

Utemeljeni razlogi za sum

Polona Mozetič*

»Utemeljeni razlogi za sum« zasedajo v shemi dokaznih standardov mesto med »razlogi za sum«, ob katerih deluje policija, in »utemeljenim sumom«, ki je pogoj za uvedbo sodne preiskave. »Utemeljeni razlogi za sum« morajo biti podani pred nekaterimi najglobljimi posegi v človekove pravice, ki so takšne narave, da se morajo izvajati pred uvedbo preiskave, ko posameznik še ne ve, da se ga obravnava kot domnevnega storilca kaznivega dejanja. Zgradba kazenskega postopka, ki postavlja »utemeljen sum« kot ločnico med predkazenskim in kazenskim (preiskavo) postopkom, je tako razlog za oblikovanje tega dokaznega standarda. Posledično obstajata v slovenski kazenskoproceni ureditvi za posege, za katere se primerjalnopravno zahteva isti dokazni standard, dva različna standarda, ki sta si blizu tako po kakovosti kot po višini suma. Med posegi, za katere se zahtevajo utemeljeni razlogi za sum, izstopa pridržanje, ki je sporen institut.

Ključne besede: dokazni standardi, utemeljeni razlogi za sum, utemeljen sum, načelo sorazmernosti, prikriti preiskovalni ukrepi, hišna preiskava, policijsko pridržanje

UDK: 343.14

1 Uvod

Pravni viri opredeljujejo dokazne standarde z izrazi, kot so »sum«, »verjetnost« ali »dvom«. Gre torej za abstraktne pojme, ki se nanašajo na manjšo ali večjo stopnjo verjetnosti (»razlogi za sum«, »utemeljeni razlogi za sum«, »utemeljen sum«, »onstran razumnega dvoma«). Načeloma velja, da policija deluje ob dokaznem standardu »razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje«¹, na sodni nivo pa se kazenska zadeva prenese ob obstoju »utemeljenega suma«, ki se zahteva za uvedbo sodne preiskave. Prostor med tema dokaznima standardoma je zapolnjen z lestvico drugih dokaznih standardov, med katerimi so tudi utemeljeni razlogi za sum.

2 Dokazni standardi in poseganje v človekove pravice med kazenskim postopkom

Zaradi domneve nedolžnosti govorimo o kazenskopравни krivdi posameznika, šele ko je ugotovljena s pravnomočno obsodbo. To ne pomeni, da se v osebno celovitost in druge človekove pravice in temeljne svoboščine posameznika ne posega že med kazenskim postopkom, ko je še domnevno nedolžen. Če bi v kazenskem postopku v celoti izpeljali domnevo nedolžnosti, tako da država ne bi bila upravičena posegati v posameznika, dokler ne bi z gotovostjo oz. onstran razumnega dvoma² dokazala, da je kršil kazenski zakon, bi postal pregon storilcev kaznivih dejanj nemogoč.³ Metode, s katero bi bilo

* Polona Mozetič, mlada raziskovalka na Inštitutu za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Poljanski nasip 2.

Članek je za objavo prirejen del prispevka avtorice, ki je bil objavljen v raziskavi Inštituta za kriminologijo »Analiza učinkovitosti policijskega preiskovanja kaznivih dejanj z upoštevanjem razvoja kriminalistične stroke ter dokaznih standardov kazenskega postopka«, ki jo je vodil doc. dr. Matjaž Jager (Jager s sodel., 2005). Raziskavo sta v okviru CRP »Konkurenčnost Slovenije 2001–2006« sofinancirala MNZ in ARRS.

¹ Razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti«, so najnižji dokazni standard, ki ga pozna Zakon o kazenskem postopku (Ur. l. RS, št. 63/1994 (70/1994-popr.), 72/1998, 6/1999, 66/2000, 111/2001, 56/2003, 43/2004, 101/2005 in 14/2007; v nadaljevanju ZKP). To je tista verjetnost, ki se zahteva za začetek predkazenskega postopka. »Razlogi za sum temeljijo po ustaljenem razumevanju, ki se je izoblikovalo v praksi organov pregona in sodišč, na minimalnem obvestilu.« (53. točka U-I-25/95, z dne 27.11.1997, Ur. l. RS, št. 5/98 in OdlUS VI, 158).

Tej stopnji verjetnosti je zadoščeno že, če pride policija do obvestila, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ki se preganja po uradni dolžnosti, če je storilec dejanja neznan, ali do obvestila, da je določena oseba storila takšno kaznivo dejanje (Dežman/Erbežnik 2003: 548). Da obstajajo razlogi za sum, ni potrebno, da je sum individualiziran oz. da se nanaša na določeno osebo, pač pa zadošča, če se nanaša na določeno kaznivo ravnanje, ki ga v tej fazi postopka še ni potrebno (in včasih še ni mogoče) natančno in dokončno pravno kvalificirati.

² V common law pravnih sistemih se za poimenovanje dokaznega standarda za obsodbo uporablja izraz »onstran razumnega dvoma«, v t.i. kontinentalnih mešanih modelih kazenskega postopka pa se govori o »gotovosti«, »moralnem prepričanju«, »intimnem prepričanju« ipd. Veljavna slovenska kazenskoprocena zakonodaja dokaznega standarda za obsodbo izrecno ne določa.

³ »Poseg kazenskega represivnega aparata države v posameznikove človekove pravice in temeljne svoboščine je tako načeloma dopusten šele tedaj, ko je bilo protipravno ravnanje posameznika ugotovljeno z obsodilno sodbo sodišča. Vsakdo namreč velja za

mogoče preiskovati kazniva dejanja, ne da bi na tak ali drugačen način posegali v posameznika, namreč ni. Domneve nedolžnosti zato ne razumemo kot statično meritorno stanje, ampak kot procesno (operativno) domnevo, ki ima tri procesne posledice: (1) dokazno breme je na (državnem) tožilcu in ne na obdolžencu; obdolžencu ni potrebno storiti ničesar v svojo obrambo; (2) tožilec nosi dokazno tveganje (če ne uspe dokazati krivde obdolženca, velja prepoved ponovnega sojenja o isti stvari: *ne bis in idem*); (3) v dvomu mora sodišče oprostiti obdolženca (*in dubio pro reo*).⁴ Te procesne posledice so garantne v razmerju do posameznika, zoper katerega poteka kazenski postopek.

Kazenski postopek je pravno urejen proces izpodbijanja domneve nedolžnosti, ki se skozi faze postopka točkovno izpodbija.⁵ Te točke so dokazni standardi. Ugotovitev, da je podan določen dokazni standard, ne pomeni, da je posameznik kriv storitve očitane kaznivega dejanja že z uvedbo kazenskega postopka ali med kazenskim postopkom.⁶ Sodišče lahko na podlagi ugotovitve o obstoju dokaznega standarda odreja sedanje, gotove in definitivne dejanske posledice (pripor, prisluškovanje, preiskave in zasege itd.) na podlagi negotovih (zgolj verjetno izkazanih), preteklih in v tem smislu »domnevnih« kaznivih dejanj, ki naj bi jih bil posameznik zagrešil. Zupančič zato pravi, da si država s tem jemlje pravice na kredit.⁷

Po svojem namenu so dokazni standardi procesna jamstva, ki varujejo pred samovoljnimi in prekomernimi posegi represivnega državnega aparata v človekove pravice in temeljne svoboščine osumljenca, obdolženca ali obtoženca, izjemo pa tudi tretjih oseb v kazenskem postopku.⁸ Pri tem so dokazni standardi izraz načela sorazmernosti. Iz ustavnosodne presoje namreč izhaja, da se dopustnost omejitve človekovih pravic in temeljnih svoboščin z represivnimi ukrepi pred izre-

nedolžnega, dokler njegova krivda ni ugotovljena s pravnomočno sodbo (27. člen Ustave). [...] Prepoved represivnih posegov v posameznikovo sfero pred morebitno obsodilno sodbo ni absolutna. Kakor domneva nedolžnosti ne preprečuje uvedbe kazenskega postopka [...], tako tudi ne preprečuje prisilnih ukrepov pred njegovim koncem, a seveda le, če so zanje izpolnjeni ustrezni pogoji.« (12. –14. točka U-I-296/02, z dne 20.5.2004, Ur. l. RS, št. 68/04 in OdlUS XIII, 41).

⁴ Jelenič Novak 1994: 27–31; Šugman 2002: 287–8, 296–7. Glej tudi 9. točko Up-12/93 in Up-17/93 (z dne 4.7.1996). O tem, da domneve nedolžnosti ne gre omejevat, zgolj na ureditev dokaznih bremen v kazenskem postopku, ampak je njen domet širši, pa glej Reingen, 1980.

⁵ Šugman 2002: 293–4.

⁶ 8. točka Up-12/93 in Up-17/93.

⁷ Zupančič s sodel. 1989, str. 46–9.

⁸ O dokaznih standardih kot o procesnih jamstvih glej Šugman 2002, str. 293–4.

kom sodbe v kazenskem procesnem pravu presoja s pomočjo verjetnosti, da je oseba, katere pravica se omejuje, storila kaznivo dejanje. »Sorazmernostno ravnovesje med pravico, v katero je poseženo, in ciljem, ki se zasleduje s posegom, se vzpostavlja s pomočjo dokaznega standarda. Ta je toliko strožji, kolikor intenzivnejši je poseg in kolikor pomembnejša je pravica, v katero je poseženo. To je bistveni pogoj za to, da se domneva nedolžnosti toliko umakne, da ne preprečuje več represivnega posega v posameznika [...].«⁹ To pa seveda ne pomeni, da naj bo vsebina določenega dokaznega standarda zahtevnejša pri obravnavanju pravno bolj zapletenih kazenskih zadev (na primer gospodarskih kaznivih dejanj ali dejanj organizirane kriminalitete) in obratno.

3 Utemeljeni razlogi za sum, da je oseba storila kaznivo dejanje

Če analiziramo shemo dokaznih standardov v ZKP, ugotovimo, da so utemeljeni razlogi za sum, da je določena oseba storila kaznivo dejanje, dokazni standard, ki je določen za nekatere najgloblje posege v človekove pravice in temeljne svoboščine, ki se izvajajo v predkazenskem postopku, torej pred uvedbo preiskave: prikriti preiskovalni ukrepi¹⁰, hišno in osebno preiskavo, pridržanje in začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi.

3.1 Prikriti preiskovalni ukrepi

Ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov je bila predmet pogostih in pomembnih sprememb kazenskoprocesne zakonodaje, ki sta jih sprožili odločbi Ustavnega sodišča U-I-25/95 in U-I-158/95 (z dne 2.4.1998, Ur. l. RS, št. 70/98 in OdlUS VII, 56), nadaljevala pa odločba U-I-272/98 (z dne 8.5.2003, Ur. l. RS, št. 48/03 in OdlUS XII, 42). Ustavno sodišče je izhajalo iz stališča, da prikriti preiskovalni ukrepi sami po sebi niso v neskladju z Ustavo, četudi posegajo v ustavne pravice, ki varujejo osebno dostojanstvo, osebnostne pravice, zasebnost in varnost posameznika. Prikriti preiskovalni ukrepi se uporabljajo za uspešnejše odkrivanje in dokazovanje kaznivih dejanj, ki jih je težje preiskovati in dokazovati. Ta cilj je ustavno legitimen in dopusten. Prikriti preiskovalni ukrepi so po presoji Ustavnega sodišča tudi primerni za doseg tega cilja. Prikriti preiskovalni ukrepi se razlikujejo glede na način zbiranja podatkov (s tehničnimi sredstvi, prek tajnih sodelavcev itd.) in posegajo v različne ustavne pravice različno intenzivno. Zato mora zakonodajalec opraviti tehtanje dobrin in ugotoviti nujnost omeje-

⁹ 28. točka U-I-296/02.

