



Zadeva: 007-15/2016/2
Datum: 17.3.2016

Direktorat za zakonodajo s področja pravosodja
Ministrstvo za pravosodje
Župančičeva 3, 1000 Ljubljana
gp.mp@gov.si

ZADEVA: mnenje IP k predlogoma pridobivanja podatkov o prometu v zvezi z nekaterimi prekrški oz. uvedbe enotne evidence prekrškov, v predlogu ZP-1J, kot je trenutno v prvem branju v DZ
Zveza: vaš dopis št. 007-212/2015/122, z dne 3. 3. 2016

Spoštovani,

v skladu s svojimi pristojnostmi po 1. odst. 48. člena Zakona o varstvu osebnih podatkov (Uradni list RS, št. 94/07, uradno prečiščeno besedilo, v nadaljevanju ZVOP-1) v zvezi z 2. členom Zakona o informacijskem pooblaščenču (Uradni list RS, št. 113/05 in 51/07 – ZUstS-A, v nadaljevanju ZInfP) vam, kot naprošeno v vašem dopisu, posredujemo mnenje Informacijskega pooblaščenca (v nadaljevanju: IP) **k predlogoma sprememb 67. člena in 203.a člena Zakona o prekrških** (Uradni list RS, št. 29/11 – UPB, 21/13, 111/13, 74/14 – odl. US in 92/14 – odl. US, v nadaljevanju ZP-1), kot sta vključena v predlog ZP-1J, trenutno v prvem branju v DZ RS, EPA 1067-VII)¹.

IP k danima predlogoma daje sledeče mnenje:

1. IP načeloma ne nasprotuje razširitvi subsidiarne rabe preiskovalnega dejanja zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev po ZKP tudi na tiste naprave oz. nosilce, katerih vsebina je zaščitena z ustavno pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil, v primerih, ko gre za poseg v tajnost pisem in drugih občil **pravnih oseb** in ko gre pri tem za obravnavo takšnih prekrškov teh pravnih oseb, ki so po svoji naravi oz. predpisani sankciji primerljivi s kaznivimi dejanji. Takšna razlaga 2. odst. 37. člena Ustave RS neposredno izhaja iz odkazane odločbe US RS št. U-I-40/12, z dne 11. 4. 2013².
2. Vendar pa IP meni, da ob dejstvu, da se prav za najtežje od tovrstnih prekrškov (tj. prekrške na področjih varstva konkurence, zavarovalnega nadzora, trga vrednostnih papirjev, preprečevanja pranja denarja, ter nadzora bank) v istem predlogu (1. člen predloga ZP-1J) predvideva uvedba povsem ločenega sistema sankcioniranja (t.i. administrativno sankcioniranje), pri izvajanju katerega bo ZP-1 kot sistemski zakon o prekrških v celoti izključen, vpisovanje takšne možnosti prav v ZP-1 ni utemeljeno. Zatorej IP **predlaga**, da se takšna možnost namesto v ZP-1 zapiše v pripadajoče področne predpise o varstvu konkurence, zavarovalnemu nadzoru idr., oz., če je potrebno, v prehodno in končno določbo ZP-1 (z omejeno časovno veljavnostjo), da se uredi za vmesno obdobje do ustreznih sprememb področnih predpisov. Podobno predlagamo za prekrške s področja trga z električno energijo ali zemeljskim plinom, ki so trenutno zajeti v 5. odst. 17. člena ZP-1, vendar zanje s predlaganim 1. členom ZP-1J ni predviden režim administrativnega sankcioniranja. Uporaba

¹ Besedilo predloga je dosegljivo na spletni strani Državnega zbora, http://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/deloDZ/zakonodaja/izbranZakonAkt?uid=83621E0A781F64BEC1257F6400519A23&db=pre_zak&mandat=VII.

² Besedilo odločbe je dosegljivo na naslovu <http://odlocitve.us-rs.si/si/odlocitev/US30070>

področne ureditve je še posebej primerna zato, ker prekrškovni organi v teh postopkih z ukrepom tipično ciljajo na **vsebino komunikacij in ne zgolj na prometne podatke** (oz. v besedah predlagatelja, »*statusne in prometne podatke (nevsebinski podatki)*«), ki pa bi jim bili po novopredlagani ureditvi edini na voljo, ter, ker organ nanje cilja že v predhodnem preiskovalnem (upravnem) postopku, ki pa ga ZP-1 seveda ne more urejati.

