

Državni svetnik
Alojz Kovšca

Ljubljana, 24. 11. 2014

Gospod
Mitja Bervar
Predsednik
Državnega sveta Republike Slovenije

DRŽAVNI SVET REPUBLIKE SLOVENIJE

Prejeto:	24-11-2014
Šifra:	413-01/14-611
Povezava:	010-10/14-124
EPA:	EU:
Sign. zn.:	
Kratka:	

Državni svetnik Alojz Kovšca na podlagi 68. člena Poslovnika Državnega sveta (Ur. l. RS, št. 70/08, 73/09, 101/10 in 6/14) vlagam:

- **Pobudo za sprejem zahteve za oceno ustavnosti 153. in 154. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP, Uradni list RS, št. 32/12 - uradno prečiščeno besedilo in 47/13).**

Alojz Kovšca, l.r.

Priloga:
-Predlog zahteve za oceno ustavnosti



REPUBLIKA SLOVENIJA
DRŽAVNI SVET

Številka:
Ljubljana, 24.11.2014

Osnutek

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

ZAHTEVO

za začetek postopka za oceno ustavnosti in zakonitosti Zakona o kazenskem postopku (ZKP, Uradni list RS, št. 32/12 - uradno prečiščeno besedilo in 47/13).

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

- po opravljenem postopku odloči, da sta določbi Zakona o kazenskem postopku iz 153. in 154. člena v neskladju z 2., 22., 35., 37. in 38. členom Ustave Republike Slovenije (Uradni list RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06 in 47/13; v nadaljevanju: Ustava);
- da skladno s tem zaradi ugotovljene neskladnosti Zakona o kazenskem postopku naloži zakonodajalcu, da ugotovljene neustavnosti odpravi v določenem roku.

OBRAZLOŽITEV:

Prvi odstavek 153. člena ZKP določa, da mora policija po prenehanju uporabe ukrepov iz 149.a, 150., 151., 155. in 155.a člena tega zakona vse posnetke, sporočila in predmete, pridobljene z uporabo teh ukrepov, skupaj s poročilom, ki obsega povzetek zbranih dokazov, predati državnemu tožilcu. Drugi odstavek istega člena določa, da državni tožilec celotno gradivo, zbrano z ukrepi, ki jih je odredil preiskovalni sodnik, preda preiskovalnemu sodniku; ta pa preizkusi, ali so se ukrepi izvajali na način, kot so bili odobreni.

Prvi odstavek 154. člena ZKP določa, da podatke, sporočila, posnetke ali dokazila, pridobljene z uporabo ukrepov iz 149.a, prvega odstavka 149.b, 150., 151., 155., 155.a in 156. člena tega zakona, hrani sodišče, dokler se hrani kazenski spis, oziroma do uničenja po drugem odstavku tega člena. Drugi odstavek nadalje določa, da če državni tožilec izjavi, da ne bo začel kazenskega pregona zoper osumljenca ali če v roku dveh let po koncu izvajanja ukrepov iz 149.a, prvega odstavka 149.b, 150., 151., 155., 155.a in 156. člena tega zakona ne poda takšne izjave, se gradivo iz prejšnjega odstavka pod nadzorstvom preiskovalnega sodnika uniči.

Navedena zakonska ureditev je v neskladju s pravico do zasebnosti, ki jo Ustava varuje tako v 35. kot tudi v 37. členu, pa tudi v neskladju s pravico do varstva osebnih podatkov iz 38. člena Ustave.

Ustavno sodišče je že v določbi U-I-25/95 pojasnilo, da 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 da je zasebnost nedotakljiva, in še posebej v 37. členu, s katerim zagotavlja tajnost pisem in drugih občil. Pogoje za omejitev te pravice vsebuje drugi odstavek 37. člena Ustave.¹ V navedeni odločbi je Ustavno sodišče v zvezi s pravicama iz 35. in 37. člena Ustave postavilo naslednja načela:

Poseg v svobodo komuniciranja kot del človekove zasebnosti ni v nasprotju s 35. in 37. členom Ustave, če so izpolnjeni naslednji pogoji:

- da je poseg specifično opredeljen in določen v zakonu;
- da poseg s svojo odločbo dovoli sodišče;
- da je določno omejen čas izvajanja posega; in
- da je poseg nujen za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države, upošteva pri presoji nujnosti tudi načelo sorazmernosti.