¹⁰ O terminoloških dilemah glede poimenovanja (POMS ali PPU) tovrstnih ukrepov glej Klemenčič 1999: 11.

valnega ukrepa. Tudi ko to opravi, sme zakonodajalec tovrstne omejitve človekovih pravic predvideti le z zakonom, in to določno in nedvoumno, da je izključena možnost arbitrarnega in prekomernega odrejanja in izvajanja posega.¹¹

Določitev dokaznega standarda v zakonu je odraz zakonodajalčevega tehtanja, tako da možnost poseganja v človekovo pravico omeji na primere, ko je poseg v razumnem sorazmerju z njegovim ciljem, tj. dobrino, ki naj se s posegom zavaruje, in z razumno pričakovanim učinkom tega zavarovanja.¹² V postopku ustvarjanja prava naj bi zakonodajalec izhajal iz načela, da globlji ko je poseg in pomembnejša ko je pravica, višji naj bi bil dokazni standard, predviden v zakonu. Ker pa bi to privedlo do množice dokaznih standardov, ki bi jih bilo praktično nemogoče epistemološko razlikovati¹³, zakonodajalec zasleduje sorazmernost v ožjem smislu tudi z drugimi instituti (npr. s katalogi kaznivih dejanj, s katerimi je izvajanje posameznega posega omejeno zgolj na določena kazniva dejanja).

Ko pa je določen dokazni standard uzakonjen, učinkuje v postopku odrejanja in izvajanja posega tako, da preprečuje arbitrarno in prekomerno omejevanje človekovih pravic v vsakem konkretnem primeru. Zato gola določitev dokaznega standarda brez zakonske ureditve učinkovitega pravnega nadzora nad odrejanjem prikritih preiskovalnih ukrepov in brez doslednega procesnega sankcioniranja države, ki ne spoštuje dokaznega standarda (z izločitvijo – ekskluzijo – nedovoljenih dokazov), ne doseže svojega namena.

¹¹ Slovensko ustavno sodišče je, ko je presojalo ustavnost poseganja države v človekove pravice ali temeljne svoboščine, oblikovalo t.i. strogi test sorazmernosti. »Poleg tega, da lahko poseg v človekove pravice temelji le na legitimnem, stvarno upravičenem cilju, je treba po ustaljeni ustavnosodni presoji vselej oceniti še, ali je ta v skladu z načeli pravne države (2. člen Ustave), in sicer s tistim izmed teh načel, ki prepoveduje prekomerne posege države tudi v primerih, ko se z njimi zasleduje legitimen cilj (splošno načelo sorazmernosti). Ocenjo, ali ne gre morda za prekomeren poseg, opravi Ustavno sodišče na podlagi t.i. strogega testa sorazmernosti. Ta test obsega presojo treh vidikov posega: 1) ali je poseg sploh nujen (potrben) v tem smislu, da cilja ni mogoče doseči brez posega nasploh (katerakoli) oziroma da cilja ni mogoče doseči brez ocenjevanega (konkretnega) posega s kakšnim drugim, ki bi bil po svoji naravi blažji; 2) ali je ocenjevani poseg primeren za dosego zasledovanega cilja v tem smislu, da je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči; če ga ni mogoče doseči, poseg ni primeren; 3) ali je teža posledic ocenjevanega posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oziroma koristim, ki bodo zaradi posega nastale (načelo sorazmernosti v ožjem pomenu oziroma načelo proporcionalnosti). Šele če poseg prestane vse tri vidike testa, je ustavno dopusten.« (25. točka U-I-18/02 z dne 24.10.2003, Ur. l. RS, št. 108/03 in OdlUS XII, 86).

¹² 47. točka U-I-25/95.

¹³ Shapiro 1991, str. 112.

V odločbi U-I-25/95 je Ustavno sodišče odločilo, da je bila nekoč veljavna ureditev prikritih preiskovalnih ukrepov v ZKP-94 (Ur. l. RS, št. 63/1994 in 70/1994–popr.) protiustavna, med drugim zaradi neustreznega dokaznega standarda, in jo je razveljavilo. ZKP-94 je namreč določal enak dokazni standard »razlogi za sum, da je določena oseba z eno ali več osebami sodelovala pri izvršitvi kaznivih dejanj« za ukrepe, ki različno močno posegajo v človekove pravice. Ta dokazni standard je bil določen na eni strani za prisluškovanje v prostoru s tehničnimi napravami ter za nadzorstvo in snemanje telefonskih pogovorov s tehničnimi sredstvi, kar so izjemno globoki vdori v zasebnost. Na drugi strani je bil isti dokazni standard predviden za tajno policijsko sodelovanje, tajno opazovanje in sledenje ter slikovno snemanje, ki so razmeroma manj invazivni posegi.¹⁴ Ustavno sodišče je zato zakonodajalcu med drugim naložilo, da zviša stopnjo suma, ki mora biti podana za odreditev prisluškovanja.

Dokazni standard »razlogi za sum, da je bilo storjeno uradno pregonljivo kaznivo dejanje«, ki ga pozna 148. člen ZKP, sicer ni isti standard, kot ga je določal 150. člen ZKP-94, saj so se pri slednjem razlogi za sum morali nanašati tako na določeno kaznivo dejanje kot tudi na določeno osebo.¹⁵ Vseeno je Ustavno sodišče menilo, da za prisluškovanje v prostoru – tj. prikriti preiskovalni ukrep, ki najintenzivneje posega v zasebnost – ne zadoščajo »razlogi za sum, da je posameznik storil kaznivo dejanje«, ki izhajajo le iz neznatnega spoznanja. Verjetnost oz. sum (in ne razlogi za sum) mora temeljiti na določenih dejstvih, na konkretnih okoliščinah, stopnja suma pa mora biti takšna, da se tako po kvaliteti kot po kvantiteti zbranih podatkov in njihovi preverljivosti v veliki meri približa utemeljenemu sumu. Glede na določbo drugega odstavka 150. člena ZKP-94 bi morali biti ob odreditvi ukrepa zbrani že vsi podatki, razen tistih, ki jih zaradi narave kaznivega dejanja ni mogoče zbrati, so pa ključnega pomena za to, da se krog indicev oz. dokazov zaključi v logično celoto, ki predstavlja kot utemeljen sum pogoj za uvedbo preiskave. Zakonska ureditev, ki je določala enako stopnjo suma za posebne preiskovalne ukrepe, ki različno intenzivno posegajo v zasebnost, zato ni bila ustrezna.¹⁶

Z odločbo U-I-158/95 je Ustavno sodišče razveljavilo določbe tedaj veljavnega 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

¹⁴ 19. točka U-I-25/95.

¹⁵ 150. člen ZKP-94 je za prikrite preiskovalne ukrepe torej določal enak dokazni standard, kot ga veljavni ZKP predvideva za fotografiranje, odvzem prstnih odtisov in brisa ustne sluznice (drugi odstavek 149. člena ZKP), pa tudi za zbiranje obvestil od osumljenca in njegovo zasliševanje (četrti odstavek 148. člena ZKP).

¹⁶ 54. točka U-I-25/95.

in 87/97), ki so urejale nekatere prikritke ukrepe, ker so bile v neskladju z načelom zakonitosti. Ugotovilo je, da je bila izpodbijana zakonska ureditev presplošna in da iz nje ni bilo razvidno, da bi zakonodajalec opravil tehtanje ustavnih dobrin ter ugotovil potrebnost in nujnost uzakonjenih posegov v ustavne pravice. Ureditev mora biti namreč tako podrobna, da preprečuje arbitrarnost državnih organov in zlorabe prikritih ukrepov.¹⁷ Da je bila zakonska ureditev nezadostna, je bilo razvidno tudi iz tega, da ni določala vrste in stopnje suma, ki se zahteva za posamezne ukrepe.

V obeh predstavljenih odločbah je Ustavno sodišče poudarilo pomen dokaznih standardov kot enega od kriterijev, ki je pomemben za uresničevanje ustavnopravnega načela sorazmernosti, oz. kazenskopravnega vidika načela sorazmernosti, ki izhaja iz načela pravne države.

V *U-I-25/95* je Ustavno sodišče analiziralo tudi del sheme dokaznih standardov v kazenskem postopku. Ugotovilo je, da je na podlagi 148. člena ZKP policija dolžna in upravičena ukrepati, če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Za uvedbo sodne preiskave in s tem za formalni začetek kazenskega postopka pa se zahteva obstoj utemeljenega suma. ZKP ne vsebuje izrecne opredelitve pojmov »razlogi za sum« in »utemeljen sum«, vendar je iz zakonske ureditve razvidno, da se dejstva, ki kažejo na kaznivo dejanje in storilca, v postopku najprej ugotavljajo z manjšo verjetnostjo (razlogi za sum) in nato z večjo verjetnostjo (utemeljen sum), ki se mora na koncu preoblikovati v prepričanje oz. subjektivno gotovost, ki je potrebna za obsodilno sodbo. Na stopnjevanje dokaznih standardov zakonodajalec navezuje različne pravne posledice: medtem ko jih razlogi za sum še nimajo, se na obstoj utemeljenega suma, ko je zbrano dovolj specifičnih in artikulabilnih dokazov, obvezno navezuje uvedba sodnega preiskovalnega postopka. Ker so posledice utemeljenega suma tako drugačne, je očitno, da obstaja »razlogi za sum« temeljijo glede na ustaljeno razumevanje, ki se je izoblikovalo v praksi organov pregona in sodišč, že na minimalnem obvestilu, mora biti »utemeljen sum« rezultat, ki je do določene mere preverjen in hkrati preverljiv, tj. dokumentiran do tolikšne mere, da omogoča preizkus s strani sodišča, ki v okviru odločanja na primer o uvedbi preiskave odloči tudi o njegovem obstoju. Utemeljenost suma namreč ni predvsem spoznavno in verjetnostno vprašanje, ampak je most, preko katerega se prenaša pristojnost s policije na sodišče. Njegov namen je v sodni kontroli nad delom policije v predkazenskem postopku.¹⁸

Z novelo ZKP-A (Ur.l. RS, št. 72/1998) je zakonodajalec oblikoval nov dokazni standard: »utemeljeni razlogi za sum, da je določena oseba izvršila, izvršuje ali pripravlja oz. organizira katerega izmed določenih kaznivih dejanj«. ¹⁹ S tem je vnesel v ZKP dokazni standard, ki je manjši od utemeljenega suma, ki je pogoj za uvedbo preiskave. Tako je lahko umestil prikritke preiskovalne ukrepe v predkazenski postopek, ko oseba, zoper katero se tovrstni ukrepi izvajajo, še ne ve, da se jo preiskuje. Od začetka veljavnosti novele ZKP-A in Zakona o policiji iz leta 1998 (Ur.l. RS, št. 49/1998, 66/1998-popr.; v nadaljevanju ZPol-98) so bili posebni preiskovalni ukrepi urejeni v teh dveh zakonih. ZKP je urejal nekatere bolj invazivne prikritke preiskovalne ukrepe, za katere je zahteval obstoj utemeljenih razlogov za sum. ZPol-98 pa je urejal t.i. policijske prikritke preiskovalne ukrepe²⁰, za katere so zadoščali razlogi za sum, da je oseba storila uradno pregonljivo kaznivo dejanje. Z odločbo Ustavnega sodišča *U-I-272/98* pa je bila razveljavljena tudi ureditev posebnih preiskovalnih ukrepov v ZPol-98.

