



REPUBLIKA SLOVENIJA
DRŽAVNI SVET

Številka: 723-01/16-2/
Ljubljana, 11. 5. 2016

USTAVNO SODIŠČE
REPUBLIKE SLOVENIJE
Beethovnova 4
1000 LJUBLJANA

Državni svet Republike Slovenije je na 40. seji 11. 5. 2016 na podlagi tretje alineje prvega odstavka 23.a člena Zakona o Ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 64/07 – UPB1 in 109/12) sprejel

Z A H T E V O

za začetek postopka za oceno ustavnosti 149.b člena Zakona o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo in 47/13; v nadaljevanju: ZKP).

Državni svet Republike Slovenije (v nadaljevanju: Državni svet) predlaga, da Ustavno sodišče Republike Slovenije (v nadaljevanju: Ustavno sodišče):

- po opravljenem postopku odloči, da je določba 149.b člena ZKP v neskladju z določbami 2., 15., 22., 35., 37. in 38. člena Ustave Republike Slovenije¹ (v nadaljevanju: Ustava) in
- določbo 149.b člena ZKP razveljavi.

Obrazložitev:

I. KRATKA PREDSTAVITEV BESEDILA 149.b ČLENA ZAKONA O KAZENSKEM POSTOPKU

1. Dikcija 149.b člena ZKP določa, da če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno, da se izvršuje ali da se pripravlja oziroma organizira kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti in je za odkritje tega kaznivega dejanja ali storilca treba pridobiti podatke o prometu v elektronskem komunikacijskem omrežju, lahko preiskovalni sodnik na obrazložen predlog državnega tožilca odredi operaterju, da pristojnemu organu sporoči podatke o udeležencih, okoliščinah in dejstvih elektronskega komunikacijskega prometa, kot so: številka ali druga oblika identifikacije uporabnikov elektronskih komunikacijskih storitev, vrsta, datum, čas in trajanje klica oziroma druge elektronske komunikacijske storitve, količino prenesenih podatkov in kraj, iz katerega je bila elektronska komunikacijska storitev opravljena. Nadalje je določeno, da morata biti predlog in odredba pisna in morata vsebovati podatke, ki omogočajo identifikacijo

¹ Ustava Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91-I, 42/97 - UZS68, 66/00 - UZ80, 24/03 - UZ3a, 47, 68, 69/04 - UZ14, 69/04 - UZ43, 69/04 - UZ50, 68/06 - UZ121, 140, 143, 47/13 - UZ148 in 47/13 - UZ90,97,99)

komunikacijskega sredstva za elektronski komunikacijski promet, utemeljitev razlogov, časovno obdobje, za katerega se zahtevajo podatki, ter ostale pomembne okoliščine, ki narekujejo uporabo ukrepa. Če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno oziroma da se pripravlja kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti in je za odkritje tega kaznivega dejanja ali storilca treba pridobiti podatke o lastniku ali uporabniku določenega komunikacijskega sredstva za elektronski komunikacijski promet, ki niso objavljeni v naročniških imenikih in o času, v katerem je tako sredstvo bilo oziroma je v uporabi, lahko policija od operaterja zahteva, da ji na njeno pisno zahtevo, tudi brez privolitve posameznika, na katerega se ti podatki nanašajo, sporoči te podatke. Operater svoji stranki ali tretji osebi ne sme razkriti, da je ali da bo določene podatke posredoval pristojnemu organu ali policiji.

2. Poseg v ustavno varovano pravico do komunikacijske zasebnosti in do varstva osebnih podatkov (35., 37. in 38. člen Ustave) je za potrebe kazenskega postopka določen v določbah 149.b člena ZKP ter od 150. do 152. člena ZKP. V prvi določbi so določeni pogoji, ob katerih je dovoljeno poseči v tisti del komunikacijske zasebnosti, ki jo predstavljajo operativni prometni podatki o komunikaciji, ki so integralni del komunikacije, v slednjih dveh pa so določeni pogoji za poseg v komunikacijo samo. Po svoji naravi je tudi ukrep za pridobitev in obdelavo operativnih komunikacijskih podatkov, ki ga določa 149.b člen ZKP, prikriti preiskovalni ukrep (v nadaljnjem besedilu: PPU). Na to kaže že njegova umeščenost v zakon, prav tako dejstvo, da se odreja, ne da bi posameznik zanj smel vedeti. Po svoji vsebini in učinkih je ukrep iz 149.b člena ZKP ukrep, ki posega v komunikacijsko zasebnost, ker je mogoče z njim pridobiti podatke, ki so integralni del komunikacije, na njihovi podlagi pa je mogoče ugotoviti pomembna dejstva iz posameznikovega življenja, zato bi moral biti tudi ta ukrep v zakonu urejen podobno kot ukrep posega v komunikacijo samo, kar je normirano v določbah 150. člena ZKP (nadzor telefona) in 151. člena ZKP (ozvočenje prostora).
3. Primerjava določbe 149.b člena ZKP z določbami 150. in 151. člena ZKP ter z določbo drugega odstavka 37. člena Ustave pokaže, da je določba 149.b člena ZKP glede pogojev in zahtev, ob katerih je dovoljeno poseči v komunikacijsko zasebnost in v varovane osebne podatke, bistveno bolj »mila«, vsekakor pa pod pragom, ki ga za ukrep posega v komunikacijsko zasebnost predpisuje Ustava, saj se po določbi 149.b člena ZKP ne zahteva praktično ničesar, da se lahko ukrep uporabi; pogoji so neprimerljivi s tistimi, ki se zahtevajo za nadzor komunikacije. Očitno je, da določba 149.b člena ZKP ustavnim zahtevam iz drugega odstavka 37. člena ne zadosti; iz kršitve te ustavne norme pa so prekršene tudi ustavne zahteve iz 2., 15., 22., in 38. člena Ustave.