3. Ureditev za manj težke prekrške, za katere bo torej še naprej veljal ZP-1, naj medtem ostane nespremenjena, ker pri njih ne obstajajo prepričljivi razlogi za utemeljitev sorazmernosti posega v komunikacijsko zasebnost osumljenih oseb (tako pravnih kot fizičnih). Zatorej IP **daje negativno mnenje** k možnosti, da bi se takšen ukrep smelo uporabljati tudi v zvezi s preiskavo prekrškov, ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, versko ali drugo posebno ranljivo skupino. IP pojasnjuje, da predlagani ukrep **ni primeren in učinkovit** za preiskavo takšnih prekrškov, ker se v navedenih postopkih dejansko rabi ukrep pridobivanja podatkov o prometu od ponudnikov storitev informacijske družbe (143. člen ZKP po pogojih 149. člena ZKP) oz. v elektronskem komunikacijskem omrežju (149.b člen ZKP), ne zasega in preiskave naprav, na katerih se nahajajo (219.a in 223.a člena ZKP). Prav tako meni, da **obstajajo resni dvomi glede njegove sorazmernosti oz. njegove skladnosti s pogoji iz 2. odst. 37. člena Ustave**, ker ti prekrški po teži sankcij niso primerljivi z zgoraj navedenimi administrativnimi kršitvami oz. prekrški iz 5. odst. 17. člena ZP-1 (gre v bistvu za klasični prekrške, kot je bilo tudi izrecno navedeno še v obrazložitvi predloga ZP-1J v medresorskem usklajevanju), ter, četudi bi bili po sankciji primerljivi, so njihovi storilci tipično **fizične osebe, pri katerih ne morejo biti podani nižji pogoji za poseg v pravico do komunikacijske zasebnosti, ki so sicer utemeljitev predlagane spremembe**.
4. IP v zvezi s predlogom p prejšnji točki ponovno opozarja na potrebo po previdnosti in preudarnosti pri širjenju pooblastil policije in drugih prekrškovnih organov v zvezi z vprašanjem pregona (spletnega) sovražnega govora. Okoliščina, da gre v danem trenutku zavaljo begunske krize za posebej občutljivo vprašanje, ne zdrži resne strokovne presoje in ne more utemeljevati sicer nesorazmernega posega v ustavne pravice uporabnikov storitev informacijske družbe. Najhujše kršitve na tem področju naj se, kot se že dlje časa, še naprej rešujejo v okviru kazenskega postopka, kjer tovrstnih ustavnih zadržkov ni.
5. IP daje pozitivno mnenje k predlaganemu režimu uvedbe in uporabe skupnih prekrškovnih evidenc.

Obrazložitev navedenega mnenja sledi v nadaljevanju.

K 24. členu predloga ZP-1J

S 24. členom predloga ZP-1J se spreminja 67. člen veljavnega ZP-1, ki ureja smiselno rabo določb ZKP v rednem sodnem postopku oz. (preko 2. odst. 58. člena ZP-1) v hitrem postopku pred prekrškovnim organom. Konkretno, spreminja se 8. al. 1. odst. 67. člena ZP-1, ki v danem trenutku prepoveduje smiselno rabo določb 219.a in 223.a členov ZKP o opravi preiskovalnega dejanja zasega in preiskave elektronskih in z njimi povezanih naprav oz. nosilcev elektronskih podatkov v primeru, da bi s tem prišlo do posega v »*tajnost pisem in drugih občil*«. Predlog ZP-1J to prepoved omiljuje, tako da poseg še vedno ne bo dopusten pri večini prekrškov (še zlasti ne »*klasičnih prekrškov*«), bo pa **dopusten pri nekaterih posebej naštetih težjih prekrških**. Seznam teh hujših prekrškov se je, glede na IP-ju dosegljivo gradivo, tekom priprave predloga večkrat spremenil. Različica, ki jo je potrdila tudi vlada in ki je trenutno v prvem branju v DZ, med takšne težje prekrške šteje 1) tiste prekrške s področja varstva konkurence in trga z električno energijo, pri katerih je s področnim zakonom predpisana možnost globe v višini do deset odstotkov letnega prometa kršitelja (torej potencialno bistveno več od splošnih maksimumov po ZP-1) ter 2) **prekrške, ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, versko ali drugo posebno ranljivo skupino** (brez kriterijev glede minimalne višine globe). **Kot glavna utemeljitev spremembe se navaja odločba Ustavnega sodišča št. U-I-40/12, z dne 11. 4. 2013, v kateri je sodišče z**

razlago 37. člena Ustave RS dovolilo možnost posega v komunikacijsko zasebnost pravnih oseb tudi v preiskovalnem (torej upravnem) postopku pred takratnim Uradom za varstvo konkurence (v nadaljevanju UVK), upošteva je ugotovitve, 1) da imajo pravne osebe nižjo stopnjo pričakovane komunikacijske zasebnosti, zaradi česar so lahko pogoji za poseg vanjo »blažji«³, sam poseg pa »bolj intenziven in dolgotrajen«; 2) da to omogoča, da se vanjo poseže tudi v drugih kaznovalnih postopkih, ki niso kazenski, npr. v prekrškovnem postopku zaradi prekrška, ki je po svoji naravi in strogosti sankcij primerljiv s kaznivimi dejanji, 3) da zadevni preiskovalni postopek prek UVK sicer ni prekrškovni postopek, je pa po svoji naravi vseeno kaznovalni postopek, ker se v njem pridobljeni dokazi redno uporabljajo tudi v sledečem prekrškovnem oz. kazenskem postopku zoper isto pravno osebo⁴, ter 4) uvedbo preiskave in seznam komunikacijskih podatkov (»dokumentacije, elektronskih naprav«), ki jo je v preiskavi treba pregledati, predhodno odobri sodišče z odredbo. Drugače povedano, Ustavno sodišče je z namensko (teleološko) razlago termina »kazenskega postopka« iz 2. odst. 37. člena Ustave RS poseg v komunikacijsko zasebnost pravnih oseb dovolilo tudi v kaznovalnih postopkih zoper pravne osebe, v kolikor organ, ki te postopke vodi, pri tem ugotavlja obstoj takšnih kršitev (upravni del), oz. sankcionira takšne kršitve (prekrškovni del), ki so po svoji naravi in teži sankcij primerljive s kaznivimi dejanji.

