

VPRAŠANJE ZAKONITE UPORABE TERMOVIZIJSKE NAPRAVE V KAZENSKEM POSTOPKU*

Primož Križnar,

*magister prava, sodniški pripravnik na Višjem sodišču v Ljubljani,
asistent na Inštitutu za kriminologijo pri PF Univerze v Ljubljani*

1. UVOD

»Botanično« ukvarjanje s konopljo se je v Republiki Sloveniji v zadnjih nekaj letih, predvsem zaradi lahke in cenovne dostopnosti osnovnih pripomočkov za njeno vzgojo, v zimskem obdobju nekoliko neprimerne podnebja za zunanjo rast, želje po neprekinjenem zaslužku z njeno prodajo ter seveda povečanja varstva zelenega nasada pred njegovo najdbo s strani policistov ali krajo konkurence, preselilo v zaprte prostore hiš in poslovnih stavb. Tam zdaj posamezniki konopljo vzgajajo hidroponično, saj kulturno rastlino vsadijo kot lončnico, prsti, v katero posadijo seme, pa primešajo dodatne hranilne raztopine. Za povečanje učinka lonček s semeni še obdajo s črnim zastorom, uredijo dotok svežega zraka prek prezračevalnega sistema tako obdanega prostora in prostor ustrezno reflektorsko osvetlijo.¹ Navodila in oprema za tak podvig so

* Prispevek razširja del magistrske naloge z naslovom *Uporaba tehnologij nadzora skozi novejšo slovensko sodno prakso*, ki jo je avtor pod mentorstvom prof. dr. Katje Šugman Stubbs uspešno zagovarjal 31. marca 2015 na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani. Prispevek je bil pripravljen v okviru projekta *Pravo v dobi velikega podatkovja – reguliranje zasebnosti, transparentnosti, tajnosti in drugih nasprotujočih vrednot v 21. stoletju*, ki ga izvaja Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti v Ljubljani, financira pa ga Agencija za raziskovalno dejavnost Republike Slovenije (2014–2017).

¹ Pri tem se glede na zadnje trende ter difuzijo svetlobe uporabljajo reflektorji z visokotlačnimi natrijevimi žarnicami (HPS – *high pressure sodium lights*), ki zaradi kemijske reakcije proizvajajo širok spekter barv, ki se približuje spektru naravne svetlobe, potrebne za proces fotosinteze.

brez večjih težav dostopna kar na spletu, in to celo v slovenskem jeziku, skupaj z organizirano dostavo vsega potrebnega,² razen semen konoplje.

Čeprav gre za laboratorijsko gojenje,³ ki torej poteka daleč stran od radovednih oči javnosti in predvsem policije, ne more ostati popolnoma prikrito. Prezračevalni sistem namreč povzroča brneč zvok, skupaj z odvajanjem toplega in vlažnega zraka se prenaša značilen vonj konoplje, ultravijolična svetila pa so zaradi velike priključne moči v primerjavi z drugimi porabniki v gospodinjstvu velik vir toplote in svetlobe ter porabijo občutno več električne energije.⁴ Policisti v predkazenskem postopku po prejemu informacij o možnem gojenju konoplje, poleg svojih čutil, ki so odvisna od subjektivnih zmožnosti zaznavanja posameznika, za preverjanje potencialno zaznane kriminalne aktivnosti ali anonimne prijave kot eno od prvih sredstev ukrepanja uporabijo termovizijsko napravo, s katero zaznajo toplotne anomalije opazovanega prostora. Za tem preverijo še porabo električne energije z odčitavanjem električnega števca ali pa kar pri dobavitelju električne energije pridobijo podatek o njeni mesečni porabi, ki ga nato primerjajo s statističnimi podatki o primerljivi povprečni porabi električne energije v Republiki Sloveniji (RS). Na te podatke ter dodatne informacije o lastništvu ali najemu prostora se pozneje praviloma opira sodna odredba o preiskavi pred tem opazovanega prostora. Pri tem se kot nedorečeno postavlja vprašanje, ali lahko v slovenskem pravnem sistemu za utemeljevanje take sodne odredbe za zakonite sprejememo tudi podatke, ki smo jih pridobili s termovizijsko napravo. Njene uporabe namreč zakonodajalec na zakonski ravni ni natančno uredil niti z Zakonom o kazenskem postopku (ZKP)⁵ niti z Zakonom o nalogah in pooblastilih policije (ZNPPol),⁶ čeprav se lahko po delovanju in naravi zbranih informacij, kot bom predstavil v nadaljevanju, termovizija obravnava kot preiskovalni ukrep.