II. OČITANE KRŠITVE USTAVE

4. Vlagatelj zahteve poziva Ustavno sodišče Republike Slovenije, da podrobneje preuči kršitev naslednjih ustavnih določb:
 - kršitev 35. člena Ustave v povezavi s 37. in 38. členom Ustave,
 - kršitev 35. člena Ustave v povezavi z 2. in 15. členom Ustave in
 - kršitev 35. člena Ustave v povezavi z 22. členom Ustave.
5. Človekove pravice so kot izhodiščni in osrednji del ustavne ureditve, ki opravičujejo opredelitev Slovenije kot demokratične in pravne države, tako ključnega pomena, da Ustava, poleg tega, da jih izčrpno navaja, zagotavlja tudi njihovo neposredno uresničevanje. Določbe o pravicah niso samo zavezujoči napotki za zakonodajalca, temveč neposredno uporabljiva jamstva za vsakega posameznika. Ustavne določbe, s katerimi se varujejo pravice posameznika, so izrazito restriktivne narave. Temeljna

vrednota Ustave, iz katere moramo izhajati, je namreč varstvo posameznika pred posegi v njegovo integriteto.²

6. Kljub osrednjosti in neposredni uresničljivosti človekovih pravic in temeljnih svoboščin je Ustava določila, da se te lahko zaradi varstva pravic drugih omejijo (15. člen Ustave). S tem je Ustava postavila meje temeljnim ustavnim pravicam glede na pravice drugih in zaradi varstva prednostnih pravnih dobrin ter se opredelila zoper morebitne zlorabe temeljnih pravic, s katerimi bi bile lahko ogrožene tako pravice posameznika kot varstvo družbe kot celote. To pomeni, da se mora posameznik vendarle podrediti tistim omejitvam svoje svobode ravnanja, ki jih določi Ustava oziroma zakonodajalec zaradi varstva in razvoja sožitja v družbi, v mejah dopustnosti in ob predpostavki, da ostane zagotovljena samostojnost človeka kot posameznika. Seveda pa morajo biti take omejitve izjemne in kar se da določno urejene. Določanje načina omejevanja teh pravic prepušča Ustava zakonodajalcu, s tem da mu postavlja kriterije omejevanja. In prav v kriterijih se skriva nevarnost, da bi jih preširoko razlagali ali celo zlorabljali in tako pretirano in nedopustno omejevali in ožili pravice in temeljne svoboščine. Zato je potreben tako nadzor nad zakonodajalcem kot tudi nad organi, ki skrbijo za udejanjanje z zakonom določene omejitve pravice in svoboščine.³
7. Posebno mesto med človekovimi pravicami in temeljnimi svoboščinami imajo določbe, ki varujejo človekovo osebno dostojanstvo, osebnostne pravice, njegovo zasebnost in varnost (od 34. do 38. člena Ustave) in ki prepovedujejo vsem - na prvem mestu državi, pa tudi posameznikom - poseganje v našteje pravice. V skladu z načelom, da je tu prepovedano vse, kar ni izrecno dovoljeno, je po Ustavi prepovedan vsak poseg v našteje pravice, razen tistih, ki so izrecno dovoljeni. Pravica do zasebnosti se za posameznika lahko konča samo takrat in tam, kjer kolidira z zakonsko izkazanim močnejšim interesom drugih.⁴
8. Ustava tisti del zasebnosti, ki se nanaša na svobodo komuniciranja, varuje dvakrat: v 35. členu, kjer postavi pravilo, da ima vsakdo pravico do zasebnosti, in še posebej v 37. členu, s katerim zagotavlja tajnost pisem in drugih občil; v drugem odstavku tega člena pa določa pogoje za omejitve te pravice.⁵ Poseg v svobodo komuniciranja kot del človekove zasebnosti ni v nasprotju s 35. in 37. členom Ustave, če je poseg specifično opredeljen in določen v zakonu, poseg z odločbo dovoli sodišče, je določno omejen čas izvajanja posega ter je poseg nujen za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države, upošteva pri presoji nujnosti tudi načelo sorazmernosti.⁶
9. Temeljni pogoj, ki ga postavlja Ustava, je, da lahko omejitve človekove zasebnosti predpiše samo zakon. Ustava zakonodajalcu s tem izrecno nalaga, da mora vsako materijo posega v zasebnost ne le zakonsko urediti, ampak da mora to urediti določno in nedvoumno. Izključena mora biti vsaka možnost arbitrarnega odločanja državnega organa. Kot je Ustavno sodišče v svojih odločbah že večkrat poudarilo, je določnost zakona (lex certa) praprva pravne države (2. člen Ustave) in bi veljala kot imperativni ustavni postulat celo, če v Ustavi sploh ne bi bila izrecno omenjena.⁷
10. Določba 22. člena Ustave, ki vsakomur zagotavlja enako varstvo njegovih pravic v postopku pred sodiščem in pred drugimi državnimi organi, organi lokalnih skupnosti in nosilci javnih pooblastil, ki odločajo o njegovih pravicah, dolžnostih ali pravnih interesih,

² U-I-25/95 (Uradni list RS, št. 5/98 in OdlUS VI, 158)(t. 30)

³ Prav tam, tč. (31)

⁴ Prav tam, tč. (32)

⁵ Prav tam, tč. (40)

⁶ Prav tam, tč. (41)

⁷ Prav tam, tč. (42)

ne vsebuje zakonske rezerve. Enako varstvo pravic v postopkih oblastnega odločanja pa je že pojmovno mogoče zagotoviti samo tako, da so pravila postopka, po katerih morajo ravnati organi pri odločanju o pravicah, dolžnostih in pravnih interesih posameznikov, vnaprej natančno določena. Ustavno načelo enakega varstva pravic ne preprečuje, da bi zakonodajalec različno urejal pravna razmerja, ga pa zavezuje, da mora enaka razmerja urejati enako. Zakonodajalčevo razlikovanje je v nasprotju z načelom enakosti, kadar je samovoljno, torej takšno, za katerega ni stvarnega razloga. Če pa ima zakonodajalec za razlikovanje stvaren temelj, mu ni mogoče očitati, da je ravnal arbitrarno.