V zvezi z predlogom spremembe 67. člena ZP-1 je torej treba presoditi, ali je predvidena možnost, da se v prekrškovnem postopku zaradi dveh kategorij prekrškov z rabo ukrepa zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev pridobi prometne podatke o kršitelju, v skladu z navedeno odločbo Ustavnega sodišča. IP je v ta namen analiziral zakonsko ureditev rabe ukrepa oz. njegovo legislativno zgodovino, ter predloge sprememb in dopolnitev, ki so bile v zvezi z njim predlagane tekom priprave predloga ZP-1J. Na tej podlagi v nadaljevanju podajamo svoje stališče do teh predlogov.

Ukrep zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev je bil v sam ZKP umeščen z novelo ZKP-J (Uradni list RS, št. 77/09, z dne 2.10.2009, začel veljavi 17. 10. 2009), v odziv na odločbo US RS v zadevi Up-106/05, z dne 2. 10. 2008 (»primer SIM kartica«), v kateri je sodišče pojasnilo, da 37. člen Ustave RS varuje tudi »okolščine in dejstva, povezane s komunikacijo« (prometne podatke, glej 8. tč. obrazložitve sodbe), ter da je torej za njihovo preiskavo v predkazenskem postopku prav tako potrebna odločba sodišča (glej evidenčni stavek odločbe). V odziv je zakonodajalec, tudi ob pomoči stroke⁵, noveliral ZKP tako, da je predpisal način in pogoje zasega elektronskih naprav oz. nosilcev, kot tudi način in pogoje za njihovo preiskavo. Še isto leto je bila možnost uporabe tega ukrepa dodana tudi v ZP-1, in sicer z novelo ZP-1F (Uradni list RS, št. 108/09, z dne 28. 12. 2009), pri čemer pa se je že predlagatelj novele odločil, da ukrep v prekrškovnem postopku ne more biti dopusten, kadar gre za »poseg v tajnost pisem in drugih občil«⁶, se pravi, za preiskavo tistih podatkov na napravi oz. nosilcu, ki uživajo zaščito po 37. členu Ustave RS, in za katere 2. odst. tega člena določa, da se v njih lahko poseže zgolj začasno, na podlagi zakona, po predhodni odobritvi sodišča, in le za potrebe kazenskega postopka ali obrambe države.

Zdi se, da ta omejitev predstavlja oviro za izvedbo določenih postopkov o prekršku. Zlasti na podlagi pobud Urada za varstvo konkurence (UVK, danajšnje Javne agencije RS za varstvo konkurence) je zakonodajalec v že leto dni prej prenovljeni Zakon o preprečevanju omejevanja konkurence (Uradni list RS, št. 36/2008, z dne 11. 4. 2008, v nadaljevanju ZPOmK-1) v 29. členu izrecno zapisal možnost, da lahko UVK (danes Javna

³ Ustavno sodišče navaja, da pravne osebe uživajo »nižjo stopnjo varstva [prostorske in komunikacijske zasebnosti ...] v primerjavi s fizičnimi osebami«, kar se »lahko odraža predvsem v blažjih pogojih za odreditev posega tako na abstraktni ravni kot v konkretnih postopkih in v možnosti odreditve bolj invazivnih in dolgotrajnih posegov. Ne more pa se odražati v opustitvi ustavne zahteve po sodni odločbi« (vse šesti odst. evidenčnega stavka odločbe)

⁴ Tehnično gledano je UVK sporna pooblastila uporabljal v t.i. preiskovalnem postopku, ki služi ugotavljanju obstoja kršitve ter odpravi te kršitve (prim. inšpekcijski postopek po ZIN), ne sankcioniranju, za kar je bil predviden ločen in naknadni postopek. Vendar pa je Ustavno sodišča presodilo, da je že pooblastila v tem postopku treba obravnavati enako, saj se v njem pridobijo »podatki in dokazi, [ki so] redno podlaga za izvedbo prekrškovnega, lahko pa tudi kazenskega postopka«, zaradi česar jih je nujno treba »presoati kot pooblastila, ki so državnemu organu dana za izvedbo kazenskega postopka« (5. odst. evidenčnega stavka odločbe)