² V spletni trgovini, v kateri je že na prvi pogled očitno (Green City), da je vsebina povezana z vzgojo konoplje, po preučitvi prodajnega programa, še zlasti rubrike »Semena«, pa nam to postane jasno <<http://www.slo-growshop.com/index.php?route=common/home>> (8. 1. 2017).

³ Tako o tem v sodbah Vrhovnega sodišča RS I Ips 36696/2011-168 z dne 18. aprila 2013 in I Ips 54601/2011-120 z dne 28. marca 2013.

⁴ Take okoliščine kot tipske za hidroponično gojenje konoplje sprejema tudi Vrhovno sodišče RS v zadevi I Ips 8738/2010-83 z dne 31. maja 2012.

⁵ Ur. l. RS, št. 32/12 – uradno prečiščeno besedilo, 47/13 in 87/14.

⁶ Ur. l. RS, št. 15/13 in 23/15 – popr.

2. DELOVANJE TERMOVIZIJSKE NAPRAVE

Termovizijska naprava oziroma kamera⁷ je naprava, ki se uporablja pri nadzoru državne meje, iskanju pogrešanih oseb v naravi, varovanju oseb ali objektov in splošnih preiskovalnih aktivnostih.⁸ Z njo lahko izmerimo količino toplotnega⁹ sevanja objektov in ga pretvorimo v vidno sliko ali digitalen izpis temperature, odvisno od tipa termovizijske naprave. Vsak objekt s površinsko temperaturo nad absolutno ničlo ($-273\text{ }^{\circ}\text{C}$) namreč oddaja elektromagnetno sevanje, ki ima daljšo valovno dolžino kot vidna svetloba, kar človeškemu očesu onemogoča njegovo vidno zaznavanje.¹⁰ Zato si pri opazovanju termodinamičnih razlik pomagamo s termovizijsko napravo, katere vgrajena leča je sposobna nadomestiti naravne ovire človeškega vida, v nekaterih primerih (na primer tema, gosta megla, šibke fizične ovire – okno, zavesa itd.)¹¹ pa celo nadvladati elemente naravnih zakonitosti.

Naprava torej zaznava toplotno sevanje zunanjih površin objektov, ki je nastalo zaradi notranje temperature prostora, to pa nato pretvori v človekovim očem zaznavno sliko oziroma vidni vzorec.¹² Deluje na principu premosorazmernosti, kar pomeni, da ji delo olajšuje toplejša površina – močnejše kot je toplotno sevanje, bolj jasno bo razvidno na sliki. Iz slednje je mogoče razbrati temperaturne razlike na opazovani površini, ki so ponazorjene z različnimi barvami. Različne barve na sliki pomenijo različna fizična stanja opazovane površine, in sicer modra – brez toplotnega sevanja, zelena – minimalno toplotno sevanje, rumena – zmerno toplotno sevanje in rdeča – intenzivno toplotno sevanje. Glede na tipe termovizijskih naprav, ki jih uporabljajo organi kazenskega pre-

⁷ Pri tem izraz kamera ni popolnoma primeren, saj gre bolj za zaznavanje (toplote) kot za zajemanje (fotografij).

⁸ Jon Severs: *Dark Visions*, v: *Intersec: The Journal of International Security*, 17 (2007) 10, str. 20–21 ter <<http://www.policija.si/index.php/policijske-uprave/pu-koper/enote/630>> (8. 1. 2017) in <<http://www.policija.si/index.php/o-policiji/6309-helikopterji-in-oprema?lang=>>> (8. 1. 2017).

⁹ In ne infrardečega sevanja, saj ima to drugačno valovno dolžino – tako o tem Severs, J., nav. delo, str. 20.

¹⁰ Človeško oko je sposobno zaznati valovne dolžine sevanj od 380 do 750 nm, toplotnega sevanja pa zaradi večje valovne dolžine, in sicer od 750 nm do 1 mm, ni sposobno zaznati (seveda razen na primer načrtnega segrevanja kovine do žarišča ali pa ekspanzije živega srebra v termometru).

¹¹ Dwight Dumpert: *Night Vision for Law Enforcement & National Security*, v: *Intersec: The Journal of International Security*, 12 (2002) 3, str. 75.