Z odločbo *U-I-272/98* je Ustavno sodišče ugotovilo, da je bila ureditev policijskih prikritih preiskovalnih ukrepov v ZPol-98 v neskladju z zahtevo po določenosti zakona ter v nasprotju z načelom sorazmernosti. Prvi in tretji odstavek 49. člena ZPol-98 sta bila razveljavljena, ker sta bila premalo določna, saj sta zajemala preširok krog (katalog) kaznivih dejanj in ker trajanje ukrepov časovno ni bilo dovolj omejeno. Ustavno sodišče v obrazložitvi te odločbe ni reklo ničesar o dokaznih standardih.

V pritrđilnem ločenem mnenju, ki se mu je pridružila sodnica *dr. Wedam Lukić*, pa je ustavni sodnik *dr. Fišer* zapisal, da je ZPol-98, ki je bil sprejet v vmesnem obdobju med odločbo Ustavnega sodišča *U-I-25/95* in novelo ZKP-A, obdržal dokazni standard, ki ga je poznal ZKP-94, tj. »nizke« razloge za sum, čeprav gre za ukrepe, ki razmeroma globoko posegajo v pravice in svoboščine ljudi. Po njegovem mnenju je bila tovrstna rešitev skoraj izzivalno tvegana, ker je Ustavno sodišče v odločbi *U-I-25/95* za vse ukrepe iz 150. člena ZKP-94 zahtevalo več kot razloge za sum, čeprav tega ni izrecno zapisalo. Ustavno sodišče je zakonodajalcu sicer naložilo, naj med ukrepi iz 150. člena ZKP-94 vzpostavi ustrezno hierarhijo, saj je ocenilo, da je bila dotedanja ureditev premalo diferencirana. Vendar Fišer dvomi, da bi Ustavno sodišče tedaj imelo v mislih možnost, da bi za katerikoli prikriti preiskovalni ukrep smela ostati kot temeljni pogoj že najnižja stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Svoje pomisleke opira na dejstvo, da so razlogi za sum najnižja stopnja verjetnosti, ki

¹⁷ 17. točka *U-I-158/95*.

¹⁸ 53. točka *U-I-25/95*.

¹⁹ *Fišer* pravi, da se je s tem preveč podobnih pojmov znašlo na zelo tesnem mestu (*Fišer* 1998: IV).

²⁰ To so tajno opazovanje in sledenje z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje, tajno policijsko delovanje, tajno policijsko sodelovanje ter uporaba prirejenih listin in identifikacijskih oznak.

jo predvideva naš zakonodajalec kot vsebinski temelj za posege državnega represivnega aparata v pravice in svoboščine ljudi, potem ko je bilo domnevno storjeno kaznivo dejanje. Takšna verjetnost se na primer zahteva, da lahko policija uporabi temeljna preiskovalna pooblastila iz drugega odstavka 148. člena ZKP, ki neprimerljivo manj posegajo v zasebnost ljudi kot prikriti preiskovalni ukrepi iz 49. člena ZPol-98. Nesprejemljivo je, da bi bili ukrepi, ki so neprimerljivo bolj invazivni, vezani na isti dokazni standard. Drugi argument pa je procesnopravno-sistemske narave. Informacije, ki jih pridobi policija na podlagi poizvedovanja po drugem odstavku 148. člena ZKP, ne morejo biti dokaz v kazenskem postopku. Rezultati prikritih preiskovalnih ukrepov pa so dokaz v kazenskem postopku. S policijskimi prikritimi preiskovalnimi ukrepi se je tako policiji ponudila možnost, da se izogne tej dokazni prepovedi, tako da je običajno policijsko delovanje uokvirila v enega izmed ukrepov iz 49. člena ZPol-98.²¹

Zakonodajalec je pritrdilnemu ločenemu mnenju očitno sledil, saj veljavna kazensko procesna zakonodaja za vse prikriti preiskovalne ukrepe zahteva obstoj istega dokaznega standarda »utemeljeni razlogi za sum«. ²² Od uveljavitve novele ZKP-F (Ur.l. RS, št. 43/2004) so vsi prikriti preiskovalni ukrepi urejeni v ZKP. Ukrepi se sicer med seboj razlikujejo po intenzivnosti vdora v človekove pravice in po tem, v katere človekove pravice posegajo. Vendar se zakonodajalec ni odločil za niansiranje dokaznih standardov, pač pa je hierarhijo med njimi vzpostavil z načelom subsidiarnosti, različnimi časovnimi omejitvami trajanja ukrepov, katalogi kaznivih dejanj in postopki odrejanja.

Predlagatelj invazivnejših prikritih preiskovalnih ukrepov je državni tožilec, odobri pa jih preiskovalni sodnik v *ex parte* postopku. Predlog in odredba morata vsebovati utemeljitev utemeljenih razlogov za sum. Preiskovalni sodnik pred izdajo odredbe presodi, ali so zanj izpolnjeni zakonski pogoji (tudi dokazni standard), po prenehanju izvajanja ukrepa pa mora po uradni dolžnosti še preveriti, ali se je izvajal na odrejen način.²³ S takšno

ureditvijo je bolj kot v ostalih fazah postopka poudarjena vloga tožilca kot *dominus litis* kazenskega postopka. Spremenjena pa je tudi vloga preiskovalnega sodnika v smeri večje garantnosti.²⁴ Preiskovalni sodnik tako nastopa v dveh različnih procesnih vlogah, odvisno od faze postopka. V predkazenskem postopku, ko odreja različne posege, nastopa kot sodnik garant, v preiskavi pa kot pravi preiskovalni sodnik, ki preiskuje. Pri tem se zastavlja vprašanje, ali lahko sodnik opravlja dve tako različni vlogi, ki predpostavljata popolnoma različni procesni mentaliteti.

Postopek odrejanja nekaterih prikritih ukrepov, tj. manj invazivnih oblik tajnega opazovanja in tajnega delovanja, pa je tak, da jih odredi kar državni tožilec na predlog policije. Odrejanje in izvajanje ukrepa je torej na organih pregona, kar pomeni, da tedaj še ne moremo govoriti o nepristranskem nadzoru nad poseganjem v človekove pravice. Preiskovalni sodnik šele naknadno preizkusi, ali je bil tovrsten prikriti preiskovalni ukrep odobren in ali se je izvajal na zakonit način.

3.2 Hišna in osebna preiskava

Tudi dokazni standard za hišno in osebno preiskavo je zakonodajalec pogosto spreminjal. ZKP-94 dokaznega standarda sploh ni določal. Določal je le, da se hišna preiskava prostorov obdolženca in drugih oseb lahko opravi, če je verjetno, da bo mogoče pri preiskavi prijete obdolženca ali da se bodo odkrili sledovi kaznivega dejanja ali predmeti, ki so pomembni za kazenski postopek, osebna preiskava pa, če je verjetno, da se bodo našli sledovi in predmeti, ki so pomembni za kazenski postopek. *Zobec* pravi, da je bila ta verjetnost podana, kadar je bilo pričakovanje uspeha večje od pričakova-

²¹ 2.–5. točka pritrdilnega ločenega mnenja ustavnega sodnika dr. Fišerja, ki se mu pridružuje sodnica dr. Wedam Lukič, k odločbi U-I-272/98.

²² To so: tajno opazovanje (149.a člen ZKP), nadzor elektronskih komunikacij s prisluškovanjem in snemanjem, kontrola pisem in drugih pošilk, kontrola računal. sistema banke, prisluškovanje in snemanje pogovorov s privolitvijo osebe, udeležene v pogovoru (150. člen ZKP), prisluškovanje in opazovanje v tujem stanovanju z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje in po potrebi s tajnim vstopom (151. člen ZKP) in tajno delovanje (155.a člen ZKP).

²³ Tako pridobljeni dokazi imajo dokazno vrednost, gre za formalno priznano delovanje policije. Takšna ureditev spodkopava fikcijo o ločenosti (neformalnega) predkazenskega postopka in (formalnega oz. sodnega) kazenskega postopka, ki naj bi se začel šele s preiskavo (Šugman 2001: 995).

²⁴ Vrtačnik poudarja, da prva točka drugega odstavka 45. člena ZKP, ki določa, da državni tožilec ukrene, kar je potrebno v zvezi z odkrivanjem kaznivih dejanj in izsleditvijo storilcev ter za usmerjanje predkazenskega postopka, v praksi ni sprožila intenzivnejšega sodelovanja med policijo in tožilstvom in je tako funkcionirala le kot nekakšna programska določba. Sodelovanje je postalo intenzivnejše z uvedbo določb o prikritih preiskovalnih ukrepih. Za tesnejše sodelovanje med državnim tožilec in policijo je namreč ključno, da prikriti preiskovalni ukrepi na obrazložen predlog državnega tožilca odreja preiskovalni sodnik. Za sestavo predloga državni tožilec potrebuje dovolj kvalitetno pobudo policije, ki mu omogoči sestaviti predlog, s katerim prepriča preiskovalnega sodnika, da odredi predlagani ukrep. Tako je postal državni tožilec, ki je doslej le sprejemal informacije in podatke od organov odkrivanja, dejanski organ kazenskega pregona, ki je aktiven soustvarjalec načina zbiranja podatkov in dokazov, katerih zbiranje se začne v predkazenskem postopku (Vrtačnik 2004: 658, glej tudi Klemenčič 1998: 960). To potrjuje tezo, da je dejansko sodelovanje med policijo in tožilstvom pogojeno z institucionalnim okoljem in procesnimi pravili, saj je uspešnost dela policije odvisna od dela tožilstva in obratno (Richman 2003).

nja neuspeha, opirati pa se je morala na določena konkretna dejstva.²⁵ Vseeno pa ZKP-94 s tem ni določal dokaznega standarda za oba posega. Verjetnost, da bo mogoče osebo prijeti ali da bodo odkriti sledovi kaznivega dejanja, je lahko enako velika tako pri razlogih za sum kot pri kakšnem višjem sumu, da je določen posameznik storil kaznivo dejanje.

Novela ZKP-E (Url. RS, št. 56/2003) je za hišno in osebno preiskavo določila standard »utemeljen sum, da je določena oseba storila kaznivo dejanje«. S tem je bil dokazni standard za hišno in osebno preiskavo izenačen s standardom, ki se zahteva za uvedbo sodne preiskave oz. za začetek formalnega²⁶ kazenskega postopka. To se je izkazalo za neprimerno, ker se hišna in osebna preiskava praviloma opravljata že v predkazenskem postopku. Za izvedbo hišne preiskave je nujno, da se odredi, preden se posameznik zave, da se ga preiskuje, saj bo sicer, če je res storilec, po vsej verjetnosti uničil ali skrival dokaze. Z uvedbo preiskave, za kar je potreben utemeljen sum, pa je obdolžencu nujno že jasno, da zoper njega teče kazenski postopek. Prav ta zagata je bila razlog za oblikovanje novega dokaznega standarda »utemeljeni razlogi za sum«. Zgradba našega kazenskega postopka, ki z dokaznim standardom »utemeljen sum« ločuje med predkazenskim in kazenskim (preiskavo) postopkom, je razlog za oblikovanje dokaznega standarda, ki je nekoliko nižji od utemeljenega suma.