11. Dejstvo, da govori Ustava o odločbi sodišča, samo na podlagi katere je dovoljen poseg v zasebnost, pomeni po že zavzetem stališču Ustavnega sodišča, da se zahteva odločanje o posegu s strani sodne (in ne izvršilne) veje oblasti. Tudi ta določba temelji na načelu pravne države, po katerem mora biti vmešavanje izvršilne oblasti v pravice posameznika podvrženo učinkoviti kontroli, ki naj bi bila zaupana predvsem sodišču. Zahteva po sodni odločbi vključuje tudi jamstva, ki jih zagotavljajo pravica do enakega varstva pravic v postopku pred sodišči (22. člen Ustave), pravica do sodnega varstva (23. člen Ustave), pravica do pritožbe ali drugega pravnega sredstva (25. člen Ustave) ter pravica do pravnih jamstev (29. člen Ustave).⁸
12. Poseg, ki lahko traja le določen čas, je mogoče predpisati in uporabiti le za namene kazenskega postopka, za njegovo uvedbo ali za njegov potek, v drugih primerih oziroma drugih postopkih pa samo, kadar to zahteva varnost države.⁹
13. Z "nujnostjo" posega je v Ustavo izrecno vgrajeno načelo sorazmernosti, ki je tudi sicer priznано kot splošno ustavno načelo, izvedeno iz načela pravne države. Ta od zakonodajalca terja, da pri določitvi pogojev za poseg omogoči presojo, ali je poseg nujen, tako da zaželenega cilja ni mogoče doseči z blažjimi sredstvi. Hkrati zakonodajalcu nalaga dolžnost, da možnost posega v pravico do zasebnosti omeji le na primere, v katerih bi bil tak poseg v razumnem sorazmerju s ciljem, torej s tisto dobrino, ki naj se s posegom zavaruje, in z razumno pričakovanim učinkom tega zavarovanja. Le v primeru, če gre pravici, za katere varstvo se poseg dovoljuje zaradi njenega pomena, absolutna prednost, je lahko dopusten tudi zelo močan poseg v prvo pravico, sicer pa mora biti teža posega vanjo v sorazmerju s pomenom varovane druge pravice. Z drugimi besedami, ni a priori dopusten vsak poseg, ki je sicer nujen, če bi se hotela varovana pravica zavarovati v celoti, kadar tudi prva pravica zasluži enako močno varstvo. Pri koliziji takih pravic je treba dopustiti v eno le take posege, ki druge pravice ne bodo zavarovali absolutno, ampak le sorazmerno s prvo (pravici bosta torej vzajemno omejeni druga z drugo).¹⁰
14. Pogoji, ko se ustavno zagotovljene pravice do varstva zasebnosti komunikacije in osebnih podatkov lahko omeji, morajo biti kar se da določno urejeni. Določanje načina omejevanja ustavnih pravic prepušča Ustava zakonodajalcu, s tem da mu postavlja kriterije omejevanja. Ker predstavlja poseg z obdelavo in hrambo operativnih prometnih podatkov, ki so del komunikacije, skrajni poseg v ustavno pravico do komunikacijske zasebnosti (35. in 37. člen Ustave), mora temeljiti na posebno natančni ureditvi z jasnimi in podrobnimi pravili. Ta pravila državljanom zagotavljajo na eni strani predvidljivost ukrepov in situacij, v katerih je ukrep mogoče uporabiti, na drugi pa učinkovit pravni nadzor in učinkovita sredstva zoper zlorabo teh ukrepov.
15. Glede na to, da gre pri ukrepu s pridobitvijo in obdelavo prometnih podatkov o komunikaciji za vdor v komunikacijsko zasebnost, ki je ustavno varovana kategorija in uživa enako varstvo kot vsebina komunikacije, bi tako tudi ukrep po 149.b členu ZKP

⁸ Prav tam, tč. (45)

⁹ Prav tam, tč. (46)

¹⁰ Prav tam, tč. (47)

moral biti urejen tako, da bi zakonska norma sledila ustavnim zahtevam, in sicer da bi vse vidike tega posega v zasebnost uredila določno in nedvoumno – ob strogem spoštovanju zahtev Ustave iz drugega odstavka 37. člena; podobno in po enakih principih, kot ureja druge prikrite preiskovalne ukrepe, s katerimi država lahko proti volji posameznika poseže v ustavno varovane pravice do varstva zasebnosti komunikacij in do varstva osebnih podatkov.