¹² V nadaljevanju se bom z opisom osredotočil le na kamero, ki ustvarja sliko, pri čemer je postopek uporabe termovizijske naprave, pri kateri na opazovano površino usmerimo laserski žarek, popolnoma enak, le da taka naprava ne izrisuje slike, temveč poda številski podatek o temperaturi opazovane površine.

gona RS, pa je proizvedena slika toplotnih sevanj površin črno-bela, pri čemer črna predstavlja nično toplotno sevanje, bela izredno močno toplotno sevanje, odtenki sive pa glede na intenziteto sevanja površin variirajo. Za optimalen rezultat je treba upoštevati tudi okoliščine, v katerih bo naprava najučinkovitejša. Med opazovanjem objektom in zunanjo temperaturo mora obstajati vsaj 10 °C temperaturne razlike, opazovani objekti naj bi bili pred pregledom vsaj 12–24 ur enakomerno ogrevani, za najboljše rezultate se meritve lahko opravi le pred sončnim vzhodom ali po sončnem zahodu,¹³ največja razdalja med napravo in objektom pa naj bi bila približno 800 metrov.¹⁴

Navedba točnih podatkov termovizijskih naprav, ki jih uporabljajo policisti, bi verjetno posegla v taktiko in metodiko njihovega delovanja, vendar pa splošno dostopni podatki o javnih naročilih Ministrstva za notranje zadeve (MNZ) razkrivajo, da policisti pri svojem delu uporabljajo štiri različne tipe termovizijske kamere,¹⁵ in sicer Matis¹⁶ ter JIM LR BOPAS CS 04 GEO¹⁷ proizvajalca Sagem, in THV 1000/2000/3000 ter HRC proizvajalca FLIR.¹⁸ Prva dva tipa naprave sta ročna in zato namenjena osebni uporabi policistov, tretji tip naprav pa je celoten termovizijski sistem, primeren za vgradnjo v helikopter, čoln ali kombinirano vozilo, zadnji tip kamere pa je stacionaren in se uporablja pri varovanju objektov in poslopij.

3. UPORABA TERMORIZIJSKE NAPRAVE KOT HIŠNA PREISKAVA?

3.1. Ustavnopravni okvir

Domovanje je središče življenja skorajda vsakega posameznika. Služi zadovoljevanju nujnih življenjskih potreb, osebostnemu razvoju, kot izhodišče za izvedbo vsakodnevnih opravkov ter kot kraj, kjer prihaja do socialnih interakcij med osebami. Nedvomno pa je kraj prebivanja zaradi praviloma zaprtih

¹³ <<http://www.toplotneizgube.si/uporaba-termografije/kaj-je-to-termografija>> (8. 1. 2017).

¹⁴ To velja le za ročne termovizijske naprave, pri vgrajenih napravah pa je lahko ta razdalja precej večja (J. Severs, nav. delo, str. 21), tudi do deset kilometrov (D. Dumpert, nav. delo, str. 76).

¹⁵ <<http://enarocanje.si/?podrocje=pregledobjave&IzpObrazec=184952>> (7. 1. 2017).

¹⁶ <http://www.defenco.gr/Portals/0/Products/Optronics/Survey/D1381E_MATIS_HH.pdf> (8. 1. 2017).

¹⁷ <http://www.sagem.com/file/download/d1592e_jim_lr.pdf> (8. 1. 2017).

¹⁸ <<http://www.flir.com/legacy/view/?id=51481>> (8. 1. 2017) in <<http://www.flir.com/legacy/view/?id=51469>> (8. 1. 2017).

prostorov tudi bistven za tisti del posameznikovega življenja, ki ga ta s širšo javnostjo ne želi deliti. Zaradi tako pomembnih funkcij je posameznikova pravica do spoštovanja doma, na podlagi katere lahko pričakuje, da ga javnost v njegovem domu ne bo motila, izrecno zapisana v prvem odstavku 8. člena Evropske konvencije o človekovih pravicah (EKČP).¹⁹ Ali neko prebivališče pomeni dom v okviru 8. člena EKČP, je sicer odvisno od dejanskih okoliščin, zlasti od zadostnih in stalnih povezav s specifičnim krajem,²⁰ bistveno pa je, da se javna oblast v dom ne sme samovoljno vmešavati,²¹ razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi (drugi odstavek 8. člena EKČP).

Po drugi strani pa Ustava RS²² v 36. členu med drugim določa, da je stanovanje nedotakljivo in da vanj oziroma v druge tuje prostore nihče ne sme vstopiti proti volji stanovalca brez sodne odločbe, niti teh prostorov ne sme preiskovati. Predmet ustavnopravnega varstva je zaključena celota prostorov, ki jih oseba uporablja za bivanje, kjer živi sama ali skupaj z bližnjimi ter skrito pred očmi javnosti in kamor spusti le osebe, ki jim dovoli vpogled v najbolj skrita področja svojega življenja.²³ Ker Ustava RS zagotavlja strožje standarde varovanja pravice do nedotakljivosti stanovanja od EKČP, saj za kakršenkoli poseg v stanovanje zahteva sodno odločbo, je treba zakonitost uporabe termovizijske naprave preveriti ob upoštevanju ustavnih norm.²⁴

Ustava RS s pravico do nedotakljivosti stanovanja ne varuje domovanja kot objekta, temveč posameznikovo zasebnost v teh bivalnih prostorih.²⁵ Vendar pa posameznik ni samodejno varovan že v vsakem bivanjskem prostoru, temveč le tam, kjer upravičeno pričakuje zasebnost in to upravičenje izrazi na navzven zaznaven način, družba pa je to pričakovanje pripravljena sprejeti za ra-

¹⁹ Ur. l. RS – Mednarodne pogodbe, št. 7/94.