Novela ZKP-F je zato tudi za hišno in osebno preiskavo predpisala utemeljene razloge za sum. Navkljub enakemu dokaznemu standardu je veljavna ureditev hišne in osebne preiskave, zlasti če jo primerjam z ureditvijo prikritih preiskovalnih ukrepov, še vedno pomanjkljiva.²⁷ Tako ZKP za izvedbo hišne in osebne preiskave poleg obstoja »utemeljenih razlogov za sum« ne zahteva še zadostne verjetnosti (utemeljeno sklepanje ali utemeljen sum), da so stvari, ki naj se zasežejo, v povezavi s kaznivim dejanjem in da se nahajajo v določenih prostorih oz. na določeni osebi, ki naj se preišče. Sedanja ureditev zato še vedno ne jamči sorazmernosti posega.

Ob tem velja omeniti, da je leta 2002 Vrhovno sodišče RS v sodbi *I Ips 214/97* (z dne 28.11.2002) interpretiralo tedaj veljavno določbo 214. člena ZKP-94, ki je določala, se sme hišna preiskava opraviti »če je verjetno, da bo mogoče pri preiskavi [...] odkriti sledove kaznivega dejanja ali predmete, ki so pomembni za kazenski postopek«. Ne glede na pomanjkljivo zakonsko ureditev je bilo Vrhovno sodišče mnenja, da mora odredba o hišni

preiskavi v mejah možnosti zagotoviti, da je poseg v pravico do zasebnosti primerno omejen, določiti mora okvir, meje in cilj hišne preiskave. Odredba bi morala obsegati podatke o osebi, pri kateri se bo preiskava opravila, in razloge, iz katerih izhaja utemeljen sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje (če se hišna preiskava opravlja pred uvedeno preiskavo). Ravno tako bi morali biti navedeni oseba (obdolženec), sledovi ali predmeti, ki se iščejo, in okoliščine, iz katerih izhaja verjetnost, da bo obdolženec prijet, ter odkriti sledovi ali predmeti, pomembni za kazenski postopek. Določno bi moral biti naveden tudi prostor, v katerem naj se opravi hišna preiskava. Vrhovno sodišče je torej menilo, da se za hišno preiskavo zahteva utemeljen sum, saj jo ZKP umešča med preiskovalna dejanja. Z noveliranjem 214. člena ZKP, ki zdaj izrecno določa drugačen dokazni standard za hišno preiskavo, ta del odločitve Vrhovnega sodišča žal ni več relevanten. Glede ostalih pogojev in postopka odrejanja pa ta izrazito garantna odločitev Vrhovnega sodišča še vedno dopolnjuje pomanjkljivo zakonsko ureditev hišne preiskave.²⁸

Za učinkovito preprečevanje arbitrarnih posegov v človekove pravice je bistveno sodno odločanje o obstoju dokaznih standardov, tj. sodni nadzor nepristranskega sodišča nad uvedbo in izvajanjem posega. Da lahko sodnik nepristransko odloči, mora predlog za poseg vložiti tisti subjekt v postopku, ki ima funkcijo pregona (torej tožilec), ki nosi tudi breme, da dokaže obstoj dokaznega standarda. O predlogu odloči sodišče, ki med drugim presodi, ali je zadoščeno dokaznemu standardu. Pri tem je pomembno, da posega ne more odrediti sodišče po uradni dolžnosti.²⁹ Ureditev hišne in osebne preiskave teh zahtev ne izpolnjuje. V 215. členu ZKP je določeno zgolj, da hišno in osebno preiskavo odredi sodišče, ne pa tudi, kdo poda predlog zanjo. Ker sta hišna in osebna preiskava v strukturi ZKP umeščeni med preiskovalna dejanja, iz ZKP pravzaprav izhaja, da lahko hišno in osebno preiskavo samoiniciativno odredi samo preiskovalni sodnik, če meni, da bi to prispevalo k ugotavljanju dejanskega stanja o kaznivem dejanju. Ker je smisel dokaznih standardov v nepristranski sodni kontroli nad delom organov odkrivanja in pregona, veljavna zakonska ureditev ne varuje pred arbitrarnimi in prekomernimi hišnimi in osebnimi preiskavami.³⁰

²⁵ Zobec 1985, str. 435–6.

²⁶ O razliki med dejanskim in formalnim začetkom kazenskega postopka glej Zupančič 1991: 249–59.

²⁷ ZKP ne določa, kdo poda predlog za hišno (ali osebno) preiskavo, ne določa podrobneje vsebinskih razlogov zanjo, ni zahteve po natančni opredelitvi prostorov in predmetov, ki se iščejo, slabo so urejena izločitvena pravila (Šugman 2001, str. 997).

²⁸ V praksi se večina hišnih preiskav odreja na predlog policije. V raziskavi Analiza trajanja kazenskih postopkov v RS raziskovalci opažajo, da so predlogi in odredbe za izvedbo hišne preiskave velikokrat neustrezno obrazloženi. Odredbe tako pogosto ne vsebujejo vsebinske obrazložitve obstoja dokaznega standarda, ampak zgolj pavšalno navajajo, da je ta podan (Bošnjak, v Bošnjak s sodel. 2005, str. 423–4).

²⁹ Šugman 2002: 294–5.

³⁰ O izdaji odredbe za poseg v zasebnost odloča sodišče. Da odločanje o obstoju »probable cause« pripada sodni veji oblasti, je staro načelo *common law*, ki ga je postavila na ustavni nivo ameriška ustava. Na drugi strani pa lahko poseg predlaga le izvršna veja oblasti, saj je preiskovanje kaznivih dejanj in preganjanje storilcev njena naloga (Lynch 2000: 726).

3.3 Začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi

Z novelo ZKP-G (Ur.l. RS, št. 101/2005) je zakonodajalec opredelil dokazni standard za začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi³¹, če se odreja v predkazenskem postopku.³² V zadevi *U-I-296/02* je namreč Ustavno sodišče razveljavilo ureditev tega instituta med drugim zato, ker ZKP ni določal dokaznega standarda oz. stopnje verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, s katerim je bila protipravno pridobljena premoženjska korist, kot vsebinskega pogoja za odreditev začasnega zavarovanja zahtevka za odvzem premoženjske koristi že v predkazenskem postopku. Zakon je tako omogočal pretirano (nesorazmerno) poseganje v lastninsko pravico iz 33. člena Ustave.³³

Z novelo ZKP-G je zakonodajalec v drugem odstavku 502. člena ZKP določil, da lahko sodišče odredi začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi (tudi) v predkazenskem postopku, če so podani utemeljeni razlogi za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, s katerim ali zaradi katerega je bila pridobljena premoženjska korist, ali da je bila taka korist pridobljena za drugega ali nanj prenesena.³⁴ Tako je postal dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum« pogojev za primerljivo invazivne posege v različne človekove pravice in temeljne svoboščine, ki se izvajajo pred uvedbo preiskave.³⁵

³¹ Začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi spada med t.i. stvarne omejevalne ukrepe. V pritrdilnem ločenem mnenju k odločbi Ustavnega sodišča *U-I-296/02* ustavni sodnik dr. Fišer opozarja na nedorečeno zakonsko ureditev stvarnih omejevalnih ukrepov in meni, da »morajo veljati za urejanje stvarnih omejevalnih ukrepov v zakonu v načelu enaka pravila, kakor veljajo za osebne omejevalne ukrepe. To pomeni, da morajo biti natančno določeni pogoji za njihovo uporabo (stopnja verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje kot najpomembnejši vsebinski pogoj ter specifični pogoji za uporabo vsakega izmed njih), urejen mora biti ustrezni (kontradiktorni) postopek odločanja o njih, trajanje mora biti omejeno, včasih pridejo v poštev še druge omejitve in izjeme ter podobno. Teoretično, a deloma tudi za prakso (za postopek odločanja in zaradi spoštovanja načela sorazmernosti) je pomembno tudi vprašanje razmerij med posameznimi omejevalnimi ukrepi; nikoli ni odveč poudariti, da je treba doseči cilj z uporabo ukrepa, ki v najmanjši možni meri posega v pravice in svoboščine osumljenca ali obdolženca.«

³² Če se začasno zavarovanje odredi v kazenskem postopku, ki se praviloma začne z uvedbo preiskave, je podan že utemeljen sum.

³³ 30. točka *U-I-296/02*.

³⁴ Ureditev začasnega zavarovanja zahtevka za odvzem premoženjske koristi se analogno uporablja tudi za začasno zavarovanje adhezijskega zahtevka. Vendar pa ta ne pride v poštev v predkazenskem postopku, ker ga obdolženec poda najbolj zgodaj v preiskavi, ko je podan že utemeljen sum.

³⁵ Ta dokazni standard za začasno zavarovanje v predkazenskem postopku se zdi najbolj primeren tudi *Bošnjaku*. Utemeljen sum je

3.4 Pridržanje

Policija sme posamezniku izjemoma vzeti prostost in ga pridržati (drugi odstavek 157. člena ZKP), če so kumulativno izpolnjeni trije pogoji: (1) utemeljeni razlogi za sum, da je storil kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti; (2) pridržanje mora biti potrebno iz vsaj enega od naslednjih razlogov: (a) ugotavljanje istovetnosti, (b) preverjanje alibija ali (c) zbiranje obvestil in dokaznih predmetov o tem kaznivem dejanju; in (3) podan mora biti še vsaj eden od pripornih razlogov: begosumnost, ponovitvena nevarnost ali koluzijska nevarnost.

Pridržanje ima dvojno naravo. Po eni strani je poseg v osebno svobodo, po drugi strani pa je prvenstveno namenjeno pridobivanju izjav ali izpovedb od osumljenca. Za razliko od aretacije, ki je trenuten odvzem prostosti, lahko pridržanje traja do 48 ur. Pridržanje je podobno kot pripor trajajoč poseg v osebno svobodo, vendar sme trajati veliko manj časa. Poleg tega se od pripora razlikuje po namenu. Namen pridržanja je odkrivanje oz. preiskovanje kaznivega dejanja, ne pa uspešen potek kazenskega postopka ali varnost ljudi. Za pridržanje se zahteva dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum, da je oseba storila kaznivo dejanje«, za aretacijo in pripor pa višji dokazni standard »utemeljen sum«. Aretacija, kot jo določa prvi odstavek 157. člena ZKP, je pravzaprav prvi korak do uvedbe pripora, saj je trenuten poseg v posameznikovo osebno svobodo, ki ga izvede policija, ki mu mora takoj slediti odločanje sodišča o uvedbi pripora. Zato je razumljivo, da velja za aretacijo in odreditev pripora enak dokazni standard. Ker pa Konvencija Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin določa, da je zgolj »utemeljen sum« pogoj za zakonit odvzem prostosti, je ureditev, ki za različne oblike odvzema prostosti določa različne dokazne standarde, sporna.