⁵ Glej zapis dr. Mateja Kovačiča, ki je neposredno sodeloval pri pripravi osnutka 219.a in 223.a členov ZKP, <https://pravokator.si/index.php/2009/10/21/novela-zakona-o-kazenskem-postopku-posegi-v-komunikacijsko-zasebnost/>

⁶ z obrazložitve predloga zadevnega člena novele ZP-1F ne izhaja podrobnejša obrazložitev TODO

agencija RS za varstvo konkurence) tekom preiskovalnega postopka vstopi v prostore preiskovanega podjetja ter »pregleduje poslovne knjige in drugo dokumentacijo ne glede na nosilec, na katerem je zapisana oziroma shranjena«, kar (glej 33. točko odločbe US RS) »velja tudi za poslovna pisma, na računalniku ali na telefonu shranjeno elektronsko pošto oziroma sporočila SMS, najrazličnejše druge oblike sporočanja, shranjene v informacijskih sistemih podjetja ali dostopne preko njih, itd.«, vse zgolj na podlagi lastnega sklepa o uvedbi preiskave (28. člen ZPomK-1), se pravi, brez odredbe sodišča. To in še nekatera druga pooblastila UVK so bila potem predmet presoje Ustavnega sodišča RS, ki jih je, kot zgoraj, dovolilo, pod pogojem, da jih predhodno odobri sodišče. Zakonodajalec je temu primerno naslednje leto noveliral ZPomK-1 (novela ZPomK-1E, Uradni list RS, št. 33/2014, z dne 9. 5. 2014), ter v spremenjenem 28. členu predvidel sodno potrditev odločitve o uvedbi preiskave, v spremenjenem 29. členu pa uskladi izvedbo preiskave elektronskih naprav in nosilcev z že veljavnimi zahtevami iz ZKP.

Ti pogoji za izvedbo zasega in sledeče preiskave v okviru postopka o prekršku so sicer že dobro znani. Zaseg naprav oz. nosilcev se lahko opravi, če so podani »utemeljeni razlogi za sum, da je bil storjen [prekršek]«, in je hkrati »podana verjetnost, da zasežena elektronska naprava oz. nosilec vsebuje podatke, na podlagi katerih je mogoče osumljenca [prekrška] identificirati, odkriti ali prijeti ali odkriti sledove [prekrška], ki so pomembni za kazenski postopek, ali ki jih je mogoče uporabiti kot dokaz v [postopku o prekršku]« (op. p.). Sam zaseg naprave oz. nosilca se po navadi izvede v okviru hišne preiskave, prav tako izvedene s smiselno rabo pripadajočih pravil ZKP. Odvisno od okoliščin primera se nato bodisi že tekom zasega, bodisi naknadno (po tem, ko se naprave ali nosilce zapečati in odnese), izdelava forenzična kopija podatkov na nosilcu (223.a člen ZKP), pri čemer ima imetnik naprave pravico prisostvovati. Sama analiza izdelane kopije se opravi naknadno, v prostorih prekrškovnega organa, ali po zunanjem izvedencu. Pred začetkom preiskave je potrebno pridobiti bodisi pisno privolitve imetnika in znanih uporabnikov naprave oz. nosilca, bodisi pridobiti obrazloženo pisno odredbo sodišča, če ta ni bila zajeta že v odredbi za uvedbo preiskave ali za izvedbo hišne preiskave v okviru preiskave. Namen preiskave je, kot izhaja iz zakonskih pogojev za uporabo ukrepa, pridobiti dokaze o prekršku oz. odkriti storilca prekrška.

Kot se zdi, se s sedanjim predlogom ZP-1J širi navedeno rešitev iz ZPomK-1E še na druge prekrškovne postopke oz. organe. Izvorni predlog ZP-1J, poslan IP v strokovno usklajevanje (vaš dopis št. 007-212/2015/1, z dne 15. 6. 2015) ni predvideval sprememb 67. člena ZP-1. IP ni seznanjen z razlogi za naknadno spremembo predloga zakona, zato je pri podaji tega mnenja upošteval različne predloge teh sprememb, kot so razvidne iz delovnega gradiva, s katerim je bil dosedaj seznanjen.

