

USTAVA IN VARSTVO ZASEBNOSTI

USTAVNOPRAVNA ANALIZA RAZMERJA MED 35. IN 37/2. ČLENOM USTAVE RS; s posebnim poudarkom na problemu posegov policije v pravico do zasebnosti z uporabo tajnih metod in sredstev¹

dr. Andraž Teršek

znanstveni sodelavec na Primorskem inštitutu za naravoslovne in tehnične vede Koper, predstojnik Centra za povezano znanost in razvoj (POZNAR) na UP PUNT, sourednik revije Revus-revija za evropsko ustavnost

¹ OBJAVLJENO V REVIIJI PRAVNA PRAKSA, ŠT. 10-11/2003, PRILOGA.

1	O RAZMERJU MED 35. IN 37/2. ČLENOM USTAVE RS	4
1.1	UVOD	4
1.2	ZGODOVINSKI ARGUMENT	5
1.2.1	<i>Izhodišča Ustave RS</i>	5
1.2.2	<i>Magnetogram sej Komisije Skupščine RS za ustavna vprašanja</i>	6
1.3	KOMENTAR USTAVNE »PRAVICE DO ZASEBNOSTI« IZ LETA 1992	9
1.4	ANALIZA USTAVNOSODNE PRAKSE USTAVNEGA SODIŠČA RS; 2. ODS. 37. ČLENA USTAVE RS DOLOČA POGOJE ZA POSEG V PRAVICO DO ZASEBNOSTI NA SPLOŠNO	10
1.4.1	<i>Odločba US RS št. Up-11/92; eksplicitna zahteva US RS po sodni odločbi kot pogoj za poseg v človekovo zasebnost</i>	10
1.4.2	<i>Odločba US RS št. Up 32/94</i>	11
1.4.3	<i>Odločba US RS št. U-I-299/94</i>	11
1.4.4	<i>Odločba US RS št. U-I-25/95</i>	12
1.4.5	<i>Odločba US RS št. U-I-158/95 in izrecna opredelitev zakonodajalca za razlago razmerja med 35. in 37. členom Ustave RS, po kateri drugi odstavek 37. člena neposredno zadeva tudi 35. člen Ustave</i>	15
1.4.6	<i>Odločba US RS št. Up-90/96; eksplicitna navedba US RS, da se za vsak poseg v človekovo zasebnost zahteva sodna odločba</i>	16
1.4.7	<i>Odločba US RS št. Up-62/98</i>	17
1.5	ANALIZA LOČENIH MNENJ SODNIKOV US RS	18
1.6	NAČELNO PRAVNO MNENJE VRHOVNEGA SODIŠČA RS	22
1.7	NEKDANJI ZKP JE BIL V DELU, KI JE TUDI ZA TAJNO POLICIJSKO SODELOVANJE, TAJNO OPAZOVANJE IN SLEDENJE TER NAVIDEZNI ODKUP PREDMETOV IN NAVIDEZNO PODKUPOVANJE DOLOČAL SODNO ODLOČBO, ODRAZ PRAVILNEGA RAZUMEVANJA USTAVE RS	23
1.8	ENOVITOST PRAVICE DO ZASEBNOSTI IN KRITERIJEV DOPUSTNIH POSEGOV V TO PRAVICO GLEDE NA EKČP IN SODNO PRAKSO EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE	24
1.9	VPRASHANJE PRECEDENČNEGA UČINKA ODLOČITVE USTAVNEGA SODIŠČA V ZVEZI Z RAZMERJEM MED 35. IN 37. ČLENOM USTAVE RS, PROBLEM MOREBITNEGA USTAVNOSODNO-AKTIVISTIČNEGA SPREMINJANJA USTAVE RS IN 'USTAVNA KRIZA'	27
2	NEUSTAVNOST 49. ČLENA ZAKONA O POLICIJI	30
3	NAČELNO O PROBLEMU USTAVNOSTI POSEGANJA V ZASEBNOST POSAMEZNIKA S TAJNIM SLEDENJEM IN OPAZOVANJEM	31

3.1	ZBIRANJE PODATKOV O POSAMEZNIKU POMENI POSEG V NJEGOVO ZASEBNOST, ZATO TAJNO SLEDENJE IN OPAZOVANJE PREDSTAVLJA POSEG V (PRIČAKOVANO) ZASEBNOST	32
3.1.1	<i>Zbiranje podatkov o posamezniku kot poseg v zasebnost</i>	32
3.1.2	<i>Tajno sledenje in opazovanje kot poseg v (pričakovano) zasebnost</i>	33
3.1.3	<i>Vprašanje 'policijske države' in 'zgodovinskih izkušenj'</i>	38
3.2	PRAVICE TRETJIH OSEB	42
3.3	ALI JE POSEG V ZASEBNOST, KI NI KOMUNIKACIJSKEGA ZNAČAJA, SPLOH DOPUSTEN OB SKLICEVANJU NA »ARGUMENT IZOLIRANOSTI«	44
3.3.1	<i>»Argument izoliranosti« 37. člena Ustave in vprašanje, ali je poseg v pravico do zasebnosti potem sploh dopusten</i>	44
3.3.2	<i>Ustava RS namenja pravici do zasebnosti večje varstvo kot EKČP</i>	46
4	»KOMENTAR USTAVE RS« V ZVEZI S 35. IN 37/2. ČLENOM USTAVE RS: DVOM V KOREKTNOST	47
4.1	KOMENTAR 35. ČLENA USTAVE	48
4.2	KOMENTAR 37. ČLENA USTAVE	50
5	VELJALO BI IZDELATI USTAVNO DOKTRINO	54

I. del

1 O RAZMERJU MED 35. IN 37/2. ČLENOM USTAVE RS

1.1 UVOD

Ob prebiranju najnovejšega Komentarja Ustave Republike Slovenije² sem ugotovil, da komentar v tistem delu, ki zadeva 35. in 37. člen Ustave RS, po mojem mnenju podaja napačno, tudi strokovno nekorektno interpretacijo 35. in 37. člena Ustave – pravica do zasebnosti. Po tem, ko sem razmišljanja o KURS povezal z 49. členom Zakona o policiji, sem se, med pisanjem razprave na temo sodne prakse ESČP v zvezi z 8. členom EKČP, odločil, da najprej izdelam analizo ustavnih temeljev varstva pravice do zasebnosti v Sloveniji. K temu me je še dodatno vzpodbudilo tudi dejstvo, da je že pred časom Državni svet RS pred US RS sprožil postopek za presojo ustavnosti Zakona o policiji.

V pričujoči analizi ne nameravam opredeljevati pojma »zasebnost«, ali navajati tistih delov odločb Ustavnega sodišča RS in ESČP, kjer gre za abstraktne definicije tega pojma³. Hkrati tudi ne nameravam povzemati pravno-teoretičnih razmišljanja o pojmu »zasebnost«. Osrednji namen te analize razmerja med 35. in 37. členom Ustave RS je utemeljiti argumente v prid razumevanju njune medsebojne povezanosti v 2. odstavku 37. člena, ki določa, da »samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil *in nedotakljivosti človekove zasebnosti* (popudarek A.T.), če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.« Pričujoča analiza je odraz mnenja o utemeljenosti in korektnosti takšne interpretacije 35. in 37. člena Ustave RS, ki določbo 2. odstavka 37. člena Ustave, kot izrecno ustavno dopustno omejitev pravice do zasebnosti oziroma kot ustavno dopusten poseg vanjo, ne omejuje zgolj na varstvo tajnosti pisem in drugih občil,

² Komentar Ustave Republike Slovenije (Ur. Lovro Šturm), FPDEŠ, Ljubljana 2002.

³ Glej npr. odločbo US RS št. U-I-25/95, tč. 37 in 38. Strnjeno o razumevanju pojma zasebnosti s strani ESČP glej npr. Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 38-49.

temveč priznava njeno neposredno relevantnost za presojo ustavno dopustnih posegov v pravico do zasebnosti na splošno⁴.

Drugi del analize se sooča s problemom posegov policije v pravico do zasebnosti, zato bom v zvezi z abstraktnim razumevanjem pojma »zasebnost« izpostavil samo tiste vidike zasebnosti, ki so v najožjem smislu neposredno povezani z uporabo posebnih metod in sredstev policijskega nadzora, kakršno je na primer tajno sledenje in opazovanje.⁵

Pri izdelavi analize sem uporabil domačo in tujo strokovno literaturo ter pregledane odločbe US RS, ki zadevajo ustavno pravico do zasebnosti. Upam, da pri tem nisem pomotoma izpustil katere izmed odločb, ki bi lahko bile relevantne za izdelavo analize. V opombah pod črto pretežno navajam zadevna teoretična razmišljanja, predvsem z uporabo tuje literature, ter nekatere posebej zanimive sodne primere iz tujih pravnih sistemov.

1.2 ZGODOVINSKI ARGUMENT

1.2.1 Izhodišča Ustave RS

Na temelju dokumentiranih magnetogramov sej **Komisije Skupščine Republike Slovenije za ustavna vprašanja**, ki je pripravljala besedilo Ustave RS, sprejete leta 1991, je mogoče sklepati o razumevanju pomena in obsega posameznih ustavnih določb s strani Komisije.

⁴ V zvezi s »splošnostjo« pravice do zasebnosti je z vidika Ustave RS in njenega 35. člena mogoče govoriti. To je razvidno tudi iz odl. US RS št. Up-32/94: »Omenjene tri pravice zgovorno kažejo na različnost vsebin zasebnosti, odsevajo tudi, kako se je v pravni doktrini in praksi postopoma oblikovala zavest o globalni človekovi pravici do zasebnosti – nikakor pa te pravice vsebinsko v celoti ne zaobjamejo.«

Glej tudi Komentar Ustave Republike Slovenije (Ur. Lovro Šturm), FPDEŠ, Ljubljana 2002, str. 392 (avtor mag. Goran Klemenčič), posebej tč. 4.

To pa ne velja npr. za angleško pravo, ker so tam ustavnopravne okoliščine v zvezi s pravico do zasebnosti drugačne. Prim. Clayton R., Tomlinson H.: Privacy and Freedom of Expression, Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 3, 6 in 7: »The wide range of areas in which the right has been invoked had led to scepticism as to whether it is helpful to speak of a general 'right to privacy' at all...In 1972, the Committee decided, by a majority, against creating a 'general right to privacy', primarily because it would confer upon the courts an exceedingly wide discretion to enforce the law...the absence of a general 'right to privacy' in English law, such rights to receive a degree of indirect protection from a number of sources.«

⁵ Namesto izraza »tajni preiskovalni ukrepi« bi bila morebiti primernejša uporaba izraza »prikriti presikovalni ukrepi«. Glej. Boštjan M. Zupančič et al: Ustavno kazensko procesno pravo, Pasadena, Ljubljana 2001, str. 286, op. 175.

Že v *Delovnem osnutku Ustave RS* je ob besedilu 35. člena, ki naj bi določal, da je zagotovljena pravica do spoštovanja človekovega zasebnega in družinskega življenja in varstvo drugih pravic osebnosti, predvideno tudi naslednje besedilo 37. člena: »Človekova zasebnost je neprekršljiva. Tajnost pisem in drugih občil je neprekršljiva (poudarek A.T.). Samo zakon lahko predpiše, da se sme na temelju odločbe sodišča za določen čas odstopiti od načela neprekršljivosti tajnosti pisem in drugih občil (VARIANTNI DODATEK: in neprekršljivosti človekove zasebnosti), če je to neogibno potrebno za potek kazenskega postopka in za varnost države.«⁶ Enako besedilo vsebuje *Osnutek ustave RS*.⁷ *Predlog Ustave RS* vsebuje drugačno besedilo zadevnih členov. V 35. členu določa, da je zagotovljena nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic, v 37. členu pa je zapisano: »Zagotovljena je tajnost pisem in drugih občil. Samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivost človekove zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.«⁸

1.2.2 Magnetogram sej Komisije Skupščine RS za ustavna vprašanja

Magnetogram razprave članov Komisije v zvezi z dometom varstva, ki naj ga pravici do zasebnosti zagotovi 37. člen Ustave, omogoča sklep, da je Komisija razumela in interpretirala to določbo na način, ki ne pomeni, da gre za določbo, ki bi zadevala zgolj vprašanje možnosti posega v pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil, oziroma v posameznikovo 'komunikacijsko zasebnost', temveč, da gre za določbo, ki zadeva tako vprašanje varstva komunikacijske zasebnosti, kakor tudi vprašanje varstva pravice do zasebnosti na splošno. Gospa Darja Lavtižar **Bebler**, članica Komisije, je s tem v zvezi sprva pojasnjevala, da so imeli snovalci besedila v mislih zagotovitev sodnega varstva »za vsak primer posega v človekovo zasebnost (podarek A.T.)«, kasneje pa dodala, da so imeli namen v 37. členu posebej izpostaviti tudi sodno varstvo »za vsak primer, ko bi šlo za tako poseganje v človekovo zasebnost«, torej za poseganje v človekovo komunikacijsko in zasebnost.⁹ V nadaljevanju ga. Lavtižar **Bebler** na vprašanje o dometu varstva, ki naj

⁶ Cerar M., Perenič G. (Ur.); Nastajanje slovenske ustave. Izbor gradiv komisije za ustavna vprašanja (1990-1991), I. zvezek, DZ RS, Ljubljana 2001, str. 75-76.

⁷ Ibid., str. 111.

⁸ Ibid., str. 147-148.

⁹ Cerar M., Perenič G. (Ur.); Nastajanje slovenske ustave. Izbor gradiv komisije za ustavna vprašanja (1990-1991), II. zvezek, DZ RS, Ljubljana 2001, str. 418.

ga posameznikovi zasebnosti zagotovi 37. člen Ustave, odgovori: »*Mi smo sprejeli načelno stališče, da je človekova zasebnost neprekršljiva. Kakršnakoli* (poudarek A.T.).«¹⁰ Že na tem mestu se zdi očitno, da bo 37. člen zadeval vprašanje varstva pravice do zasebnosti na splošno. Ga. Lavtižar Bebler je nadaljevala: »Prav gospod sodnik Grgič je razložil, da smo razpravljali o tem, da varovati samo neprekršljivost tajnosti pisem in drugih občil za današnji čas ni zadostno. *Zato je zasebnost v celoti neprekršljiva* (poudarek A.T.). Mi smo se tukaj odločili tudi še za to, da *ostane ta možnost omejitve samo na podlagi odločbe sodišča* (poudarek A.T.). *Vi se najbrž spomnite na tisti osnutek, ki je bil narejen za ustavo, tam niti te izjeme ni bilo predvidene. Se pravi, da bi sploh bilo mogoče to tajnost kršiti na podlagi odločbe sodišča. Mi smo menili, da zaradi uvedbe ali poteka kazenskega postopka je vendarle treba še pustiti omejitvev, ampak na podlagi sodne odločbe* (poudarek A.T.). Menili pa smo, kot rečeno, da za današnji čas niso več pisma, telefoni in ta občila bistvena, *ampak da gre za princip varovanja človekove zasebnosti* (poudarek A.T.)«¹¹

Res je, da na tem mestu dvom v domet varstva pravice do zasebnosti, ki naj ga določi 37. člen ustave, ni povsem odpravljen. Ta dvom je odpravljen v nadaljevanju, začeni z vprašanjem dr. Ivana **Kristana**, postavljenem na seji Komisije: »...Moje vprašanje je bilo namenjeno razumljivosti tega člena. Člen ima naslov »Pravica pisemske tajnosti«. Se pravi, imamo še *klasično* (poudarek A.T.). Potem v drugem odstavku imate na prvem mestu, da se v zakonu lahko predpiše, da »se sme na podlagi odločbe sodišča za določen čas...«odstopiti od načela neprekršljivosti tajnosti pisem«. In potem je šele odstopanje od neprekršljivosti osebne človekove zasebnosti. Se pravi, *vi hočete zdaj s pojmom 'človekova zasebnost' pokriti vse* (poudarek A.T.). Potem je pa to treba urediti na drug način in ne posebej potem omenjati pisemsko tajnost. Ali eno ali drugo...« V nadaljevanju se je dr. Kristan zavzel za to, da se določba 37. člena natančneje oblikuje, saj »predstavlja neko novo kategorijo« in, v skladu z namenom snovalcev besedila Ustave, kot opredelitev človekove zasebnosti »zajema vse«. ¹²

Ga. Lavtižar Bebler pojasni: »*Mi smo v tem drugem odstavku vendarle potem razčlenili neprekršljivost tajnosti pisem in drugih občil in neprekršljivost človekove zasebnosti kot celote* (poudarek A.T.).« S tem ga. Lavtižar Bebler odgovori prav na interpretativni dvom v zvezi z 2. odstavkom 37. člena. Namen snovalcev Ustave, da 37. člen v 2. odstavku pokrije tako varstvo tajnosti pisem in drugih občil, kakor tudi varstvo pravice do

¹⁰ Ibid., str. 419.

¹¹ Ibid. str. 419.

zasebnosti na splošno, je še enkrat razviden v njenem odgovoru na vprašanje dr. Kristana: »...pisma so tudi zajeta...«, ko pojasni: »Tudi, ampak *mi smo jih želeli vseeno posebej izpostaviti...*(poudarek A.T.).«¹³ Namen snovalcev besedila 37. člena Ustave je bil torej v tem, da se ob varstvu pravice do zasebnosti vendarle še posebej izpostavi tudi varstvo tajnosti pisem in drugih občil kot poseben vidik varstva zasebnosti, torej kot element varstva zasebnosti posebnega pomena.

