



Številka: Up-979/15-41

Datum: 21. 3. 2017

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA MARKA ŠORLIJA K SKLEPU ŠT. Up-979/15 Z DNE 13. 3. 2017

Glaseval sem za izrek in obrazložitev v tej zadevi, z njima se strinjam, a menim, da se ne bi smela omejiti le na presojo izpodbijane odredbe o hišni preiskavi in preiskavi elektronskih naprav zoper poslanca(e), ampak bi bilo po mojem treba presojati ustavnost ZKP z vidika pravice do učinkovitega pravnega sredstva (25. člen Ustave) v delu, v katerem dovoljuje in ureja pregled elektronskih naprav.

Posebej je treba opozoriti na pomembno razliko med zbiranjem fizičnih dokazov in digitalnih podatkov (dokazov). Zbiranje fizičnih podatkov pri hišni preiskavi je mogoče dokaj uspešno regulirati in ga omejevati na točno določene prostore, stvari in osebe. Drugače je pri preiskavi računalnika, ki hrani ogromne količine različnih informacij na različne načine. Računalnik je kot mapa (za dokumente) v fizičnem smislu, dom (stanovanje) v virtualnem smislu in ogromno skladišče v analognem smislu. Postavlja se vprašanje, kaj pomeni preiskava računalnika (elektronske naprave) in predvsem kdaj je ta razumna, upravičena. Ključno vprašanje je namreč, kako omejiti invazivnost preiskave računalnika in drugih elektronskih naprav ter se izogniti generalni, vseobsežni preiskavi kot digitalnemu ekvivalentu nedovoljene generalne hišne preiskave.

Območje preiskave določa, kako široko ali ozko posamezno ravnanje policije posega v zasebnost posameznika, ki jo varujeta 35. in 37. člen Ustave. Kot rečeno, pri iskanju fizičnih dokazov v fizičnem svetu je mogoče izključiti možnost nedopustne generalne, vseobsežne preiskave z zahtevo, da mora odredba o hišni preiskave *ex ante* opisati oziroma navesti prostore, ki naj se preiščejo, in stvari, ki se iščejo in ki naj se zasežejo. Na ta način je policijsko ravnanje pri preiskavi mogoče omejiti in ga regulirati. Policija gre lahko samo na določen kraj, išče lahko samo določene stvari. Ta pravila pa ne nudijo zadostnega varstva zoper invazivno preiskavo računalnika. Računalniška tehnologija dovoljuje, da bo tudi takrat, ko je odredba o preiskavi specifična, njena izvedba v praksi (pre)široka in bo preseгла obseg, ki ga odredba določa.

Dve temeljni strategiji v veljavnem pravem redu urejata in ožita invazivnost preiskave računalnika: omejitve *ex ante* in omejitve *ex post*. Prva zahteva, da odredba za preiskavo

natančno določi obseg in način preiskave, druga pa da se v sodnem postopku preverja, kakšni podatki in kako so bili pridobljeni. Ne prvi ne drugi pristop pa ne rešuje problema učinkovitega (sodnega) varstva pred nedovoljenimi preširokimi, protiustavnimi posegi v zasebnost na dovolj učinkovit način.

Omejitve *ex ante* ne rešujejo problema računalniške preiskave v celoti zaradi odvisnosti in nepredvidljivosti preiskave od narave forenzičnega procesa. Ustreznejši, predvsem pa učinkovitejši pristop se zdi presoja dopustnosti pridobljenih dokazov *ex post* (z možnostjo ekskluzije), ki pa ne rešuje problema učinkovitega varstva pred neutemeljenimi posegi v posameznikovo pravico do prostorske in komunikacijske zasebnosti.

Odgovor na vprašanje, ali je zoper sodno odločbo o pregledu in preiskavi elektronskih naprav zagotovljeno (suspenzivno) pravno sredstvo, ni pomemben le za preizkus, ali je v tej zadevi pritožnik izčrpal vsa pravna sredstva, ampak predvsem za nadaljnjo presojo, ali zakonska ureditev, ki takšnega sredstva ne določa, ni protiustavna.

Učinkovito pravno sredstvo bi moralo biti zagotovljeno tudi zoper odredbo sodišča, s katero se dovoljuje poseg v posameznikovo pravico do prostorske in komunikacijske zasebnosti. Potrebo po učinkovitem nadzoru nad posegi v zasebnost poudarja tudi Evropsko sodišče za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP). Evropska konvencija za človekove pravice (v nadaljevanju EKČP) v drugem odstavku 8. člena posege javne oblasti v zasebno in družinsko življenje, dom in dopisovanje posameznikov dovoljuje le, če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi doseganja v Konvenciji določenih ciljev. Pri presoji, ali je določen poseg v zasebnost "nujen v demokratični družbi", ESČP presoja tudi, ali so prizadetim osebam na voljo zadostne in primerne garancije proti arbitrarnemu ravnanju države, vključno z možnostjo učinkovitega nadzora (effective review/control) nad državnimi posegi (glej 73. točko sodbe ESČP v zadevi M.N. in drugi proti San Marinu z dne 7. 7. 2015).

Učinkovito pravno sredstvo praviloma pomeni suspenzivno pravno sredstvo, torej tako, ki je sposobno odložiti učinke izpodbijanega akta. Ko se z odredbo dovoljuje poseg v zasebnost, je jasno, da posledic takega posega (tj. seznanjenosti preiskovalcev in morebitnih drugih oseb s podatki, ki sodijo v zasebno sfero pritožnika) naknadno ni mogoče odpraviti. Če je zasebnost že "prebita" oziroma če je vpogled že opravljen, potem tudi uspeh v postopku s pravnimi sredstvi ne more vzpostaviti stanja stvari, kakršno je bilo pred posegom (prim. 57. točko odločbe Ustavnega sodišča št. U-I-115/14, Up-218/14, z dne 21. 1. 2016, Uradni list RS, št. 8/16). Zato je v teh primerih pravno sredstvo lahko učinkovito le, če ima odložilni učinek. Če takega učinka nima, gre za omejitev pravice do pravnega sredstva iz 25. člena Ustave. Ta omejitev pa je dopustna samo, če je skladna z načelom sorazmernosti (tako odločba Ustavnega sodišča št. U-I-190/00 z dne 13. 2. 2003, Uradni list RS, št. 21/2003, in OdlUS XII, 7, točka 8).

Zato se mi postavlja vprašanje, ali ne obstaja pravna praznina, ker ZKP ne ureja pravnega sredstva zoper odredbe, s katerimi se dovoljuje pregled elektronskih naprav. S takšnim pravnim sredstvom bi bilo mogoče presoditi, ali je bila odredba sestavljena v skladu z zakonskimi in ustavnopravnimi zahtevami in ali jo je policija tako tudi izvršila, še preden pride do nepopravljivega posega v zasebnost. Menim, da je bila v tej zadevi žal zamujena priložnost za presojo ustavnosti veljavne zakonske ureditve za vse primere, v katerih je odrejen pregled elektronskih naprav in ne le, ko gre za odvetnike ali poslance.

Marko Šorli
Sodnik