Pred uvedbo novele ZKP-G je bil standard verjetnosti za pridržanje posebej problematičen, saj so zadoščali že »razlogi za sum, da je oseba storila kaznivo dejanje«. To je bil prenizek standard za poseg v osebno svobodo posameznika. Z novelo ZKP-G je zakonodajalec dvignil dokazni standard, obstoj katerega se zahteva za pridržanje, na utemeljene razloge za sum. Ker pa se ob posegu v osebno svobodo posameznik nujno seznanja s tem, da zoper njega poteka kazenski postopek, se zastavlja vprašanje, zakaj je zakonodajalec določil ta »kompromisni«

previsok dokazni standard, saj bi državni tožilec, če bi menil, da je podan utemeljen sum, lahko hkrati zahteval preiskavo. Utemeljen sum se zdi previsok dokazni standard tudi v primerjavi začasnega zavarovanja z drugimi omejevalnimi ukrepi, saj gre za manj intenziven ukrep kot pripor in za najbrž ne bolj intenziven poseg, kot je tajno prisluškovanje. Začasno zavarovanje pa je toliko intenziven poseg, da razlogi za sum z vidika načela sorazmernosti ne zadoščajo (*Bošnjak* 2005: 17).

dokazni standard. Pri vseh ostalih posegih (prikriti preiskovalni ukrepi, hišna in osebna preiskava, začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi), za katere je predpisal utemeljene razloge za sum, se je zakonodajalec odločil za ta dokazni standard, ker je treba te posege izvesti, preden posameznik izve za to oz. preden lahko to predvideva.

Ker veljajo utemeljeni razlogi za sum za standard, ki je nižji od utemeljenega suma, je policija tako upravičena posamezniku odvzeti osebno svobodo, še preden so izpolnjeni pogoji za njegovo aretacijo in pripor. Čeprav je ena izmed temeljnih pravic, ki mora biti zagotovljena pri poseganju v ustavno zadržano človekovo pravico, pravica do sodnega varstva glede zakonitosti posega, ZKP določa, da o odreditvi pridržanja odloči policija, ki tudi sama oceni, ali je podan dokazni standard zanj.³⁶ Pridržanje je tako poseg v osebno svobodo, ki ne temelji na sodni odločbi.³⁷ Nadzor sodišča je omejen, saj odloča o pridržanju samo v primeru, če se osumljenec pritoži zoper odločbo o pridržanju (kar ukrepa ne zadrži), ki pa jo mora policija izdati le, če pridržanje traja več kot šest ur. Glede te odločbe ZKP določa zgolj, da mora vsebovati razloge za odvzem prostosti, ne pa tudi obrazložitev dokaznega standarda (šesti odstavek 157. člena ZKP). Institut pridržanja torej policiji omogoča, da ima 48 ur posameznika v situaciji, ko ta ne more prekiniti stika z njo, in to brez sodne kontrole.³⁸

Problematičen je tudi namen pridržanja. ZKP določa, da mora biti pridržanje potrebno iz vsaj enega od naslednjih razlogov: ugotavljanje istovetnosti, preverjanje alibija ali zbiranje obvestil in dokaznih predmetov o kaznivem dejanju. Od pri-

četka veljavnosti novele ZKP-E pa sme policija pridržanega tudi formalno zasliševati, če je pri tem prisoten njegov zagovornik. Z Ustavo zagotovljene človekove pravice in temeljne svoboščine sicer niso neomejene. Ustava predvideva možnost omejitve pravice do osebne svobode, saj dopušča, da zakon določi primere in postopek, v katerih je mogoče človeku odvzeti prostost.³⁹ Poseg v ustavno zavarovano človekovo pravico je lahko dovoljen, če temelji na legitimnem namenu. Med pridržalnimi razlogi je najmanj sporno ugotavljanje istovetnosti, če je ni mogoče ugotavljati na manj invaziven način in če je omejena na čas, ki je nujno potreben, da se istovetnost ugotovi.⁴⁰ Sprejemljiv se mi zdi tudi časovno omejen poseg v osebno svobodo, ki ga opravičuje kratki časovni zamik med aretacijo utemeljeno sumljivega posameznika in njegovo privedbo pred preiskovalnega sodnika zaradi administrativnih opravil, ki jih mora policija pred tem opraviti.⁴¹ Možnost 48-urnega pridržanja ne glede na to, kako dolgo omejevanje osebne svobode bi bilo dejansko upravičeno, pa se mi zdi sporna z vidika načela sorazmernosti.

Sporen pridržalni razlog je zbiranje obvestil od osumljenca.⁴² ZKP določa več situacij, ko oseba podaja izjave policiji. Po določbi 148. člena ZKP, v primeru »razlogov za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje«, se posameznik mora odzvati vabilu policije, ni pa se dolžan z njo pogovarjati in lahko kardakoli odide. Gre za neformalno zbiranje obvestil od oseb, za katere policija meni, da bi lahko karkoli povedale o kaznivem dejanju, ki se preiskuje. »Razlogi za sum« se pri tem nanašajo samo na dejanje, ne pa tudi na osebo. V primeru pridržanja pa je odvzeta prostost osebi, ki je morebitni storilec kaznivega dejanja (osumljenec). Ta ne more samovoljno prekiniti stika s policijo, ker ji je odvzeta prostost. Nesorazmerje v moči med policijo in posameznikom naj bi popravil pouk, ki ga mora policija povedati pridržani osebi v trenutku, ko se odloči za pridržanje. Osebo pouči o pravicah po 4. členu ZKP, da ni dolžan ničesar izjaviti in da ima pravico do zagovornika. 29. člen Ustave posamezniku jamči pravico, da ni neprostovoljno vir dokazov zoper samega sebe (privilegij zoper samoobtožbo⁴³).

³⁶ Že v fazi priprave predloga ZKP-94 in tudi pozneje v postopku sprejemanja zakona so bila mnenja o ustavnosti instituta pridržanja deljena. Obstajala so namreč mnenja, da je pridržanje prikrita oblika policijskega pripora, ki ga je poznal ZKP iz leta 1977 in ki je po določbi 20. člena Ustave izključen (Horvat 1995: 26–7). Ustavno sodišče še ni presojalo ustavnosti zakonske ureditve pridržanja. Bilo je sicer vloženi že nekaj pobud za presojo ustavnosti, vendar jih Ustavno sodišče ni vsebinsko obravnavalo zaradi formalnih pomanjkljivosti.

Kritično analizo zakonske ureditve pridržanja glej tudi v Gorkič 2005: VIII–XII.

³⁷ Spornost zakonske ureditve tovrstnega policijskega omejevanja osebne svobode je manj očitna, ker v Ustavi RS ni dosledno izpeljan *habeas corpus*, torej zahteva, da se osebo, ki ji policija odvzame prostost (jo aretira), kar je trenutna omejitev svobode, nemudoma izroči sodni veji oblasti. Sodna oblast je edina, ki ima pravico odrediti kaj več kot trenutni odvzem prostosti. To zahtevo Ustava izrecno določa le v povezavi s priporom (prim. 44. in 45. točko U-I-18/93). Vendar je *habeas corpus* določen v 5. členu Konvencije Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin.

³⁸ Gorkič meni, da je edini razumljiv, vendar še vedno nesprejemljiv namen pridržanja podaljšan stik osumljenca in policije brez sodnega nadzora (Gorkič 2005, str. VIII).

³⁹ Glej drugi odstavek 19. člena Ustave.

⁴⁰ To pooblastilo ima policija pravzaprav že v 149. členu ZKP.

⁴¹ Prim. odločitev ameriškega Vrhovnega sodišča v zadevi *Mallory v. US 354 U.S. 449* (1957). Kratkotrajno omejitev prostosti s strani policije iz tega razloga omogoča določba prvega odstavka 157. člena ZKP, ki pravi, da mora policija osebo, ki ji je vzeta prostost, brez odlašanja privedi k preiskovalnemu sodniku. Razlaga besedne zveze »brez odlašanja« dopušča tudi kratkotrajno zadrževanje posameznika na policiji, če je to potrebno zaradi administrativnih opravil.

⁴² Prav ta razlog je v praksi med najbolj pogostimi (Dvoršek 1996, str. 128).

⁴³ Kustodialnost, ne osredotočenost, aktivira *Mirando* (Zupančič s sodel. 2000: 622). Več o privilegiju glej v Berger, 1980, in v Zupančič, 1996.

Če karkoli izjavi v svojo škodo, se je tej pravici odrekel ali pa mu je bila kršena. Ker je ta nevarnost v kontekstu kustodialnosti toliko večja, ga je potrebno poučiti o njegovih pravicah, ki izhajajo iz privilegija zoper samoobtožbo.⁴⁴

Ko se je odločil, da tudi za pridržanje uzakoni utemeljene razloge za sum, je zakonodajalec ločil procesno situacijo, ko je posamezniku vzeta prostost in se od njega zbira obvestila ali se ga celo zaslišuje, od procesne situacije, ko se od osumljenca zbira obvestila ali se ga zaslišuje, ne da bi mu bila vzeta prostost. Medtem ko se za prvo procesno situacijo zahtevajo utemeljeni razlogi za sum, se za drugo zahtevajo razlogi za sum, da je oseba storila kaznivo dejanje. Razlog za niansiranje dokaznih standardov je tako različna stopnja poseganja v osebno svobodo zaradi pridobivanja obvestil oz. izpovedi od osumljenca. ZKP za različno intenzivne oblike pridobivanja izjav od osumljenca določa različna dokazna standarda.

Dokazni standardi so pogoji, ki morajo biti izpolnjeni pred poseganjem v t.i. relativne pravice. Iz ustavnosodne presoje namreč izhaja, da zakonodajalec opredeli dokazni standard na podlagi tehtanja človekove pravice, v katero se posega, in dobrine, ki se jo s posegom štiti. Vezati zasliševanje na dokazni standard pomeni, da ima to policijsko pooblastilo naravo posega v človekovo pravico. Edina tovrstna pravica, v katero se posega z zbiranjem obvestil in zasliševanjem (četudi imajo tako pridobljene izjave različno dokazno vrednost), je privilegij zoper samoobtožbo. Vendar v kazenskem postopku ni dopustno posegati v vse človekove pravice; nekatere imajo absolutno naravo, kar pomeni, da se vanje ne sme posegati. Takšen je tudi privilegij zoper samoobtožbo, ki ima že po naravi stvari lahko le absolutno naravo.⁴⁵ Privilegija namreč ni mogoče delno omejiti; v kolikor se vanj posega, se ga krši. Stališče zakonodajalca pa je očitno drugačno, saj dokazne standarde celo stopnjuje: možnost policijskega zasliševanja, če osumljencu ni vzeta prostost, je vezana na še nižji dokazni standard kot zasliševanje pridržanega osumljenca.⁴⁶ Privilegij zoper samoobtožbo v veljavni kazensko procesni ureditvi tako nima značaja t.i. absolutne pravice.

Pridržanje je poseg v osebno svobodo posameznika in v njegov privilegij zoper samoobtožbo. Ker tako Ustava kot EKČP zahtevata, da o odvzemu prostosti nemudoma odloči

sodišče, je za policijski odvzem prostosti primernejši dokazni standard »utemeljen sum«, ob katerem se odločanje v kazenskem postopku prenese na sodni nivo. Tej zahtevi ustreza aretacija, kot jo določa prvi odstavek 157. člena ZKP, in sodno odločanje o odreditvi pripora, ki ji sledi. Pridržanje pa bi bilo treba odpraviti, ker je protiustavno.

