preiskovalna dejanja, ki se lahko odredijo že ob obstoju 'razlogov za sum', taka, da jih lahko odredi policija samoiniciativno, ne da bi za to potrebovala sodno presojo ali pisno odredbo.⁸ Značilni ukrepi pri tem dokaznem standardu so, na primer, zbiranje obvestil od oseb, omejitev gibanja na določenem prostoru (drugi odstavek 148. člena ZKP), napotitev osebe, ki jo najdejo na kraju storitve kaznivega dejanja k preiskovalnemu sodniku (prvi odstavek 149. člena ZKP), fotografiranje (drugi odstavek 149. člena ZKP) in odvzem prstnih odtisov (tretji odstavek 149. člena ZKP) in podobno. Ureditev, ki dopušča tako diskrecijo policije, pa mora biti zasnovana tako, da se pri tem dokaznem standardu lahko odredijo samo dejanja, ki minimalno posegajo v osebnost in pravice posameznika.⁹

Več kot očitno je, da gre pri ukrepu iz 149.b člena ZKP za invaziven ukrep (glej 44.–47. točko obrazložitve odločbe) in da je dokazni standard 'razlogi za sum' pri možnosti pridobivanja tako širokega nabora podatkov za tako širok krog ljudi (med katerimi niso samo osumljenci) v neskladju z zahtevami 37. člena Ustave. Pojmovno pa se izključuje tudi z zahtevami po obrazloženi sodni odredbi.

Katalog kaznivih dejanj

Posebno vprašanje je tudi problem kataloga kaznivih dejanj, za katera se lahko ta ukrep odredi. Izpodbijani prvi odstavek 149.b člena ZKP se v tem pogledu sklicuje na katalog kaznivih dejanj iz četrtega odstavka 149.a člena ZKP. Gre za širok nabor kaznivih dejanj. Iz v odločbi navedene sodne prakse Ustavnega sodišča, ESČP in SEU nedvomno izhaja (glej 55. in 56. točko obrazložitve odločbe), da lahko dostop do prometnih podatkov po prvem odstavku 149.b člena ZKP pomeni hud poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti osebe, katere podatki se lahko pridobijo, in da je tak ukrep sorazmeren le za odkrivanje, pregon in dokazovanje *hudih* kaznivih dejanj.

⁸ K. Šugman Stubbs, Posegi v osebnostno celovitost posameznika, v: K. Šugman Stubbs, *et al.* (ur.), *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, Inštitut za kriminologijo, 2006, str. 176.

⁹ Glej K. Šugman Stubbs, Pomen dokaznih standardov v kazenskem postopku, *Zbornik znanstvenih razprav*, Pravna fakulteta v Ljubljani, l. 67, 2007, str. 245–266, in K. Šugman Stubbs, Posegi v osebnostno celovitost posameznika, v: K. Šugman Stubbs, *et al.* (ur.), *Izhodišča za nov model kazenskega postopka*, Inštitut za kriminologijo, 2006, str. 149–257.

Ker gre za ukrep, s katerim se lahko pridobi izredno podrobna podoba o posameznikovem življenju, pri čemer sploh ni nujno, da gre za osumljenca kaznivega dejanja, je Ustavno sodišče ocenilo, da je katalog upoštevni kaznivih dejanj preširok in da mora zakonodajalec oblikovati novega, ožjega. Pri tem mu je Ustavno sodišče postavilo dva kriterija:

- predvsem bo moral katalog zamejiti tako, da bo upošteval težo kaznivega dejanja v smislu opredelitve hudega kaznivega dejanja iz ustaljene ustavnosodne presoje ter prakse SEU in ESČP;¹⁰
- sme pa v katalog vključiti tudi določena sicer blažja kazniva dejanja, pri katerih je zaradi narave izvršitve kaznivega dejanja pridobitev prometnih podatkov nujna za izsleditev storilca in izvedbo kazenskega postopka.

Prvi kriterij brez dvoma ni sporen. Kaj so težka kazniva dejanja, je dovolj jasno določeno v sodni praksi SEU in ESČP, praviloma pa jih določa višina sankcije. Bolj problematičen je drugi kriterij. Postavlja se vprašanje, ali je vključevanje blažjih kaznivih dejanj v ta katalog upravičeno. Ali lahko samo dejstvo narave izvršitve kaznivega dejanja in nemoč izsleditve storilca na drugačen način res opravičuje uporabo navedenega preiskovalnega dejanja? Sama sem do tega zadržana. Res pa je, da imajo različne države to zelo različno urejeno in da v nekaterih ni omejitev glede na težko kaznivega dejanja (recimo Avstrija, Francija, Estonija). Očitno pa tudi v teh državah ukrep uporabljajo zelo restriktivno.¹¹

Kakorkoli že: zakonodajalec bo moral izdelati poseben katalog kaznivih dejanj, pri katerih se lahko uporabi ukrep iz 149.b člena ZKP, pri čemer bo moral skrbno tehtati, katera kazniva dejanja bo vanj vključil. Pri tem bo mnogo lažje določiti kazniva dejanja, ki ustrezajo prvemu kriteriju (težka kazniva dejanja), zelo restriktivno pa bo moral razmišljati o drugi kategoriji kaznivih dejanj, pri čemer ni nemogoče, da bo uporaba tega preiskovalnega dejanja za blažja kazniva dejanja kdaj predmet presoje nadnacionalnih sodišč.

II. Člen 156 ZKP

Nekaj besed pa je vredno posvetiti tudi preiskovalnim dejanjem iz 156. člena ZKP. Predlagatelj je (žal) izpodbijal samo peti in šesti odstavek navedene določbe, pri tem pa se zdita že na prvi pogled še bolj problematična prvi in tretji odstavek tega člena.

¹⁰ Evropska komisija, Generalni direktorat za migracije in notranje zadeve, Dupont, C., Cilli, V., Omersa, E., et al., Study on the retention of electronic communications non-content data for law enforcement purposes: final report, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2837/384802>.

¹¹ Prav tam, str. 72.

Kot sem zapisala že leta 2006, gre za najbolj pogosto spreminjano določbo Zakona o kazenskem postopku. Če je to veljalo tedaj, ta trditev še bolj drži danes.¹²

Dokazni standard za ta (oziroma času primeren tedanji) ukrep je nihal od razlogov za sum, preko utemeljenih razlogov za sum do sedanje ubeseditve, ki dokaznega standarda sploh ne pozna več (*sic!*).¹³ In to kljub temu, da gre za mnogo bolj invazivna ukrepa (*production in monitoring order*), kot je presojeni ukrep iz petega oziroma šestega odstavka 156. člena ZKP. Kot rečeno, pa ta dva odstavka nista bila predmet presoje v tej zadevi.

dr. Katja Šugman Stubbs
Sodnica

¹² K. Šugman Stubbs, Posegi v osebnostno celovitost posameznika, v: K. Šugman Stubbs, *et al.* (ur.), Izhodišča za nov model kazenskega postopka, Inštitut za kriminologijo, 2006, str. 179.

¹³ Prav tam, str. 179–182.