V nadaljevanju razprave dr. Polonca **Končar**, članiva Komisije, dodatno pojasni: »*Mi smo izhajali oziroma v bistvu upoštevali predvsem prvi stavek, ki se začne: »Človekova zasebnost je neprekršljiva« in gre v tem primeru bolj za problem poimenovanja člena, ker iz prvega odstavka izhaja širši pristop. Samo toliko v pojasnilo* (poudarek A.T.).« Iz navedenega je razvidno, da je Komisija tudi kar zadeva besedilo 37. člena splošnemu varstvu pravice do zasebnosti namenila celo poudarek: izhajali so iz neprekršljivosti človekove zasebnosti kot takšne, na splošno.¹⁴

Na obravnavani seji je bil končno sprejet predlog, kot ga je povzel Vitodrag **Pukl**: »Potem se mi zdi, da je zadnji predlog, ki bi po reakciji sodeč bil sprejemljiv, bi bil ta, ki ga je gospa Lavtižar povedala. Prvi odstavek »človekova zasebnost je neprekršljiva«, drugi odstavek »tajnost pisem in drugih občil je neprekršljiva«, sedanji drugi postane tretji in tretji četrti. Lahko štejem, da je taka formulacija primerna za predlog? Hvala.«¹⁵

V svoji končni obliki je 37. člen Ustave namesto posebnega zapisa »človekova zasebnost je neprekršljiva« in »tajnost pisem in drugih občil je neprekršljiva«, oboje – upoštevajoč določbo 35. člena Ustave, ki na splošno govori o varstvu zasebnosti, ne določa pa tega, kar je določeno tudi za ta člen v 2. odstavku 37. člena - združil v določbo 2. odstavka 37. člena Ustave RS: »Samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivosti človekove zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.« Najkorektnější in najprepričljivejši se s tem v zvezi zdi sklep, da so želeli snovalci besedila Ustave varstvo tajnosti pisem in drugih občil v 37. členu še posebej izpostaviti kot poseben element varstva posameznikove zasebnosti, torej kot tisti segment varstva posameznikove zasebnosti, ki je prav posebnega pomena. Pri tem v

¹² Ibid., str. 419.

¹³ Ibid., str. 420.

¹⁴ Ibid., str. 420.

končno besedilo 37. člena Ustave RS ni bilo posebej – ponovno - vneseno besedilo o splošnem varstvu zasebnosti, ki ga zagotavlja že 35. člen Ustave RS, hkrati pa je bila skupna izjema od načela neprekršljivosti varstva zasebnosti vnesena v 2. odstavek 37. člena, ki zaključuje sklop pravic zasebnosti, opredeljenih v 35., 36. in 37. členu Ustave RS.

V dokumentiranem in objavljenem magnetogramu seje Komisije Skupščine RS za ustavna vprašanja ni prav ničesar, kar bi omogočalo sklep, da so želeli snovalci besedila 37. člena Ustave RS obseg varstva pravice do zasebnosti, ki ga zagotavlja ta člen, omejiti samo!!! na varstvo tajnosti pisem in drugih občil, torej na komunikacijsko svobodo in zasebnost. Nedvomno je bil njihov namen ta, da 2. odstavek 37. člena določi tudi izjeme od neprekršljivosti splošne pravice do zasebnosti.

1.3 KOMENTAR USTAVNE »PRAVICE DO ZASEBNOSTI« IZ LETA 1992

Leta 1992 je bilo izdano delo z naslovom »Nova ustavna ureditev Slovenije. Zbornik razprav«¹⁶, ki je pravzaprav prvi komentar nove Ustave RS iz leta 1991. V tem delu je prof. dr. Boštjan M. Zupančič avtor komentarja ustavnega varstva pravice do zasebnosti. Avtor med drugim zapiše, da 37. člen zagotavlja tajnost pisem in drugih občil, »odprto pa pušča vprašanje, do kolikšne mere in pod kakšnimi pogoji lahko zakon predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil.« Prof. Zupančič v svojem komentarju posebej navede, da »(v) nadaljevanju te določbe govori 37. člen o nedotakljivosti človekove zasebnosti (poudarek A.T.)« ter na ta način izrecno razdeli drugi odstavek 37. člena na dva dela: varstvo tajnosti pisem in drugih občil in varstvo človekove zasebnosti. Prof. Zupančič pri obravnavanju splošne pravice do zasebnosti izrecno ne izhaja iz, oziroma sploh ne navaja 35. člena Ustave, pač pa ostaja osredotočen zgolj na tisti del 2. odstavka 37. člena, ki govori o »nedotakljivosti človekove zasebnosti«. S tem v zvezi sklepam, da je avtor 37. člen Ustave nedvomno razumel kot ustavno določbo, ki govori tudi o ustavnem varstvu pravice do zasebnosti kot takšne, torej v splošnem smislu.¹⁷

¹⁵ Ibid., str. 420-421.

¹⁶ Nova ustavna ureditev Slovenije. Zbornik razprav (Ivan Bele et al.); PF v Ljubljani, Društvo za ustavno pravo, ČP UL RS, Ljubljana 1992.

¹⁷ Ibid., str. 67-68. Prof. Zupančič nadaljuje: »Tu se namreč zastavlja temeljno vprašanje, pod kakšnimi pogoji ima država sploh pravico posegati v zasebnost in integriteto posameznika, če namreč ni vnaprej izkazano, da je ta posameznik na prepovedan način prej sam posegel v vnaprej in z zakonom določen interes države. Pravica do zasebnosti se namreč za posameznika lahko neha in konča samo takrat in kam, kjer

1.4 ANALIZA USTAVNOSODNE PRAKSE USTAVNEGA SODIŠČA RS; 2. ODST. 37. ČLENA USTAVE RS DOLOČA POGOJE ZA POSEG V PRAVICO DO ZASEBNOSTI NA SPLOŠNO

O tem, da je pravica do zasebnosti enovita pravica, ki je notranje sestavljena iz posameznih delov oziroma vidikov zasebnosti, se je nedvoumno izreklo tudi že US.

1.4.1 Odločba US RS št. Up-11/92,; eksplicitna zahteva US RS po sodni odločbi kot pogoju za poseg v človekovo zasebnost

V tem primeru je US RS presojalo ukrep sodišča, ki je obdolžencu postavilo psihiatričnega izvedenca in ocenilo, ali je mogoče odreditev psihiatričnega pregleda šteti kot poseg v posameznikovo zasebnost. Ob načelnem pritrdilnem odgovoru US je US v tč. 19 eksplicitno in povsem nedvoumno zapisalo:

»...Odločba sodišča, ki jo za vsak poseg v nedotakljivost človekove zasebnosti terja Ustava (drugi odstavek 37. člena),...(poudarek A.T.)«

Slednje izhaja že iz besedila odločbe, ki pravi, da mora Sodišče pretehtati, »ali je poseg v zasebnost za potek kazenskega postopka nujno potreben.« Ob tem, ko postavitev psihiatričnega izvedenca ne predstavlja poseg v komunikacijsko zasebnost v smislu prvega odstavka 37. člena Ustave, hkrati pogoj »za potek kazenskega postopka nujno potreben...« določa drugi odstavek 37. člena.

kolidira z zakonsko izkazanim interesom države ali drugega posameznika. V kazenskem postopku je taka situacija izkazana z utemeljenim sumom, da je bilo storjeno kaznivo dejanje.«
Prof. dr. Igor Kaučič v knjigi »Constitutional System of the Republic of Slovenia« (SECLI, Ljubljana 2002, str. 239) med drugim zapiše: »In providing for the privacy of correspondence and other means of communication the Constitution (Article 37) also regulates conditions under which it is exceptionally admissible to encroach upon this right. The conditions of admissible encroachment upon the privacy of correspondence and other means of communication *and upon the inviolability of personal privacy* are as follows...(poudarek A.T.)«

1.4.2 Odločba US RS št. Up 32/94

V tej odločbi je v tč. 13 zapisano:

»Tudi zato je nedotakljivost stanovanja (36. člen Ustave), poleg tajnosti pisem in drugih občil (37. člen Ustave) in varstva osebnih podatkov (38. člen Ustave), opredeljena še kot posebna človekova pravica v sklopu ustavnega varstva človekove zasebnosti. Omenjene tri pravice zgovorno kažejo na različnost vsebin zasebnosti, odsevajo tudi, kako se je v pravni doktrini in praksi postopoma oblikovala zavest o globalni človekovi pravici do zasebnosti - nikakor pa te pravice vsebinsko v celoti ne zaobjemajo.«

Samo na temelju odločbe US je mogoče sklepati, da tudi US – tako kot Komisija Skupščine RS za ustavna vprašanja, kar je pojasnjeno zgoraj – razume 36. in 37. člen Ustave RS kot dodatno izpostavitvev dveh posebnih segmentov pravice do zasebnosti.

1.4.3 Odločba US RS št. U-I-299/94

V tej zadevi je US RS možnosti omejevanja pravice do zasebnosti, ki jo primarno zagotavlja 35. člen Ustave, vezalo na tretji odstavek 15. člena Ustave. V tem primeru je bilo to logično glede na *značaj* obravnavane zadeve. Šlo je namreč za vprašanje, ali sme država posegati v posameznikovo pravico do zasebnosti in pravico iz 61. člena Ustave (izražanje narodne pripadnosti), ki jo posameznik uresničuje tudi na ta način, da se sam odloči o izbiri jezika na nagrobnem spomeniku. Glede na značaj primera je US menilo, da se v skladu z določbo tretjega odstavka 15. člena Ustave

»s predpisi lahko prepovedujejo napisi na spomenikih, ki so v nasprotju s splošno sprejetimi načeli morale, ki ne odražajo spoštovanja do pokojnika ali so žaljivi za druge žive ali mrtve osebe. Svojci umrlega lahko na lastno željo ali na željo pokojnika oblikujejo napis na spomeniku v mejah zakona in morale....(zato) ne sme državni organ predpisovati uporabe jezika...«

US se v tem primeru razumljivo ni soočilo z drugim odstavkom 37. člena Ustave¹⁸, ker zaradi značaja primera to niti ni bilo potrebno. Lahko pa bi US posebej izpostavilo določbo drugega odstavka 8. člena EKČP, ki dovoljuje posege v zasebnost zavoljo zavarovanja morale.

1.4.4 Odločba US RS št. U-I-25/95

V tej odločbi je US razveljavilo člene 150-156 ZKP. US se je pri tem posebej soočilo z vprašanjem *prisluskovanja* v prostoru s tehničnimi napravami. Na temelju besedila obrazložitve odločbe, ki jo je US sprejelo v tem primeru, je mogoče sorazmerno zanesljivo sklepati, da 35. člen predstavlja ustavnopravni temelj in izhodišče pravice do zasebnosti in da je tudi pravica do komunikacijske zasebnosti kot takšna *de facto* že vsebovana v 35. členu Ustave. US ukrep prisluskovanja ni primarno presojalo z vidika 37. člena Ustave, temveč prav z vidika 35. člena Ustave. US je v tč. 29 med drugim zapisalo:

»Izhodišče za ustavnosodno presojo ukrepa prisluskovanja v prostoru s tehničnimi napravami predstavlja torej na prvem mestu določba 35. člena Ustave...«

Primarno ustavno podlago komunikacijske zasebnosti, v katero posega tudi ukrep prisluskovanja, po mnenju US torej predstavlja 35. člen Ustave, kar je dobra popotnica sklepu, da tudi ustavni pogoji in kriteriji dopustnosti poseganja v pravico do zasebnosti - 2. odstavek 37/2 člena in 15/3. člen Ustave - s pomočjo prisluskovanja neposredno zadevajo 35. člen Ustave. US v obrazložitvi odločbe nadaljuje:

»32. 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 našete

¹⁸ Post scriptum: četudi bi se lahko spustilo v problem 39. člena Ustave.

pravice. V skladu z načelom, da je tu prepovedano vse, kar ni izrecno dovoljeno, je po ustavi prepovedan vsak poseg v naštete 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 (poudarka A.T.).

33. V luči navedenih splošnih ugotovitev je Ustavno sodišče najprej presodilo ustavnost izpodbijane zakonske določbe, kolikor se z njo posega v pravico do zasebnosti iz 35. člena Ustave.«

US omenja 15. člen Ustave šele v nadaljevanju, ko pravi, da obravnavani poseg v zasebnost

»hkrati predstavlja...tudi vmešavanje javne oblasti v izvrševanje pravice do zasebnosti iz prvega odstavka 8. člena EKČP kot ustavno varovane človekove pravice oziroma temeljne svobodščine na podlagi petega odstavka 15. člena Ustave.«

Nadalje US v tč. 40 izrecno zapiše, 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.

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.«

Prvič, majava se zdi razlaga, po kateri bi bil poseg v komunikacijsko zasebnost, ki tudi po odločbi US RS primarno izhaja iz 35. člena Ustave, dopusten brez odločbe sodišča in četudi to ne bi bilo nujno potrebno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države (k temu bi lahko dodali še pogoje iz 2. odstavka 8. člena EKČP)¹⁹, hkrati pa bi bil ta isti poseg z vidika 37/2. člena Ustave dopusten samo ob izpolnjenosti navedenih pogojev. Argument, da drugi odstavek 37. člena Ustave predstavlja specialno določbo, ki šele vsebinsko napolnjuje pravico do komunikacijske zasebnosti in zgolj pravico do te vrste zasebnosti, US v nekaterih durgih odločbah, ki bodo predstavljene v nadaljevanju, ovrže. Drugič, kadarkoli US v odločbah izpostavi pogoje in kriterije dopustnih posegov v zasebnost posameznika, ki izhajajo iz drugega odstavka 37. člena Ustave, vselej uporablja splošni izraz »zasebnost« in ne morebiti zgolj izraz »komunikacijska zasebnost« ali »varstvo tajnosti pisem in drugih občil«. Slednje izhaja tudi iz tč. 42 obravnavane odločbe US:

»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...(poudarek A.T.)«

Besedilo je jasno in nedvoumno: drugi odstavek 37. člena Ustave določa kriterije za vsak poseg v zasebnost posameznika! S tem v zvezi US v tč. 45 obrazložitve odločbe nadaljuje:

»Dejstvo, da govori Ustava o odločbi sodišča, *samo na podlagi katere je poseg v zasebnost dovoljen* (poudarek A.T.), pomeni po že zavzetem stališču Ustavnega sodišča, da se zahteva odločanje o posegu s strani sodne (in ne izvršilne!) veje oblasti. » Opozarjam na klicaj v oklepaju, ki ga postavi Ustavno sodišče! In v nadaljevanju: »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.«

¹⁹ O razmerju med Ustavo RS in EKČP prim. npr. avtorjev članek z naslovom »Med Strasbourg in Ljubljano«, Pravna praksa, št. 6-7, str. 45.

Tudi iz 69. točke obrazložitve odločbe US izhajajo, da drugi odstavek 37. člena zadeva posege v zasebnost na splošno:

»...Ne zahteva pa se (v presojeni zakonski ureditvi, ki je zato po mnenju US neustavna – op. A.T.), da bi bila odredba obrazložena v bistvenem delu – to je, glede obstoja nujnosti uporabe ukrepa, ki predstavlja ustavni pogoj za poseg v zasebnost. Ta mora biti podan ne le na zakonodajni ravni, temveč tudi v vsakem konkretnem primeru.«

Tudi v tč. 78 obrazložitve odločbe US pogoje iz drugega odstavka 37. člena aplicira na splošno pravico do zasebnosti, saj med drugim zapiše:

Seveda morajo biti hkrati izpolnjeni pogoji za *poseg v zasebnost* iz drugega odstavka 37. člena Ustave (podarek A.T.).«

Kar zadeva vprašanje omejitev ustavne zahteve po sodni obločbi, je US v tč. 67 menilo, da so

»utemeljene tako tiste omejitve, ki se nanašajo na pravico do pravnega sredstva, kot tudi tiste, ki se nanašajo na pravico do pravnih jamstev iz 29. člena Ustave.«

1.4.5 Odločba US RS št. U-I-158/95 in izrecna opredelitev zakonodajalca za razlago razmerja med 35. in 37. členom Ustave RS, po kateri drugi odstavek 37. člena neposredno zadeva tudi 35. člen Ustave

V tem primeru je US razveljavilo 11. in 19.a člen Zakona o notranjih zadevah (Ur.l. SRS, št. 28/80, 38/88, 27/89 in Ur.l. RS, št. 19/91, 4/92, 58/93 in 87/97), v kolikor se nanašata na izvajanje posebnih operativnih metod in sredstev dela policije iz 1. in 2. točke drugega odstavka istega člena.

V svojem odgovoru na pobudnikove trditve DZ RS, torej zakonodajni organ, ki je kasneje sprejel tudi – ustavno sporni - Zakon o policiji, navaja – korektno - interpretacijo razmerja med 35. in 37. členom Ustave RS, kot je podana zgoraj:

»Državni zbor tako glede zahteve kot glede pobude meni, da sta neutemeljeni in da z izpodbijano ureditvijo niso kršene ustavne določbe. Vsebinsko podaja enoten odgovor, v katerem se sklicuje na drugi odstavek 37. člena Ustave, ki dovoljuje posege v tajnost pisem in drugih občil *in v človekovo zasebnost*, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države, vendar *le na podlagi odločbe sodišča in če tako predpisuje zakon*. Hkrati opozarja še na določbi 17. člena Mednarodnega pakta o državljanskih in političnih pravicah in 8. člena EKČP, *ki naj bi bili glede dovoljenih posegov v človekovo zasebnost celo manj zahtevni kot Ustava*. Opozarja, da Ustava ne omejuje posegov *v zasebnost* samo v primeru poteka kazenskega postopka, ampak tudi v interesu uvedbe kazenskega postopka in v interesu države -...« (podčrtal in poudaril A.T.)

Iz navedenega besedila je jasno razvidno zakonodajalčevo – pravilno - razumevanje razmerja med drugim odstavkom 37. člena Ustave in 35. členom Ustave: drugi odstavek 37. člena Ustave določa pogoje za poseg v splošno pravico do zasebnosti. Zakonodajalec je s sprejemom Zakona o policiji očitno odstopil od prvotnega razumevanja razmerja med 35. in 37/2. členom Ustave.

Iz te obrazložitve odločbe US ni mogoče neposredno in nedvoumno sklepati o razmerju med 35. in 37/2. členom Ustave. US poda v tč. 14 splošno opredelitev varstva ustavnih pravic in možnosti njihovega omejevanja, v tč. 17 pa izpostavi dejstvo, da je svoboda komunikacij varovana dvakrat, v 35. »ter še posebej v 37. členu Ustave.« US se s tem problemom, ki ga je rešilo že leta 1992, ni ponovno ukvarjalo.

