



Številka: U-I-229/11-6

Datum: 18. 6. 2012

ODKLONILNO LOČENO MNENJE SODNIKA DR. MITJA DEISINGERJA K SKLEPU ŠT. U-I-229/11

1. Glasoval sem proti navedenem sklepu, s katerim je bila zavržena pobuda za začetek postopka za oceno ustavnosti ZKP in ZSKZDČEU. Menim, da iz vsebine pobudnika z dne 21.10.2011 izhaja, da je vložil tudi ustavno pritožbo zoper sklep Okrajnega sodišča v Ljubljani z dne 28. 9. 2011, čeprav tega ni izrecno navedel. To namreč izhaja iz konkretnega izpodbijanja tega sklepa na straneh 7, 8, 10 in 11. Ustavno sodišče bi torej moralo odločati tako o ustavni pritožbi kot o pobudi, pri čemer bi se seveda najprej zastavilo vprašanje izčrpanosti pravnih sredstev.

2. V sklepu Okrajnega sodišča je dan pravni pouk, da je dopustna pritožba na Višje sodišče v Ljubljani. Pravni pouk je zavajajoč, kajti zoper navedeni sklep, s katerim je sodišče pobudniku zavrnilo predlog za izločitev dokazov, ni pritožbe.¹ Sklep je bil izdan na podlagi drugega odstavka 435. člena v povezavi s tretjim odstavkom 286. člena ZKP, ki pa se nanaša le na sklep, s katerim so nedovoljeni dokazi izločeni. Le v tem primeru je možna pritožba. Zavrnitev predlogov za izločitev dokazov tako lahko obdolženec v skrajšanem postopku uveljavlja šele s pritožbo zoper izrečeno sodbo na prvi stopnji.

3. V obravnavani zadevi se zastavlja vprašanje, ali je pobudo možno vložiti hkrati z ustavno pritožbo šele po izčrpanju pravnih sredstev, torej šele po pravnomočno končanem kazenskem postopku. Menim, da je podana pravna situacija iz drugega odstavka 51. člena ZUstS, ker je zatrjevana kršitev v izpodbijanem sklepu očitna, na podlagi tega sklepa pa nastajajo za obdolženca nepopravljive posledice. Temeljno

¹ Glej sodbo Vrhovnega sodišča z dne 25. 2. 1999, št. I Ips 36/99, iz kater je razvidno, da pozitivni sklep pojmuje kot pozitivni sklep, zoper katerega je dopustna pritožba (prvi odstavek 399. člena ZKP), negativni sklep pa kot predmet procesnega vodstva, zoper katerega ni posebne pritožbe, temveč se sme izpodbijati samo v pritožbi zoper sodbe (tretji odstavek 399. člena ZKP).

vprašanje, ki ga izpostavlja pobudnik, je ocena v sklepu o nedovoljenosti dokazov.² Pobudnik utemeljeno opozarja, da mora sodišče upoštevati določbe Ustave Republike Slovenije tudi glede dokazov, ki so pridobljeni v tujini. Sodišče je v izpodbijanem sklepu povsem zgrešeno razlagalo odločbo Ustavnega sodišča št. U-I-216/07 z dne 4. 10. 2007 (Uradni list RS, št. 99/07, in OdlUS XVI, 75), ki se na obravnavano zadevo sploh ne nanaša. Prav tako nima opore v sodbah Vrhovnega sodišča RS št. Kp 16/2007 z dne 30. 5. 2008 in št. 44415/2010 (XI lps 49/2010) z dne 22. 6. 2010, ki v kazenskih postopkih sicer dovoljujeta veljavnost posameznih procesnih dejanj, opravljenih v tujini, ki niso skladna z določbami ZKP, vendar pa izključuje veljavnost dokazov, ki so bili pridobljeni s kršitvijo ustavno zajamčenih človekovih pravic. Pobudnik ob tem utemeljeno uveljavlja, da je bila Finska na Evropskem sodišču za človekove pravice obsojena zaradi kršitve 8. člena EKČP, ker po svoji zakonodaji opravlja hišne preiskave brez sodnih odredb.