Kasnejši predlog, poslan v drugi krog medresorskega usklajevanja (vaš dopis št. 007-212/2015/76, z dne 7. 12. 2015), je v 23. členu predvideval takšno spremembo 8. alineje, da bi bila preiskava elektronskih naprav in nosilcev s smiselno rabo 223.a člena ZKP dopustna *tako zoper vsebino komunikacij kot podatke o prometu*, vendar le v postopkih v zvezi s »prekrški iz petega in šestega odstavka 17. člena ZP-1«, t.j. za prekrške z določenih (sicer sorazmerno široko opredeljenih) področij, za katere je zakonodajalec v področnem zakonu predpisal višjo globo, kot je možna po splošnih pravilih ZP-1 (trojna globa, oz. globa v % od letnega prometa kršitelja). Kot cilj te spremembe je (str. 9 prejetega predloga MP_ZP-1J_medr2.docx) navedena **»določitev pravne podlage za poseg v tajnost pisem in drugih občil v primeru preiskovanja najtežjih prekrškov«**. V utemeljitvi (k 23. členu, str. 60-61) se predlagatelj sklicuje na že omenjeno razlago Ustavnega sodišča RS v zadevi U-I-40/12, z dne 11. 4. 2013, po kateri je poseg v komunikacijsko zasebnost pravnih oseb lahko dopusten tudi v postopku za prekrške, *»kadar so ti po svoji naravi in strogosti sankcij, ki so določeni zanje, primerljivi s kaznivimi dejanji«*. Meni, da so prekrški, za katere posebni zakon določi višjo sankcijo, kot to dopuščata peti in šesti odst. 17. člena ZP-1, takšne vrste, oz. kot je navedeno v predlogu, da *»omejitev le na prekrške iz petega in šestega odstavka 17. člena ZP-1 zagotavlja skladnost z načelom sorazmernosti, saj gre za pomembna družbena področja«*. IP ob tem **posebej poudarja, da iz tega predloga še vedno izhaja, da »poseg v tajnost pisem in drugih občil tako kot doslej torej še vedno ne**

bo prišel v poštev za klasične prekrške (npr. za cestnoprometne prekrške, prekrške zoper javni red in mir,...)«.

Zdajšnji predlog, ki ga je že potrdila vlada in ki ga je že tudi poslala v Državni zbor, in je trenutno v prvem branju (dokument »ZP-1J_DZ«, EVA 2014-2030-0003, priložen k vašem tokratnem dopisu), predvideva drugačno spremembo 8. alineje. Smiselna raba preiskovalnega dejanja preiskave elektronske naprave ali nosilca, tako da se zaseže in preišče tudi komunikacijske podatke, naj bo dopustna le, »če [bo] to nujno za pridobitev nevsebinskih komunikacijskih podatkov za odkritje prekrškov in storilcev prekrškov iz petega odstavka 17. člena tega zakona in prekrškov, ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, rasno, versko ali drugo posebej ranljivo skupino«. Vsebina posega v komunikacijsko zasebnost se torej v primerjavi s predlogom iz drugega kroga medresorskega usklajevanja omejuje **zgolj na prometne podatke** (točneje na »t.i. statusne in prometne podatke (nevsebinski podatki)«, kar po predlagateljevo »z vidika sorazmernosti [...] pomeni manj invaziven poseg v komunikacijsko zasebnost« (stran 65 predloga, utemeljitev zadevnega 24. člena ZP-1J). Obenem se nabor prekrškov, v zvezi s katerimi je takšen poseg dopusten, delno oži (črtajo se prekrški po šestem odst. 17. člena ZP-1, t.j. prekrški s širokega nabora področij, za katere lahko področni zakon določi trojno globo), delno pa **širi, na t.i. prekrške sovražnega govora**. Kot razlog za uvedbo te skupine prekrškov predlog navaja (str. 3 predloga), da gre za primere »**hujših prekrškov**« (torej ne več »najtežjih«, kot še tekom medresorskega usklajevanja), pri katerih je poseg v komunikacijsko zasebnost lahko dopusten oz. sorazmeren, saj se z njim »doseže varstvo posameznih dobrin, ki morajo biti zaradi njihovega družbenega pomena visoko varovane«. V obrazložitvi zadevnega člena predloga (str. 65) se predlagatelj, kot že zgoraj, sklicuje na odločbo US RS št. U-I-40/12, z dne 11. 4. 2013, pri čemer pa kot prekrške, ki da so po svoji naravi in strogosti sankcij, ki so določeni zanje, primerljivi s kaznivimi dejanji, tokrat navaja le prekrške po petem odst. 17. člena ZP-1 (prekrške s področja trga z električno energijo ali zemeljskim plinom, za katere je s področnim zakonom predpisana globa v deležu letnega prometa), ne pa več prekrškov po šestem odstavku tega člena (pri katerih je lahko predpisana le trojna globa). Obenem pa se v to kategorijo dodaja prekrške, pri katerih, **sicer ni nujno predpisana posebej visoka globa**, vendar pa pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, rasno, versko ali drugo »posebej ranljivo skupino«, kot so »npr. begunci, žrtve trgovine z ljudmi«. Zadnji stavek, da takšen poseg še vedno ne bo prišel v poštev za »klasične prekrške«, je ohranjen, **pri čemer pa za razliko od decembrskega predloga ne vključuje več, da v kategorijo klasičnih prekrškov spadajo tudi »prekrški zoper javni red in mir**«. Prekrški sovražnega govora so namreč trenutno urejeni zgolj v Zakonu o javnem redu in miru, kot kvalificirana oblika nekaterih prekrškov zoper javni red in mir.