1.4.6 Odločba US RS št. Up-90/96; eksplicitna navedba US RS, da se za vsak poseg v človekovo zasebnost zahteva sodna odločba

Tudi v tej odločbi je US RS eksplicitno in povsem nedvoumno zapisalo, da je sodna odločba pogoj za vsak poseg v posameznikovo zasebnost:

»4.....Da predstavlja pregled po psihiatričnem izvedencu poseg v ustavno varovano nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, je Ustavno sodišče že ugotovilo v odločbi št. Up 11/92 z dne 24.10.1996 (OdlUS V/2, 188). Poseg je dopusten ob pogojih, ki jih za omejitev človekove zasebnosti določa Ustava v drugem odstavku 37. člena, in po katerem lahko samo zakon predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča nedotakljivost človekove zasebnosti ne upošteva, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države (poudarek A.T.). Zakon o kazenskem postopku določa, da sodišče postavi izvedenca psihiatrične stroke, če nastane sum, da je pri obdolžencu zaradi trajne ali začasne duševne bolezni, duševne motnje ali duševne zaostalosti prištevnost izključena ali zmanjšana (prvi odstavek 265. člena). Pred postavitvijo izvedenca- psihiatra mora torej sodišče v vsakem konkretnem primeru presoditi, ali so podane določene konkretne okoliščine, ki utemeljujejo sum o obstoju duševne bolezni, duševne motnje ali duševne zaostalosti ter hkrati pretehtati, ali je poseg vzasebnost za potek kazenskega postopka nujno potreben. Odločba sodišča, ki jo za vsak poseg v nedotakljivost zasebnosti terjaja Ustava (poudarek A.T.), je v predhodnem postopku odredba o postavitvi izvedenca, da bi bilo obdolžencu zagotovljeno učinkovito varstvo njegovih ustavnih pravic, pa mora biti odredba obrazložena.«

Ustavno sodišče je na ta način leta 1996 povsem jasno in nedvoumno potrdilo svoje stališče o razmerju med 35. in 37/2. členom Ustave, izpostavljenim leta 1992: odločba sodišča je (razen v izjemnih in posebej utemeljenih primerih) pogoj za poseg v zasebnost posameznika.

1.4.7 Odločba US RS št. Up-62/98

Ustavno sodišče je v tej zadevi med drugim menilo, da

»odvzem spodnjih hlač pomeni poseg v pritožnikovo zasebnost, varovano s 35. členom Ustave.« Po tem, ko je US v tč. 20 izpostavilo splošna načela dopustnega omejevanja ustavnih pravic in svoboščin, je v tč. 22 zapisalo:«...Zahteva za izročitev stvari, ki utegne biti dokaz v kazenskem postopku, je namreč zakonsko

določen prvi korak pri izvedbi zasega (drugi odstavek 220. člena ZKP). Zakonska podlaga za zaseg predmetov, ki utegneji biti dokaz v kazenskem postopku, je 220 člen ZKP. Po tej določbi sme policija sama opraviti zaseg le, če bi bilo nevarno odlašati (četrti odstavek 220. člena v zvezi s prvim odstavkom 164 člena ZKP). *V drugih primerih je za zaseg potrebna odločba sodišča (prvi odstavek 220. člena ZKP).*« In v nadaljevanju: »Sporni zaseg spodnjih hlač bi v primeru, če jih pritožnik ne bi izročil sam, terjal osebno preiskavo. Za njeno izvedbo je potrebna odredba sodišča...«

ZKP je sodno odredbo za osebno preiskavo in zaseg osebnih predmetov seveda določil prav zato, ker to določa drugi odstavek 37. člena Ustave, ki nikakor ne zadeva zgolj komunikacijske zasebnosti.

1.5 ANALIZA LOČENIH MNENJ SODNIKOV US RS

V ločenih mnenjih k odločbam US RS je samo ustavni sodnik mag. Matevž **Krivic** zavzel stališče, da

»37. člen Ustave le na splošno dovoljuje zakonske posege v nedotakljivost človekove (in to le 'komunikacijske!') zasebnosti...« (ločeno mnenje k odločbi US RS št. U-I-25/95).«

Ob tem, ko npr. ustavni sodnik dr. Lovro **Šturm** izrecno sprejme stališče o povezanosti drugega odstavka 37. člena ustave in 35. člena Ustave, hkrati tudi meni, da je drugi odstavek 37. člena Ustave uporabljen tudi z vidika 36. člena ustave (nedotakljivost stanovanja):

»Vendar drugi odstavek 37. člena omogoča posege v nedotakljivost zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države. Takšen poseg v človekovo zasebnost je med drugim tudi prisluškovanje v stanovanju ali v drugih zaprtih prostorih. Drugi odstavek 37. člena ob izpolnitvi naštetih pogojev

dovoljuje prisluškovanje pogovorov v zaprtih prostorih, če tak pogovor prestreže naprava, ki se sama ne nahaja znotraj zaprtega prostora, ampak je nameščena zunaj njega. Odgovoriti je potrebno le na vprašanje, ali drugi odstavek 37. člena dopušča tudi prestrezanje pogovorov z napravo, ki je nameščena znotraj zaprtega prostora in sicer brez vednosti in proti volji uporabnikov zaprtih prostorov.

Mnenja sem, da je tudi ta skrajni poseg izjemoma lahko ustavno dopusten, vendar le pod dodatnimi in posebnimi restriktivnimi pogoji. Siceršnji kriteriji iz 37. člena (izkazana nujnost za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države – ob samoumevnem pogoju, da je tak poseg predviden z zakonom, da je zanj potrebna vnaprejšnja odločba sodišča in da sme trajati le določen čas) so v takih primerih preširoko postavljeni. Omejitve pravice do nedotakljivosti človekove zasebnosti in hkrati omejitve pravice do nedotakljivosti stanovanja more biti ustavno dopustna le na podlagi in ob izpolnitvi pogojev tretjega odstavka 15. člena Ustave, ki (poleg omejitev, ki jih izrecno predvideva in dovoljuje Ustava sama) z generalno klavzulo dovoljuje tudi omejitve s pravicami drugih. "Pravice drugih" iz citiranega odstavka morejo biti le pravice iz Ustave. V obravnavanem primeru je zato v konfliktu med več ustavno varovanimi dobrinami potrebno pretehtati, katerim dati prednost pred drugimi. Kot take pravice drugih pridejo v poštev le nekatere ustavne pravice in sicer tiste posebne ustavne pravice, ki jim drugi odstavek 16. člena Ustave priznava status posebno varovanih pravic.

Po naravi stvari bi bilo v takem primeru nedvomno mogoče uporabiti pravice iz 17. člena - nedotakljivost človekovega življenja, iz 18. člena - prepoved mučenja in iz 41. člena - zagotavljanje svobode vesti ali veroizpovedi, morebiti v izjemnih primerih tudi pravice iz 21., 27., 28. in 29. člena Ustave. V takih primerih in ob drugih izpolnjenih pogojih iz drugega odstavka 37. člena je kot način za njihovo uresničevanje skladno z drugim in tretjim odstavkom 15. člena Ustave kljub ustavnim zagotovilom iz 36. člena Ustave ustavno dopustna namestitev prisluškovalne naprave znotraj zaprtega prostora. V vseh drugih primerih, kjer bi bili sicer podani pogoji iz drugega odstavka 37.

člena Ustave, pa taka omejitev pravice do nedotakljivosti stanovanja ni ustavno dopustna.

Kratki zaključek povedanega je torej naslednji: Tajna namestitvev prisluškovalne naprave v stanovanju je izjemoma in ob izpolnitvi pogojev iz 37. člena Ustave ustavno dopustna samo v primerih, če je ogroženo človekovo življenje, če je potrebno preprečiti mučenje, ali če je ogrožena svoboda vesti ali veroizpovedi. (poudarki A.T.)«

Sodnik dr. Boštjan M. **Zupančič** je v tej isti odločbi podal naslednje ločeno mnenje:

»Nosilno vprašanje pri tej zadevi je eklatantno ustavne narave. Gre za odnos med interesom države na eni strani in interesom posameznika, državljana -- glede njegove zasebnosti -- na drugi strani. *Interes države je jasno ekspliciran v 37. členu Ustave, ki pravi, da zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivost človekove zasebnosti, če je to (a) nujno za uvedbo ali (b) potek kazenskega postopka ali (c) za varnost države. Eksegeza te ustavne določbe nam sicer pokaže, da so interesi kazenskega postopka in varnosti države v določenem primeru lahko pomembnejši celo od nedotakljivosti državljanove zasebnosti, kakor jo postulira 35. člen Ustave: "Zagotovljena je nedotakljivost človekove telesne in duševne celovitosti, njegove zasebnosti ter osebnostnih pravic.«.....* Kolikor bolj je namreč abstraktna zakonodajna raven urejanja tega vprašanja, toliko več diskrecije ostaja sodiščem, ki o teh vprašanjih odločajo, to je, ko izdajajo odločbe, s katerimi se za določen čas krši ustavna pravica človeka do njegove zasebnosti.Ko je ustavodajalec v drugem odstavku 37. člena zapisal, da je poseg v nedotakljivost človekove zasebnosti dopusten samo, če je to nujno za varnost države, je s tem implicitno postavil merilo tudi za vprašanje nujnosti uvedbe in nadaljevanja kazenskega postopka. Povsem jasno je namreč, da grobi državni vpad v zasebnost posameznika ne more biti dovoljen glede vsakega kazenskega postopka, to je glede kateregakoli kaznivega dejanja.

.....Če je namreč jasno, da mora država posameznika v načelu "pustiti pri miru", potem je seveda logično, da tudi 37. člen Ustave, ki govori o nujnosti za uvedbo ali za potek kazenskega postopka ali za varnost države neizpodbitno postavlja pogoj, po katerem mora biti (1) pred tem in z (2) določeno verjetnostjo izkazano, da je bil posameznik (3) najprej sam poškodoval interes države. *Iz tega, da je v 37. členu Ustave govor o uvedbi oziroma poteku kazenskega postopka in o varnosti države --, kot antecedenčnem predpogoju za možnost napada na posameznikovo zasebnost, sklepamo, da mora biti poškodba državnega interesa vnaprej in z utemeljenim sumom izkazana, preden država sploh pridobi pravico, da s svojimi prisluškovalnimi napravami poškoduje ustavno sicer nedotakljivi (35.člen Ustave) interes osumljenega posameznika.*

.....V luči tega je še toliko bolj nesprejemljivo, da je zakonodajalec kljub *jasni ustavni dikciji v 37. členu Ustave kot predpogoj za vstop v zasebnost osumljenega posameznika* predpisal razloge za sum, za katere točno vemo, da ne predstavljajo za državo nikakršne ovire, ker so kot prag še nižji kot utemeljen sum.....*Ustava sicer res govori o tem, da je napad na zasebnost človeka zakonodajalcu dovoljeno predpisati, če je to neogibno za uvedbo kazenskega postopka.Prisluškovanje, o tem pač ne more biti nobenega dvoma, je paradigmatični napad na zasebnost.....*

.....Tisti trenutek, ko je neka pravica zlorabljena za kršenje pravic drugih ali zakona sploh, je postavljeno pod vprašaj tudi njeno ustavno varstvo. Vendar *Ustava na to navidezno dilemo zelo jasno odgovarja v svojem 37. členu, ko pravi, da se pravica na zasebnost konča tam, kjer je se začneta uvedba in nadaljevanje kazenskega postopka. Ustava torej sama dovoljuje, da izvršilna veja ljudi zavaja glede trajanja njihove zasebnosti, vendar le pod pogojem, da ne gre za pravo zasebnost, ampak za tisto, ki je to spričo zlorabe na strani osumljenca to nehala biti.*

.....V 37. členu Ustava sicer relativizira varstvo tajnosti občil, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka, vendar je ta relativnost omejena na komunikacijsko zasebnost in ne dovoljuje vstopa v stanovanje.²⁰Ker je to tako, velja, da kazenski postopek *de facto* že teče, ker je *de facto* obtožba že formulirana --, pa čeprav samo v grobih obrisih in s strani policista, ki nekoga naskrivaj zasleduje, mu prisluškuje itd. Ker je torej spor med državo in

²⁰ Na tem mestu dr. Zupančič očitno nasprotuje zgoraj predstavljenemu razlogovanju sodnika dr. Šturma.

posameznikom v tej točki že izoblikovan, iz tega logično sledi, prvič, da v tem trenutku zapadejo vse ustavne-kazenskoprocesne pravice osumljenega posameznika in, drugič, da ima ta seveda pravico vedeti, (a) da je obdolžen in (b) česa je obdolžen. Res je sicer, da je velik del gornjega nadustavna doktrina o ustavni sprejemljivosti prisluškovanja...«

1.6 NAČELNO PRAVNO MNENJE VRHOVNEGA SODIŠČA RS

Vrhovno sodišče RS je leta 1996 sprejelo načelno pravno mnenje v zvezi s povezanostjo 35. in 37. člena Ustave RS, s čimer je *de facto* in *de iure*, torej formlnopravno, kot formalni pravni vir, povezalo določbi 35. in 37. člena Ustave, oziroma 35. člen in 2. odstavek 37. člena Ustave RS.²¹ Vrhovno sodišče je obravnavalo problem, ali so organi za notranje zadeve na podlagi 148. člena ZKP upravičeni zahtevati od poštnih delavcev, da jim sporočijo podatke, ki se nanašajo na poštne pošiljke, čeprav ne gre za podatke o vsebini pošiljke, temveč za druge podatke, ki so jih poštni delavci dolžni varovati. Mnenje VS je bilo negativno. Po mnenju VS je zbiranje teh podatkov dopustno le na podlagi odločbe sodišča.

V obrazložitvi obravnavanega načelnega pravnega mnenja je VS med drugim zapisalo:

»Po določbi 35. člena ustave je vaskomur zagotovljeno varstvo njegove zasebnosti. Po določbi 37. člena ustave pa je zagotovljena tajnost pisem in drugih občil. Samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivosti človekove zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države. Ustava torej določa za poseg v nedotakljivost človekove zasebnosti iz 35. člena enake pogoje kot za poseg v pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil iz 37. člena Ustave, saj je v bistvu kršitev tajnosti pisem samo specifična oblika neupravičenega posega v človekovo zasebnost. Ustava ne določa, kaj vse spada pod 'pravico do zasebnosti'. To je stvar zakonske ureditve in sodne prakse, vključno s prakso ESČP...Gre namreč za podatke, ki so tudi po

²¹ Četudi se mi zdi z vidika pravne države in strokovne doslednosti neprimerno, če VS RS svojega mnenja ne podpre z že sprejetim mnenjem US RS o istem vprašanju, še manj, če VS takšno mnenje US morebiti sploh ni znano.

svoji naravi takšni, da se z njihovim sporočanjem oziroma z njihovo pribavo posega v človekovo zasebnost (poudarek A.T.)...Iz povedanega izhaja, da ne glede ali sporne podatke štejemo kot (1.) podatke, za katere je zagotovljeno varstvo tajnosti pisem in drugih občil v širšem pomenu besede, ali kot (2.) podatke, s katerimi se posega v človekovo zasebnost (1. in 2. dodal A.T.) teh podatkov organi za notranje zadeve ne morejo zahtevati od pošte zgolj na podlagi pooblastila iz 2. odstavka 148. člena ZKP, temveč le na podlagi odločbe sodišča (poudarek A.T.).«²²

Po mnenju VS RS torej zbiranje podatkov o posamezniku predstavlja poseg v njegovo zasebnost, takšen poseg pa je mogoč samo na podlagi odločbe sodišča, ki je hkrati pogoj za poseg v pravico do zasebnosti iz 35. člena Ustave.

1.7 NEKDANJI ZKP JE BIL V DELU, KI JE TUDI ZA TAJNO POLICIJSKO SODELOVANJE, TAJNO OPAZOVANJE IN SLEDENJE TER NAVIDEZNI ODKUP PREDMETOV IN NAVIDEZNO PODKUPOVANJE DOLOČAL SODNO ODLOČBO, ODRAZ PRAVILNEGA RAZUMEVANJA USTAVE RS

Zakon o kazenskem postopku (ZKP) je pred spremembami leta 1998 v 2. točki prvega odstavka 150. člena določal kot oblike posebnih operativnih metod in sredstev pri delu policije tudi tajno policijsko sodelovanje, tajno opazovanje in sledenje ter slikovno snemanje, navidezni odkup predmetov in navidezno podkupovanje. Te ukrepe je lahko odredil preiskovalni sodnik, ob (zame sicer spornem) obstoju razlogov za sum.²³ To dejstvo razumem kot potrditvev zgoraj argumentirane teze o povezanosti 35. in 37/2. člena Ustave RS. ZKP po spremembah iz leta 1998²⁴ te vrste operativnih metod in sredstev ne določa več, za uporabo v 150. členu navedenih ukrepov pa predvideva odredbo preiskovalnega sodnika, torej sodno odločbo. Tisto, kar je v spremenjenem ZKP s tem v zvezi izpuščeno, določa Zakon o policiji.

²² Načelno pravno mnenje VS RS, Občna seja z dne 18. in 19. 6. 1996. Glej tudi Boštjan M. Zupančič (et al): Ustavno kazensko procesno pravo, Pasadena, Ljubljana 2001, str. 367-368.

²³ Osebnost se zavzemam za »utemeljeni sum« kot pogoj odreditve tovrstnih preiskovalnih ukrepov.

²⁴ Ur.l. RS, št. 72/98.

1.8 ENOVITOST PRAVICE DO ZASEBNOSTI IN KRITERIJEV DOPUSTNIH POSEGOV V TO PRAVICO GLEDE NA EKČP IN SODNO PRAKSO EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

Četudi je mogoče sfero posameznikove zasebnosti razdeliti na posamezne segmente, hkrati pa določenim vrstam in oblikam poseganja v pravico do zasebnosti pripisati nekoliko večji, drugim pa nekoliko manjši pomen, pravica do zasebnosti ostaja celota.²⁵ Ustava RS eksplicitno izpostavlja dva posebna vidika zasebnosti: nedotakljivost stanovanja (36. člen Ustave) in varstvo tajnosti pisem in drugih občil (37. člen Ustave). Pri tem gre za dve posebej občutljivi področji posameznikove zasebnosti²⁶, zato so snovalci Ustave RS – kot je to razvidno iz obstoječe dokumentacije iz časa nastajanja slovenske ustave – želeli državo naprej opozoriti na nujnost posebne skrbnosti in vzdržnosti pri poseganju v omenjena segmenta pravice do zasebnosti.²⁷ Po drugi strani pa EKČP, za razliko od Ustave RS, pravico do zasebnosti obravnava v dveh odstavkih istega člena: 8. člen EKČP določa, da ima »vsakdo pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja. (2) Javna oblast se 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.«²⁸ EKČP torej določa enake pogoje tako za poseganje v komunikacijsko zasebnost, kakor tudi v druge segmente pravice do zasebnosti.