4. Omenjeni različni stališči sodišča in pobudnika je treba na ustavni ravni pojasniti.³ Ne glede na način pridobitve dokazov v tujini, bodisi z zaprosilom tujim organom ali v obliki mednarodnega evropskega sodelovanja policij in tožilstev, tudi na podlagi ZSKZDČEU⁴, lahko obravnavanje teh dokazov obstaja le pred uvedbo kazenskega postopka. Ko zadevo prevzame sodišče, pa zanj velja naš pravni red in spoštovanje Ustave. Tako tudi v tujini pridobljen dokaz ni dovoljen, če je v nasprotju z Ustavo. Zato so nedovoljeni dokazi, pridobljeni v tujini, o hišni preiskavi brez sodne odredbe oziroma v nasprotju z določbo 36. člena Ustave, o obvezni sodni odredbi za prisluškovanje in kršitev tajnosti občil, kot določa 37. člen Ustave⁵, ter zaslišanja, pri katerih niso upoštevana pravna jamstva iz 29. člena Ustave. Ustavno sodišče zaradi zavrženja pobude te presoje ni moglo storiti, je pa stališče jasno že iz prejšnjih odločb Ustavnega sodišča⁶.

² Boštjan M. Zupančič pojasnjuje, da "*pomeni dopustitev nezakonito pridobljenih dokazov (...)* dejansko ukinitve spora, saj ena stranka prestopi mejo enakosti, s tem pa se posledično ukine tudi kazenski postopek", glej Ustavno kazensko pravo, Založba Pasadena, Ljubljana 2000, str. 785.

³ Andraž Teršek poudarja, da "*slovenski ustavni red zagotavlja visoko stopnjo varstva zasebnosti, tudi ko gre za vprašanje preiskovalnih metod policije, za vsak močan poseg v zasebnost je zato tudi v kazenskih postopkih potrebna dovolitev sodišča*", Dnevnik, 16. 9. 2011, str. 25.

⁴ Anže Erbežnik v prispevku "Mednarodnopravno sodelovanje v kazenskih zadevah – podhranjeno področje", Pravna praksa z dne 22. 9. 2011, Kazensko procesno pravo, str. 6–8, meni, "*da se dokaz, pridobljen v drugi državi članici, ne more dopustiti, če je bil pridobljen v nasprotju z izrecno zavarovano pravico obdolženca iz nacionalne ustave in je v nacionalnem sistemu v primeru take kršitve predvidena ekskluzija*".

⁵ Primož Gorkič zastopa stališče, da "*v slovenskem pravu pomeni, da je treba dovoljenost dokazov, pridobljenih v tujini na prošnjo slovenskih organov, presoјati ne le z vidika ustavno zagotovljenih pravic in svoboščin*" ter to "*velja tudi za druge posege v komunikacijsko zasebnost, tajno opazovanje in delovanje, navidezne odkupe ipd., pridobivanje podatkov o plačilnem prometu, hišne in osebne preiskave, zaslišanje obdolžencev in prič ipd.*" Glej Izločanje nezakonitih dokazov v kazenskem postopku: dokazi, pridobljeni v tujini, Konferenca kazenskega prava in kriminologije, Zbornik 2009, str. 188.

⁶ Na primer v odločbah št.: Up-106/05 z dne 2. 10. 2008 (Uradni list RS, št. 100/08, in OdlUS XIV), Up-412/03 z dne 8. 12. 2005 (Uradni list RS št. 117/05, OdlUS VI, 158), U-I-25/95 z dne

5. Z odločitvijo sodišča o zavrnitvi predloga za izločitev dokazov, s katero se nedovoljeni dokazi še naprej uporabljajo v kazenskem postopku, nastajajo za obdolženca nepopravljive posledice. Posledic tudi kasneje, ko bi bili nedovoljeni dokazi izločeni, ni možno odpraviti⁷. Sam dolgotrajni tek kazenskega postopka z vsemi učinki v zasebnem in poslovnem življenju pomeni za obdolženca takšne posledice, ki so lahko primerljive tudi z odvzemanom prostosti.