16. Iz določbe 149.b člena ZKP je razvidno, da se ukrep odreja v predkazenskem postopku, če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno, se pripravlja ali organizira kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti, in je za odkritje tega dejanja ali storilca treba pridobiti podatke o prometu v elektronskem komunikacijskem omrežju, kot so: podatki o udeležencih, okoliščinah in dejstvih komunikacije (telefonske številke ali druge identifikacijske podatke, vrsta, datum, čas in trajanje komunikacije, količina prenesenih podatkov, lokacije udeležencev). Po drugem odstavku 149.b člena ZKP morata biti predlog in odredba pisna in morata vsebovati podatke, ki omogočajo identifikacijo komunikacijskega sredstva, utemeljitev razlogov, časovno obdobje, za katerega se podatki zahtevajo, ter ostale pomembne okoliščine, ki narekujejo uporabo ukrepa.
17. Primerjava teh pogojev iz določbe 149.b člena ZKP s pogoji iz drugega odstavka 37. člena Ustave pokaže, da ustavne zahteve za vdor v komunikacijsko zasebnost niso vsebovane v zakonski določbi, ki ta poseg ureja, saj ustavni pogoji, ki jih zahteva ustavna norma po neogibni potrebnosti ukrepa – njegovi nujnosti za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države, v zakonski normi sploh niso zahtevani. S tem pa v zakonski normi ni zadoščeno ustavni zahtevi po sorazmernosti ukrepa. V ustavni zahtevi po »neogibni potrebnosti ukrepa za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države« je namreč vsebovana zahteva po določenosti ustavno dopustnega cilja, ki mora biti tak, da ga je mogoče po pomembnosti primerjati z državno varnostjo; ta pogoj pa zahteva določen nabor kaznivih dejanj, za katera je z ukrepom sploh dovoljeno poseči v zasebnost posameznika; zahteva pa tudi omejen čas trajanja ukrepa in visok prag vstopa, saj je po Ustavi ukrep dopusten šele, ko že obstajajo dokazi o tem, da je bilo storjeno določeno hudo kaznivo dejanje, ne pa že ob samem začetku, ko dokazov še ni in se šele z ukrepom ugotavlja, ali je sploh bilo storjeno kaj nezakonitega, kar omogoča določba 149.b člena ZKP.
18. Ustavna zahteva po »nujnosti ukrepa za uvedbo ali potek kazenskega postopka« je zahteva njegove neogibnosti, kar zahteva mnogo več, kot je potrebno po določbi 149.b člena. Najprej je pri zahtevi po neogibnosti določenega ukrepa treba presoditi, ali brez uporabe ukrepa sploh ne bi mogli doseči cilja in ali je ukrep sploh primeren za dosego cilja; tudi če je primeren, pa to samo po sebi še ne pomeni, da je tudi nujen v smislu neogibne potrebnosti. V ta okvir spada tudi presoja, ali je z ukrepom cilj mogoče doseči le delno ali v celoti. Dejstvo namreč, da z določenim ukrepom cilja ni mogoče doseči v celoti, ampak le delno, lahko pomembno vpliva na presojo, ali je ukrep tudi sorazmeren. Za presojo ustavnega načela sorazmernosti postavlja Ustava zelo visoka in natančna merila. Besedica »nujno«, ki se nahaja v 37. členu Ustave in ki se nanaša na »uvedbo ali potek kazenskega postopka ter na varnost države«, ni tam naključno; pove, da se poseg v zasebnost lahko dovoli le, če to terjaja neogibni nujni državni interes, primerljiv po pomembnosti z varnostjo države. Le v tem primeru je ukrep posega v ustavno varovano pravico do komunikacijske zasebnosti in do varstva osebnih podatkov še sorazmeren ukrep. Vse, kar je manj od tega, ni v skladu z Ustavo, to pa pomeni, da je določba 149.b člena ZKP, ki uporabe ukrepa ne zamejuje na določena huda kazniva dejanja, ki jih pooseblja sintagma »boj proti organiziranemu kriminalu«, ali kazniva dejanja, ki po svojih učinkih in posledicah ogrožajo varnost države, neustavna.
19. Poseg v ustavno varovano pravico do komunikacijske zasebnosti in do varstva osebnih podatkov (35., 37. in 38. člen Ustave) je za potrebe kazenskega postopka določen v

določbah 149.b člena ZKP ter od 150. do 152. člena ZKP. V prvi določbi so določeni pogoji, pod katerimi je dovoljeno poseči v tisti del komunikacijske zasebnosti, ki jo predstavljajo operativni prometni podatki o komunikaciji, ki so integralni del komunikacije, v slednjih dveh pa so določeni pogoji za poseg v komunikacijo samo.