EKČP v 8. členu določa splošno definicijo različnih konceptov zasebnosti. Sodna praksa ESČP tako predstavlja »the general definitions of the concepts used in Article 8, arranged under separate headings...Those cases, concentrate predominantly on the application of Article 8 (2) in various contexts such as immigration, *data protection* and

²⁵ O tem, da gre pri posegih v zasebnost za različne **stopnje** in o tem, da mora zakonodajalec posamezne vrste in stopnje poseganja urediti na ustrezen način, ki bo skladen z ustavo RS, se je tudi US RS izreklo na različnih mestih v odločbah: npr. U-I-25/95, tč. 42, 42, 54, 60, 62. U-I-158/95, tč. 17.

²⁶ Tako tudi US Rs v odločbi št. U-I-25/95, kjer US v tč. 43 zapiše, da gre pri prisluškovanju v prostoru s tehničnimi napravami za »skrajn poseg v ustavno pravico do zasebnosti.«

²⁷ Prim. Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, str. 406: »Freedom of private life is the recognition, to everyone's benefit, of a zone of activities which is one's own and whose entry one is free to prohibit to anyone. This definition covers the protection of the »secret personal sphere« and compasses the respect owed to the home and to correspondence, *which are only specific aspects of private life* (poudarek A.T.).«

access to information, environmental protection, *secret surveillance*, search and seizure etc. (poudarki A.T.).²⁹ Na ta način 8. člen Konvencije varuje štiri različne interese: 1) zasebno življenje, 2) družinsko življenje, 3) dom in 3) korespondenco oziroma komunikacijsko zasebnost. »Article 8 refers directly to no particular protected action. Rather it speaks of a right to »respect for...private and family life.«³⁰ Gre torej za pravico do »spoštovanja« omenjenih vidikov zasebnosti. Pri tem ima največji domet prav interes varovanja zasebnega življenja (»private life«), ki se razteza onkraj meja ostalih omenjenih treh interesov, ki so tudi zavarovani z 8. členom Konvencije³¹. Na ta način je bil 8. člen *de facto* transformiran v »general charter of individual autonomy.«³² Poseg v kateregakoli izmed navedenih segmentov pravice do zasebnosti mora biti upravičen v smislu kriterijev dopustnega poseganja v pravico do zasebnosti, ki jih določa 2. odstavek 8. člena Konvencije. Pri tem sodna praksa ESČP le v manjši meri podaja odgovore na vprašanje obstoja pravice do zasebnosti v nekem konkretnem primeru³³. V večji meri se ESČP sooča z vprašanjem obsega oziroma intenzivnosti posegov v pravico do zasebnosti (»the ambit of the interference«), še posebej pa z vprašanjem, ali so posegi v pravico do zasebnosti *v skladu z legitimnim interesom*, ki ga zasleduje poseg v zasebnost, *v skladu z zakonom in nujni v demokratični družbi*. Tako, kot to sicer velja za sodno prakso ESČP, imajo tudi s tem v zvezi države pogodbenice na voljo določeno polje proste presoje (»margin of appreciation«), obseg polja njihove proste presoje pa je odvisen od konkretnih okoliščin slehernega primera.³⁴

²⁸ Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin s protokoli. Poslovnik ESČP, IDCSE pri NUK, Varuh človekovih pravic RS, Ljubljana 1999.

²⁹ Gordon R.QC, Ward T., Eicke T: *The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Human Rights Reports*, Sweet & Maxwell, London, 2001, str. 781.

³⁰ Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 225.

Podobno tudi **Splošna deklaracija človekovih pravic** določa, da »no one should be subject to arbitrary and unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence«, ali **Mednarodni pakt o državljanskih in političnih pravicah** v 17. členu, 1. odstavek: »Nikomur se ne sme nihče samovoljno ali nezakonito vmešavati v zasebno življenje, v družino, v stanovanje ali dopisovanje in ga tudi ne nezakonito žaliti ali škodovati njegovemu ugledu.«

³¹ O vprašanju »spolnega življenja« izčrpano ESČP npr. v primeru *Dudgeon v. Inoted Kingdom*, Sodba z dne 22. Oct. 1981.

³² Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 227.

³³ ESČP pri opredeljevanju pojma »zasebnosti« izpostavlja predvsem naslednje izhodišče: »*The Court dose not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of »private life«.* (poudarek A.T.) However, it would be too restrictive to limit the notion to an »inner circle« in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationship with other human beings.« (*Niemietz v. Germany*, Sodba z dne 16. Dec. 1992, tč. 29.)

³⁴ *Ibid.*, prav tam. V primeru *Z. v Finland* (Sodba z dne 25. Feb. 1997) je ESČP poudarilo, da je polje proste presoje držav pogodbenice vselej različno od primera do primera, upoštevajoč stopnjo in resnost posega v pravico do zasebnosti.

V zvezi z 8. členom EKČP imajo države pogodbenice tudi »pozitivne obveznosti« kar zadeva varstvo posameznikove zasebnosti.³⁵ Obstoje tovrstnih pozitivnih obveznosti implicitno izhaja že iz besedila 8. člena Konvencije, ki zagotavlja »pravico do spoštovanja (poudarek A.T.)« zasebne življenjske sfere³⁶, kar samo po sebi pomeni, da mora država poskrbeti tudi za spoštovanje zasebne življenjske sfere posameznika s strani tretjih oseb. Dolžnost države, da zavaruje sfero posameznikove zasebnosti pred tretjimi osebami, seveda – kot je že bilo omenjeno zgoraj - ne zadeva zgolj posameznikove komunikacijske zasebnosti. »Correspondence« je torej samo eden izmed segmentov zasebnosti, katere varovanje posamezniku zagotavlja 8. člen EKČP.³⁷ Tudi sicer je 8. člen Konvencije naslovljen kot »pravica do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja«, komunikacijska zasebnost pa je eden izmed vidikov zasebnosti, četudi gre temu vidiku, podobno kot varstvu posameznikovega družinskega življenja, pripisati prav poseben pomen.³⁸ ESČP v obrazložitvah odločb, ki zadevajo vprašanja 8. člena EKČP, vselej primarno poudari, da »ima vsakdo pravico do spoštovanja njegovega zasebnega življenja«, da gre torej za pravico, katere posamezen vidik Sodišče obravnava v konkretnem primeru.³⁹ Hkrati je iz odločb ESČP razvidno, da je nadzor nad komunikacijsko zasebnostjo posameznika samo ena izmed oblik nadzora, ki ga utegne država izvajati nad posameznikom.⁴⁰

³⁵ To dejstvo je izpostavljeno deomala v vseh odločbah ESČP, ki zadevajo 8. člen EKČP. Prim. Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, str. 409-415; Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 241-254.

³⁶ »Article 8 does not protect privacy or family or home or correspondence as such. It guarantees respect for these rights. In view of the diversity of circumstances and practices in the contracting states, the notion of respect (and its requirements) are not clear-cut; they vary considerably from case to case (*Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. United Kingdom*, (1985), 7 EHRR 471, § 67.)« (Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 46.)

³⁷ Pri tem je mogoče »correspondence«, ki je sorazmerno široko pojem, opredeliti kot posameznikovo komunikacijo s pomočjo pisem, telefona ali katere druge oblike komuniciranja, ki jo omogoča določen komunikacijski medij. Glej *Golder v. United Kingdom*, E.H.R.R. 524 (458); *Silver v. United Kingdom*, 5 E.H.R.R. 347 (1334); Prim. Gordon R.QC, Ward T., Eicke T: *The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Human Rights Reports*, Sweet & Maxwell, London, 2001, str. 784. Pri. tudi Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, str. 418: »The term »correspondence« is quite a broad one, but refers mainly to communication in writing and by telephone.«

³⁸ »The Court has given some guidance about the meaning of private life and has indicated that it extends beyond the Anglo-American idea of privacy with its stress on secrecy of personal information and seclusion (*X v. Iceland*, 1976, 5 DR 86, ECHR.)« (Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 37.)

³⁹ Glej odločbe ESČP, ki zadevajo 8. člen EKČP ali npr. poglavja v zvezi z 8. členom EKČP v Gordon R.QC, Ward T., Eicke T: *The Strasbourg Case Law. Leading Cases from the European Human Rights Reports*, Sweet & Maxwell, London, 2001; Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993; Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000.

⁴⁰ S tem v zvezi je nedvoumna besedna zveza, ki jo je npr. ESČP uporabilo v primeru *Kopp v. Switzerland*, Sodba z dne 25. Marec 1998: »In the context of secret measures of surveillance or interception of communications by public authorities...« V dometu varstva 8. člena EKČP in kriterijev dopustnosti

1.9 VPRAŠANJE PRECEDENČNEGA UČINKA ODLOČITVE USTAVNEGA SODIŠČA V ZVEZI Z RAZMERJEM MED 35. IN 37. ČLENOM USTAVE RS, PROBLEM MOREBITNEGA USTAVNOSODNO-AKTIVISTIČNEGA SPREMINJANJA USTAVE RS IN 'USTAVNA KRIZA'

V kolikor bi Ustavno sodišče RS sprejelo odločbo, s kateri bi pretrgalo vez med 35. členom in 37/2 členom Ustave RS, ki je bila vzpostavljena s strani snovalcev Ustave RS oziroma Komisije Skuščine RS za ustavna vprašanja ter potrjena tako z ustavnosodno prakso US RS, stalščem DZ RS kot zakonodajnega organa, kakor tudi z načelnim mnenjem Vrhovnega sodišča RS in prvim komentarjem Ustave RS, sprejete leta 1992, bi na ta način z nesprejemljivim ustavnosodnim aktivizmom spremenilo Ustavo, s tem pa grobo prestopilo meje svojih pristojnosti. Pri tem torej ne bi šlo zgolj za odstop od vzpostavljene precedenčne ustavnosodne prakse.

Tudi tega si ustavno sodišče ne sme privoščiti zgolj iz razloga, ker morebiti večina sodnikov nove sestave v zvezi z določenim vprašanjem ne soglaša z večino sodnikov prejšnje sestave US RS. Obravnava tega problema, ki v slovenski pravni znanosti vendarle še ni poglobljeno in ustrezno raziskan, bi seveda absolutno presegla namen pričujoče analize. V ustavni demokraciji ustavno sodišče ne sme spremeniti precedenčno uveljavljene interpretacije ustave zgolj na temelju dejstva, da se neka drugačna interpretacija večini ustavnih sodnikov zdi primernejša oziroma sprejemljivejša. Gre pravzaprav za 'suprapozitivna', v določenem oziru tudi 'nadustavna' načela pravne in demokratične države, gre za načelno jedro politične in pravne kulture demokratične družbe. Ni pričakovati, da bi slovenski sodniki in slovenska sodišča na primeren način razumeli značaj in pomen »precedenčne moči sodnih odločitev« in načela »enakosti pred zakonom«, »enakega vrstva pravic« oziroma »stalne sodne prakse«, če bi Ustavno sodišče nenadoma vzpotavilo ravnodušen odnos do predhodno sprejetih odločitev Ustavnega sodišča, tudi drugih argumentov, ki potrjujejo uveljavljeno interpretacijo določenih ustavnih določb.

poseganja v pravico do zasebnosti, določenih v 2. odstavku tega člena, ni samo nadzor nad komunikacijsko zasebnostjo posameznika.

V ZDA, kjer je doktrina sodnih precedensov v skladu z načelom *stare decisis* uveljavljena v največji meri, je na primer jasno, da je mogoče od nekega precedensa, ki ga je v preteklosti oblikovalo Vrhovno sodišče, odstopiti le, če je nova, drugačna odločitev Vrhovnega sodišča rezultat novih dejstev ali družbenih okoliščin, ki predstavljajo »nujne« oziroma »prisiljujoče razloge« za spremembo nekega stališča Vrhovnega sodišča, ki ni več funkcionalno oziroma se ne prilega več novim družbenim okoliščinam. Takšna sprememba precedenčnega stališča mora biti skrbno in prepričljivo argumentirana, če naj zadovolji osnovne kriterije legitimnosti.⁴¹ Logika v smislu »mi smo se enostavno tako odločili« je arbitrarna.

Ustavno sodišče bi na ta način *de facto* spremenilo Ustavo RS. Niti ni potrebno posebej poudariti, da bi Ustavno sodišče pri tem celo zmanjšalo že vzpostavljeno raven varstva človekovih pravic in svoboščin, ki je v zvezi z ustavnim varstvom pravice do zasebnosti po Ustavi RS celo večja, kot jo pravici do zasebnosti zagotavljata EKČP in njen 8. člen⁴² Analiza dosedanje ustavnosodne prakse US RS omogoča sklep, da se je US v primerih, ko je Ustava RS določenim pravicam ali svoboščinam namenjala večje varstvo, kakor npr. EKČP, sklicevalo na določbe Ustave RS, obratno pa se je US v primerih, ko je EKČP določenim pravicam ali svoboščinam namenjala večje varstvo, sklicevalo na določbe EKČP⁴³. US bi s tem, ko bi v drugem odstavku 37. člena *de facto* črtalo besedno zvezo »in nedotakljivost človekove zasebnosti«, spremenilo Ustavo RS. V slovenskem ustavnem sistemu je sprememba Ustave v pristojnosti Državnega zbora RS.⁴⁴ V tem oziru bi takšne okoliščine označil kot tovrstno »ustavno krizo« v državi, kot omadeževanje integritete Ustavnega sodišča, kot morebiti celo usodno škodovanje avtoriteti Ustavnega sodišča in

⁴¹ Glej tudi Andraž Teršek: Pravna država in legitimnost, Nova revija, št. 221-222, Ljubljana 2000. Slednje so sodniki VS ZDA npr. jasno pojasnili tudi v znameniti odločitvi VS ZDA v primeru *Roe v. Wade*, ki ga obravnavam v 10. številki revije Dignitas.

⁴² Stopnja vrstva pravice do zasebnosti bi se povečala, v kolikor bi morebitno spremembo Ustave opredelili kot onemogočenje posehanja v pravico do zasebnosti. Vendarle pa takšna razlaga ne bi bila ne primerna ne logična. Po eni strani je poseg v pravico do zasebnosti možen na temelju 15. člena ustave in 8. člena EKČP, po drugi strani pa tudi ni smiselno razlaga, da je mogoče poseči v komunikacijsko zasebnost pod podogem sodne odločbe (in dodatnih, eksplicitno navedenih pogojih v Ustavi), manj intenzivni posegi v zasebnost pa sploh niso dovoljeni. Ustavna sprememba, po kateri za poseg v pravico do zasebnosti ni potrebna sodna odločba, razen v primerih iz 36. in 37. člena Ustave, bi to pomenilo znižanje stopnje varstva pravice do zasebnosti.

»Ustavni predpis se ne sme razlagati ločeno na podlagi analize besed. Vse ustavne določbe se morajo razlagati tako, da so v skladu s temeljnimi načeli Ustave in njenega vrednostnega sistema.« (Iz odločbe ZusN v zadevi *Klass* (1970), št. BverfGE 30.

⁴³ Prim. Teršek A.: »Med Strasbourgom in Ljubljano«, Pravna praksa, št. 6-7, 2003, str. 45.

⁴⁴ V kolikor bi bil s svojim mnenjem o drugem odstavku 37. člena kot doloplnitvi 35. člena Ustave RS in sodni odločbi kot pogoju za poseg v pravico do zasebnosti osameljen, pravzaprav ne vidim nikakršnega legitimnostnega problema, da DZ v tem delu spremeni Ustavo. Osebnost bi tej nameri nasprotoval, seveda s strokovnimi stališči.

ljudskemu zaupanju vanj, tudi kot zastrašujoče hud udarec slovenski 'ustavni' demokraciji. Verjamem, da se to v Republiki Sloveniji ne bo zgodilo.

II. del

2 NEUSTAVNOST 49. ČLENA ZAKONA O POLICIJI

To, česar ZKP v zvezi z nekaterimi posebnimi metodami in sredstvi dela policije ne določa več, je zakonodajalec določil v Zakonu o policiji⁴⁵. Zakon v 49. členu določa, da ob obstoju razlogov za sum, da je oseba izvršila kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti, ga uzvršuje ali ga pripravlja oziroma organizira njegovo izvršitev in policisti tega dejanja ne morejo drugače odkriti, preprečiti ali dokazati, ali bi bilo to »zvezano« z nesorazmernimi težavami, policisti lahko uporabljajo naslednje ukrepe: tajno opazovanje in sledenje z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje, tajno policijsko delovanje ter tajno policijsko sodelovanje. Uporabo ukrepov iz prejšnjega odstavka odredi generalni direktor policije oziroma njegov namestnik, razen takrat, ko policisti oziroma druge osebe pri izvajanju tajnega policijskega delovanja oziroma sodelovanja uporabijo prirejene listine in indentifikacijske oznake, kar je tudi predvideno kot ena izmed posebnih metod dela policije in o uporabi katere izda dovoljenje pristojni državni tožilec.

Menim, da je Zakon o policiji v tem delu neustaven, ker za navedene oblike poseganja v pravico do zasebnosti kot pogoja za izvajanje ukrepov ne določa sodne odločbe. Zakonodajalec je, ob neupoštevanju zgoraj izpostavljenih zgodovinskih, interpretativnih in ustavnosodnih argumentov, očitno – nenadoma – zavzel stališče, da sodna odločba za poseg v zasebnost ni potrebna, razen v kolikor gre za poseg v komunikacijsko zasebnost. Zakonodajalec je s tem tudi spremenil svoje mnenje o povezanosti 35. in 37/2. člena Ustave RS, predstavljeno zgoraj.⁴⁶

* V petem odstavku 49. člena Zakon o policiji se med podatki, ki jih policija z uporabo navedenih posebnih metod dela lahko pridobi in ki so hkrati uporabljivi kot dokaz na sodišču, navajajo tudi »sporočila«. Sprašujem se, za kakšno vrsto sporočil gre,

⁴⁵ Ur.l. RS, št. 49/98.