²⁰ Sodba Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) v zadevi *Prokopovich proti Rusiji* z dne 18. februarja 2005, tč. 36.

²¹ Na primer z izvedbo hišne preiskave. Glej sodbo ESČP v zadevi *Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 28. oktobra 1994, tč. 88.

²² Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148 in 47/13 – UZ90,97,99.

²³ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-430/00 z dne 10. oktobra 2002, tč. 13.

²⁴ O zahtevi po zagotavljanju višje ravni varstva zasebnosti glej na primer odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-40/12-31 z dne 11. aprila 2013, tč. 27.

²⁵ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-3381/07 z dne 4. marca 2010, tč. 5.

zumno.²⁶ Presojjo, ali uporaba termovizijske naprave pomeni dejansko izvedbo hišne preiskave, je zato treba opraviti prek koncepta pričakovane zasebnost,^{27,28} po katerem je treba pretehtati, ali posameznik v nekem prostoru utemeljeno pričakuje zasebnost (subjektivni test) in ali je to pričakovanje tako, da ga je družba pripravljena sprejeti kot upravičeno (objektivni test). Ker evropskega pristopa glede obravnavane problematike še ni zaslediti, je argumentacijo izpolnjenosti pogojev pričakovane zasebnosti mogoče graditi na ameriškem pristopu, razvitim v sodbi Vrhovnega sodišča Združenih držav Amerike (ZDA) v zadevi *Kyllo v. United States*.²⁹ V njej je sodišče razsodilo, da uporaba termovizijske naprave posega v posameznikovo zasebno življenje v domovanju in dejansko pomeni preiskavo ter da bi morali policisti pred njeno uporabo pridobiti sodno odločbo. Poleg tega pa je treba zaradi načina uporabe naprave, ki je predstavljena v naslednjem razdelku, v presojo vključiti še trenutno uveljavljeno stališče slovenskih sodišč, da zgolj opazovanje oziroma nadzor nekega objekta pomeni klasično metodo policijskega dela in ne pomeni izvajanja prikritega preiskovalnega ukrepa.³⁰

3.2. Dejanska uporaba naprave

Policisti ob prvi informaciji gojenja konoplje v zaprtih prostorih praviloma preverjajo toplotno sevanje tega prostora ter porabo električne energije. Kot že omenjeno, gre za dva indica, ki nakazujeta na kriminalno dejavnost v zvezi s konopljo, saj reflektorska svetila zaradi njihove moči, ki se ji ni mogoče izogniti za normalno rast konoplje v zaprtem prostoru, oddajajo veliko količino toplote ter pri tem porabijo veliko več električne energije kot v povprečju. Uporabljen

²⁶ O tem na primer sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 198/2008 z dne 15. januarja 2009 in I Ips 63358/2010-170 z dne 4. oktobra 2012.

²⁷ Za potrebe tega prispevka privzemam ta koncept. O konceptu pričakovane zasebnosti Matej Avbelj in drugi: Komentar Ustave Republike Slovenije: dopolnitev – A. Fakulteta za državne in evropske študije, Kranj 2011, str. 537–538. O »zastarelosti« tega koncepta zaradi napredka tehnologije pa Primož Križnar: Varstvo lokacijske zasebnosti s pomočjo mozaične teorije podatkov, v: Zbornik znanstvenih razprav, 76 (2016), str. 99–140.

²⁸ Ta koncept se je razvil z zadevi *Katz v. United States*, 389 U.S. 347, 353 (1967), sprejemajo pa ga Evropsko sodišče za človekove pravice (*Halford proti Združenemu kraljestvu*, 25. junij 1997, tč. 45; in *Copland proti Združenemu kraljestvu*, 3. julij 2007, tč. 42), Ustavno sodišče RS (Up-3381/07 z dne 4. marca 2010) ter Vrhovno sodišče RS (I Ips 63358/2010-170 z dne 4. oktobra 2012).

²⁹ 533 U.S. 27 (2001).