20. Po svoji naravi je tudi ukrep posega v zasebnost s pridobitvijo in obdelavo operativnih komunikacijskih podatkov, ki ga določa 149.b člen ZKP, prikriti preiskovalni ukrep. Na to kaže že njegova umeščenost v zakonu, prav tako dejstvo, da se odreja, ne da bi posameznik zanj smel vedeti. Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) je v svoji sodni praksi¹¹ v zvezi s PPU razvilo naslednja minimalna jamstva, ki morajo biti vzpostavljena v zakonih držav pogodbenic v izogib zlorabe pooblastil oziroma arbitrarnosti pristojnih organov pri odrejanju PPU, in sicer: opredeljena mora biti narava kaznivega dejanja, ki ima lahko za posledico odredbo za izvedbo takšnega ukrepa, definirana kategorija odgovornih subjektov, določena časovna omejenost nadzora, določen postopek, ki mu je treba slediti pri obdelavi in ravnanju z izsledki, ter podani varnostni ukrepi pri sporočanju pridobljenih podatkov tretjim osebam, in okoliščine ter rok, v katerih morajo biti izsledki uničeni. Določba 149.b člena je tudi v tem oziru pomanjkljiva.
21. Po svoji vsebini in učinkih je ukrep iz 149.b člena ZKP ukrep, ki posega v komunikacijsko zasebnost, ker je mogoče z njim pridobiti podatke, ki so integralni del komunikacije, na njihovi podlagi pa je mogoče ugotoviti pomembna dejstva iz posameznikovega življenja, zato bi moral biti tudi ta ukrep v zakonu urejen podobno kot ukrep posega v komunikacijo samo, kar je normirano v določbah 150. člena ZKP (nadzor telefona) in 151. člena ZKP (ozvočenje prostora).
22. Po določbi 150. člena ZKP (ki ureja nadzor vsebine komunikacije), ki jo je mogoče vzeti za primerjavo z določbo 149.b člena ZKP, saj gre za poseg v isto dobroto, se sme ukrep posega v komunikacijsko zasebnost uporabiti le za najhujša kazniva dejanja, ki varujejo vrednote zdravja in življenja ter velikega premoženja; ta kazniva dejanja so izrecno določena v drugem odstavku 150. člena ZKP. Le za ta kazniva dejanja je mogoče uporabiti tudi ukrep posega v komunikacijsko zasebnost iz 151. člena ZKP; gre prav tako za primerljivo določbo, saj normira »prisluh v prostoru«, poseg v vsebino komunikacije torej. Nobenega razumnega razloga zato ni, da je ista materija, ki uživa enako ustavno varstvo, v določbi 149.b člena ZKP urejena povsem drugače.
23. Zakonodajalec je možne posege v komunikacijsko zasebnost uredil neenako, pri čemer je pri normiranju posega v vsebino komunikacije, kar urejajo določbe od 150. do 152. člena ZKP, izhajal iz meril in pogojev, določenih v drugem odstavku 37. člena Ustave, medtem ko je pri normiranju posega v komunikacijsko zasebnost z obdelavo prometnih podatkov ustavna merila zanemaril in je v nasprotju z Ustavo na podlagi 149.b člena ZKP dovoljen poseg v komunikacijsko zasebnost s pridobivanjem in obdelavo vseh podatkov o okoliščinah komunikacije za vsakršen cilj in ob bistveno blažjih pogojih, zaradi česar ukrep iz 149.b člena ZKP ni sorazmeren ukrep.
24. Obstoječa ureditev tako ureja posege v komunikacijsko zasebnost za potrebe kazenskega postopka v določbah 149.b člena ZKP, ter v določbah od 150. do 152. člena ZKP, pri čemer je zakonska ureditev bistveno drugačna za primere posegov v zasebnost z obdelavo komunikacijskih podatkov kot v primerih, ko gre za poseg v komunikacijo samo, za kar pa ni videti razumnega razloga, glede na to, da je celotna materija po Ustavi enako varovana in se za poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti zahtevajo enaki pogoji in presoja po enakih merilih.

¹¹ ESČP je v zadevi Weber in Saravia proti Nemčiji pojasnilo, da glede na to, da prikriti preiskovalni ukrepi niso podvrženi nadzoru splošne javnosti mora zakonodajalec jasno opredeliti cilje in način na katerega je diskrecija glede odreditve omenjenih ukrepov podeljena organom držav članic.

25. V ustavnem načelu sorazmernosti je vsebovana zahteva po tehtanju med prekršeno ustavno varovano pravico in ciljem, ki ga ukrep zasleduje. Tako hud poseg v zasebnost ni in ne more biti dovoljen za vsakršen cilj; po Ustavi je poseg v komunikacijsko zasebnost upravičen ukrep le za preiskavo kaznivih dejanj, ki so po teži, učinkih, posledicah in razsežnostih primerljiva z državno varnostjo. Le pri določenih hudih kaznivih dejanjih, ki jih pooseblja sintagma »boj proti organiziranemu kriminalu« je poseg v komunikacijsko zasebnost sorazmeren temu cilju. To pa pomeni, da morajo biti v zakonu natančno določena tista huda kazniva dejanja, pri katerih je zaradi njihove teže in zaradi možnih načinov storitve (ki morajo biti taki, da je ukrep posega v komunikacijo sploh smiselna za doseg cilja), poseg v zasebnost dopusten ukrep. V določbi 149.b člena ZKP glede tega ni nobene omejitve, saj je poseg v komunikacijsko zasebnost dopusten za vsakršno kaznivo dejanje (brez omejitve na določena huda kazniva dejanja) in to že ob »razlogih za sum, da se pripravlja kaznivo dejanje ...«, kar pomeni, da je ukrep po zakonu dovoljeno uporabiti že, ko dejansko kaznivo dejanje sploh še ni izvršeno.
26. Po Ustavi je mogoče poseg v komunikacijsko zasebnost dovoliti le, če je to »nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka oziroma za varnost države«, kar je vsebinsko nekaj drugega kot v zakonu zapisana zahteva, »...če je za odkritje dejanja ali storilca potrebno pridobiti prometne podatke...«. Po tej normi je poseg v komunikacijsko zasebnost dopusten za vsako uradno pregonljivo kaznivo dejanje, in to že v fazi, ko dokazi o tem, da naj bi bilo storjeno, še ne obstajajo. Glede ustavnega pogoja po nujnosti ukrepa in v povezavi s tem po zahtevi, da je ukrep neogibno potreben za »uvedbo ali potek kazenskega postopka«, je Ustavno sodišče navedlo, da za poseg v komunikacijsko zasebnost ne zadoščajo o tem zgolj »razlogi za sum«. Ker gre za ukrep, ki hudo posega v zasebno sfero, se za vzpostavitev suma zahteva večja stopnja verjetnosti kot običajno. Gole domneve oziroma »razlogi za sum«, ki načelno rezultirajo iz neznatnega spoznanja, za poseg v komunikacijsko zasebnost ne zadostujejo. Verjetnost oziroma sum (in ne razlogi za sum) mora temeljiti na določenih dejstvih, na konkretnih okoliščinah, stopnja suma pa mora biti takšna, da se tako po kvaliteti kot po kvantiteti zbranih podatkov in njihovi preverljivosti v veliki meri približa utemeljenemu sumu. Glede na določbo drugega odstavka 150. člena ZKP (ki je primerljiva določba za ureditev tega področja, saj določa pogoje za nadzor komunikacije), bi morali biti ob odreditvi ukrepa zbrani že vsi podatki razen tistih, ki jih zaradi narave kaznivega dejanja ni mogoče zbrati, so pa ključnega pomena za to, da se krog indicev zaključi v logično celoto, ki predstavlja kot utemeljen sum pogoj za uvedbo preiskave.¹² Višja stopnja suma se zahteva tudi pri ukrepu iz 151. člena ZKP, ki je prav tako primerljiva določba, saj ureja isti predmet varstva.
27. Predvsem bi morala zakonska norma omejiti uporabo ukrepa za vdor v zasebnost za ustavno dopustne cilje. Presoja o tem bi moral narediti že zakonodajalec in določiti, za katera kazniva dejanja je v zakonu predvideni ukrep za poseg v ta del komunikacijske zasebnosti, ki vključuje vse podatke in okoliščine, razen vsebine komunikacije, dovoljeno uporabiti, izhajajoč pri tem iz zahtev določbe drugega odstavka 37. člena Ustave, vendar v določbi 149.b člena ZKP take omejitve ni.
28. Ustavni pogoj nujnosti ukrepa je tudi neločljivo povezan z nadaljnjim, namreč da je ukrep nujen za uvedbo ali potek kazenskega postopka oziroma za državno varnost. S tem Ustava določa »prag« oziroma minimalni standard stopnje suma v zvezi s kaznivim dejanjem, ki mora biti podan, da je ukrep s posegom v komunikacijsko zasebnost sploh dovoljeno uporabiti, hkrati pa določa naravo in vrsto kaznivih dejanj, pri katerih je ukrep dopusten. Tudi o tem se je že izreklo Ustavno sodišče v odločbi U-I-25/95; ta stopnja je stopnja utemeljenega suma. Vsekakor že načelo sorazmernosti vsebuje zahtevo, da že pred posegom v zasebnost obstajajo dokazi o kaznivem dejanju, seveda ne vsakem,