⁴⁶ Na prvi pogled se zdi sporna tudi ustavnost 20. člen Zakon o Slovenski obveščevalno-varnostni agenciji, ki določa, da se podatki lahko pridobivajo tudi s tajnim opazovanjem in sledenjem na odprtih ali javnih prostorih z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje, slednje pa v skladu z 22. členom tega zakona lahko dovoli direktor agencije s pisno odredbo.

Ur.l. RS, št. 23/99.

upoštevajoč dejstvo, da 37. člen Ustave izrecno pogojuje poseg v komunikacijsko zasebnost s predhodno sodno odločbo. Zdi se, da gre tudi na tem mestu za neustavnost.*⁴⁷

3 NAČELNO O PROBLEMU USTAVNOSTI POSEGANJA V ZASEBNOST POSAMEZNIKA S TAJNIM SLEDENJEM IN OPAZOVANJEM

»Poslanstvo Sveta Evrope in njegovih organov je, da prepreči vzpostavitev sistema in metod, ki bi dovoljevale »Velikemu bratu«, da ta postane gospodar zasebnega življenja državljanov.«⁴⁸

»Najprej je zdaj res, da so sodbe Ustavnega sodišča postale izrecen pravni vir kazenskega procesnega prava.«⁴⁹

Tajno sledenje in opazovanje z uporabo tehničnih pripomočkov za dokumentiranje postavljam v ospredje ustavnopravnega problema, ki je nastal predvsem po spremembah zakonske ureditve kazenskega postopka in po sprejemu Zakona o policiji.⁵⁰ Besedilo, ki sledi v nadaljevanju, sem pripravil predvsem ob hipotezi, da bi Ustavno sodišče ugodilo težnjam tistih interpretov tajnega sledenja in opazovanja, ki v tej metodi policijskega nadzora (podobno kot pri prisluškovanju komunikaciji, ki se odvija brez uporabe tehničnih sredstev, oziroma se ne odvija »na daljavo«; glej KURS) nad posameznikom vidijo tako neznaten poseg v pravico do zasebnosti, da ga zato povezujejo bodisi z izjemno nepotrebnostjo sodne odločbe kot pogoja za izvajanje tega ukrepa, bodisi z nesorazmerno majhnimi kriteriji dopustnosti njegovega izvajanja in nadzora nad njegovim izvajanjem.

⁴⁷ Mag. Goran Klemenčič v Komentarju Ustave RS med drugim zapiše: »Različne oblike zvočnega in slikovnega snemanja neposredne komunikacije med dvema ali več navzočimi osebami ne spadajo v področje 37. člena. Varstvo tajnosti pisem in drugih občil je namreč po definiciji zagotovljeno sporočanju, pri katerem je uporabljeno določeno sredstvo, ki omogoča izmenjavo, posredovanje informacij na daljavo.« Takšno razlago odločno zavračam in menim, da je v nasprotju z Ustavo.

⁴⁸ *Malone v. United Kingdom*, Sodba z dne 2. Avg. 1984.

⁴⁹ Boštjan M. Zupančič, v *Spremi besedi h knjigi Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*, GV revije, Ljubljana 2003, str. 8.

⁵⁰ V slovenski pravni znanosti predvsem zasl.prf.dr. Ljubo Bavcon in doc.dr. Katja G. Šugman nasprotujeta zmanjševanju pravic posameznikov, ki naj bi se zgodilo z napovedanimi spremembami ZKP.

3.1 ZBIRANJE PODATKOV O POSAMEZNIKU POMENI POSEG V NJEGOVO ZASEBNOST, ZATO TAJNO SLEDENJE IN OPAZOVANJE PREDSTAVLJA POSEG V (PRIČAKOVANO) ZASEBNOST

3.1.1 Zbiranje podatkov o posamezniku kot poseg v zasebnost

ESČP pri soočanju s primeri, ki zadevajo 8. člen EKČP, izhaja iz naslednjega okvira abstraktne začrtanosti pojma »zasebnost«:

*»The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of »private life«. (poudarek A.T.) However, it would be too restrictive to limit the notion to an »inner circle« in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationship with other human beings⁵¹, oziroma »private life...includes a person's physical and *psychological integrity* (poudarek A.T.); the guarantee afforded by Article 8 of the Convention is primarily intended to ensure the development, without outside interference, of the personality of each individual in his *relations with other human beings...the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities...*(poudarek A.T.).«⁵²*

ESČP je že odločilo, da predstavlja poseg v posameznikov »notranji svet« in njegovo »zasebnost« tudi zbiranje podatkov o posamezniku, če ti podatki zadevajo njegovo zasebno življenje.⁵³ Tako, kot ima država na eni strani pravico zbirati določene podatke

⁵¹ *Niemietz v. Germany*, Sodba z dne 16. Dec. 1992, tč. 29.

⁵² *Botta v. Italy*, Sodba z dne 24. Feb. 1998, tč. 32 in 33.

Jacobs F. je v zgodnjem komentarju EKČP zapisal, da naj bi 8. člen varoval »against attacks upon physical or mental integrity or intellectual freedom.« Nav. po Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 226.

⁵³ *Leander v. Sweden*, 1987, 9 E.H.R.R. 433 (1988). Sicer ta primer zadeva vprašanje dostopa posameznika do podatkov, ki jih je o njem zbrala policija.

osebnega značaja (38. člen Ustave RS)⁵⁴, ima po drugi strani tudi pravico, da v določenih in posebej utemeljenih primerih, ob izpolnjenosti vnaprej previdenih in sorazmerno strogih ustavnopravnih kriterijih, z zbiranjem in uporabo informacij poseže tudi v sicer varovano območje posameznikove zasebnosti in na ta način zbere »zasebne podatke« iz življenja določenega posameznika. A slednje je vendarle izjema od siceršnjega pravila.⁵⁵

3.1.2 Tajno sledenje in opazovanje kot poseg v (pričakovano) zasebnost

Četudi Ustava RS ne bi vsebovala posebne določbe o varstvu tajnosti pisem in drugih občil, bi bili posamezniki deležni tega vrstva – prav tako tudi vrstva komunikacijske zasebnosti kot takšne – na temelju 35. člena Ustave. ESČP je, po drugi strani, na primer šele z naknadno interpretacijo 8. člena EKČP »komuniciranje preko telefona« uvrstilo pod varovalni plašč 8. člena Konvencije, ki tovrstnega komuniciranja eksplicitno ne določa. Po mnenju ESČP je torej komuniciranje preko telefona zajeto v pojmu »varstvo spoštovanja zasebnega življenja« in »varstvo dopisovanja« oziroma »correspondence«.⁵⁶ Nadzor nad posameznikovim »dopisovanjem« predstavlja eno izmed možnih oblik »tajnega nadzora« oziroma »secret surveillance«, ki ga lahko država izvaja nad

Prim. z odločitvijo angleškega sodišča v primeru *Hilton v. United Kingdom* (1998), 57 DR, Ecomm HR), ki je menilo, da **varnostni nadzor nad uslužbenci, ki vključuje zbiranje informacij o zadevah iz njihovega zasebnega življenja, predstavlja kršitev 8. člena EKČP.**

⁵⁴ Vsi »osebni podatki« niso tudi »zasebni podatki«, ki terjajo ustavno varstvo zasebnosti. Prim. Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 21.

⁵⁵ Prim. Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 300: »The state, as a result of the extensive field of regulation entrusted to it, has a constant need to obtain, monitor and evaluate information (*M.S. v Sweden*, 27. avg. 1997; *Z v. Finland*, 25. Feb. 1997). The most acute confrontation of these conflicting tendencies occurs in the investigation and prosecution of criminal offences. Article 8, by insisting on respect for private life, home and correspondence, appears to limit the investigative reach of public authorities. Of course, paragraph 2 recognizes the legitimate need for such measures in the interest of national security, public safety or for the prevention of disorder or crime.«

Prim. tudi z načelnim mnenjem VS RS, predstavljenim v I. delu analize: »Gre namreč za podatke, ki so tudi po svoji naravi takšni, da se z njihovim sporočanjem oziroma z njihovo pribavo posega v človekovo zasebnost (poudarek A.T.)...Iz povedanega izhaja, da ne glede ali sporne podatke štejemo kot (1.) podatke, za katere je zagotovljeno varstvo tajnosti pisem in drugih občil v širšem pomenu besede, ali kot (2.) podatke, s katerimi se posega v človekovo zasebnost ... (1. in 2. dodal A.T.)«

Prim. Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 66.

⁵⁶ *Klass v. Germany*, Sodba z dne 6. Sept. 1978, tč. 41.

Prim. Janis M., Kay R., Bradley A.: *European Human Rights Law. Text and Materials*, Oxford University Press, 2000, str. 305: »Article 8 makes explicit reference to respect for correspondence. Indeed, the Court has based its wiretap judgments partly on the protection of private life, and partly on its conclusion that telephone communication represents a form of correspondence.«

Prim. Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, str. 405: »Respect for private and family life is a basic right which is recognized and protected in all international instruments on human rights.«

posameznikom.⁵⁷ Tudi po mnenju ESČP vsakršna oblika tajnega nadzora nad posameznikom pomeni poseganje javne oblasti v uresničevanje posameznikove pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja ter dopisovanja.⁵⁸ Gre predvsem za vprašanje pogojev in kriterijev za izvajanje nadzora pri tovrstnem početju.

Nedvomno tajno sledenje in opazovanje, ki hkrati rezultirata tudi v zbiranje podatkov o posamezniku in njegovih tajno opazovanih aktivnostih, pomeni poseg v posameznikovo zasebnost. Že dejstvo, da gre za »nadzor«, ki je povrh vsega še »tajen« in je za njegovo izvajanje vselej potrebno predhodno izpolniti določene kriterije, govori o tem, da gre za izjemni dogodek, ko država neobičajno oziroma na poseben način poseže v ustavnopravno varovano področje posameznikovega zasebnega življenja. Slednje je razvidno tudi iz odločbe US RS št. U-I-25/95:

»38. Po sodni presoji Evropskega sodišča za človekove pravice je zasebnost pogosto razumljena kot varstvo osebe v njenem bivalnem prostoru, kot obsežna negativna pravica varstva posameznika zoper posege države ali tretjih v njegovo zasebno sfero, osebnost in dostojanstvo. Na konferenci nordijskih pravnikov v Genfu leta 19675 so pravico posameznika v sferi zasebnosti opredelili preko poseganja vanjo. Kot poseg v zasebnost so opredelili "poseganje v zasebno in družinsko življenje ter dogajanje v domu, kot poseg v telesno in duševno nedotakljivost ali moralno in duševno svobodo, poseg zoper čast in dobro ime, odkrivanje neugodnih okoliščin iz zasebnega življenja, *zasledovanje, opazovanje, prisluškovanje in sumničenje, zlorabo pisnih ali ustnih zasebnih sporočil, pridobivanje informacij, ki pomenijo poklicno skrivnost*". Preko pojma "zasebnost" naj bi bila varovana tista sfera posameznikovega življenja, ki drugih ne zadeva *in glede katere se prizadeti sam odloči, ali bo iz nje izstopil ali ne* (poudarki A.T.).«

Nedvomno posameznik *upravičeno pričakuje*⁵⁹, da ga država ne bo zasledovala, da uslužbenci države ne bodo postali njegova »senca« ali Orwellov »veliki brat«. Tudi ESČP je že odločilo, da tajni nadzor nad posameznikom, s katerim se običajno zbirajo tudi

⁵⁷ Posebne metode in sredstva policijskega nadzora, torej »secret surveillance measures«, so lahko različne, »including interception of telephone conversation«. (Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 51)

⁵⁸ Ibid., 3. odst. v tč. 41.

⁵⁹ Doktrina VS ZDA od primera *Katz v. United States*, 1967, 389 U.S. 347, 88 S.Ct. 507, 19 L.Ed.2d 576.

določeni podatki o posameznikovih »tajno nadzorovanih« aktivnostih, predstavlja poseg v njegovo zasebnost:

»The storing of information concerning a person's private life in a secret police register interferes with the right to respect for private life guaranteed by Article 8 (1) of the Convention. It follows that the collection and retention of such information is also a violation of that Article.« Da bi se posameznik zaradi zbiranja informacij o njem in tajnega nadzora nad njegovim početjem lahko skliceval na 8. člen Konvencije, mora dokazati »the existence of practices permitting secret surveillance...and that there is a reasonable likelihood that the security services has compiled and retained information concerning private life.«⁶⁰

Nedvomno že zbiranje informacij o tem, kdaj in kje je posameznik izvajal določene aktivnosti, kdaj se je nahajal na določenem mestu, s kom se je srečal, s kom je komuniciral itd., predstavlja poseg v njegovo zasebnost.⁶¹ Saj vendarle država sama ščiti – in mora ščititi – tega posameznika pred tovrstnimi posegi v njegovo zasebno življenjsko sfero s strani tretjih oseb. Gre torej za mnogo več od npr. enostavnega posedanja pred posameznikovo hišo in statičnega opazovanje vsega tistega, ker je vidno s prostim očesom in kar je mogoče slišati brez uporabe tehničnih pripomočkov.⁶² Tako, kot je

⁶⁰ *Hewitt and Harman v. United Kingdom*, 1992, 14 E.H.R.R. 657 (1001), Sodba z dne 9. Maj 1989. Citat iz § 27 in 32. Pri tem ESČP uporablja t.i.m. »**victim test**« ali »test žrtve«, ki pomeni, da »the applicant need only establish a sufficient threat or risk to the effective enjoyment of his rights, whether the potential impact is a material one or has only a psychological effect.« (Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 52)

S tem problemom se je US RS že srečalo (npr. v zadevi U-I-89/95-3, a je bilo večinsko mnenje US zoper možnost, da bi bil pravni interes izkazan z realno možnostjo, da npr. neka oseba enkrat v prihodnosti postane pričča v kazenskem postopku in zato vložijo pobudo za abstraktno presojo ustavnosti nekega zakona. K tej odločbi je podal odklonilno ločeno mnenje sodnik mag. Krivic.)

⁶¹ Prim. Macdonald R.St.J., Matscher F., Petzold H. (Ed.): *The European System for the protection of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, str. 407: »Private life is therefore not exclusively restricted to the right to live protected from publicity.« Ibid., str. 407, op. 12: »Can one not consider that the *right to choose private activity, the right to undertake*, falls within the ambit of personal freedom and consequently of Article 8 of the Convention (poudarek A.T.)? This idea tallies with the substance of Article 14 of the French Declaration of 1789 to which the French Conseil Constitutionnel affords a certain protection (decision of 16 January 1982, JO 17 January 1983, p. 299).«

»Zasebnost varuje ljudi pred radovednim očesom države«. (Jelenič-Novak M.: *Od lastnine do zasebnosti*, Pravniki, št. 1-3, Ljubljana 1993, str. 63.)

Prim. z mnenjem US RS v zadevi Up-50/99, kjer je US v obrazložitvi odločbe med drugim zapisalo: »Pri tem bi področje zasebnega življenja posameznika lahko razdelili: na področje intimnega in družinskega življenja, na področje zasebnega življenja, ki se ne odvija v javnosti, in na področje življenja posameznika v javnosti.«

⁶² Prim. *See v. City of Seattle*, 1967, 387 U.S. 541, v katerem je VS ZDA odločilo, da enostavno gledanje v ali poslušanje zunaj hiše ne sodi pod ustavno varstvo.

Podatki, ki jih je mogoče zbrati s tajnim zasledovanjem in opazovanjem, nedvomno niso podatki, ki bi jih opredelili kot »trivial or useless information« ali kot »tittle tattle or gossip«, prav tako pa v zvezi z njimi tudi ne gre za informacije, ki so »already in the public domain«. Prim. Glej Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 15.

opazovanje posameznika in izvajanje tajnega nadzora nad njim s pomočjo tehničnih sredstev, kadar ta upravičeno pričakuje zasebnost, poseg v njegovo sfero zasebnosti, predstavlja poseg v zasebnost tudi aktivno sledenje, opazovanje in tovrstno zbiranje informacij o posamezniku poseg v njegovo pravico do zasebnosti, tudi v njegovo »right to be let alone«⁶³. In nenazadnje, ali res obstoji bistvena razlika med nadzorom posameznikove telefonske tipkovnice in beleženjem klicnih števil (»pen-register« ali »metering«⁶⁴) ter časovnim in prostorskim nadzorom njegovega gibanja, srečevanja in komuniciranja z ljudmi, obiskovanja določenih krajev itd..⁶⁵

Vsak takšen poseg v posameznikovo zasebnost, ki pri posamezniku pušča negativne duševne in psihološke posledice, terja enako ali vsaj bistveno podobno, torej sorazmerno enakovredno obravnavanje, kot so ga sicer deležni posegi v pravico do zasebnosti, kakršen je na primer nadzor nad posameznikovim dopisovanjem. Vsako zavedanje možnosti posega v zasebnost posameznika brez ustreznih kriterijev, ki zaostrujejo možnosti uporabe določene vrste posega v zasebnost posameznika in ki zato grobo, globoko in nadvse pomembno posega v posameznikov »notranji svet«, implicira uporabo najstrožnje presoje ustavne sprejemljivosti določene vrste poseganja v človekovo zasebnost.⁶⁶ Tudi tajno sledenje in opazovanje po mojem mnenju predstavljata takšen poseg v zasebnost posameznika.⁶⁷

⁶³ Prim. odklinilno ločeno mnenje sodnika VS ZDA Brandeisa v primeru *Olmstead v United States* (1928, 277 U.S. 438): »Snovalci ustave so nasproti državi priznali posameznikom pravico, da jih nihče ne vznemirja (*right to be let alone*) – najbolj razumljivo pravico in obenem pravico, ki jo civiliziran človek najbolj ceni. Za varstvo te pravice moramo vsak neupravičen poseg države v posameznikovo zasebnost, ne glede na sredstva, s katerimi ga izvrši, razglasiti za kršitev IV. amandmaja...« (Boštjan M. Zupančič: *Ustavno kazensko procesno pravo*, Pasadena, Ljubljana 2001, str. 338.)