³⁰ Sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 456/2006 z dne 13. septembra 2007 ter I Ips 257/2008 z dne 6. novembra 2008.

tip termovizijske naprave je odvisen od okoliščin posameznega primera,³¹ vendar je način ravnanja vedno enak. Policisti z napravo namreč na določeni razdalji opazujejo površine objekta,³² ki ob upoštevanju splošnih izolacijskih standardov kljub temu navzven prepuščajo notranjo toploto prostora, to pa termovizijska naprava zazna ter pretvori v človekovim očem vidno sliko. Ko je ta dobljena, policisti sliko le še primerjajo z barvno skalo in iz nje razberejo približno temperaturo, ki jo opazovani objekt ali njegov del oddaja. Poleg tega policisti za primerjavo s termovizijsko napravo opazujejo tudi objekte, ki so v neposredni bližini opazovanega, oziroma objekte, ki po svoji namembnosti ustrezajo opazovanemu, s čimer ugotovijo, ali so toplotni izpusti opazovanega objekta povprečni. Če ni tako, je naslednji korak praviloma preverjanje podatkov o porabi električne energije opazovanega objekta ter pridobitev podatkov o uporabniku objekta, šele za tem pa, seveda odvisno od količine in kakovosti do tedaj zbranih informacij, sledi predlog za izdajo sodne odredbe za preiskavo prostorov.

3.3. Prvine hišne preiskave

Termovizijske naprave, ki so v uradni rabi na ozemlju RS, so zmožne zaznati posameznikovo aktivnost znotraj opazovanega prostora. Ob upoštevanju normalne telesne temperature posameznika (med 36 °C in 37 °C), optimalne temperature bivanjskih prostorov³³ in natančnosti termovizijske naprave³⁴ je očitno, da lahko termovizijska kamera, usmerjena v okno opazovanega objekta, opazovalcu omogoči vpogled v intimno sfero posameznika, ki je v času opazovanja v prostoru, saj za to obstaja zadostna temperaturna razlika.³⁵ Tega ji ne prepreči okensko steklo ali pa tenka plast zaves,³⁶ temveč šele materi-

³¹ Na primer prirejen prostor v kleti, na podstrešju, v garaži, bivanjskih prostorih itd. Bistveno je le to, da policisti izberejo tisti tip kamere, ki najbolj ustreza okoliščinam konkretnega primera tako, da bodo z njeno uporabo pridobili čim natančnejše podatke o toplotnih anomalijah opazovane površine.

³² To lahko policisti storijo zelo lagodno, kar iz policijskega vozila pri odprtem vratnem steklu.

³³ V zimskem času med 21 in 25 °C, v poletnem času pa še nižjih notranjih temperatur opazovanega prostora zaradi delovanja klimatskih naprav in podobno.

³⁴ Ta je sposobna zaznati temperaturno razliko 0,02 °C – D. Dumpert, nav. delo, str. 75, 77.

³⁵ Da je mogoče s termovizijsko napravo določiti navzočnost in lokacijo posameznika znotraj prostora, tudi Susan Moore: *Does Heat Emanate Beyond the Threshold? Home Infrared Emissions, Remote Sensing and the Fourth Amendment Threshold*, v: *Chicago-Kent Law Review*, 70 (1994) 2, str. 810–811.

³⁶ Okensko steklo in tanke zaves v večini primerov povzročata največje toplotne izgube in s tem razkrivata neposredno notranjo temperaturo prostora, poleg tega pa je skozi njiju v večini primerov v notranjost prostora mogoče tudi videti.

al, ki termovizijski napravi onemogoči delovanje na toploto občutljive leče, na primer rolete, zaradi katerih je nemogoče zaznati sekundaren vir toplote³⁷ za njim. Zaradi narave njenega delovanja naprava sicer res ni sposobna prodreti skozi zidove oziroma druge trdne, svetlobno in toplotno težje prepustne materiale,³⁸ ne glede na to pa ob pravilni in učinkoviti uporabi zazna aktivnost znotraj prostora, ki se v primeru opazovanja zidov kažejo v notranji temperaturi prostora, posredno izraženi prek zunanje površine zidu opazovanega prostora. Zaradi toplotnih prehajanj iz notranjosti prostora do zadnje fizične ovire termovizijska naprava tako dejansko zaznava toplotne vire in aktivnosti znotraj prostora. S tem pa poseže v posameznikovo prostorsko zasebnost, katere namen je varovati bivanje v prostoru in svoboden razvoj posameznikovega zasebnega življenja.³⁹