¹² U-I-25/95 (Uradni list RS, št. 5/95 in OdlUS VI, 158) tč. (54)

ampak o vnaprej določenem, ki je tako hudo, da po svojih učinkih ogroža varnost države; le za te cilje je tako hud poseg v komunikacijsko zasebnost posameznika upravičen in sorazmeren ukrep; nikakor pa ni mišljeno, da se šele z ukrepom ugotavljajo osnovni podatki o tem, ali je sploh bilo storjenega kaj nezakonitega ali ne. Utemeljeni sum, da je bilo storjeno določeno hudo kaznivo dejanje, pa pomeni, da je podan utemeljen sum glede vsakega zakonsko določenega znaka tega kaznivega dejanja in da vsekakor obstajajo vsi zakonski znaki kaznivega dejanja ter ob pogoju, da že obstajajo dokazi.

29. Ustava pri varstvu zasebnosti izhaja iz najstrožjih ustavnih meril. Zakonodajalcu in Ustavnemu sodišču Ustava predpisuje najstrožjo presojo nujnosti in smotrnosti danih norm. To pomeni, da je Ustava načelno sicer razrešila ta konflikt med interesom posameznika in države, da pa je zakonodajalcu obenem naložila, da kar najstrožje ter nadvse določno opredeli situacije, v katerih bo za uvedbo in potek kazenskega postopka oz. za varnost države poseg v komunikacijsko zasebnost v resnici neogibno potreben. Odprta pa ostaja zakonodajalčeva in sodnikova presoja, ali je poseg v pravico do zasebnosti v posameznem primeru res nujen za uvedbo in potek kazenskega postopka. Vsekakor je jasno, da slovenska Ustava od zakonodajalca pričakuje tako materialno kot procesno določenost meril za presojo te nujnosti, ki bo sorazmerna najstrožjemu ustavnemu testu diskriminacije. Če osebna okoliščina utemeljene osumljenosti ne bi bila posebej omenjena v 37. členu Ustave, bi v takem primeru Ustavno sodišče diskriminacijo presojalo po 14. členu Ustave.
30. Izhajajoč iz presoje Ustavnega sodišča v navedeni odločbi, je povsem nesprejemljivo, da je zakonodajalec kljub jasni dikciji v 37. členu Ustave, kot predpogoj za vstop v zasebnost posameznika z obdelavo prometnih komunikacijskih podatkov, v 149.b členu ZKP predpisal gole razloge za sum, ki so pravna norma brez vsebine. Tudi »utemeljeni razlogi za sum«, ki so sicer nad »razlogi za sum«, vendar pod pojmom utemeljenega suma, ne zadostijo ustavni normi. To je sklepati iz zapisa v 37. členu »če je to neogibno za uvedbo kazenskega postopka«, ker je za uvedbo kazenskega postopka potreben utemeljeni sum – enako kot dovoljenje za napad na zasebnost. To je sklepati tudi ob primerjavi tega pojma v 20. členu Ustave. Če bi Ustava pogoj za vdor v zasebnost (»nujnost za uvedbo kazenskega postopka«) enačila kot nujnost za (še) pridobitev dokazov za utemeljeni sum, potem bi sintagmo utemeljenega suma uporabila tudi v kontekstu drugega odstavka 37. člena in bi tako tudi zapisala: »...če je to nujno za ugotovitev utemeljenega suma...«. Ustavodajalec pa ni uporabil te sintagme, zato tudi iz tega razloga pri ugotavljanju pogojev za vdor v zasebnost pomeni, da ni mogoče izhajati iz predpostavke, da za vstopni prag zadošča kaj manj od utemeljenega suma, da gre za v zakonu določena kazniva dejanja.
31. Slednje pa je nadaljnji razlog za oceno, da norma 149.b člena ZKP ni v skladu z Ustavo. Ne le, da ne določa praga za vdor v zasebnost, ki ga zahteva Ustava, to je utemeljenega suma, ne določa niti določenih hudih kaznivih dejanj, ki bi glede na ustavni okvir spadala med tista, pri katerih je ukrep sorazmeren in dovoljen. Iz celotnega besedila sporne določbe je jasno, da ni potrebno praktično ničesar, da se ta odredba izda in da se šele s pridobljenimi podatki sploh ugotavlja, ali je bilo storjeno kaj kaznivega. S tem, ko posamezni zakonski pogoji za odreditev ukrepa niso opredeljeni dovolj določno in v skladu z zahtevo po sorazmernosti, ki je kot nujnost posega še posebej vsebovana v drugem odstavku 37. člena Ustave, je zakonsko besedilo, ki določa pogoje, v nasprotju z Ustavo, vse dokler se z določno opredelitvijo posameznih pogojev in z enakim tehtanjem kot pri »prisluškovanju« (ukrepu iz 150. člena ZKP), to je med težo posega v varovano pravico in med pravico, za katere varstvo se poseg dovoljuje, ne vzpostavi merilo sorazmernosti in nujnosti.
32. Tudi zato, ker ni določeno, pri katerih kaznivih dejanjih se ukrep s posegom v zasebnost z obdelavo operativnih podatkov lahko uporabi, je veljavna določba 149.b člena ZKP neustavna, saj ni izkazano, da bi bilo upoštevano merilo sorazmernosti. Medtem ko je pri