IP v svojem zadnjem mnenju, danem na predlog ZP-1J v okviru drugega kroga medresorskega usklajevanja, ni imel pripomb do sprememb 7. člena ZP-1, ki so, kot smo razumeli, predvidevale možnost uporabe ukrepov po 223.a oz. 219. členu ZKP za zasege e-poštne in podobne korespondence pri preiskavah nekaterih »najtežjih prekrškov«. Zdajšnji predlog, ki ga je že potrdila tudi vlada in je že v zakonodajnem postopku, pa širi to možnost tudi na »hujše prekrške« (ibid.), vključno s takšnimi, ki spadajo v kategorijo prekrškov zoper javni red in mir. IP s takšno širitvijo ni bil seznanjen, niti se ni imel možnosti do nje opredeliti. V nadaljevanju mnenja zato predstavljamo stališče IP, zakaj navedena širitev po oceni IP **ni utemeljena**, in zakaj gre po mnenju IP, kot je razbrati iz gradiva, ki nam je na voljo, za parcialno rešitev, motivirano s trenutno politično občutljivo situacijo porasta sovražnih izjav zoper val beguncev in ekonomskih migrantov, ki zadnje mesece prečka ozemlje Republike Slovenije.

Razloge predstavljamo po sklopih.

1. smiselnost urejanja subsidiarne uporabe ukrepa v splošnem delu ZP-1, ki v kratkem ne bo več v rabi za preiskave najhujših prekrškov pravnih oseb

Kot izhaja iz obrazložitve, je glavni razlog za spremembo 67. člena ZP-1 izkazana potreba po pridobivanju prometnih podatkov v nekaterih prekrškovnih postopkih, zlasti tistih v zvezi z »najtežjimi« (decembrski predlog ZP-1J) oz. vsaj »hujšimi« (zdajšnji predlog) prekrški.

IP načeloma ne nasprotuje razširitvi subsidiarne rabe ZKP-jevskega preiskovalnega dejanja zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev tudi na tiste naprave oz. nosilce, katerih vsebina je zaščitena z ustavno pravico do varstva tajnosti pisem in drugih občil, v primerih, ko te vsebine **pripadajo pravnim osebam** in ko gre za obravnavo takšnih prekrškov teh pravnih oseb, ki so po svoji naravi oz. predpisani sankciji primerljivi s kaznivimi dejanji, saj takšna razlaga 2. odst. 37. člena Ustave RS neposredno izhaja iz odkazane odločbe US RS št. U-I-40/12, z dne 11. 4. 2013.

Vendar pa IP meni, da ob dejstvu, da se prav za najtežje od tovrstnih prekrškov (tj. prekrške na področjih varstva konkurence, zavarovalnega nadzora, trga vrednostnih papirjev, preprečevanja pranja denarja, ter nadzora bank) v istem predlogu (1. člen predloga ZP-1J) predvideva uvedba povsem ločenega sistema sankcioniranja (t.i. administrativno sankcioniranje), pri izvajanju katerega bo ZP-1 kot sistemski zakon o prekrških v celoti izključen, vpisovanje takšne možnosti v ZP-1 ni potrebno. Zatorej IP **predlaga**, da se s ciljem preprečevanja kasnejšega širjenja uporabe te določbe takšna možnost namesto v ZP-1 zapiše v pripadajoče področne predpise o varstvu konkurence, zavarovalnemu nadzoru idr., in, če je potrebno, v prehodno in končno določbo ZP-1 (z omejeno časovno veljavnostjo), da se uredi za vmesno obdobje do pripadajočih sprememb področnih predpisov.

Podobno predlagamo za prekrške s področja trga z električno energijo ali zemeljskim plinom, ki so trenutno zajeti v 5. odst. 17. člena ZP-1, vendar zanje s predlaganim 1. členom ZP-1J ni predviden režim administrativnega sankcioniranja.

Uporaba področne ureditve je še posebej primerna in smiselna zato, ker prekrškovni organi v teh postopkih z ukrepom tipično ciljajo na **vsebino komunikacij in ne zgolj na prometne podatke** (oz. v besedah predlagatelja, »*statusne in prometne podatke (nevsebinski podatki)*«), ki pa bi jim bili po novopredlagani ureditvi edini na voljo.

Še dalje opozarjamo, da organi, ki obravnavajo zadevne prekrške, večino zaseganja in preiskovanja elektronskih naprav oz. nosilcev izvedejo že v predhodnem preiskovalnem postopku, ter nato dokaze o tem (tako kot je UVK v sporni zadevi) prenesejo v prekrškovne postopke. Že iz tega stališča – in tako je bilo po odločbi tudi urejeno za UVK – je možnost posega v komunikacijsko zasebnost pravnih oseb primerneje urejati neposredno v področni zakonodaji teh organov.

2. neprimernost širokega posploševanja dikcije Ustavnega sodišča RS o nižji pričakovani zasebnosti pravnih oseb in posledičnem nižanju pogojev za posege vanjo tudi na fizične osebe;

Upošteva se navedeno pri tč. 1, ostane še spor o tem, ali se lahko poseg v komunikacijsko zasebnost izvede tudi pri prekrških, ki »*pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, versko ali drugo posebno ranljivo skupino*«, ter če, na kateri utemeljivti.