Temeljni pogoj, ki ga postavlja Ustava, je, da **lahko omejitev tega dela 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**

¹ Odločba št. U-I-25/95 z dne 27.11.1997, Uradni list RS, št. 5/98 in OdlUS VI, 158, 40. točka

odločanja državnega organa. Kot je Ustavno sodišče že večkrat poudarilo v svojih odločbah, 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.²

Pri prikritih preiskovalnih ukrepih (v nadaljevanju: PPU) posega v pravico do zasebnosti osebe, zoper katero se tak ukrep izvaja, ne predstavlja zgolj samo izvajanje zadevnega PPU, temveč tudi in predvsem nadaljnje ravnanje organov pregona z izsledki teh preiskovalnih ukrepov, njihova uporaba v kazenskem postopku ter tudi sama hramba izsledkov po koncu izvajanja PPU. Ti izsledki, ki so pridobljeni na podlagi PPU, namreč predstavljajo osebne podatke. Ti pa uživajo varstvo v skladu z 38. členom Ustave.

Da ravnanje z izsledki PPU, predvsem tistimi, ki so pridobljeni z ukrepi, ki posegajo v komunikacijsko zasebnost, sodi v polje varstva pravice do zasebnosti, ki je varovana s 35. In tudi 38. členom Ustave, izhaja tudi iz ustaljene prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP). ESČP je v več odločbah, primeroma v zadevi *Weber in Saravia proti Nemčiji*, pojasnilo, da je v svoji sodni praksi v zvezi s PPU razvilo naslednja minimalna jamstva, ki morajo biti vzpostavljena v zakonih držav pogodbenic v izogib zlorabam pooblasti:

- narava kaznivega dejanja, ki ima lahko za posledico odredbo za izvedbo takšnega ukrepa;
- definicija kategorije odgovornih subjektov, katerim se lahko prisluškuje;
- časovna omejenost telefonskega prisluškovanja;
- **postopek, kateremu je potrebno slediti pri obdelavi, ravnanju ter shranjevanju takšnih podatkov;**
- varnosti ukrepi, ki jih je treba upoštevati, ko se ti podatki sporočajo drugim strankam;
- **okolščine, v katerih smejo oziroma morajo biti posnetki oziroma izsledki izbrisani oziroma nosilci uničeni.**³

² Odločba št. U-I-25/95 z dne 27.11.1997, Uradni list RS, št. 5/98 in OdlUS VI, 158, 41. in 42. točka

³ Med drugim nr. Sodba ESČP o sprejemljivosti pritožbe, *Weber in Saravia proti Nemčiji* z dne 29. 6. 2006, par. 95. Iste principe je ESČP ponovilo tudi v sodbi *Liberty in drugi proti Združenemu kraljestvu* z dne 1. 7. 2008, v kateri se je izrecno sklicevalo na načela, ki jih je izpostavilo v zadevi *Weber in Saravia proti Nemčiji*. Glej oar. 62 sodbe v zadevi *Liberty in drugi proti Združenemu kraljestvu*:

“More recently, in its admissibility decision in *Weber and Saravia*, cited above, §§ 93-95, the Court summarised its case-law on the requirement of legal “foreseeability” in this field as follows (and see also *Association for European Integration and Human Rights and Ekimzhiev*, cited above, §§ 75-77):

“93. foreseeability in the special context of secret measures of surveillance, such as the interception of communications, cannot mean that an individual should be able to foresee when the authorities are likely to intercept his communications so that he can adapt his conduct accordingly (see, *inter alia*, *Leander [v. Sweden]*, judgment of 26 August 1987, Series A no. 116], p. 23, § 51). However, especially where a power vested in the executive is exercised in secret, the risks of

Posledično bi torej tudi ta materija posega v zasebnost morala biti urejena z zakonom, to pa določno in nedvoumno, tako da bi bila izključena vsaka možnost arbitrarnega odločanja državnega organa. ZKP pa tega vidika posega v zasebnost, do katerega prihaja v zvezi oziroma zaradi izvedenih PPU, ne ureja na ustavno skladen način, tj. na način, ki bi zadostil zahtevi po določnosti in nedvoumnosti zakonske norme (*lex certa*). Posledično je ZKP v neskladju z 35., 37. in 38. členom Ustave.

Neustavnost določbe 153. člena ZKP se naprej kaže v tem, da ni določen rok, v katerem mora policija izsledke PPU predati državnemu tožilcu, in tudi ne, v kakšnem roku mora biti gradivo predano preiskovalnemu sodniku v preizkus po 153. člena ZKP. Navedena časovna nedoločnost je v neskladju z zgoraj navedenimi ustavnimi zahtevami po določnosti predpisov, ki urejajo posege v komunikacijski zasebnost, vključno z ravnanjem z izsledki takšnih ukrepov.