Pomen zasledovanja kot posega v posameznikovo zasebnost izpostavi npr. tudi dr. Boštjan M. Zupančič, v ločenem mnenju k odločbi US v zadevi U-I-25/95. »...Ker je to tako, velja, da kazenski postopek *de facto* že teče, ker je *de facto* obtožba že fomrulirana -, pa čeprav samo v gorbih obrisih in s strani policista, ki nekoga naskrivaj zasleduje, mu prisluškuje itd. Ker je torej spor med državo in posameznikom v tej točki že izoblikovan, iz tega logično sledi, prvič, da v tem trenutku zapadejo vse ustavno-kazenskoprocesne pravice osumljenega posameznika in, drugič, da ima ta seveda pravico vedeti, (a) da je obdolžen in (b) česa je obdolžen...« Dr. Zupančič »sledenje« postavi ob bok »prisluškovanju«. In četudi na ta način sodnik dr. Zupančič ni želel enačiti stopnje vdora v zasebnost pri obeh oblikah nadzora nad posameznikom, je tudi na ta način nedvomno opozoril na pomen »sledenja« kot posebne operativne metode policijskega dela in s tem na pomen tovrstnega vdora v posameznikovo pravico do zasebnosti.

⁶⁴ Glej *Malone v. United Kingdom*, Sodba z dne 2. Avg. 1984; *Valenzuela Contreras v. Spain*, Sodba z dne 30. Julij 1998. V praksi VS ZDA primer *Smith v. Maryland*, 1979, 442 U.S. 735, 99 S.Ct. 257, 761 L.Ed.2d 220.

⁶⁵ Veljalo bi razmisliti, ali dopustitev policiji, da sama sprejema odločitve o uporabi posebnih metod in sredstev tajnega sledenja in opazovanja ter na ta način zbira podatke o posamezniku, posega v *pravico do informacijske samoodločbe*. Prim. odločbo Zveznega Ustavnega sodišča Nemčije 65 BverfGE I, iz leta 1983.

⁶⁶ Pri izvajanju policijskega nadzora nad posameznikom gre lahko za t.im. »direct infringement«, ali pa za »indirect infringement« v pravico do zasebnosti. Poseg v zasebnost je lahko »intrusive«, ali pa »non intrusive«. Angleški zakon o izvajanju nadzora nad posameznikom zadeva nadzor, ki je bodisi »intrusive« bodisi »directed«. Prvi zadeva »surveillance involving the presence of an individual or devise on residential premises or private vehicle or which is carried out in relation to anything taking place on such premises or in such vehicle.« »Directed surveillance« zadeva surveillance undertaken for a specific operation which is

Poudarjem, da ESČP pri presoji vdora v zasebnost s strani države uporablja »victim test«, ki pomeni, da »the applicant need only establish a sufficient threat or risk to the effective enjoyment of his rights, *whether the potential impact is a material one or has only a psychological effect.* (poudarek A.T.)«⁶⁸

V središču pravice do zasebnosti sta posameznikova osebna svoboda in osebna avtonomija.⁶⁹ Kot poseg v človekovo zasebnost je potrebno razumeti tudi tista ravnanja, ki pri posamezniku vzbujajo psihološko neugodje, občutek tesnobe ali celo strahu⁷⁰. Varstvo zasebnosti primarno ne zadeva 'krajca' ali 'prostora', temveč *posameznika*.⁷¹

likely to result in the obtaining of personal information.« Glej Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 4, ⁶⁷ Najverjetneje bi bilo težko sprejeti argument, da predstavljata poseg v zasebnost posameznika posega v njegovo življenjsko okolje, kakršen je hrup, ki ga npr. povzroči letalo ali onesnaženost zraka (prim. *Powell and Rayner v United Kingdom* (1990), 12 EHRR 355) in *Guerra v. Italy* (1998), 26 EHRR 375)), ne pa tudi tajno sledenje in opazovanje s posledičnim zboranjem in dokumentiranjem informacij o posameznikovih aktivnostih.

⁶⁸ Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 52.

⁶⁹ Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 2.

⁷⁰ Spominjam se, da sem po tem, ko sem kot študent tretjega letnika prava zaprosil za štipendijo Vlade RS, moral predhodno opravljati tudi **psihološki test**. Eno izmed vprašanj v testu me je spraševalo o tem, **ali imam občutek, da me kdo zasleduje ali nadzira**. Verjamem, da Vlada RS ni pričakovala pozitivnega odgovora na to vprašanje in da ni računala na paranoične občutke prosilcev za štipendijo. Ne zdi se pretirana trditev, da gre pri obravnavani zadevi tudi za tovrstni problem – problem upravičenih pričakovanj državljanov v zvezi z zasebnostjo in njihovo upravičeno pričakovanje, da država ne bo ustvarjala okoliščin za legitimiranje vsesplošne državljanske paranoje.

⁷¹ Odločba US RS št. U-I-226/95: »10. Temelj in mejo ustavnega varstva časti predstavljata določbi 34. in 35. člena Ustave. Pravica do osebnega dostojanstva posamezniku zagotavlja priznanje njegove vrednosti, ki mu gre kot človeku in iz katere izvira njegova sposobnost samostojnega odločanja. Iz te človekove lastnosti pa izvira tudi jamstvo osebnostnih pravic. *Že ime pove, da so to pravice, ki gredo človeku kot osebi, kot takemu* (poudarek A.T.). Z jamstvom osebnostnih pravic so zagotovljeni tisti elementi posameznikove osebnosti, ki niso varovani z drugimi določbami Ustave (s svobodo vesti, izražanja itn.), a je šele skupaj z njimi posamezniku dana možnost, da se svobodno razvija in oblikuje svoje življenje v skladu z lastnimi odločitvami.«

Prim. Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str.41. Prim. tudi z razlogovanjem ESČP v primerih *Friedl v. Austria* (1995, 21 EHRR 83, § 48 in 51); *Murray v. United Kingdom* (1994, 19 EHRR 193); *Halford v. United Kingdom* (1997, 24 EHRR 523).

Prim. z pritrdilnim ločenim mnenjem znamenitega sodnika VS ZDA Harlana, v primeru *Katz v. United States* (1967, 389 U.S. 347): »Kot je zapisano v mnenju sodišča varuje četrti amandma 'ljudi, ne prostore'.« Vsaj od odločitve VS ZDA v tem primeru je jasno, da ima posameznik prabico do zasebnosti tudi pri komunikaciji na javnem prostoru, v kolikor sam želi vsebino te komunikacije zaščititi pred drugimi. V primeru *Cossey* je manjšina sodnikov npr. menila, da je »razvoj prišel do točke, ko bi Sodišče moralo dati večjo – če ne celo odločilno – težo interesu posameznika« (Komentar Ustave RS (Ur. Lovro Šturm), FPDEŠ, Ljubljana 2002, str. 378)

Tudi iz tega razloga posameznika npr. vselej ni dovoljeno **fotografirati**, ko se ta nahaja na javnem mestu in potem fotografije javno objaviti. Tovrstno početje je ustavno sprejemljivo samo v nekaterih izjemnih in posebej utemeljenih primerih (če gre npr. za javno osebo; za logični predhodni pristnek posameznika na fotografiranje in objavo fotografij zaradi njegove udeležbe pri nekem posebnem dogodku javnega značaja; fotografiranje iz zraka,, ki ne pomeni ponavljajočega se dejanja in zaradi tega nadlegovanja posameznika

3.1.3 Vprašanje 'policijske države' in 'zgodovinskih izkušenj'

3.1.3.1 ESČP in legitimnost »zgodovinskega argumenta«

ESČP je v primeru *Rekveny proti Madžarski*⁷² presojalo dopolnilo madžarske ustave, ki je poklicnim pripadnikom obrambnih sil, policije in civilnih državnih varnostnih služb onemogočilo, da bi bili člani političnih strank ali se udeleževati kakršnihkoli političnih dejavnosti. Madžarska vlada je v odgovoru na pritožbo navedla, da je bil namen spornih ustavnih določb depolitizacija policije, in sicer v obdobju, ko je bila Madžarska v procesu prehoda iz totalitarnega režima v pluralistično demokracijo. Upoštevajoč prejšnjo usmerjenost policije k vladajoči politični stranki, je bil namen prepovedi varovanje državne in javne varnosti ter preprečevanje neredov. Sodišče je ugotovilo, da Madžarska ni edina država, ki se je odločila za prepoved sodelovanja pripadnikov policije pri političnih dejavnostih in da številne države, ki so pogodbenice EKČP, omejujejo določene politične dejavnosti za pripadnike policije. Sodišče je madžarski vladi priznalo, da ima cilj depolitizacije policije na Madžarskem tudi poseben zgodovinski pomen zaradi madžarske izkušnje s totalitarnim režimom. V postopku je bilo Sodišče tako še posebej pozorno do navedb madžarske vlade, da je bila policija do madžarske vrnitve v demokracijo v letih 1989-1990 desetletja priznano orodje v rokah vladajoče stranke in je aktivno sodelovala pri izvajanju strankarske politike. Od poklicnih policistov se je pričakovalo, da so politično predani vladajoči stranki. Glede na madžarsko mirno in postopno transformacijo v pluralizem brez splošne čistke v javni upravi, je bila med drugim potrebna depolitizacija policije in omejitev političnih dejavnosti njenih pripadnikov. Namen ukrepa države je bil tudi ta, da javnost pripadnikov policije ne bi

itd.). Prim. Clayton R., Tomlinson R.: Privacy and Freedom of Expression. Reprinted from The Law of Human Rights, Oxford University Press, 2001, str. 24 in nasl.. Prim. z ločenim mnenjem sodnika Laws J. v angleškem primeru *Hellwell v. The Chief Constable of Derbyshire* (1995, 1 WLR 804), ki je prepričan, da fotografiranje posameznika na javnem mestu in neavtorizirana objava fotografije predstavlja nezakonit poseg v zasebnost. Enakega mnenja je bilo Vrhovno sodišče Kanade, ko je odločalo v primeru *Aubry v. Les Editions Vice-Versa* (1998, 1 SCR 591). Prim. z odločbo angleškega sodišča v primeru *Bernstein v. Skyways* (1978, 1 QB 479), kjer je sodišče menilo, da je ponavljajoče se zračno preletavanje in fotografiranje posameznikovega doma in njegovih početij nesprejemljiv vdor v zasebnost. Prav tako je po mnenju sodišča v primeru *Khorasandjian v. Bush* (1993, QB 727) tudi **nadlegovanje po telefonu** vdor v posameznikovo zasebnost (da tako početje predstavlja »private nuisance«).

US RS v določbi št. Up-60/00 med drugim zapiše, da »za poseg v zasebnost gre samo takrat, ko se človek nahaja v prostoru, kjer upravičeno pričakuje, da bo sam.« US pri tem izhaja iz ameriškega primera *Katz v. United States*. US na tem mestu ne poudari, da evropski koncept varstva zasebnosti, kakršnega vzpostavljata EKČP in sodna praksa ESČP, presega okvir ameriškega pojmovanja pravice do zasebnosti – to sem posebej izpostavil že v besedilu zgoraj - in se zaradi tega od njega pomembno razlikuje.

Prim. KURS, str. 402 (avtor mg. Goran Klemenčič): »Pravo (Ustava) ne štiti zgolj prostorov, lastnine ali lastnikov, temveč posameznike, ki v določenem trenutku, v določenem prostoru ali pri določenem ravnanju (upravičeno) pričakujejo svojo zasebnost!«

⁷² *Rekveny v. Hungary*, Sodba z dne 20.5.1999, Apl. No. 25390/94.

več imela za branitelje totalitarnega režima, temveč za varuhe demokratične ureditve. Sodišče je upoštevalo vlogo policije v družbi in posledično tudi dejstvo, da je politično neopredeljena policija zakoniti cilj vsake demokratične družbe. Glede na posebne zgodovinske razmere nekaterih pogodbenih držav lahko njihova državna oblast, da bi zagotovila utrjevanje in vzdrževanje demokracije, odloči, da je potrebno te cilje zaščititi z ustavo, ki omejuje svobodno udeležbo pripadnikov policije pri političnih dejavnostih, zlasti pa v političnih razpravah. Sodišče je zaključilo, da je ukrep madžarskega zakonodajalca upravičen glede na cilje varovanja državne in javne varnosti ter preprečevanja neredov. Sodišče je navedlo, da je na tem področju državni oblasti dopuščena dobršna mera proste presoje, hkrati pa je menilo, da je še posebej pri takem zgodovinskem ozadju demokratično sprejemljivo in v skladu z EKČP, da se je madžarska vlada odločila na ta način zaščititi policijo pred neposrednim vplivom strankarske politike. Ukrep države je po mnenju Sodišča mogoče oceniti kot »nujen v demokratični družbi«. ⁷³

Upoštevajoč predstavljeno stališče ESČP so v določenih primerih, ki zadevajo vprašanja delovanja posameznih organov in institucij političnega sistema in zaupanje v te organe in institucije, relevantni tudi t.im. zgodovinski argumenti. Tovrstne argumente ne gre spregledati v primerih, v katerih na eni strani nastopajo težnje po varovanju človekovih pravic, na drugi strani pa pooblastila in operativne pristojnosti policije. Vsakokratna presoja pooblastil in pristojnosti državnih organov, ki izvajajo tajni nadzor nad posamezniki, mora imeti tudi po mnenju ESČP vselej kot cilj v središču varovanje demokratične družbe in demokratičnih institucij:

»Powers of secret surveillance of citizens, characterising as they do the police state, are tolerable under the Convention only in so far as strictly necessary for safeguarding the democratic institutions.«⁷⁴

Tajni nadzor tudi po mnenju ESČP vselej predstavlja potencialno tveganje za demokratično družbo:

⁷³ Glej teršek A. »Policisti v političnih strankah«, Pravna praksa, št. 5, 15. februar 2001, str. 7

⁷⁴ *Klass v. Germany*, Sodba z dne 6. Sept. 1978, tč. 42.

»In view of the risk that a system of secret surveillance for the protection of national security poses of undermining or even destroying democracy on the ground of defendind it, the Court must be satisfied that there exist adequate and effective guarantees against abuse.«⁷⁵

Četudi ESČP meni, da sodna kontrola nad ukrepi tajnega nadzora ni vselej nujna v demokratični družbi in je to kontrolo mogoče zaupati tudi ne-sodnim organom, po drugi strani ESČP vendarle posebej poudarja, da je v primerih, v katerih se zdi neustrezna uporaba oziroma zloraba pooblastil in pristojnosti organov izvajanja tajnega nadzora potencialno »lahka« (»easy«) in bi lahko imela škodljive posledice za demokratično družbo, načelno zaželjeno (»in principle desirable«) zaupati nadzor sodni veji oblasti.⁷⁶ Oziroma,

»while the possibility of improper action by a dishonest, negligent or over-zealous official can never be completely ruled out whatever system, the considerations that matter for the purposes of the Court's present review are the *likelihood of such action and the safeguards provided to protect against it* (poudarek A.T.).«⁷⁷

Pri obravnavanem problemu ne gre samo za vprašanje, ali bi odločitev o uporabi tajnega sledenja in opazovanja zaupali določenemu ne-sodnemu organu; gre za vprašanje, ali naj odločitev o uporabi te metode dela policije zaupamo – slovenski - policiji oziroma njenemu direktoru. Menim, da bi moral biti odgovor na to vprašanje tudi načelno negativen. In nenazadnje, ne gre spregledati dejstva, da je mogoče podatke, sporočila, posnetke ali dokazila, ki so bili pridobljeni z uporabo posebnih metod policijskega sodelovanja, tajnega policijskega delovanja ali sledenja in tajnega opazovanja, uporabiti kot dokaz na sodišču (glej 5. odst. 49. člena Zakona o policiji). Pomen tovrstnega poseganja v človekovo zasebnost je upoštevajoč to dejstvo še toliko večji.

»Argument neznatnosti« poseganja policije v zasebnost posameznika z uporabo posebnih metod tajnega sledenja in opazovanja z dokumentiranjem, ki implicira, da sodna odločba

⁷⁵ Prim. *Leander v Sweden*, Sodba z dne 26. Marec 1987. Citat v tč. 60.

⁷⁶ V primeru *Camenzind v. Switzerland* (Sodba z dne 16. dec. 1997, 28 E.H.R.R. 458, par. 45) je ESČP menilo, da je potrebna posebna previdnost v primerih, ko nacionalna zakonodaja državnim oblastem dovoljuje opravljati preiskave brez sodnega naloga. V takih primerih po mnenju ESČP »a legal framework and very strict limits on such power are called for.«

⁷⁷ *Klass v. Germany*, Sodba z dne 6. Sept. 1978, tč. 56.

v tovrstnih primerih ni potrebna in zadošča odredba direktorja policije, zavračam. V kolikor Ustava RS sploh ne bi pogojevala posega v zasebnost posameznika z odločbo sodišča (hipotetična možnost, da bi DZ v tem delu spremenil ustavo), bi torej moralo na tej točki Ustavno sodišče – tudi upoštevajoč okoliščine konkretnega primera, političnega sistema in značilnosti delovanja slovenske policije – presojati tako možnost oziroma verjetnost neustrezne uporabe in zlorabe pooblastil in pristojnosti policije v zvezi s tajnim sledenjem in opazovanjem, kakor tudi ustreznost presojeane zakonodaje z vidika zagotovljenih pravnih jamstev in varovalk zoper napake in zlorabe pri policijskem izvajanju tajnega nadzora.⁷⁸

3.1.3.2 Sodnikova zaušnica represivni miselnosti

Na tem mestu navajam razmišljanja prof. dr. Boštjana M. Zupančiča, nekdanjega sodnika US RS in sodnika ESČP:

»Kljub vsemu pa je jasno, da tako praksa kakor zakonodaja, ki obdolženca v katerikoli fazi kazenskega postopka postavlja v pozicijo neenakopravnega objekta inkvizitornih teženj, ni v skladu z demokratičnim duhom Ustave in ne z Evropsko konvencijo o človekovih pravicah...