Med takšne prekrške, po vedenju IP, sodijo zgolj kvalificirane oblike nekaterih prekrškov zoper javni red in mir (po Zakon o varstvu javnega reda in miru, Uradni list RS, št. 70/06, v nadaljevanju ZJRM-1), in sicer prekrškov nasilnega in drznega vedenja, nedostojnega vedenja in nekaterih drugih ravnanj, kadar so storjena »*z namenom vzbujanja narodnostne, rasne, spolne, etnične, verske, politične nestrpnosti ali*

nestrpnosti glede spolne usmerjenosti» (20. člen ZJRM-1 v zvezi z 6., 7., 12., 13. in 15. členom tega zakona).

Pri tem IP že uvodoma opozarja, da se dikcija predlagane nove 8. al. 1. odst. 67. člena ZP-1 le deloma pokriva z dikcijo v ZJRM-1, in sicer kar zadeva »spodbujanje neenakopravnosti« zoper določene posebej ranljive družbene skupine. ZJRM-1 sploh ne inkriminira ne spodbujanja k nasilju zoper te skupine, kot tudi ne spodbujanja k nestrpnosti zoper te skupine, razen kadar gre za spolno nestrpnost ali politično nestrpnost. Zato obstaja resen dvom, **ali bo spremenjeni 67. člen ZP-1 sploh lahko uporabljen pri obravnavi trenutno inkriminiranih prekrškov sovražnega govora v ZJRM-1.** Hkrati IP ugotavlja, da se dikcija v bistveno večji meri sklada s tisto iz 1. odst. 297. člena Kazenskega zakonika (kar je še en argument, da bi bilo treba sovražni govor obravnavati kot kaznivo dejanje, ne prekršek).

Četudi navedeno ne bi bil problem, je vprašljivo, na kateri podlagi bi se utemeljilo poseg v komunikacijsko zasebnost v prekrškovnem postopku v teh primerih. **Odkazana odločba Ustavnega sodišča RS po mnenju IP ne more biti podlaga, ker so storilci prekrškov sovražnega govora skoraj vedno fizične osebe, posega v njihovo komunikacijsko zasebnost v prekrškovnem postopku zadevna odločba US RS ne dovoljuje.** Kot smo izpostavili že zgoraj, zadevna odločba presoja dopustnost takratne ureditve ZPOMK-1, po kateri je smel takratni UVK, na podlagi lastnega sklepa o uvedbi preiskave, vstopiti v podjetje (torej pravno osebo) in tam zaseči, ter potem preiskati, tudi službeno e-pošto, službene mobilne telefone, ter druge zapise vsebine (o tem več pri naslednji tč.) komunikacij. Sodišče je glede tega posega v delu B – II obsežno povzelo pravico pravnih oseb do prostorske in komunikacijske zasebnosti, pri čemer je, v povzetku, ugotovilo, da vsekakor obstaja, da pa jo pravne osebe uživajo v nižji stopnji kot fizične osebe. Posledično, tako sodišče, so lahko pogoji za poseg vanjo »blažji«, sam poseg pa »bolj intenziven in dolgotrajen«, je pa še vedno potrebno ohraniti zahtevo, da poseg vnaprej odobri sodišče (grej opombo 6 zgoraj). Potem, ko je Ustavno sodišče RS ugotovilo obstoj ustavne pravice, je po standardnem testu nujnosti, primernosti in učinkovitosti, ter sorazmernosti preverilo, ali je poseg, kot ga je predpisoval takrat veljavni ZPOMK-1, v skladu z Ustavo RS, še zlasti z 2. odst. njenega 37. člena, ki posege v komunikacijsko zasebnost (tj. tajnost pisem in drugih občil) dovoljuje le, kadar je »to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države«. Pri tem, spet v povzetku, je ugotovilo, da pojem »kazenskega postopka« lahko zadeva **»tudi prekrške pravnih oseb, kadar so ti po svoji naravi in strogosti sankcij, ki so določeni zanje, primerljivi s kaznivimi dejanji«** (zadnji stavek 4. povedi evidenčnega stavka odločbe US RS, oz. kot že citirano zgoraj). Iz te dikcije je torej neobhodno jasno, da je poseg v tajnost pisem in drugih občil v prekrškovnih (in preiskovalnih, oz. regulatornih) postopkih lahko dopusten zgolj zoper pravne osebe, in ne tudi fizične. Upošteva se dejstvo, da so storilci prekrškov *»ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, rasno, versko ali drugo posebej ranljivo skupino«*, praktično vedno posamezniki – fizične osebe, je po mnenju IP skrajno vprašljivo, ali lahko poseg v njihovo komunikacijsko zasebnost utemeljemo z odločbo US RS, ki zadeva preiskavo fizičnih oseb, ki, kot že v odločbi, uživajo višjo stopnjo zasebnosti.