Iskanje toplotnih anomalij s pomočjo termovizijske naprave je pasivno, saj naprava zajema le sliko toplotnih emisij zunanosti površine.⁴⁰ Ne gre torej za napravo, ki bi bila na osnovi napredne tehnologije (že) zmožna neposredno prodreti v notranjost prostora, na primer s pomočjo usmerjenega žarka⁴¹ ter tako pridobiti prostorske informacije. Vendar pa je z njeno pomočjo ne glede na način njenega delovanja nedvomno mogoče pridobiti podatek, ki izvira iz notranjosti opazovanega prostora, saj se s tem zasleduje tudi namen njene uporabe – tj. preverjanje notranje toplote prostora zaradi morebitnega delovanja reflektorskih svetil pri proizvodnji konoplje. Narava njenega delovanja v aktivni ali pasivni obliki (angl. *off-the-wall* ali *through-the-wall*) tako postane irelevantna, saj sta za presojo vprašanja posega v zasebnost ključna le bit pridobljene informacije ter okoliščine njenega zbiranja. Podatek o temperaturi, ki je pridobljen prek opazovanja površine izključno z uporabo tehnološkega napredka, je dejansko podatek o notranjosti prostora (njegovi temperaturi), v vseh bivalnih prostorih pa osebe utemeljeno pričakujejo, da ne bodo izpostavljene očem javnosti. Zato ni pomembno, ali je bil podatek pridobljen z dejanskim vdorom v prostor ali le s pasivnim opazovanjem zunanjih površin prostora. V nasprotnem primeru bi namreč zavrnilo trenutno uveljavljen koncept

³⁷ Primaren vir toplote leča termovizijske naprave zazna na roletih, ker pa deluje pasivno in le fotografira brez oddajanja žarkov in prodiranja globlje v prostor, sekundarnega vira, pa čeprav bi bil ta v neposredni bližini primarnega, ne more zaznati.

³⁸ Stališče v zadevi *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

³⁹ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-3381/07 z dne 4. marca 2010, tč. 5.

⁴⁰ Tako o tem v zadevi *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001) in D. Dumpert, nav. delo, str. 75.

⁴¹ Na primer skeniranje prostorov z elektromagnetnim valovanjem – Conor Friedersdorf: *The NYPD Is Using Mobile X-Ray Vans to Spy on Unknown Targets*, <<http://www.theatlantic.com/politics/archive/2015/10/the-nypd-is-using-mobile-x-rays-to-spy-on-unknown-targets/411181/>> (8. 1. 2017).

upravičenega pričakovanja zasebnosti in se vrnili k lastninskemu pojmovanju zasebnosti,⁴² kar pa glede na razvoj tehnologije in njeno čedalje večjo zmožnost prodiranja skozi naravne in umetne ovire⁴³ nikakor ni primerno.⁴⁴ Moderna tehnologija namreč fizičnih ovir sploh ne potrebuje več, saj praviloma zaznava zvočne, toplotne, električne in radijske parametre, zaradi česar bi lahko ob uporabi lastninskega koncepta sklepali, da za »le« pasivno oziroma neinvazivno zaznavanje informacij iz notranjosti prostora, sodne odredbe ne potrebuje. Tako stališče pa se nam danes zdi že na prvi pogled paradoksalno.⁴⁵

Nekateri sicer trdijo, da se z uporabo naprave ne razkriva nobenih intimnih podrobnosti znotraj opazovanega prostora,⁴⁶ s čimer pa se ni mogoče strinjati. Glede na ustaljeno pojmovanje zasebnost obsega v območju človekovega bivanja bolj ali manj sklenjeno celoto njegovih ravnanj, za katero je značilno in konstitutivno, da si jo človek vzdržuje sam ali z najbližjimi in da v njej biva z občutkom varnosti pred vdorom javnosti ali kogarkoli nezaželenega.⁴⁷ Ena od prvin današnjega življenja je tudi vzdrževanje optimalnih bivanjskih ali delovnih pogojev v prostoru, ki jih posameznik vsakodnevno uporablja. V te pogoje zagotovo uvrščamo tudi temperaturo, ki na posameznika in njegovo počutje ter zdravje nedvomno vpliva.⁴⁸ Seveda je uravnavanje temperature odvisno od subjektivnih preferenc posameznika – nekdo preprosto uživa v toplem udobju, spet drugi si želi hladne okolice. To osebam omogoča neomejeno izbiro ustrezne temperature pod pogojem, da bodo dobavitelju toplotne energije poravnali zapadle obveznosti. Gre za svobodo človeškega ravnanja v smislu pravice do samostojnega odločanja v lastnih zadevah, ki posameznikom daje pravico, da izberejo svoj življenjski slog, razvijejo svoje osebnosti in da živijo

⁴² *Olmstead v. United States*, 277 U.S. 438 (1928), koncept pa se je presenetljivo uporabil v novejši zadevi *United States v. Jones*, 132. S. Ct. 945 (2012).

⁴³ <<http://www.humabio-eu.org/index.html>, http://cordis.europa.eu/project/rcn/78373_en.html> (8. 1. 2017) in <<http://www.csc-scc.gc.ca/research/005008-rr11-01-eng.shtm>> (8. 1. 2017).