6. Vsekakor pa pobudniku ni možno odvzeti pravnega interesa za oceno ustavnosti tistega predpisa, na podlagi katerega se odloča o nedovoljenih dokazih. To se predvsem nanaša na določbo drugega odstavka 435. člena ZKP (tudi z novelo ZKP-K, Uradni list RS, št. 91/11, ni bistvene spremembe). V skrajšanem postopku pred okrajnim sodiščem je možna le pritožba zoper sklep o izločitvi nedovoljenih dokazov, ne pa zoper sklep o zavrnitvi predloga stranke za izločitev. Po tretjem odstavku 83. člena ZKP je v postopku pred okrožnim sodiščem možna posebna pritožba zoper oba sklepa, torej o izločitvi ali zavrnitvi predloga za izločitev. Zakaj takšna razlika v obeh kazenskih postopkih? Namen hitrejšega skrajšanega postopka te razlike ne opravičuje. Poleg tega je v skrajšanem postopku privilegiran tožilec,⁸ saj ima le on interes za pritožbo zoper sklep o izločitvi dokazov, pri zavrnitvi predloga za izločitev pa ostane obdolženec brez pritožbe. Nedvomno gre za vprašanje enakega varstva pravic po 22. členu Ustave, zlasti ker gre za dokaze, pridobljene s kršitvijo Ustave.⁹

7. V skrajšanem postopku torej le sodnica oziroma sodnik posameznik odloči o predlogu za izločitev dokazov in če predlog zavrne, lahko obdolženec to uveljavlja šele v pritožbi zoper prvostopno sodbo. Brez pritožbenega nadzora lahko kazenski postopek pred okrajnim sodiščem poteka z izvajanjem nedovoljenih dokazov, ki niso bili izločeni, in pred sodnikom, ki bi moral biti po določbi 4.a točke 39. člena ZKP izločen. S tem so kršene ustavne pravice obdolženca ves čas postopka na prvi stopnji, zakonodajalec pa ni imel razumnega razloga za takšno razlikovanje s postopkom pred okrožnim sodiščem. Nedvomno bi morala biti odločitev o zavrnitvi predloga za izločitev dokazov tudi v skrajšanem postopku preverjena s pritožbo, kot

27. 11. 1997 (Uradni list RS, št. 5/98, in OdlUS XII, 42), U-I-272/98 z dne 8. 5. 2003 (Uradni list RS, št. 48/03, in OdlUS XVIII, 84) in Up-106/05 z dne 2. 10. 2008 (Uradni list RS, št. 100/08, in OdlUS XVII, 84).

⁷ Na spletnem MMC info, 29. 9. 2011, dostopno na: <http://www.rtv slo.si/slovenija/avbelj>, je Marko Bošnjak zatrdil "če dovolimo, da se tožilec posluži nedovoljenih dokazov, pomeni, da dovolimo protipravno delovanje države".

⁸ Ob tem lahko pritrdimo Katji Šugman Stubbs, da takšna ureditev "favorizira funkcijo pregona, saj je očitno, da se bo zoper pozitivni sklep praviloma pritožil tožilec, zoper negativnega pa bi se obtoženi." Glej več o tem K. Šugman: Dokazne prepovedi v kazenskem postopku, Bonex, Ljubljana 2000, str. 272–276.

⁹ Ponovimo misel Gorana Klemenčiča, da ima pravica do osebne svobode svojo konkretno manifestacijo v obliki instituta *habeas corpus*, preproste in pred skoraj 700 leti zapisane pravice pravnega jamstva, da nikomur ne bo odvzeta prostost brez sodnega varstva in korektnega pravnega postopanja, glej G. Klemenčič v: L. Šturm (ur.), Komentar Ustave Republike Slovenije, dopolnitev – A, Fakulteta za državne in evropske študije, 2011, str. 521.



je predvideno v tretjem odstavku 83. člena ZKP za postopek pred okrožnim sodiščem. Na podlagi takšne odločitve bi sledila tudi odločitev o izločitvi sodnika. Pomembno je, da je takšna odločitev sprejeta še pred začetkom glavne obravnave.

dr. Mitja Deisinger
Sodnik