...Bolj specifična pa obenem tudi bolj radikalna je bila obsodba Republike Slovenije pred Evropskim sodiščem za človekove pravice v zadevi *Rehbock v. Slovenia*...V njej ugotovljene kršitve (kršenje 3. člena (EKČP) pri odvzemu prostosti, kršenje četrtega in petega odstavka 5. člena v času pripora, kršenje 8. člena) so simptomi problemov v slovenskem policijskem in sodnem predkazenskem postopku in preiskavi. V evropskem prostoru Republiko Slovenijo že ena taga obsodba stigmatizira kot dedinjo policijske države. To pomeni, da je treba primer *Rehbock* jemati kot resno opozorilo, da so na mestu ne le *de lege ferenda* spremembe kazenskega postopka, ampak predvsem, da gre spremeniti – predvsem tudi v sami sodni veji oblasti – celotno držo in odnos do

⁷⁸ kriterije tovrstne presoje je US RS npšr. že postavilo: U-I-25/95, tč. 31, 32, 42, 43, 47, 52, 53, 54, 60, 62, 65, 67, 69. U-I-158/95, tč. 15, 16, 17, 18. Odločba ESČP v primeru *Niemietz v. Germany*, § 37; *Klass v. Germany*, § 41, 42, 47, 48, 49, 50, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 59; *Leander v. Sweden*, § 51, 59, 64; *Hewitt and Harman v. United Kingdom*, § 39-42, 53, 55.

osumljenca in obdolženca kot enkopravnega subjekta kazenskoprocesnega spora...

...Dežmanovo in Erbežnikovo delo pa bo brez dvoma tudi – zlasti v prihodnjih generacijah – prispevek k dvigu profesionalnosti policije, tožilcev, zagovornikov in sodnikov. Ta profesionalnost je edini način, s katerim je mogoče preseči primitivno represivno miselnost. Slednje – in še marsičesa drugega – je pri nas po petdesetih letih policijske države ostalo še dovolj, da bomo zaradi nje lahko zaskrbljeni vse do takrat, dokler se na oblasti generacije ne bodo zamenjale...

Če je bilo staro »pojmovanje o kazenskem procesu pogosto le steoretizirana racionalizacija politične represije in avtoritarnega režima...potem dobi teorija kazenskega procesa izrazito negativen pedsznak posrednjega opravičevanja kršenja človekovih pravic. Mimo tega danes enostavno ne moremo, ker je jasno, da se je večji del kršenja človekovih pravic v nekdanji Jugoslaviji ves čas ratificiral in legitimiral skozi navidezno korekten kazenski postopek. To je bil postopek, v katerem je bila *dominus litis* policija. Sodišča in tožilstva so se sprenevedala, da o kršitvah človekovih pravic nič ne vedo...

...Je pa po drugi strani res, da ima že avstrijska in kasneje jugoslovanska teoretična dediščina na našem kulturnem področju pedsznak voljnega sodelovanja (teoretične racionalizacije) z režimi, ki so bili vsi po vrsti avtoritarni. Ne teoretikom in ne praktikom tako ni bilo težje preklopiti z desne na levo avtoritarnost, senzibilnost za človekove pravice pa je pri nas še danes bolj izjema kot pravilo. Dobro se spominjam neke razburljive sehe Ustavnega sodišča, na kateri je eden od ustavnih sodnikov razkačeno vkliknil: »*Pri nas imajo ustavne pravice samo kriminalci.*«

3.2 PRAVICE TRETJIH OSEB

Četudi hipotetično odmislimo dejstvo, da Ustava RS terja odločbo sodišča za posege v pravico do zasebnosti, kakršno predstavljajo tajno sledenje, opazovanje in policijsko sodelovanje, ni mogoče brez otipljivega racionalno-logičnega dvoma in izrazite negotovosti sprejeti teze, da je pri tovrstnem posegu v zasebnost posameznika stopnja vdora v njegovo zasebnost tako majhna, da upravičeno pričakuje posebej blago

obravnavo ali posebej benigno ovrednotenje njene upravičenosti in ustavnopravne sprejemljivosti. Torej, četudi Ustava RS sploh ne bi zahtevala odločbe sodišča za tovrsten poseg v posameznikovo zasebnost, po mojem mnenju tovrstnega posega ne bi smeli vrednotiti z milejšimi kriteriji, kot to velja za nekatere druge oblike poseganja v pravico do zasebnosti. Ne pozabimo, da gre pri tem tudi za problem varovanja pravice do zasebnosti tretjih oseb.

O problemu poseganja v pravice tretjih oseb je razmišljal tudi prof. dr. Boštjan M. Zupančič, v opombi k ločenemu mnenju v zadevi U-I-25/95: »Že utemeljen sum, ki je potreben za odredbo o prisluškovanju, se po naravi stvari mora nanašati (1) na konkretno osebo in (2) na konkretno kaznivo dejanje. Toda ta zahteva drži tudi iz bolj temeljnega razloga. Predpogoj za državin poseg v zasebnost prizadetega posameznika, je izkazana verjetnost (utemeljen sum, probable cause), da je bil ta posameznik poprej posegel v interes države. To je logična predpostavka (pozitivni predpogoj) kot podlaga za ekscipijo od 35. člena ustave, po kateri je nedotakljivost zasebnosti sicer ustavno kategorično zagotovljena. Dikcija 37. člena (pogoj: " uvedba in potek kazenskega postopka"), je sicer bolj fluidna in zavaja; je pa kljub temu jasno, da je prisluškovati možno samo direktno osumljenemu posamezniku. Da bo policija na ta način prisluškovala (1) še celi vrsti ne-osumljenih posameznikov in (2) tudi glede razgovorov, ki s prvotnim sumom na prvotno kaznivo dejanje nimajo nobene zveze, je seveda jasno. Tako bodo v svoji (nekriminalni) zasebnosti prizadeti tudi drugi (ne- osumljeni) posamezniki, da o tem, kako se bo verižna proliferacija osumljencev lahko razširila, sploh ne govorimo. Ustavno predvidevanje, da se bodo odločbe sodišča (preiskovalnega sodnika) izdajale samo za določen čas, le delno sanira opisani problem. Povsem odprta ostaja klasična ustavna zahteva, da bodi vsak poseg v zasebnost v kazenskem postopku, konkretno omejen na konkretnega posameznika. Primerjaj IV. amandma k Ustavi ZDA, in UKPP, str. 377 in 402 do 409. Glej infra, op. št. 2. »

Tajno sledenje in tajni nadzor določenega posameznika, prav tako tudi zbiranje informacij o njegovih tajno nadzorovanih aktivnostih, torej vselej – logično - trči v pravico do zasebnosti tretjih oseb, s katerimi nadzorovana oziroma zasledovana oseba prihaja v stik. ESČP je npr. v omenjeni zadevi *Klass* ugotovilo, da nemška zakonodaja o tajnem nadzoru upošteva tudi interese tretjih oseb, v katere pravico do zasebnosti se

posega z izvajanjem tajnega nadzora nad določenim posameznikom. S tem v zvezi je ESČP ugotovilo:

»the surveillance may cover only the specific suspect or his presumed »contact-persons«. Consequently, so-called exploratory or general surveillance is not permitted by the contested legislation.«⁷⁹

Izpostavljeni problem razumem tudi kot dodatni argument v prid tezi, da pomena tajnega sledenja in opazovanja nikakor ni mogoče zmanjševati do te mere, da bi ga izključili iz okvira kriterijev dopustnosti poseganja v pravico do zasebnosti, ki veljajo za nekatere druge oblike poseganja v zasebnost posameznika; v slovenskem pravnem sistemu je to predvsem sodna odločba.⁸⁰ Vsakršno zmanjševanje tega minimalnega standarda varovanja pravice do zasebnosti na ta način, da za odreditev obravnavanih ukrepov ne bi bila potrebna odločba sodišča, bi bilo po mojem mnenju potrebno soočiti s strogo presojo njegove ustavnopravne sprejemljivosti.

3.3 ALI JE POSEG V ZASEBNOST, KI NI KOMUNIKACIJSKEGA ZNAČAJA, SPLOH DOPUSTEN OB SKLICEVANJU NA »ARGUMENT IZOLIRANOSTI«

3.3.1 »Argument izoliranosti« 37. člena Ustave in vprašanje, ali je poseg v pravico do zasebnosti potem sploh dopusten

Po Ustavi RS so dovoljeni samo tisti posegi v ustavne pravice in svoboščine, ki so v skladu z 15/3. členom Ustave ali ki jih Ustava izrecno dovoljuje. Ali je potemtakem ob sprejemu »argumenta izoliranosti« 37. člena Ustave sploh mogoče poseči v druge segmente zasebnosti, razen v komunikacijsko zasebnost posameznika (37. člen: varstvo pisem in drugih občil) in zasebnost njegovega stanovanja (36. člen: nedotakljivost

⁷⁹ *Klass v. Germany*, Sodba z dne 6. Sept. 1978, tč. 51.

⁸⁰ Ustava RS predvideva sodno odločbo za vse posege v pravico do zasebnosti; po tem, ko to pravico primerno opredeli v 35. členu, eksplicitno določi pogoj sodne odločbe za poseg v pravico iz 36. člena – nedotakljivost stanovanja -, v pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil – komunikacijsko zasebnost (dodatna in eksplicitna izpostavitve dveh najpomembnejših vidikov zasebnosti)– in tudi sicer v nedotakljivost človekove zasebnosti.

stanovanja)? Ali je mogoče poseči v druge segmente pravice do zasebnosti zgolj upoštevajoč 15/3. člen Ustave?

Ali gre sprejeti razlago, da je komunikacijska zasebnost sicer varovana tudi v 35. členu Ustave, vendarle pa 37. člen Ustave izrecno navaja dodatne pogoje, v skladu s katerimi je poseg v komunikacijsko zasebnost in zgolj v komunikacijsko zasebnost, ob 15/3. členu Ustave, vendarle dopusten?

Poseg v komunikacijsko zasebnost teorija in praksa ocenjujeta kot najintenzivnejši poseg v zasebnost posameznika. Ali potem Ustava določa pogoje za najintenzivnejši poseg v najobčutljivejšo sfero zasebnosti, hkrati pa ne dovoljuje posegov v druge segmente zasebnosti, razen upoštevajoč 15/3. člen Ustave? Poseg v najobčutljivejšo sfero zasebnosti bi bil v tem primeru izrecno dovoljen ob pogojih iz 37/2. člena Ustave, poseg v manj občutljive sfere zasebnosti pa zgolj na temelju 15/3. člena Ustave.

Mar Ustava s tem, ko naj bi navajala zgolj pogoje za poseg v komunikacijsko zasebnost, dovoljuje poseg v druge segmente zasebnosti na temelju milejših pogojev? In kateri so ti milejši pogoji? Ali jih Ustava izrecno predvideva na katerem drugem mestu, razen v drugem odstavku 37. člena? Ali naj te pogoje določi zakonodajalec, morebiti zgolj na temelju 15. člena Ustave? Ali Ustava določa pristojnost zakonodajalca za določitev obsega ustavnega varstva človekove zasebnosti in pogojev poseganja v pravico do zasebnosti, razen v nedotakljivost stanovanja in v komunikacijsko svobodo posameznika? Ali je bil namen snovalcev Ustave RS prepustiti določitev obsega ustavne pravice do zasebnosti in pogojev za poseg v pravico do zasebnosti ESČP in EKČP?

Izpostavljena vprašanja so zgolj hipoteza, miselno preigravanje. Ustava določa pogoje za poseg v pravico do zasebnosti v drugem odstavku 37. člena in v tretjem odstavku 15. člena. Poudarjam, ne gre za poizkus logičnega sklepanja o nujnosti uporabe pogojev, izrecno določenih za poseg v komunikacijsko zasebnost, tudi za posege v človekovo zasebnost na splošno. Gre za sklicevanje na »zgodovinski argument«, kolikor je razviden iz magnetograma Komisije Skuščine RS za ustavna vprašanja, na dosedanjo slovensko ustavnosodno prakso, na načelno pravno mnenje VS RS, na izrecno stališče DZ RS iz leta 1995, na prvotne komentarje Ustave RS... in na dejstvo, da drugi odstavek 37. člena eksplicitno določa »...in nedotakljivosti človekove zasebnosti...«. Morebitna teza, da gre pri tem samo za nekakšen »kozmetični dodatek«, ali celo napako, ki nima večjega

pomena kot morebiti zgolj dodatno okrepiti pomen komunikacijske zasebnosti, se zdi *argumento ad absurdum*. Sodna odločba je, po mojem osebnem prepričanju, ki temelji na zgoraj predstavljenih argumentih, po Ustavi RS nedvomno potrebna tudi za druge posege v človekovo zasebnost (došučam obstoj izjemnih in posebej utemeljenih primerih, ko sodna odločba vendarle ne bi bila potrebna, a o tem bi moralo pri »case-by-case-balancing« in z izdelavo doktrine odločati US RS)⁸¹, ne samo za poseg v njegovo komunikacijsko zasebnost: npr. za odreditev psihiatričnega pregleda, ali npr. za osebno preiskavo, odvzem določenih dobrin⁸² itd.. Enako velja za odreditev uporabe posebnih operativnih metod in sredstev dela policije.

3.3.2 Ustava RS namenja pravici do zasebnosti večje varstvo kot EKČP

Kot dokazuje dokumentacija Komisije Skuščine RS za ustavna vprašanja je bil namen snovalcev besedila Ustave RS v tem, da odpravi sleherni dvom o posebnem pomenu tajnosti pisem in drugih občil ter nedotakljivosti stanovanja za zasebno življensko sfero posameznika; in da ne bi pogojev, ki dopuščajo poseg v zasebnost posameznika, dvakrat ponavljali v Ustavi na različnih mestih, Ustava te pogoje določa v zadnjem stavku tistega dela Ustave, ki zadeva pravico do zasebnosti. Do sprememb ZKP in sprejema Zakona o policiji je tudi zakonodajalec interpretiral določbo 37/2. člena Ustave kot pogoj za poseg v pravico do zasebnosti, ki jo primarno zagotavlja 35. člen Ustave. Na ta način sta Ustavo interpretirala tudi US RS in VS RS.

EKČP npr. pravico do zasebnosti opredeli s taksativnim naštevanjem štirih temeljnih vidikov zasebnosti v enem samem členu. Ob tem tudi ne gre spregledati dejstva, da Ustava RS v primerjavi z EKČP določa strožje kriterije za poseg v pravico do zasebnosti.⁸³ V primeru, da bi z ustavno spremembo iz Ustave izločili izdajo sodne

⁸¹ Prim. Odl. US RS št. U-I-25/95, tč. 67.

⁸² Prim. tudi z odločbo VS Kanade v primeru *R v. Edwards* (1996, 46 CR (4th) 307, 318, Scc).

⁸³ Prim. npr. avtorjeva razmišljanja v članku »Med Strasbourgom in Ljubljani«, Pravna praksa, št. 6-7, 2003, str. 45: »Upoštevajoč prakso USRS se v primerih, ko je obseg varstva posameznih pravic ali svoboščin v določbah URS in EKČP enak, USRS običajno raje sklicuje na določbe URS. V primerih, ko je obseg varstva pravic ali svoboščin v določbah URS manjši, se bo USRS najverjetneje sklicevalo na konvencijske določbe in na sodno prakso ESČP. Konvencijske določbe *de facto* ohranjajo status prirejenosti z določbami URS, saj njihov pomen, določen predvsem s sodno prakso ESČP, pomembno, tudi odločilno vpliva na interpretativni pomen posameznih določb URS. Temu dejstvu je mogoče pripisati poseben pomen tudi za razprave o spremembah URS in oblikovanju »evropskega člena«. Določbe EKČP imajo vendarle učinek ustavnih določb (tudi v zvezi s 15. členom URS). Tako ustavne določbe, kakor tudi določbe EKČP pri odločanju USRS

odločbe kot pogoja za poseg v pravico do zasebnosti⁸⁴, bi na ta način v celoti zmanjšali siceršnjo stopnjo ustavnega varstva človekove zasebnosti, s tem pa tudi splošno stopnjo že vzpostavljenega ustavnega varstva človekovih pravic in svoboščin v Sloveniji.⁸⁵

Prof. dr. Igor Kaučič npr. v zvezi z obsegom ustavnega varstva pravice do zasebnosti po Ustavu RS izrecno zapiše:

»The Constitution does not only guarantees the protection of the privacy of correspondence and other means of communication but also protects other forms of personal privacy. It is about a group of human rights and fundamental freedoms that *are not directly defined by the Constitution but include the widest possible forms and methods of encroaching upon the personal privacy*. Besides the above-mentioned rights this group *includes especially unauthorised secret listening and sound recording (not only in confined spaces), various forms of image recordings, and unauthorised publication of a private writing...*(poudarek A.T.) «⁸⁶

4 »KOMENTAR USTAVE RS« V ZVEZI S 35. IN 37/2. ČLENOM USTAVE RS: DVOM V KOREKTNOST

V nadaljevanju posebno in ločeno pozornost namenjam »Komentarju Ustave Republike Slovenije«⁸⁷ (v nadaljevanju KURS), oziroma tistemu delu komentarja, ki zadeva vprašanja iz 35. in 37. člena Ustave RS. Pri tem izpostavljam tiste dele komentarja

vendarle predstavljajo materialne določbe, ki urejajo materijo človekovih pravic in svoboščin, torej zgornjo premiso odločanja. USRS lahko nameni človekovim pravicam in svoboščinam večje varstvo kot ESČP.«
Prim. z že navedenim mnenjem DZ RS v zadevi U-I-158/95.

⁸⁴ Po sodni praksi ESČP je sodna odločba priporočljiva, a ne vselej tudi nujen pogoj za poseg v zasebnost. Glej komentar sodne prakse ESČP v Clayton R., Tomlinson R.: *Privacy and Freedom of Expression*. Reprinted from *The Law of Human Rights*, Oxford University Press, 2001, str. 863; Glej odločbo ESČP v primeru *Klass v. Germany* (Sodba z dne 6. Sept. 1978).

⁸⁵ Za ohranitev že dosežene stopnje varstva človekovih pravic v Sloveniji tudi po vstopu v EU sva se posebej zavzela s Petjo Toškanom, LL.M., v člankih, objavljenih v *Pravni praksi*. Slednje je korektno navedel tudi prof. dr. Ciril Ribičič v knjigi »Mozaik ustavnih sprememb« (GV založba in Prvana praksa, Ljubljana 2003, str. 49).

⁸⁶ Grad, Kaučič, Pogačnik, Tičar: *Constitutional System of the Republic of Slovenia*, SECLI, Ljubljana 2002, str. 240.