⁴⁴ Po lastninskem pojmovanju zasebnosti bi bilo namreč brez sodne odredbe dovoljeno uporabljati vso moderno informacijsko tehnologijo, ki fizično ne presega oziroma posega v lastninsko pravico opazovane osebe.

⁴⁵ O tem tudi Luke Albrecht: *The Use of a Thermal Imaging Device Constitutes a Search Under the Fourth Amendment*, v: *Suffolk University Law Review*, 36 (2003), str. 255.

⁴⁶ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁴⁷ Odločbi Ustavnega sodišča RS Up-32/94 z dne 16. junija 1994, tč. 12. in U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 37. in 38.

⁴⁸ Prenizka temperatura z uporabo klimatskih naprav lahko na primer povzroči prehlad, v zimskem času pa botruje povečani rabi ogrevanja. Visoka temperatura lahko povzroči neučinkovito opravljanje miselnih nalog, v poletnem času pa zato posameznik prostor raje zapusti in se s tem izpostavi javnosti.

tako, kot se sami odločijo.⁴⁹ Oseba to svojo pravico praviloma izvršuje v prostoru, v katerem prebiva in nad katerim ima dejansko in izključno oblast, ki se razteza tudi nad vse stvarno v tem okolju.⁵⁰ Temperatura v prostoru izvira iz različnih energij,⁵¹ te pa se prek ustrezne naprave izražajo v obliki višjih ali nižjih stopinj Celzija. Posameznik z upravljanjem svojega sistema za uravnavanje temperature v prostoru dejansko obvladuje energijo, ki mu naklanja osnovo za ustvarjanje vsečne notranje temperature. Ker so kot stvari v slovenskem pravnem redu opredeljene tudi oblike energij in valovanj, ki jih je človek sposoben obvladovati,⁵² temperaturo kot neločljivo komponento toplotne energije pa posameznik v bivalnem prostoru obvladuje, menim, da je potrebno temperaturo šteti za del bivanjskega okoliša posameznika, v katerem slednji izvršuje svojo temeljno pravico do zasebnosti in nad katerim ima oblast. Na prvi pogled temperatura sicer res ne spada v najbolj varovano sfero intimnosti posameznika,⁵³ temveč le v splošno pojmovanje zasebnega življenja, ki pa mu je še vedno zagotovljeno ustavnopravno varstvo. Termovizijska naprava bi lahko prikazala tudi osebnotna ravnanja posameznika, na primer ob kateri uri se oprha⁵⁴ in ali ima strasten spolni odnos,⁵⁵ saj ta ravnanja lahko bistveno vplivajo na temperaturo prostora. Zato bi si lahko z opazovanjem prostora s termovizijsko napravo, v katerem posameznik upravičeno pričakuje zasebnost, ustvarili podobo o njegovem intimnem življenju, s čimer bi močno posegli v osebnotne pravice opazovanega.⁵⁶

Mogoče bi bilo trditi, da so toplotne anomalije opazovane površine izpostavljene javnosti (angl. *in plain view*), zaradi česar posameznik upravičeno ne more pričakovati zasebnosti, niti ne bi takega pričakovanja družba spoznala za legitimnega.⁵⁷ Pa je res tako? Tehnično gledano je termovizijska naprava zmožna zaznavati le temperaturo z zunanje strani opazovanega prostora, pri čemer

⁴⁹ Člen 35 Ustave RS. O tem glej na primer odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 21.

⁵⁰ Odločbi Ustavnega sodišča RS Up-32/94 z dne 16. junija 1994, tč. 12; in U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 37 in 38.

⁵¹ Električne, plinske, vetrne, jedrske itd.

⁵² Drugi odstavek 15. člena Stvarnopravnega zakonika (SPZ, Ur. l. RS, št. 87/02 in 91/13).

⁵³ Ta po splošnem pojmovanju predstavlja posameznikove misli, čustva, spolno opredelitev, zapise v dnevnik in posameznikovo telo (na primer goloto in bolezni).

⁵⁴ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁵⁵ Heather McShain: Not quite Bradbury's Fahrenheit 451: The Uncertain Future of Sense-enhancing Technology in the Aftermath of *United States v. Kyllo*, v: *West Virginia Law Review*, 105 (2003), str. 22.

⁵⁶ Ustavno sodišče RS je v odločbi U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 22, na primer že zavzelo stališče, da vizualni nadzor, ki traja toliko časa, da si je mogoče ustvariti podobo o posameznikovem življenju, pomeni poseg v osebnotne pravice.