Nadalje v drugem odstavku 153. člena ZKP ni določeno, kako je treba ravnati z izsledki PPU po opravljenem preizkusu s strani preiskovalnega sodnika: ali se to gradivo ali njegov del vrača organom odkrivanja in pregona kaznivih dejanj (t.j. policiji in državnemu tožilcu) oziroma ali je in če, komu in pod kakšnimi pogoji je dostopno. Tudi ta nedorečenost je iz enakih razlogov v neskladju z zgoraj predstavljenimi ustavnimi zahtevami po določnosti predpisov, ki urejajo posege v komunikacijsko zasebnost, vključno z ravnanjem z izsledki takšnih ukrepov.

arbitrariness are evident (see, *inter alia*, *Malone*, cited above, p. 32, § 67; *Huvig*, cited above, pp. 54-55, § 29; and *Rotaru [v. Romania]* [GC], no. 28341/95, § 55, ECHR 2000-V]). It is therefore essential to have clear, detailed rules on interception of telephone conversations, especially as the technology available for use is continually becoming more sophisticated (see *Kopp v. Switzerland*, judgment of 25 March 1998, *Reports* 1998-II, pp. 542-43, § 72, and *Valenzuela Contreras v. Spain*, judgment of 30 July 1998, *Reports* 1998-V, pp. 1924-25, § 46). The domestic law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such measures (see *Malone*, *ibid.*; *Kopp*, cited above, p. 541, § 64; *Huvig*, cited above, pp. 54-55, § 29; and *Valenzuela Contreras*, *ibid.*).

94. Moreover, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive or to a judge to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference (see, among other authorities, *Malone*, cited above, pp. 32-33, § 68; *Leander*, cited above, p. 23, § 51; and *Huvig*, cited above, pp. 54-55, § 29).

95. In its case-law on secret measures of surveillance, the Court has developed the following minimum safeguards that should be set out in statute law in order to avoid abuses of power: the nature of the offences which may give rise to an interception order; a definition of the categories of people liable to have their telephones tapped; a limit on the duration of telephone tapping; the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained; the precautions to be taken when communicating the data to other parties; and the circumstances in which recordings may or must be erased or the tapes destroyed (see, *inter alia*, *Huvig*, cited above, p. 56, § 34; *Amann*, cited above, § 76; *Valenzuela Contreras*, cited above, pp. 1924-25, § 46; and *Prado Bugallo v. Spain*, no. 58496/00, § 30, 18 February 2003)."

Po aktualni ureditvi sme policija prepise in kopije gradiva, zbranega z PPU, hraniti in obdelovati, državno tožilstvo pa uporabljati nedoločen čas; nedoločeni so tudi način in namen ter krog upravičencev in drugi okviri, v katerih je mogoče do teh prepisov in kopij dostopati. Hramba in obdelovanje prepisov in kopij izsledkov nista omejena niti z zastaralnim rokom za pregon za kaznivo dejanje, zaradi katerega je bil PPU odrejen, temveč se navedeni predmeti lahko hranijo neomejeno dolgo oziroma vsaj do smrti osebe, zoper katero so se izvajali, saj bi hipotetično lahko prišli v poštev za dokazovanje očitkov kaznivih dejanj, ki s tistim, zaradi katerega je bilo npr. prisluškovanje odrejeno, nimajo nikakršne zveze.

Pravno nadziranje, ki bi bilo bolj skladno z varstvom človekovih pravic in temeljnih svoboščin - po katerem bi obstajala obveznost predati vse gradivo preiskovalnemu sodniku po prenehanju PPU v praksi trenutno še ni sprejeto. To bi pomenilo, da organi odkrivanja in pregona ne bi bili upravičeni obdržati nobenih predmetov, ki bi izvirali iz izvedenih PPU, primeroma tudi ne prepisov, kopij, povzetkov ipd.

Primeri iz prakse razkrivajo nevarnost položaja, ki je v pravni državi nedopusten: namreč, da policija in morda državno tožilstvo razpolagata s prepisi in kopijami izsledkov PPU, odrejenimi zoper nedoločeno število ljudi, brez jasnega pregleda, kaj v zvezi z izvedenimi PPU se hrani, zakaj se hrani, koliko časa se bo hranilo ter ali in če, za kaj in v kakšnih okoliščinah se bo uporabilo.

Opisane nedoločnosti so v neskladju z načelom pravne države, zavarovane z 2. členom Ustave, prav tako pa omogočajo časovno nesorazmeren poseg v pravice iz 35., 37. in 38. člena Ustave. Nejasnosti glede tega, kaj in v kakšnem času ter za kakšen namen se bo uporabilo, pa omogočajo samovoljnost in arbitrarnost državne oblasti in s tem tudi kršitev pravic iz 22. člena Ustave.