4 Utemeljeni razlogi za sum in stopnje uresničevanja kaznivega dejanja

Dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum« se pogosto nanaša na tri različne situacije: (1) kazenski postopek oz. preiganje kaznivih dejanj (*post delictum*); (2) preprečevanje kaznivih dejanj (*ante delictum*); (3) obveščevalna dejavnost (priloga oz. organizacija še neizvršenega kaznivega dejanja).⁴⁷

ZKP tako dopušča posege v človekove pravice tudi na podlagi določene stopnje suma, da se kaznivo dejanje šele pripravlja. Tako so dopuščeni posegi na podlagi suma pripravljalnih dejanj, ki niso samostojno inkriminirana. Tudi v primeru, da se izvedbo tovrstnega dejanja prepreči, ga ni mogoče kazensko preganjati, ker sploh ni kaznivo. Zato v tem primeru tudi ne moremo govoriti o osumljencu, kot ga definira ZKP v 144. členu: osumljenec, ki označuje osumljenko in osumljenca, je oseba, zoper katero je pred uvedbo kazenskega postopka pristojni državni organ opravil določeno dejanje ali ukrep zaradi obstoja razlogov za sum, da je storila ali sodelovala pri storitvi kaznivega dejanja. Tovrstna preventivna dejavnost sistemsko ne spada v kazensko procesni zakon.⁴⁸

Izvršilni oblasti, zato da bi delovala preventivno zoper kriminaliteto, načeloma ni potrebno predhodno izkazati določene stopnje suma, da se pripravljata kaznivo dejanje. Seveda pa mora biti narava preventivne dejavnosti takšna, da ne posega v človekove pravice. Ker je preiskovalni ukrep namenjen zbiranju dodatnih informacij in to z invazivnim poseganjem v človekove pravice in temeljne svoboščine, ga seveda ne moremo pojmovati kot preventivno dejavnost. Preventivno delovanje države je sicer koristno, vendar ta cilj ne more ustavnopravno legitimno opravičevati tako globokega poseganja v osebno celovitost in druge pravice posameznika.

Možnost poseganja v človekove pravice na podlagi utemeljenih razlogov za sum, da se pripravljata ali organizirata kaznivo dejanje, je sporno tudi zato, ker je lažje utemeljiti sum kaznivega dejanja, ki naj bi se zgodilo v prihodnosti, kot pa

⁴⁴ Razloge za odločitev Vrhovnega sodišča Združenih držav v zadevi *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966), in njene dejanske učinke podrobneje analizira Jager 2004, str. 183–95.

⁴⁵ Da je privilegij zoper samoobtožbo absolutna pravica, je razvidno tudi iz 16. člena Ustave, ki ne dopušča njegovega začasnega razveljavljanja ali omejevanja. Glej tudi Jelenič Novak 1993, str. 61.

⁴⁶ Kritiko ureditve pridobivanja izjav od domnevnega storilca kaznivega dejanja (148. člen ZKP) glej v Šugman, 2006.

⁴⁷ Glej prvi odstavek 149.a člena, prvi odstavek 150. člena in prvi odstavek 155.a člena ZKP.

⁴⁸ Karakaš 2000, str. 267.

sum že dokončanega kaznivega dejanja. Zato lahko poseg, ki je odrejen na podlagi suma, da se pripravlja ali organizira kaznivo dejanje drugih oseb, služi temu, da se odkrije ali dokaže pretekla, dokončana kazniva dejanja, za katera policija ne bi uspela izkazati dokaznega standarda, ki se zahteva za odobritev tovrstnega posega. Zlasti to velja za posege v komunikacijsko zasebnost (npr. prisluškovanje) osebe, ki naj bi pripravljala kaznivo dejanje, saj je z neselektivnim prestrežanjem njenih izjav in izjav drugih oseb, s katerimi komunicira, mogoče pridobiti informacije o že dokončanih kaznivih dejanjih, na katera se odredba ni nanašala. Če na primer primerjamo hišno preiskavo in prisluškovanje, ki sta preiskovalna ukrepa, ki primerljivo močno posegata v posameznikovo zasebnost, so med njima razlike v obsegu dejstev, ki ga registrirata. S hišno preiskavo se ugotovi določeno (zamrznjeno) stanje, ki obstaja ob predhodni ugotovitvi obstoja dokaznega standarda. Poleg tega je hišno preiskavo mogoče omejiti na določene prostore, za katere obstaja verjetnost, da se tam nahajajo dokazni predmeti, ki se nanašajo na kaznivo dejanje iz odredbe. Pri prisluškovanju pa je informacijsko bogatejše, saj se od uvedbe ukrepa naprej neselektivno snemajo izjave posameznikov (ne samo osumljenca, ampak tudi drugih oseb) brez njegove vednosti.⁴⁹

5 Razlika med »utemeljenimi razlogi za sum« in »utemeljenim sumom«

Ustavno sodišče je v odločbi *U-I-25/95* naročilo zakonodajalcu, da se mora stopnja suma, ki je pogoj za odobritev posebnih preiskovalnih ukrepov, po kvaliteti in kvantiteti zbranih podatkov in njihovi preverljivosti v veliki meri **približati** »utemeljenemu sumu«. Nekateri posegi (npr. prikriti preiskovalni ukrepi, hišna in osebna preiskava) se namreč morajo zaradi tajne narave izvajati v predkazenskem postopku, preden je posameznik seznanjen s tem, da zoper njega teče kazenski postopek. »Utemeljeni razlogi za sum« so tako v shemi dokaznih standardov umeščeni med »razloge za sum«, ki po ustaljeni ustavnosodni presoji ne zadoščajo za invazivne posege v človekove pravice, in »utemeljen sum«, ki je nepriimeren zaradi sistematike našega kazenskega postopka. Ker pa so utemeljeni razlogi za sum podlaga za izjemno globoke posege v človekove pravice, mora biti ta kompromisni dokazni standard po kakovosti in količini suma bližji »utemeljenemu

sumu« kot pa »razlogom za sum«. Pri tem se zastavlja vprašanje, kakšna je dejanska razlika med »utemeljenimi razlogi za sum« in »utemeljenim sumom«.⁵⁰

Zaradi uvedbe tovrstnega vmesnega dokaznega standarda se je pojavilo več problemov. Prvi je terminološki. Izraz »*probable cause*«, ki ga pozna IV. amandma k ustavi Združenih držav, se običajno sloveni kot »utemeljen sum«. Ta standard velja tako za posege v (utemeljeno pričakovano) zasebnost (npr. hišno preiskavo ali prisluškovanje) kot za aretacijo. Tudi izraz »*reasonable suspicion*« iz točke c prvega odstavka 5. člena Konvencije Sveta Evrope o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki se zahteva za odvzem prostosti, je v slovenski verziji konvencije preveden kot »utemeljen sum«. Značilnosti, ki jih je praksa Vrhovnega sodišča Združenih držav pripisala standardu »*probable cause*« (predhodnost, konkretnost, specifičnost, izrazljivost)⁵¹, je slovensko Ustavno sodišče prevzelo in jih vezalo na »utemeljen sum«. Problem se pojavi, ker ZKP veže posege, za katere ameriška ustava zahteva »*probable cause*«, na »utemeljene razloge za sum«, ki naj bi bili nižji dokazni standard od »utemeljenega suma«. »Utemeljen sum« pa se zahteva za uvedbo sodne preiskave, ki je v ameriškem pravnem sistemu ne poznajo.

Kompromisni dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum« je problematičen tudi zato, ker ruši razmerja med primerljivo invazivnimi posegi v človekove pravice. Težko je namreč pristati na logiko, po kateri bi bila pravica do zasebnosti manj pomembna od osebne svobode; za aretacijo se namreč zahteva višji dokazni standard (utemeljen sum) kot za najbolj invazivne posege v zasebnost, kot sta na primer hišna preiskava ali prisluškovanje. Kompromisnemu dokaznemu standardu nasprotuje tudi *Zupančič*, ki pravi, da 37. člen Ustave (varstvo tajnosti pisem in drugih občil) zahteva utemeljen sum. Ta določba Ustave pravi, da lahko zakonodajalec dovoli vdor v zasebnost človeka, če je to neogibno za uvedbo kazenskega postopka. »To bi lahko razlagali, ker vemo, da je za uvedbo kazenskega postopka potreben utemeljen sum, kot dovoljenje za napad na zasebnost tudi, če stopnja verjetnosti utemeljenega suma ne dosega. Pri tem je seveda veliko vprašanje, ali ima lahko moderna Ustava res v mislih jugoslovansko doktrino o kazenskem postopku, po kateri je sklep o preiskavi mogoče izdati šele na podlagi utemeljenega suma. Sintagma »nujno za uvedbo kazenskega postopka« bi se na primer lahko nanašala na prijetje pobeglega osumljenca in še na vrsto različnih drugih takih situacij, ne pa nujno na utemeljenost suma. To še zlasti

⁴⁹ ZKP veže odobritev prisluškovanja še na utemeljen sum, da se za komunikacijo v zvezi s kaznivim dejanjem, za katerega obstajajo utemeljeni razlogi za sum, uporablja določeno komunikacijsko sredstvo. Prisluškuje se torej komunikaciji med osebami, za katere se uporablja to komunikacijsko sredstvo. S tem je prisluškovanje v določeni meri omejeno. Ni pa ga mogoče omejiti na primer zgolj na komunikacijo med določenimi osebami.

⁵⁰ »Medtem ko je v procesnopравни teoriji bolj ali manj jasno, kaj so kriteriji razlogov za sum in kaj kriteriji utemeljenega suma, se zastavlja vprašanje, kje na kontinuumu so utemeljeni razlogi za sum in kaj je pravzaprav njihova vsebina.« (Bošnjak 2005: 17).

⁵¹ *Zupančič* s sodel., 2000, str. 481–499. Glej tudi Brown, 1991.

drži, ker Ustava pojem utemeljenega suma sama uporablja v 20. členu, kjer govori o tem, da je mogoče pripreti samo osebo, za katero obstaja utemeljen sum, da je storila kaznivo dejanje. Če bi torej ustavodajalec nujnost za uvedbo kazenskega postopka enačil z utemeljenim sumom, potem bi sintagmo utemeljenega suma uporabil tudi v kontekstu drugega odstavka 37. člena in bi dejal: »... če je to nujno za ugotovitev utemeljenega suma ali potek kazenskega postopka ali za varnost države.«⁵²

Dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum« je bil vpeljan v ZKP z namenom razlikovati ta standard od »utemeljenega suma«, ki se zahteva za uvedbo preiskave. Zato bi morala biti razlika med tema dokaznima standardoma zgolj semantična in bi za utemeljene razloge za sum morali veljati isti kriteriji kot za utemeljen sum. To so po ustaljeni ustavnosodni presoji predhodnost, konkretnost, specifičnost in izrazljivost.⁵³ Vprašanje primerne dokaznega standarda za najbolj invazivne posege v zasebnost in osebno svobodo, ki se izvajajo v predkazenskem postopku, namreč ni zgolj vprašanje verjetnosti oz. višine suma. Standard mora biti po kakovosti takšen, da preprečuje arbitrarne in prekomerne posege v človekove pravice.