Še dalje je po tej sodbi vprašljivo tudi, ali je za zadevne prekrške v ZJRM-1 zares predpisana denarna kazen, ki je po višini primerljiva s kaznivimi dejanji. Prekrška po 5. in 6. členu ZJRM-1 dopuščata, če ne pride do udarca ali pretepa (2. in 3. odst. 5. člena, kar tipično ne bo v primerih, kjer je potreben ukrep po 223.a členu ZKP), globo do 150.000 nekdanjih tolarjev, kar je potem, se zdi, z določbo 20. člena zvišano na 200.000 tolarjev (torej približno 835 evrov globe, v najhujšem primeru). Za tako nizko globo po mnenju IP ni mogoče trditi, da je primerljiva s tistimi za kazniva dejanja.

Končno IP šteje kot neprimerno tudi drugo utemeljitev za poseg v prekrškovnem postopku, t.j. da gre pri takšnih ravnanjih za poseg zoper »posebej ranljivo skupino«. Po vedenju IP znana ustavnosodna praksa v ničemer ne nakazuje, da bi bilo mogoče na tej podlagi širiti domet 2. odst. 37. člena Ustave RS. Vsekakor pa takšen predlog ne bi bil zares nujen, ker je za težje oz. najtežje posege zoper te skupine že predviden

kazenskopравни pregon (ki se sodeč po statističnih podatkih o številu obsodb za kaznivo dejanje po 1. odst. 297. členu KZ-1 tudi uspešno vrši).

3. neprimernost in neučinkovitost predlaganega ukrepa za doseg želenega cilja pri prekrških sovražnega govora

Še posebej pa velja opozoriti na dejstvo, da predlagani ukrep zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev ni primeren ukrep za preiskavo prekrškov, ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, rasno, versko ali drugo posebej ranljivo skupino. Pri teh prekrških problem tipično nastopi, ko so storjena preko storitev informacijske družbe (forumi, novice na spletnih straneh in druga izpostavljena mesta), in ko prekrškovni organ ne more enostavno identificirati storilca, ker se ta skriva za psevdonimom ali nastopa anonimno. V tem primeru je treba pridobiti določene prometne podatke o storilcu od ponudnika storitev, ter nato še identiteto naročnika od operaterja elektronskih komunikacij, ki mu je v času prekrška zagotavljal dostop do interneta.

Za ti dve dejanji zaseg in preiskava elektronskih naprav (strežnika spletne strani, strežnika z operaterjevo komercialno bazo) nikakor nista primeren ukrep. Prometne podatke se namreč pridobiva s posebnim in ožjim ukrepom, tj. ukrepom pridobivanja podatkov v elektronskem komunikacijskem omrežju (149.b člen ZKP). S preiskavo po 219.a in 223.a členu ZKP pa se pridobiva vsebinske podatke, prometne pa le, če je iz okoliščin mogoče sklepati, da jih z ukrepom po 149.b členu ZKP ne bo mogoče (npr., da bo naprošena oseba uničila dnevnik, namesto da bi jih posredovala). Pri tem posebej opozarjamo, da okoliščina, da 149.b člen ZKP trenutno ni neposredno uporabljen zoper ponudnike storitev informacijske družbe, ni argument v prid rabe 219.a in 223.a člena, ker preiskovalni sodniki že sedaj odobravajo ukrep podoben tistemu, ki je predviden v 149.b členu ZKP, na podlagi splošnega pooblastila po 143. členu ZKP, kmalu pa naj bi se ta možnost izrecno zapisala tudi v sam ZKP.

Po mnenju IP torej predlagani ukrep zasega in preiskave elektronskih naprav in nosilcev ni primeren in ne učinkovit za pridobivanje prometnih podatkov o storilcih prekrškov, ki pomenijo kršitev ustavne prepovedi spodbujanja k neenakopravnosti, nasilju, nestrpnosti zoper narodnostno, rasno, versko ali drugo posebej ranljivo skupino, zato daje negativno mnenje k njegovi vključitvi v ZP-1. Obenem opozarja, da sama dikcija predloga govori o »*statusnih in prometnih podatkih (nevsebinski podatki)*«, kar ni dikcija, ki bi bila že v rabi v kazenskopravni praksi, in bi zatorej lahko sprožila dodatne dvome in nejasnosti.

Sklepno, kot zgoraj, IP predlaga, da se ukrep posega v komunikacijsko zasebnost pravnih oseb, tako v vsebino komunikacij kot prometne podatke, pridrži tistim prekrškovnim organom, ki obravnavajo najtežje prekrške in ta ukrep tudi posebej potrebujejo, in to tako, da se opredeli v področnih zakonih, ki urejajo pristojnosti posameznih prekrškovnih organov. V ZP-1 pa naj se ta predlog ne vključuje, ker za manj težke prekrške ni nujno primeren in učinkovit, vsekakor pa ne sorazmeren s strogimi zahtevami 2. odst. 37. člena Ustave RS.

S spoštovanjem,

Mojca Prelesnik, univ.dipl.prav.,
informacijska pooblaščenka