Določba drugega odstavka 154. člena ZKP ureja situacijo, ko državni tožilec izjavi, da ne bo začel kazenskega pregona zoper osumljenca, oziroma situacijo če državni tožilec v roku dveh let po koncu izvajanja PPU, ki so v zakonu taksativno naštetih, ne poda takšne izjave. Za ta primer zakon določa, da se gradivo, pridobljeno z uporabo PPU, to so podatki, posnetki ali dokazila, pod nadzorstvom preiskovalnega sodnika uniči.

Iz takšne določbe ZKP izhaja, da se gradivo pridobljeno s PPU, ne uniči če:

- državni tožilec v roku dveh let po koncu izvajanja PPU prične kazenski pregon zoper osumljenca oziroma
- državni tožilec v takšnem roku vsaj izjavi, da bo začel pregon zoper osumljenca.

Druga možnost je očitno nesprejemljiva z vidika ustavnih jamstev. Že gola izjava državnega tožilca, da bo zoper osumljenca začel pregon, ne more zadoščati za hrambo izsledkov PPU, upošteva ustavna jamstva. Skladno z določbami ZKP, ki urejajo kazenski pregon, taka izjava nima nobenega pravnega pomena ali učinkov. Od nje ne začne teči rok, v katerem mora državni tožilec začeti pregon; njena vsebina ne omejuje državnega tožilca, pri odločitvi za katero dejanje bo sprožil kazenski pregon; osumljenec z njo ni seznanjen in bi zoper njo ne more uveljavljati sodnega varstvo ali vlagati pravnih

sredstev. Nedoločenost glede tega, kakšna bo usoda izsledkov PPU na podlagi takšne tožilčeve izjave, je v neskladju z načelom pravne države iz 2. člena Ustave ter s pravicami iz 35., 37. in 38. člena Ustave, ne nazadnje pa tudi s pravico iz 22. člena Ustave, kolikor omogoča arbitrarno oziroma samovoljno odločanje državnega tožilca glede tega, ali in kdaj bo uporabil izsledke PPU zoper posameznika (ki ob tem za okoliščino, da je bil objekt izvajanja PPU, verjetno niti ne ve).

Na videz sprejemljivejša je videti prva možnost, ko državni tožilec dejansko začne pregon v roku dveh let po prenehanju izvajanja PPU. Vendar pa takšna ureditev ne ustreza zgoraj predstavljenim zahtevam, ki jih je Ustavno sodišče postavilo v odločbi U-I-25/95, ko je pojasnilo, da mora biti vsaka materija posega v zasebnost določno in nedvoumno urejena v zakonu ter da mora biti izključena vsaka možnost arbitrarnega odločanja državnega organa.

Pri tem je predvsem pomembno (in ustavnopravno sporno) dejstvo, da ZKP ne ureja dovolj določno okoliščin, v katerih mora priti do uničenja izsledkov PPU, s tem pa v ZKP niso zagotovljeni učinkovito varstvo posameznikove zasebnosti, kot tudi ne zadostna jamstva in varovalke pred arbitrarnim ravnanjem organov pregona.

ZKP namreč ne ureja ravnanja z izsledki PPU, ko državni tožilec v roku dveh let od konca izvajanja PPU, zoper obdolženca zahteva preiskavo, poda obtožni predlog oziroma kako drugače začne kazenski pregon. Ker ZKP te situacije posebej ne normira, je v neskladju z Ustavo, konkretno v neskladju z 2., 35., 37 in 38. členom Ustave.

A contrario glede na ureditev iz 2. odstavka 154. člena ZKP je namreč mogoče sklepati, da v takšnem primeru, tj. ko v roku iz drugega odstavka 154. člena ZKP tožilec poda izjavo o pregonu, ne pride do uničenja izsledkov PPU, temveč se **celotno** tako zbrano gradivo hrani dokler se hrani kazenski spis, kot to določa prvi odstavek 154. člena ZKP.