Vrhovno sodišče je v sodbi *I Ips 333/2005* (z dne 3.11.2005) zapisalo, da morajo biti razlogi, ki utemeljujejo utemeljene razloge za sum, podani v času odreditve hišne preiskave. Teh ni mogoče utemeljevati za nazaj z dokazi, pridobljenimi s hišno preiskavo. Utemeljeni razlogi za sum morajo torej biti **predhodni**, tako kot to velja za utemeljen sum. Dokaznemu standardu mora biti, če naj služi kot opravičilo za poseg v človekovo pravico, zadoščeno že pred posegom. Poseg države je upravičen samo kot odgovor na posameznikovo predhodno kršitev kazenskopravne norme, ki mora biti izkazana z zahtevano stopnjo verjetnosti. Protipravni poseg ne konvalidira, tudi če se ob ali po njem razkrijejo dokazi, ki bi ga opravičili, kolikor bi bili pravočasni.⁵⁴

Vrhovno sodišče v sodbi *I Ips 333/2005* pravi tudi, da morajo biti razlogi, ki so podlaga za ugotovitev utemeljenih razlogov za sum, izkazani tako, da je *ex post* mogoče preizkusiti obstoj pogojev za izdajo odredbe. »Razloge oz. okoliščine, s katerimi se utemeljuje sum, da je določena oseba storila kaznivo dejanje, je potrebno konkretizirati in določno izraziti v tolikšni meri, da razumnega človeka prepričajo v obstoj suma, po drugi strani pa omogočajo sodno presojo.« Prepričanje, da je določena oseba storilec, nastane najprej v glavi policista, vendar do te prepričanosti policist ne pride nujno z razumskim sklepanjem. Zato kriminalistični učbeniki poudar-

jajo, da je pomembna lastnost dobrega policista intuicija.⁵⁵ Kriminalist ima lahko zgolj občutek ali slutnjo, da je določena oseba storila kaznivo dejanje, pa tega ne more obrazložiti racionalno. V nasprotju s kriminalistom lahko sodnik presoja samo tisto, kar je mogoče izraziti z besedami, ubesediti pa je mogoče le tisto, do česar pridemo z racionalnim načinom dojetanja. Ker je namen prava nadomestitev fizične sile z racionalno logiko, sodišče pri razsojanju ne more upoštevati drugačne argumentacije od racionalne. In ker je sodni proces racionalno-logični diskurz, se lahko v njem obravnavajo zgolj argumenti, ki so jih stranke zmožne določno izraziti. Ker je odločanje o obstoju utemeljenih razlogov za sum stvar sodišča, ki mora svojo odločitev obrazložiti, odločba ne more temeljiti na občutku sodnika, da je osumljenec kriv. Kriterij **izrazljivosti** je predpogoj za racionalno razpravljanje in je v vsakem pravnem procesu impliciran po definiciji.⁵⁶

Vrhovno sodišče ugotavlja, da »sodna presoja ni mogoča, kadar se utemeljen sum ali utemeljeni razlogi za sum vzpostavijo samo na podlagi splošnih, verjetnostnih okoliščin, ki same po sebi ne pomenijo niti ne nakazujejo na obstoj kakršnegakoli kaznivega dejanja. [...] Odločitev, da se opravi hišna preiskava zgolj na podlagi građiva [...], ko ni bila spoštovana omejitev specifičnosti utemeljenih razlogov za sum, odpira vrata hišnim preiskavam v primerih, ko so podani le razlogi za sum na podlagi anonimnih prijav, ko ni mogoče preveriti zanesljivosti informatorja ter ko ni mogoče preveriti na kakšen način je ta prišel do podatkov, ki jih je sporočil, policija pa s preverjanjem potrdi zgolj splošne ali verjetnostne okoliščine ter doda nove okoliščine, ki sicer nakazujejo možnost, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, ki pa je zelo oddaljena in neprimerljiva ter podana na povsem splošni ravni. Na ta način lahko govornice ali stereotipi posamezniku nenaklonjenega okolja sprožijo tako globoke posege v zasebnost kot je hišna preiskava oziroma v določenih primerih celo uporaba dokazov, pridobljenih na nezakonit način.«⁵⁷ Če utemeljeni razlogi za sum ne bi bili **specifični**, bi lahko po mnenju Vrhovnega sodišča govornice ali stereotipi posamezniku nenaklonjenega okolja sprožili tako globoke posege v zasebnost, kakršen je hišna preiskava.⁵⁸

⁵⁵ Glej npr. Maver, v Maver s sodel. 2004, str. 123–4.

⁵⁶ Zupančič s sodel. 2000: 489. Glej tudi Cerar 2001, str. 104–5.

⁵⁷ Glej tudi Zupančič s sodel. 2000, str. 495.

⁵⁸ V konkretnem primeru je preiskovalni sodnik odredil hišno preiskavo na podlagi anonimne prijave. Za izjave neimenovanih oseb je značilno, da ni mogoče preveriti zanesljivosti informatorja in načina pridobitve podatkov. Policija je s preverjanjem potrdila zgolj splošne ali verjetnostne okoliščine ter ugotovila zgolj takšne nove okoliščine, ki so sicer nakazovale možnost, da je bilo storjeno kaznivo dejanje, vendar je bila ta možnost zelo oddaljena in neoprijemljiva ter podana na povsem splošni ravni. Vrhovno sodišče je zato določilo, da ni izpolnjen pogoj specifičnosti utemeljenih razlogov za sum, zaradi česar so bili dokazi, najdeni s hišno preiskavo, nezakoniti.

⁵² Pritrdilno ločeno mnenje ustavnega sodnika dr. Zupančiča k odločbi Ustavnega sodišča U-I-25/95.

⁵³ 15. točka Up-171/01 (z dne 16.10.2003, Ur. l. RS, št. 105/03).

⁵⁴ Zupančič s sodel. 2000, str. 481.

Utemeljeni razlogi za sum se morajo nanašati na določene posameznika, ki je na določen način posegel v interese družbe. Kriterij **konkretnosti** onemogoča *bianko* posege v človekove pravice. Sum, ki je glede kaznivega dejanja le abstrakten, pomeni, da policija posameznika nima sumiti ničesar konkretnega. Majhni odmiki od stroge konkretnosti so glede dejanja dopustni, ker v predkazenskem postopku še ni mogoče pričakovati natančne pravne kvalifikacije.⁵⁹ Ker je odrejanje nekaterih posegov, za katere se zahteva utemeljene razloge za sum, vezano na katalog določenih kaznivih dejanj, se mora ta dokazni standard nanašati na konkretno kaznivo dejanje. Zbrani morajo biti torej takšni temelji za sum, da je mogoče na njihovi podlagi dejanje pravno kvalificirati.⁶⁰ Prav tako že iz zakonske opredelitve izhaja, da se utemeljeni razlogi za sum nanašajo na konkretnega osumljenca. Sum mora torej biti osredotočen na domnevnega storilca. Ne zadošča torej, če lahko organi pregona utemeljijo zgolj, da je storilec eden iz določene omejene skupine oseb (delna osredotočenost)⁶¹, ko so sicer možni določeni posegi v posameznika (odvzem prstnih odtisov itd.), a ne tako globoki kot pri utemeljenem sumu.

Tudi sodna praksa torej ne dela kvalitativne razlike med utemeljenim sumom in utemeljenimi razlogi za sum. Zastavlja se vprašanje, ali je zakonodajalec zaradi zgradbe kazenskega postopka, ki z utemeljenim sumom ločuje med predkazenskim postopkom in preiskavo, res moral uvesti nov dokazni standard, ki se le po poimenovanju razlikuje od utemeljenega suma. Ta rešitev ni bila le neposrečena, ampak tudi nepotrebna. ZKP namreč ne zavezuje državnega tožilca, da predlaga uvedbo preiskave takoj, ko meni, da ima podlago za ugotovitev obstoja utemeljenega suma. Tudi preiskovalni sodnik ni zavezan, da uvede preiskavo zgolj ob ugotovitvi obstoja utemeljenega suma, pač pa mora biti podan še vsaj en razlog za uvedbo preiskave, ki jih določa drugi odstavek 176. člena ZKP. Pri uvedbi preiskave se tožilec in preiskovalni sodnik ne sprašujeta zgolj o obstoju utemeljenega suma, pač pa tudi, ali je preiskava smiselna in potrebna. Tožilec se torej odloči predlagati uvedbo preiskave, ko za izvedbo določenih

procesnih dejanj potrebuje aktivnost preiskovalnega sodnika. Poleg tega se v preiskavi praviloma izvajajo preiskovalna dejanja⁶², ki manj posegajo v človekove pravice obdolženca kot prikriti preiskovalni ukrepi in drugi posegi, ki se odrejajo na podlagi utemeljenih razlogov za sum. To pomeni, da ZKP ne sledi logiki, po kateri je utemeljen sum predviden za posege, ki močneje vdirajo v človekove pravice posameznika. Razen vztrajanja na tem, da se dosledno ločuje med predkazenskim in kazenskim postopkom, zakonodajalcu tako ni bilo potrebno uvesti kompromisnega dokaznega standarda »utemeljeni razlogi za sum« v obstoječi⁶³ kazenski postopek.

6 Sklep

Dokazni standardi so izraz ustavnopravnega načela sorazmernosti. V kazenskem postopku pa delujejo kot procesne garancije posameznika, ki se znajde v postopku. Zato je potrebno, da obstajajo že na abstraktni zakonski ravni jasne določbe, kakšni dokazni standardi se zahtevajo za posamezna procesna opravila, predvsem pa jasno določen postopek odločanja, v katerem je zagotovljeno nepristransko sodno odločanje o uvedbi in izvedbi posega. Analiza zakonskih določb kaže, da temu pogosto ni tako.

Z novelo ZKP-A je bil uveden nov dokazni standard »utemeljeni razlogi za sum«, ki je predviden za nekatere najgloblje posege v človekove pravice in temeljne svoboščine. Ti se zato lahko izvajajo v predkazenskem postopku, ko posameznik še ne ve, da se ga preiskuje kot domnevnega storilca kaznivega dejanja. Obenem so utemeljeni razlogi za sum prenesli odločanje preiskovalnega sodnika že v predkazenskem postopku, ko še ni obremenjen z nalogo preiskovanja. Pri tem naj bi preiskovalni sodnik odločal kot sodnik garant, čeprav se zastavlja vprašanje, ali je preiskovalni sodnik zmožen hkrati opravljati tako različni procesni vlogi, nepristransko (pasivno) vlogo garanta v predkazenskem postopku in vlogo aktivnega preiskovalca v fazi sodne preiskave.

Zaradi novega dokaznega standarda obstajata v veljavni kazenskoproceni ureditvi za primerljive posege (npr. aretacijo in hišno preiskavo) dva različna dokazna standarda, kjer

Ta primer med drugim kaže, da v našem kazenskem postopku ni t.i. izjeme dobre vere od izločitvenega pravila (prim. odločitev Vrhovnega sodišča Združenih držav v zadevi *US v. Leon*, 468 U.S. 897 (1984)). O anonimnih izjavah kot podlagi za »*probable cause*« v ameriški sodni praksi glej npr. Woollcott, 1985.

⁵⁹ Zupančič s sodel. 2000, str. 485.