⁸⁷ *Komentar Ustave Republike Slovenije* (Ur. Lovro Šturm), FPDEŠ, Ljubljana 2002.

omenjenih členov Ustave, ki po mojem mnenju ne upoštevajo v prvem delu pričujoče analize predstavljenih argumentov o njunem razmerju ali se zdijo strokovno nekorektni.

4.1 KOMENTAR 35. ČLENA USTAVE

1. KURS, str. 371: »...Ne glede na to je v nadaljevanju predstavljena le presoja ESČP, ki se nanaša na spoštovanje tistih vidikov zasebnega življenja, ki so varovani tudi v 35. členu Ustave. Drugi vidiki zasebnosti so namreč varovani v drugih določbah Ustave...«

Navedba je sporna, v kolikor pomeni, da npr. komunikacijska zasebnost ni varovana tudi v 35. členu Ustave. Slednje izrecno izhaja iz predstavljenih odločb US RS; komunikacijska zasebnost je po odločbah US RS varovana dvakrat, v 35. in v 37. členu Ustave.

V nadaljevanju komentarja na isti strani sledi besedilo:

»Niti besedilo ESČP niti nastanek določbe ne dajeta opore za razlago, kaj obsega zasebno življenje kot varovana dobrina.«

V besedilu zgoraj sem navedel dokumentirani magnetogram Komisije Skuščine RS za ustavna vprašanja, ki v zvezi s pravico do zasebnosti *de facto* odgovori vsaj na vprašanje relevantnosti drugega odstavka 37. člena Ustave z vidika 35. člena ustave.

2. KURS, str. 380: »...Na nekatera vprašanja, povezana z vsebino določbe (35. člena, op. A.T.), je kljub temu (US, op. A.T.) že odgovorilo, pogosteje pa je mogoče zaslediti vsaj zametke teh odgovorov.«

V kolikor je pri tem mišljeno vprašanje razmerja med 35. in 37. členom Ustave, sem v analizi zgoraj predstavil argumente v prid sklepu, da je US v dosedanji ustavnosodni praksi ne le podalo zametke odgovora na vprašanje razmerja med 35. in 37/2. členom Ustave, temveč je eksplicitno sprejelo stališče o njuni medsebojno povezanosti. Avtorica tega dejstva, korektno, v nadaljevanju vendarle ne spregleda.

3.KURS, str. 380-381

Pri predstavitvi odl. US RS št. U-I-25/95 po mojem mnenju resnično bistvo te odločbe v KURS ni predstavljeno, hkrati pa odločba tudi ni argumentativno analizirana. Sam se to storil v besedilu I. dela analize.

Enako velja za izpostavitve odl. US št. U-I-158/95, saj v zvezi s slednjo avtorica komentarja ne navaja izrecne zakonodajalčeve opredelitve za povezanost 35. in 37/2. člena Ustave. Kar zadeva stališče US je v tej odločbi, kot že rečeno, US ponovilo stališče o dvakratnem varovanju pravice do komunikacijske svobode, tako v 35., kakor tudi v 37. členu Ustave.

4. KURS, str. 381: »O tem, v kakšnem razmerju sta posameznikova zasebnost in njegove osebne pravice, ali sta tudi telesna in duševna celovitost del zasebnosti oziroma osebne pravice (odgovor na to je pomemben zaradi tega, ker 2. odst. 37. člena določa (le) dopustne omejitve posameznikove zasebnosti, ne pa tudi drugih vidikov varstva osebnosti, zagotovljenih v 35. členu), se US še ni izreklo...(poudarek A.T.)«

Ta del besedila razumem kot avtoričino pritrjevanje stališču, ki mu tudi sam argumentirano pritrjujem in ki govori o povezanosti 35. in 37/2. člena Ustave. Do stališč avtorice v nadaljevanju KURS avtor komentarja 37. člena Ustave ostaja ravnodušen.

5. KURS, str. 385-386: »Glede dopustnih omejitev pravic iz 35. člena iz dosedanje ustavnosodne presoje jasno izhaja, da so dopustne tiste omejitve, ki izhajajo iz 3. odst. 15. člena....Ustavnosodna presoja pa ne določa kriterijev za razmejitve med posegi, za katere je potrebna sodna odločba (ki jo zahteva 2. odst. 37. člena), in posegi, v katerih to ni potrebno.«

Omenjeno besedilo implicira dvoje: *prvič*, avtorica pravilno ugotavlja, da je za poseg v zasebnost potrebna sodna odločba, ki jo predvideva drugi odst. 37. člena Ustave, vendarle pa njeno morebitno pritrjevanje temu stališču ni povsem nedvoumno; *drugič*, zdi se, da tudi avtorica implicira na problem, da US RS običajno odloča v konkretnih

primerih in pri tem tudi sledi precedenčni ustavnosodni praksi, vendarle pa se ne odloča za postavitev vsaj sorazmerno jasnih, aplikabilnih in enotnih kriterijev za presojo ustavno sprejemljivih posegov v pravico do zasebnosti, predvsem pa ne za izdelavo doktrine.

6.V KURS sledi korektna izpostavitve odločbe US št. Up-11/92, ki izrecno navaja, da je za poseg v pravico do zasebnosti potrebna sodna odločba. Pri tem pa avtorica vendarle ne navede odločbe US št. Up-90/96, ki ponovno izrecno izpostavi ustavno zahtevo po sodni odločbi, kadar gre za poseg v zasebnost.

7.V nadaljevanju sledi splošno pojasnilo, da »so primeri, ko sodna odločba ni bila zahtevana (npr. OdlUS VIII, 287). Prav tako je bilo le splošno načelo sorazmernosti podlaga za presojo v primerih, ko je izpodbijana določba posegla v splošno svobodo ravnanja.« V svojem komentarju odločbe US RS v »Primeru Tobačna, d.o.o.«⁸⁸ sem se zavzel za to, da bi US pojem »splošna svoboda ravnanja« v eni izmed prihodnjih odločb natančno opredelilo.

4.2 KOMENTAR 37. ČLENA USTAVE

1.Avtor komentarja 37. člena Ustave se na str. 393 izrecno postavi na stališče, da 37/2. člen Ustave zadeva zgolj komunikacijsko zasebnost in da je dodatek »in nedotakljivost človekove zasebnosti« zgolj

»razlagalni poudarek povezanosti komunikacijske zasebnosti s splošnim varstvom zasebnosti...in (ni) maksim(a) splošnega vrstva zasebnosti«.

Zato je po njegovem mnenju določba 37/2. člena Ustave »nedvomno ena bolj dvoumnih določbe slovenske ustave.« Avtor izpostavi le odločbo US št. U-I-25/95 in zapiše, da je z vidika razmejitve med 35. in 37. členom Ustave »nedoločna«. V nadaljevanju zatrdi, da US določbe 2. odst. 37. člena Ustave še »ni izrecno razširilo na splošno varstvo zasebnosti, vendar je to v omenjeni odločbi implicirano.« Navedba, da je »to v omenjeni odločbi implicirano«, je korektna, ni pa korektna trditev, da US določbe 2. odst. 37. člena

⁸⁸ Teršek A.; Primer Tobačna, d.o.o.; Komentar odločbe Ustavnega sodišča RS, št. U-I-141/97, Pravna praksa, št. 4/2002, priloga.

še »ni izrecno razširilo na splošno varstvo zasebnosti.« Odločbi US št. Up-11/92 in Up-90/96, v katerih je US izrecno navedlo sodno odločbo kot pogoj za poseg v pravico do zasebnosti, avtor ne omenja.

V nadaljevanju je izpostavljeno odklonilno ločeno mnenje sodnika mag. Krivica, ki 2. odst. 37. člena Ustave omeji na komunikacijsko zasebnost in s čimer avtor komentarja soglaša. Pri tem pa ne navede npr. ločenega mnenja sodnika dr. Šturma, ki neposredno pritrdi stališču US o povezanosti obravnavanih členov Ustave (glej besedilo analize v I. delu). V nadaljevanju avtor navede svoja razmišljanja v podporo tezi o »argumentu izoliranosti« 37. člena Ustave⁸⁹ in se pri tem sklicuje na primerjalnoppravne argumente, vendar jih ne pojasni.⁹⁰

2. Avtor v nadaljevanju izpostavi dodaten argument v prid »argumentu izoliranosti« 37. člena Ustave:

»Po drugi strani obstaja tudi – resda ozek – spekter zasebne sfere posameznika, ki mora biti absolutno varovan in v katerega ni mogoče poseči pod nobenim pogojem (niti na podlagi sodne odredbe), kar prav tako izključuje možnost, da bi 2. odst. 37. člena razlagali kot določbo, ki opredeljuje pogoje za vse posege v zasebnost (str. 394).«

Tudi na tem mestu z avtorjevimi razmišljanji ne soglašam. Četudi odgovor na vprašanje razmerja med 35. in 37/2. členom Ustave ne bi bil jasen in nedvoumen – kot naj bi izhajalo iz I. dela pričujoče analize -, ne razpoznam ustavnopravnega problema, ki ga izpostavi avtor. V kolikor Ustava določa, da je poseg v pravico do zasebnosti dopusten pod pogojem predhodne izdaje sodne odločbe in če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države, to ne pomeni, da je dopustno s sodno odločbo poseči v katerikoli segment posameznikove zasebnosti, pač pa – po mojem mnenju - to pomeni, da mora biti v primerih, ko je poseg v pravico do zasebnosti ustavno vendarle dopusten, izpolnjen tudi pogoj predhodne izdaje odločbe sodišča.

3. V nadaljevanju avtor izpostavi naslednje razmišljanje:

⁸⁹ Za uporabo tega izraza sem se odločil med pisanjem analize.

»Različne oblike zvočnega in slikovnega snemanja neposredne komunikacije med dvema ali več navzočimi osebami ne spadajo v področje 37. člena. Varstvo tajnosti pisem in drugih občil je namreč po definiciji zagotovljeno sporočanju, pri katerem je uporabljeno določeno sredstvo, ki omogoča izmenjavo, posredovanje informacij na daljavo....Omenjenega člena (37., op. A.T.) s stališča primerjalne, jezikovne in namenske razlage ni upravičeno razlagati kot splošnega »proti-prisluškovalnega« člena; v tem primeru je potrebno uporabiti določbe o splošnem varstvu človekove zasebnosti iz 35. člena in v določenih primerih...tudi 36. člena.«

Odločba sodišča za tovrstne posege po mnenju avtorja torej tudi ni potrebna. Gre za argument, ki v primerjavi z zgoraj posebej izpostavljenim problemom tajnega zasledovanja in opazovanja še dodatno znižuje varstvo človekovih pravic in svoboščin. Tudi temu ustavnopravnemu argumentu ne pritrjujem. Avtor ne pojasni, na katera primerjalnopravna dejstva se sklicuje, ko pravi, da prepoved prisluškovanja ne zadeva komuniciranje brez uporabe tehničnih sredstev ali komuniciranje, ki ne poteka na daljavo.⁹¹

3. Na str. 397 avtor citira načelno pravno mnenje VS RS in pri tem izpusti prav tisti bistveni del mnenja, ki izrecno obravnava vprašanje razmerja med 35. in 37. členom Ustave. Avtor navede citat:

»(Ne) glede ali sporne podatke štejemo kot podatke, za katere je zagotovljeno varstvo tajnosti pisem in drugih občil v širšem pomenu besede, ali kot podatke, s katerimi se posega v človekovo zasebnost teh podatkov organi za notranje zadeve ne morejo zahtevati od pošte zgolj na podlagi pooblastila iz 2. odstavka 148. člena ZKP, temveč le na podlagi odločbe sodišča.«

⁹⁰ Kot pojasnujem v I. delu analize pri tem problemu ne gre za vprašanje ustavne ureditve varstva pravice do zasebnosti v tujih pravnih sistemih, temveč za 12 let trajajočo in utrjeno interpretacijo 35. in 37. člena Ustave RS.

⁹¹ Prof. dr. Igor Kaučič npr. s tem v zvezi izrecno zapiše: »The Constitution does not only guarantees the protection of the privacy of correspondence and other means of communication but also protects other forms of personal privacy. It is about a group of human rights and fundamental freedoms that *are not directly defined by the Constitution but include the widest possible forms and methods of encroaching upon the personal privacy*. Besides the above-mentioned rights this group *includes especially unauthorised secret listening and sound recording (not only in confined spaces), various forms of image recordings, and*

Avtor ne polemizira z načelnim pravnim mnenjem VS RS, temveč enostavno izpusti naslednje besedilo, ki je bistvenega pomena za obravnavano vprašanje in v katerem je VS vendarle eksplicitno predstavilo razumevanje razmerja med 35. in 37/2. členom Ustave:

»Ustava torej določa za poseg v nedotakljivost človekove zasebnosti iz 35. člena enake pogoje kot za poseg v pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil iz 37. člena ustave, saj je v bistvu kršitev tajnosti pisem samo specifična oblika neupravičenega posega v človekovo zasebnost.«

4. Na str. 399 KURS je med drugim zapisano:

»...Navidezno širši pogoji (navidezno zato, ker je judikatura EKČP na področju posegov v komunikacijsko zasebnost relativno stroga) so posledica dejstva, da EKČP komunikacijsko zasebnost obravnava skupaj s splošnim varstvom zasebnosti; tako so tudi pogoji za dopustne posege države vanjo predpisani za vse pojavne oblike zasebnosti skupaj.«

Avtorjeve navedbe implicirajo tezo, da EKČP pravici do zasebnosti namenja večje varstvo kakor Ustava RS. Moje mnenje je, da Ustava RS, nasprotno, pravici do zasebnosti zagotavlja večje varstvo, kakor EKČP.

In nenazadnje, tudi ureditev varstva pravice do zasebnosti po EKČP in v skladu s sodno prakso ESČP je primerjalnopravni argument, na katerega se avtor v začetku komentarja tudi sklicuje.

5 VELJALO BI IZDELATI USTAVNO DOKTRINO

Menim, da bi bilo nadvse primerno, če bi Ustavno sodišče RS pri obravnavi naslednjega primera, ki bo zadeval vprašanja iz 35. in 37. člena Ustave, ne le odločilo v konkretnem primeru, temveč oblikovalo uporabljive in jasne kriterije, še boljše pa doktrino v zvezi s pravico do zasebnosti oziroma v zvezi z možnimi posegi v različne segmente pravice do zasebnosti. Nastavki in oprijemljive smernice za oblikovanje tovrstne doktrine so bili v dosedANJI ustavnosodni praksi Ustavnega sodišča RS že izoblikovani. Ustavno sodišče bi po mojem mnenju na ta način pravzaprav na najprimernejši načini izpostavilo zavest o pomenu pravice do zasebnosti. Doktrina vendarle presega obstoj ustaljene sodne prakse oziroma obstoj ustavnosodnih precedensov in razrešuje morebitne negotovosti v zvezi s pričakovanimi odločitvami ustavnega sodišča v konkretnih primerih.

Že uvodoma sem pojasnil, da sem se za izdelao analize ustavnopravnega razmerja med 35. in 37/2. členom Ustave odločil predvsem na temelju dejstva, da nekateri uveljavljeni slovenski pravni strokovnjaki neposredno izražajo dvom v povezanost 35. in 37. člena Ustave RS, nekateri med njimi tudi svoje odločno nasprotovanje njuni povezanosti. V slovenski ustavnopravni znanosti torej obstaja dvom v pomen in obseg slovenskega ustavnega varstva pravice do zasebnosti.⁹² Nedvomno gre pri tem za nevarno okoliščino, ki – upoštevajoč pomen ustavne pravice do zasebnosti - v določenem oziru že meji na 'ustavnopravno krizo' te vrste; gre vendarle za vprašanje interpretativnega pomena, obsega in stopnje ustavne zaščite ene izmed najpomembnejših ustavnih pravic⁹³.

Čas in družbeni sistem, v katerem živimo, na eni strani opredeljujejo človekove pravice in svoboščine, oziroma minimalni standardi njihovega varstva, ki so se s sodno prakso ESČP uveljavili v evropskem prostoru, na drugi strani pa bi veljalo z integriteto, avtoriteto, argumentativno prepričljivostjo in (precedenčno-doktrinarno) odločnostjo Ustavnega sodišča RS že doseženemu varstvu človekovih pravic in svoboščin v Sloveniji tudi ob vstopu v EU zagotoviti nadaljni obstoj in razvoj. Mar ni tudi to vidik ohranjanja

⁹² Pri tem se zavzemam za to, da bi z načelnega zornega kota Ustavno sodišče v primerih, ko se vzpostavi dvom glede stopnje ustavne zaščite določene pravice ali svoboščine, sledno interpretiralo v korist varstva ustavnih pravic in svoboščin. Prim. z razmišljanji sodnika ESČP dr. Boštjana M. Zupančiča, v Spremini besedi h knjigi Kazensko procesno pravo Republike Slovenije, GV založba, Ljubljana 2003.

⁹³ Pred leti sem, v času strokovnih in političnih javnih polemik na temo referendumu o večinskem volilnem sistemu in zadevne odločbe US RS, kot »ustavno krizo« izpostavil dejstvo slovenske negotovosti v zvezi z razmerjem med zakonodajalcem in ustavnim sodiščem ter s tem v zvezi z interpretacijo 82. člena Ustave RS.

slovenske (ustavne) identitete posebnega pomena? Tudi iz tega razloga bi se, po mojem mnenju, Ustavno sodišče RS moralo soočiti z izpostavljenim 'doktrinarnim' izzivom.

In nenazadnje, osebno sem nenaklonjen zmanjševanju že dosežene ravni varstva človekovih pravic in svoboščin, tudi v primerih, ko se tovrstna institucionalizirana početja opravičujejo s sklicevanjem na spremenjene družbene okoliščine po »11. septembru«. Hkrati se tudi zavzemam za restriktivno, torej skrajno zadržano in previdno interpretacijo pojma »posebej utemeljeni razlogi« ali »prisiljujoče okoliščine«, ki bi lahko opravičevali ukrepe zmanjševanja že dosežene ravni varstva ustavnih pravic in svoboščin. Tudi upoštevajoč ta dejstva ocenjujem poizkus, da se z Zakonom o policiji zniža v Sloveniji že dosežena raven varstva ustavne pravice do zasebnosti, ne le neskladen z Ustavo RS, temveč tudi kot nevaren za demokratično družbo in vrednostno-politično neprimeren.