normiranju posegov v komunikacijsko zasebnost v 150. členu ZKP, prav tako v 151. členu ZKP (pri obeh določbah pa gre za poseg v komunikacijsko zasebnost, kar je tudi predmet urejanja v 149.b členu ZKP) določen nabor kaznivih dejanj, za katera se z ukrepom lahko poseže v komunikacijsko zasebnost, je po določbi 149.b člena ZKP ukrep vdora v zasebnost dopusten za vsa kazniva dejanja, ki se preganjajo po uradni dolžnosti. Taka določba je v neskladju z Ustavo, saj ukrep s posegom v ustavno varovane pravice ni sorazmeren ukrep pri vseh kaznivih dejanjih.

33. Tudi v odločbi, s katero je Ustavno sodišče razveljavilo določbe Zakona o elektronskih komunikacijah¹³ o obvezni hrambi operativnih podatkov, je Ustavno sodišče ugotovilo, da mora biti tako hud poseg v zasebnost, kot je hramba in obdelava prometnih podatkov o komunikaciji posameznika, zamejen le na določena (huda) kazniva dejanja, saj je le pri teh ukrep ustavno dopusten in kot tak sorazmeren poseg. Na podlagi operativnih podatkov je namreč mogoče izpeljati zelo natančne ugotovitve o zasebnem življenju nadzorovanih oseb, kot so vsakodnevne navade, kraji nahajanja, dnevne in druge poti, socialna mreža in socialna okolja, ki jih obiskujejo, stalno in začasno prebivališče ..., zato mora biti (celo) hramba teh podatkov zamejena na ustavno dopusten cilj.¹⁴ Odločba je tesno povezana z določbo 149.b člena ZKP, saj je namen hrambe operativnih podatkov za potrebe kazenskega postopka določen prav v tej določbi; vse, kar velja za hrambo prometnih podatkov o komunikaciji, v isti meri jasno velja tudi za obdelavo teh istih podatkov, saj šele obdelani podatki omogočajo spoznanje pomembnih intimnih dejstev iz posameznikovega življenja.
34. Evropska konvencija o človekovih pravicah in temeljnih svoboščinah (v nadaljevanju: EKČP) določa, da ima vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja. Pri tem se javna oblast 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 (8. člen EKČP). ESČP opredeljuje domet varstva praviloma od primera do primera. Že večkrat je namreč zavzelo stališče, da izčrpne definicije pojma ni mogoče podati. Najsplošneje rečeno je predmet in namen varstva »predvsem v varstvu posameznika pred arbitrarnimi posegi javne oblasti v zasebno in v družinsko življenje«.¹⁵ Glede posega v zasebnost z odreditvijo PPU je ESČP v zadevi P.G. in J.H. proti Združenemu kraljestvu pojasnilo, da pridobitev podatkov o telefonskih številkah, ki so bile klicane s pritožnikovega telefona, predstavlja poseg v splošno in komunikacijsko zasebnost posameznika, ki sta zavarovani na podlagi 8. člena EKČP. ESČP pri tehtanju glede upravičenosti posega v zasebnost posameznikov opravi dvofazni test, pri katerem presoja, ali je poseg v skladu z zakonodajo in ali je nujen v demokratični družbi. Pri presoji skladnosti ukrepa z zakonodajo sodišče presoja, ali za odreditev ukrepa obstaja pravna podlaga v nacionalni zakonodaji, ali je zakonodaja dostopna, pravne posledice predvidljive in ali je ureditev skladna z načelom vladavine prava. V izvrševanje te pravice se javna oblast lahko vmešava le, če je to nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, preprečevanja zločinov in zaščite pravic drugih.¹⁶ Tudi glede na navedeno predstavlja ukrep pridobitve podatkov o komunikaciji ukrep, ki posega v 8. člen EKČP, pri čemer pa se zastavlja vprašanje, ali tak ukrep, ki ga je po veljavni določbi 149.b člena mogoče uporabiti za vsa kazniva dejanja, ki se preganjajo po uradni dolžnosti, zadosti pogoju nujnosti v demokratični družbi, ki mora biti izpolnjen za upravičenost posega v komunikacijsko zasebnost posameznika.