⁶⁰ Jelenič Novak opozarja, da se dogaja, da »tožilstvo namenoma pretirava v svojih pravnih kvalifikacijah dejanj, ki jih preganja, tudi zato, da lahko upraviči na primer odreditev pripora ali njegovo podaljšanje ter morebitne druge ukrepe, ki so vezani na vrsto in težo kaznivega dejanja« (Jelenič Novak 2001, str. 1051).

⁶¹ Ob t.i. delni osredotočenosti so sicer dovoljeni določeni posegi v posameznika (npr. odvzem prstnih odtisov), a ne tako globoki kot ob obstoju utemeljenih razlogov za sum ali utemeljenega suma.

⁶² V večini primerov preiskovalni sodnik v fazi sodne preiskave – poleg obveznega zaslišanja obdolženca pred samo izdajo sklepa o uvedbi preiskave – zgolj zasliši priče in včasih še postavi izvedenca (Bošnjak s sodel., 2005).

⁶³ Avtorji predloga novega modela kazenskega postopka, ki sicer opravlja fazo preiskave in preiskovalnega sodnika, se zavzemajo, da bi se utemeljene razloge za sum odpravilo, za posege, za katere so sedaj določeni utemeljeni razlogi za sum, pa bi se določil utemeljen sum (Šugman, v Šugman s sodel. 2006, str. 212).

bi zadoščal eden. Poleg tega dokazni standard, ki je manjši od utemeljenega suma, vzbuja vtis, da se niža nivo procesnih garancij pri odrejanju in izvajanju tako invazivnih posegov. To velja zlasti za hišno in osebno preiskavo, pri katerih je zakonodajalec dokazni standard »utemeljen sum« spremenil v »utemeljene razloge za sum«.

Z uvedbo novega dokaznega standarda se je pojavila dilema, kakšna je razlika med utemeljenimi razlogi za sum in ostalimi dokazanimi standardi, zlasti utemeljenim sumom, ki imajo v kazenskoprocesni ureditvi daljšo tradicijo. Vprašanje obstoja določenega dokaznega standarda je dejansko vprašanje, ki se pojavi v vsakem konkretnem primeru znova. Za dokazne standarde je značilno, da se splošni pravni akti ne spuščajo v njihovo podrobno vsebinsko opredeljevanje. Zato jih mora podrobneje vsebinsko opredeliti sodna praksa. Vendar je v pozitivistično usmerjenih pravnih sistemih kontinentalne Evrope precedenčno pravno mišljenje manj prisotno. Poleg tega je zaradi pogostega spreminjanja kazenskoprocesne zakonodaje, ki se nanaša na dokazne standarde, institucionalno okolje toliko nestabilno, da se kriteriji vsebine določenih dokaznih standardov ne morejo ustaliti. Nizka raven pravne kulture prispeva k temu, da udeleženci kazenskega postopka ne vlagajo pravnih sredstev zoper odločitve, ki se nanašajo na presojo dokaznih standardov. Tovrstne odločitve zato niso predmet sodne kontrole višjih sodišč, kar ne omogoča nikarkršnih sistemskih povratnih informacij o vsebini dokaznih standardov. Neobčutljivost sodstva za dokazne standarde je morebiti posledica preobremenjenosti z drugimi, zlasti organizacijsko-tehničnimi opravili.⁶⁴

Zakonska ureditev kazenskega postopka do določene mere določa ravnanje subjektov postopka, vendar pušča še dovolj odprtega prostora za rešitve, ki jih lahko ustvarjalno oblikujejo subjekti sami. Dokaznopravna pravila, ki urejajo spoznavni proces v kazenskem postopku, so namreč po naravi takšna, da jih mora v prvi vrsti (so)oblikovati praksa skozi odločanje v konkretnih primerih. Izrazi, kot so »sum«, »dvom« ipd., so abstraktni, njihova vsebina je nedoločena. Nezmožnost natančne konceptualizacije dokaznih standardov na normativni ravni zahteva, da sodišča pri odločanju v konkretnih primerih pomensko odprte pojme napolnijo z vsebino. Aplikativna širina dokaznih standardov omogoča sodiščem določeno mero kreativnost pri določanju meril varovanja človekovih pravic v kazenskem postopku. Sodišča tako pomembno (so)določajo obseg dejanskega varstva človekovih pravic.

Literatura

1. Berger, Mark: **Taking the Fifth: The Supreme Court and the Privilege Against Self-Incrimination**. D.C. Heath and Company, Lexington, Massachusetts.
2. Bošnjak, Marko (ur.), s sodelavci (2005): **Potek kazenskih postopkov v Sloveniji**. Pravna praksa, Ljubljana.
3. Bošnjak, Marko (2005): Začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi. **Pravna praksa**, let. 24, št. 7, str. 16–18.
4. Brown, Michael F. (1991): Probable Cause and the Search Warrant Requirements. **The Police Chief**, str. 48–51.
5. Cerar, Miro (2001): **(I)racionalnost modernega prava**. Bonex, Ljubljana.
6. Dežman, Zlatko, Erbežnik, Anže (2003): **Kazensko procesno pravo Republike Slovenije**. GV založba, Ljubljana.
7. Dvoršek, Anton (1996): Odvzem prostosti zaradi suma storitve kaznivnega dejanja s policijskega zornega kota. **II. strokovno srečanje pravnikov s področja javnega prava**, Inštitut za javno upravo, Ljubljana, str. 125–131.
8. Fišer, Zvonko (1998): Posebne operativne metode in sredstva – po odločbi Ustavnega sodišča. **Pravna praksa**, let. 17, št. 8, str. I–VI.
9. Gorkič, Primož (2005): Ob predlogu novele ZKP-G: pridržki k pridržanju. **Pravna praksa**, let. 24, št. 34, str. VIII–XII.
10. Horvat, Štefan (1995): **Zakon o kazenskem postopku z uvodnimi pojasnili** Uradni list RS, Ljubljana.
11. Jager, Matjaž (2004): *Miranda* – zadostna rešitev problema psihične prisile? **Zbornik znanstvenih razprav**, let. LXIV, str. 181–200.
12. Jager, Matjaž (vodja raziskave), s sodelavci (2006): **Analiza učinkovitosti policijskega preiskovanja kaznivih dejanj z upoštevanjem razvoja kriminalistične stroke ter dokaznih standardov kazenskega postopka**. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
13. Jelenič Novak, Mitja (1993): Od lastnine do zasebnosti. **Pravnik**, let. 48, št. 1–3, str. 55–63.
14. Jelenič Novak, Mitja (1994): **Dokazno pravo – epistemološki in primerjalnopravni prikaz** (magistrska naloga). Pravna fakulteta, Ljubljana.
15. Jelenič Novak, Mitja (2001): Kritična analiza položaja obdolženca in vloga zagovornika na glavni obravnavi v kazenskem postopku. **Podjetje in delo**, let. XXVII, št. 6–7, str. 1044–1054.
16. Karakaš, Aleksander (2000): Uporaba posebnih (preiskovalnih) metod in sredstev v kazenskem postopku. V: Bavcon, Ljubo (vodja raziskave), s sodelavci: **Uveljavljanje novih institutov kazenskega materialnega in procesnega prava**. Uradni list RS, Ljubljana, str. 240–278.
17. Klemenčič, Goran (1998): Kazenski postopki v zadevah organiziranega kriminala. **Podjetje in delo**, let. XXIV, št. 6–7, str. 952–962.
18. Klemenčič, Goran (1999): Prikriti (kriminalistični) preiskovalni ukrepi, POMS je mrtev, naj živi PPU! **Odvetnik**, 3. junij 1999, str. 11–15.
19. Lynch, Timothy (2000): In Defense of the Exclusionary Rule. **Harvard Journal of Law & Public Policy**, let. 23, št. 3, str. 711–751.
20. Maver, Darko, s sodelavci (2004): **Kriminalistika**. Uradni list RS, Ljubljana.
21. Reingen, Marsha L. W. (1980): The Current Role of the Presumption of Innocence in the Criminal Justice System. **South Carolina Law Review**, let. 31, št. 2, str. 357–376.

⁶⁴ Bošnjak, v Bošnjak s sodel. 2005, str. 415–21.

22. Richman, Daniel (2003): Prosecutors and their Agents, Agents and their Prosecutors. *Columbia Law Review*, let. 103, št. 4, str. 749–832.
23. Shapiro, Barbara J. (1991): **Beyond Reasonable Doubt and Probable Cause, Historical Perspectives on the Anglo-American Law of Evidence**. University of California Press, Berkeley.
24. Šugman, Katja G. (2001): Teoretični model predhodnega kazenskega postopka. *Podjetje in delo*, let. XXVII, št. 6–7, str. 992–1008.
25. Šugman, Katja G. (2002): Domneva nedolžnosti in dokazni standardi. *Zbornik znanstvenih razprav*, let. LXII, str. 279–301.
26. Šugman, Katja G. (2006): Režim pridobivanja izjav od domnevne storilca kaznivega dejanja, *Zbornik znanstvenih razprav*, let. LXVI, str. 287–306.
27. Šugman, Katja G., s sodelavci (2006): **Izhodišča za nov model kazenskega postopka**. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani.
28. Vrtačnik, Mirko (2004): Normativne podlage in dejanske izkušnje tožilskega usmerjanja predkazenskega postopka. *5. slovenski dnevi varstvoslovja* (elektronski vir), Bled, str. 658–664.
29. Woolcott, Alexander P. (1985): Abandonment of the Two-Pronged *Aguilar-Spinelli* Test: *Illinois v. Gates*. *Cornell Law Review*, let. 70, št. 2, str. 316–334.
30. Zobec, Živko (1985): **Komentar zakona o kazenskem postopku s sodno prakso** (2. izd.). ČGP Delo, TOZD Gospodarski vestnik, Ljubljana.
31. Zupančič, Boštjan M., s sodelavci (1989): **Pravni memorandum**. Časopis za kritiko znanosti, Ljubljana.
32. Zupančič, Boštjan M. (1991): **Odločbe in razprave**. Uradni list RS, Ljubljana.
33. Zupančič, Boštjan M. (1996): Med državo in posameznikom: privilegij zoper samoobtožbo. *Pravnik*, let. 51, št. 1–3, str. 19–44.
34. Zupančič, Boštjan M., s sodelavci (2000): **Ustavno kazensko procesno pravo**. Pasadena, Ljubljana.

“Reasonable grounds for suspicion”

Polona Mozetič, LL.B., Young Researcher, Institute of Criminology at the Faculty of Law, Poljanski nasip 2, 1000 Ljubljana, Slovenia

In the scheme of standards of proof, “reasonable grounds for suspicion” occupies a place between “grounds for suspicion” justifying police action and “probable cause”, which is a condition for initiating judicial investigation. “Reasonable grounds for suspicion” have to exist before any significant infringement of human rights is allowed. They are of such nature that they must exist before the initiation of an investigation, when an individual does not even yet know that he or she is considered to be an alleged perpetrator of a criminal offence. The structure of criminal procedure, which sets a “probable cause” standard as a line of demarcation between the pre-trial procedure and trial, is thus a reason for the formulation of this standard of proof. In the regulation of Slovenian criminal procedure this results in two different standards, similar in terms of quality and level of suspicion, for interventions which require only one standard of proof in other criminal law systems. Among interventions requiring reasonable grounds for suspicion, mention in particular should be made to detention, an institution which appears to be rather controversial.

Key words: law of evidence, standard of proof, reasonable grounds for suspicion, probable cause

UDC: 343.14