Pri PPU imamo opraviti s trajajočimi ukrepi, ti ukrepi pa morajo biti zaradi načela sorazmernosti časovno omejeni. Natančno določen ter omejen mora biti tudi rok, v katerem se lahko tako zbrane podatke hrani in uporabi. Pri tem za učinkovito varstvo pravic iz 35., 37. in 38. člena Ustave nikakor **ne zadošča, da zakon zapoveduje uničenje izsledkov PPU po poteku dveh let od konca izvajanja PPU zgolj v primeru, ko državni tožilec v roku dveh let od konca izvajanja teh ukrepov izjavi, da ne bo začel kazenskega pregona zoper obdolženca.**

Treba je upoštevati, da gre pri PPU za izredno intenziven poseg v zasebnost posameznika, tekom izvajanja teh ukrepov pa njegovi izvajalci zberejo in se seznanijo z izjemno velikim številom podatkov, informacij in drugih podrobnosti iz zasebnega življenja posameznika. Izsledki PPU tako zajemajo prav vsa polja posameznikovega zasebnega življenja, tudi njegovih najbolj intimnih in zaupnih delov življenja, glede katerih ima posameznik še posebej upravičeno pričakovanje, da bodo ti ostali skriti javnosti in tudi katerimkoli tretjim osebam, za katere posameznik izrecno ne odloči drugače. Ustavno sodišče je tudi v odločbi U-I-25/95 poudarilo, da predvsem prisluškovanje zaupnemu pogovoru zadeva enega najožjih krogov splošne osebne pravice in hkrati pravice do zasebnosti.

Zakon bi moral zaradi zagotovite učinkovitega varstva posameznikove pravice do zasebnosti, pravice do osebnega dostojanstva ter splošnega varstva osebnostnih pravic urediti tudi situacijo, ko državni tožilec v zakonskem roku začne kazenski pregon zoper obdolženca. Tudi v takšnem primeru se namreč v zvezi z ravnanjem z izsledki PPU po koncu izvajanja PPU odpirajo številna vprašanja, ki pa jih ZKP, kot navedeno, ne ureja oziroma vsaj ne v zadostni meri. Pri tem je treba upoštevati, da je podatke in izsledke, pridobljene z izvajanjem PPU, v grobem mogoče razdeliti na dve skupini:

- tiste, ki so povezani s kaznivim dejanjem, zaradi katerega je bil preiskovalni ukrep odrejen in bodo lahko državnemu tožilcu v nadaljevanju služili kot dokazna podlaga v kazenskem postopku zoper obdolženca;
- tiste, ki z očitanim kaznivim dejanjem niso povezani in tudi ne kažejo na kakšno drugo t.i. kataloško kaznivo dejanje, na katero je policija naletela med izvajanjem ukrepa v smislu tretjega odstavka 154. člena ZKP.

Ureditev, po kateri se lahko po poteku dveh let od konca izvajanja PPU hrani tudi tisti del izsledkov, ki z očitanim (ali katerimkoli drugim) kaznivim dejanjem nima nikakršne zveze, ne zasleduje nobenega legitimnega cilja. Takšna ureditev, tj. ureditev, ki jo v 154. členu določa tudi ZKP, je v neskladju s pravico do zasebnosti, ki je varovana s prej navedenimi ustavnimi določbami. Če namreč samo državno tožilstvo oziroma policisti ocenijo, da del izsledkov PPU nima nobene dokazne vrednosti ter se zato v aktu, s katerim se zoper obdolženca začne kazenski pregon, sklicujejo le na del navedenih izsledkov, je z vidika posameznikove pravice do zasebnosti povsem arbitrarna in samovoljna ureditev, po kateri lahko organi pregona še naprej, vse do uničenja kazenskega spisa, hranijo celotno gradivo, zbrano s PPU.

Poleg tega mora biti tudi rok, v katerem lahko organi pregona ocenijo dokazno vrednost izsledkov PPU, tj. rok, v katerem lahko organi pregona po koncu izvajanja PPU začnejo kazenski pregon zoper obdolženca, časovno omejen ter jasno in nedvomno določen v zakonu. V nasprotnem primeru namreč zakonska ureditev ne vsebuje zadostnih varovalk in jamstev pred arbitrarnim in samovoljnim ravnanjem organov javnih oblasti. To pa je v neskladju s pravico do zasebnosti, ki je varovana s 35., 37. in 38. členom Ustave.

Tudi ESČP v svoji sodni praksi v zvezi s PPU poudarja, da morajo biti v zakonih držav pogodbenic vzpostavljena različna jamstva, ki so namenjena preprečevanju zlorabe pooblastil. Med temi jamstvi ESČP izrecno omenja tudi postopke, po katerih se morajo organi pregona in drugi pristojni oblastni organi ravnati pri obdelavi, ravnanju ter shranjevanju takšnih podatkov ter okoliščine, v katerih se mora oziroma se lahko izsledke PPU uniči.⁴

* * *

Kot poročevalec je bil določen državni svetnik Alojz Kovšca.

⁴ Glej sodbo ESČP, Weber in Saravia proti Nemčijo z dne 29. 6. 2006, par. 94.