¹³ Uradni list RS, št. 109/12, 110/13, 40/14 – ZIN-B, 54/14 – odl. US in 81/15; v nadaljevanju: ZEKom-1

¹⁴ U-I-65/13 (Uradni list RS, št. 54/2014 in OdlUS XX, 27)

¹⁵ Sodba ESČP, Niemitz v. Nemčija, odst. 29–31

¹⁶ Sodba ESČP, P.G. and J.H. v. The United kingdom, odst. 44

35. Sodišče Evropske unije je v združenih zadevah C-293/12 in C-594/12 presojalo skladnost Direktive 2006/24/ES (v nadaljevanju: Direktiva) s pravnim redom Evropske unije, natančneje s 7., 8. in 11. členom Listine o temeljnih pravicah Evropske unije (v nadaljevanju: Listina). Cilj omenjene Direktive je bila uskladitev določb držav članic glede hrambe nekaterih podatkov, ki jih pridobivajo ali obdelujejo ponudniki javno dostopnih elektronskih komunikacijskih sredstev ali ponudniki javnih komunikacijskih omrežij, z namenom zagotovitve dostopnosti omenjenih podatkov za preprečevanje, preiskovanje, odkrivanje in pregon hudih kaznivih dejanj, kot so kazniva dejanja, povezana s kriminalom in terorizmom, ob spoštovanju pravic, določenih v 7. in 8. členu Listine. V ta namen so ponudniki javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev ali javnih komunikacijskih omrežij hranili podatke potrebne za sledenje in prepoznavanje vira in cilja komunikacije, datuma, časa trajanja in vrste komunikacije, razpoznavo komunikacijske opreme uporabnikov ali njihove dozdevne opreme in ugotovitev lokacije opreme za mobilno komunikacijo.¹⁷ Sodišče Evropske unije je ugotovilo, da je na podlagi omenjenih podatkov mogoče izpeljati zelo natančne ugotovitve o zasebnem življenju oseb, katerih podatki so bili shranjeni, kot so vsakodnevne navade, kraji stalnega ali začasnega prebivališča, dnevne ali druge poti, dejavnosti, socialni odnosi in socialna okolja, ki jih obiskujejo.¹⁸ Pri presoji, ali gre za poseg v 7. in 8. člen Listine ni pomembno, ali so pridobljeni podatki občutljivi ter ali so bile osebe zaradi takega posega oškodovane, kar pomeni, da predstavlja že zbiranje in hramba podatkov o zasebnem življenju osebe in njenih komunikacij poseg v pravico, zavarovano v 7. členu Listine.¹⁹ Že na podlagi same Listine velja, da mora biti kakršnokoli omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava Listina, predpisano z zakonom in spoštovati bistveno vsebino pravic in svoboščin, ob upoštevanju načela sorazmernosti pa so omejitve teh pravic dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih.²⁰ Presoditi je treba, ali je ukrep, s katerim se zasleduje določen cilj sorazmeren, kar po ustaljeni praksi Sodišča Evropske unije pomeni, da se z ukrepom uresničuje legitimne cilje in da ravnanje ne prestopi meje primerne in potrebne za dosego ciljev.²¹ Sodišče Evropske unije je ugotovilo, da čeprav je cilj boja proti hudemu kriminalu, zlasti proti organiziranemu kriminalu in terorizmu, ključen za zagotavljanje javne varnosti, ne more upravičiti ukrepov hrambe osebnih podatkov, kot so navedeni v Direktivi.²² Direktiva namreč omogoča hrambo podatkov oseb, za katere ne obstaja noben indic, iz katerega bi bilo mogoče sklepati, da ima njihovo ravnanje povezavo, čeprav posredno ali daljno, s hudim kaznivim dejanjem.²³ Ker zakonodajalec EU v Direktivi ni zamejil obvezne hrambe podatkov in dolžnost posredovanja nacionalnim organom le v primerih zasledovanja dopustnih ciljev (zaščita državne varnosti, obrambe in preiskovanja ter borbi proti hudim oblikam kriminala), je zakonodajalec s sprejetjem Direktive prekoračil meje, ki jih zahteva načelo sorazmernosti. Na podlagi omenjene odločitve Sodišča EU lahko sklepamo, da določbe 149.b člena ZKP kršijo 7. in 8. člen Listine, saj omenjeni ukrep ni sorazmeren, ker ne določa posebne skupine kaznivih dejanj na podlagi resnosti, katerih se omenjeni ukrep lahko odreja.

II. KONČNO IN ZAHTEVA

36. Glede na navedeno Državni svet meni, da je nujno treba preveriti skladnost 149.b člena ZKP s 35. členom v povezavi s 37. in 38. členom; s 35. členom v povezavi z 2. in 15.

¹⁷ Člen 5 Direktive 2006/24/ES (OJ L 105, 13.4.2006, p. 54–63)

¹⁸ C-293/12 in C-594/12, odst. 27

¹⁹ C-465/00, 75 odst.

²⁰ Listina o temeljnih pravicah EU (Uradni list EU, C 83/389, 30. 3. 2010), člen 52

²¹ C-101/12, odst. 29

²² C-293/12 in C-594/12, odst. 51

²³ Prav tam, odst. 58

členom ter s 35. členom v povezavi z 22. členom Ustave. Glede na vse navedene pomanjkljivosti in spornosti Državni svet zagovarja stališče, da izpodbijana zakonska ureditev pomeni tudi neskladje s 153. členom Ustave.

* * *

Državni svet je za svojega predstavnika v postopku pred Ustavnim sodiščem določil državnega svetnika Alojza Kovšco.

Mitja Bervar, mag. manag.
predsednik