⁵⁷ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001), odklonilno mnenje sodnika Stevensa.

je opazovana površina res vsem na očeh. Vendar je krivec za povišano zunanjo temperaturo notranja temperatura prostora. To lahko vodi edinole v vzročno povezan zaključek, da je termovizijska naprava zaznala notranjo temperaturo prostora, ki je bila le posredno izražena prek prostorskih ovir, s tem pa je bil *de facto* pridobljen podatek, ki ga posameznik za »štirimi stenami« ni zavestno izpostavil javnosti, temveč ga je skušal ohraniti zasebnega, na primer z vgradnjo izolacije. Nadalje toplotna različenost ob gojenju konoplje na prvi pogled ni izpostavljena javnosti⁵⁸ in je s prostim očesom zaradi naravnih ovir sploh ni mogoče zaznati. Tako na primer ob primerjavi policijskega vonjanja konoplje⁵⁹ in opazovanja toplotnih emisij spoznamo, da policisti v prvem primeru uporabljajo svoja naravna čutila, v drugem primeru pa morajo za zaznavo uporabiti tehnično nadomestilo, pri čemer bi za zaznavo teh morala popolnoma enako storiti tudi preostala javnost. Zaznavanja toplotnih izpustov torej ni mogoče povezovati z uporabljanjem naravnih čutil in zato ne moremo govoriti o tem, da je nekdo notranjo temperaturo svojega prostora zavestno izpostavil javnosti, saj javnost te brez uporabe ustrezne tehnologije sploh ni sposobna zaznati. Vedenje o toplotni anomaliji brez upoštevanja očitnih izjem (na primer taljenja snega ali izparevanja vodnih kapljic) je torej odvisno od uporabe termovizijske naprave, do tega podatka pa bi se lahko brez njene uporabe prišlo le s fizičnim vstopom v prostor,⁶⁰ v katerega je glede na 36. člen Ustave RS mogoče vstopiti le na podlagi sodne odredbe⁶¹ ali privolitve posameznika. Toplotne emisije torej niso izpostavljene javnosti, še posebej zaradi trenutno prevladujočega stališča, po katerem lahko posameznik upravičeno pričakuje zasebnost na tistih stvareh, ki jih ni vidno izpostavil javnosti⁶² oziroma posameznikom ni omogočil prostega dostopa do njih.⁶³ Toplotna prehajanja pa so očem povprečnega posameznika nevidna, niti jih brez ustrezne naprave ne more zaznati ob morebitnem prostem dostopu do opazovane površine.⁶⁴

⁵⁸ Razen samo-inkriminirajočih okoliščin, na primer taljenjem snega na strehah v obdobju, ko je zunanja temperatura občutno pod lediščem, primeroma Lizzie Dearden: *Melting snow being used by police to find cannabis farms in the Netherlands*, v: *Independent*, 10. februar 2015.

⁵⁹ To je poudarjeno v sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 10335/2012-78 z dne 19. junija 2014.

⁶⁰ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁶¹ Na podlagi petega odstavka 36. člena Ustave RS izjemoma tudi brez nje, vendar položaji, v katerih je to mogoče, za potrebe tega prispevka niso relevantni.

⁶² Primeroma sklep Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11780/2013 z dne 13. oktobra 2015.

⁶³ Po nasprotni razlagi sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 312/2003 z dne 19. februarja 2004 in XI Ips 61492/2011-68 z dne 26. januarja 2012.

⁶⁴ Ob stiku z opazovano površino zaradi različnih koeficientov toplotne prevodnosti, izolacijskih materialov, naše telesne in zunanje temperature ne moremo natančno občutiti temperature opazovane površine.

3.4. Ali torej gre za hišno preiskavo?

Termovizijska naprava ima ključno vlogo v zaznavanju okoliščin, ki človekovemu očesu niso vidne. Je bistvena pri izmeri notranje temperature prostora in je v luči proaktivnih preiskovalnih dejanj nikakor ne gre obravnavati le v smislu ojačanja policistovih čutil,⁶⁵ temveč njihove popolne nadomestitve. Policisti pri preiskovanju preteklih in prihodnjih kaznivih dejanj že uporabljajo nekatere pripomočke in naprave, ki bi jih lahko enačili s termovizijsko napravo, in sicer UV luči, rentgen in konec koncev tudi kemične preparate za izzivanje latentnih sledi. To policistom pokaže tisto, kar jim zgolj z uporabo čutil ni zaznavno. Vendar pa se uporaba termovizijske naprave od navedenih pripomočkov razlikuje vsaj v dveh pogledih: uporaba drugih pripomočkov je ustrezno zakonsko urejena,⁶⁶ nekateri od teh pripomočkov pa so postali že del vsakdanje rabe.

Termovizijska naprava ni zgolj pripomoček, s katerim si je mogoče pomagati pri preiskavi – napravi pripada poseben status tehnološke novitete, s katero je preiskavo dejansko mogoče izvesti.⁶⁷ Tak status je naprava pridobila po t. i. pravilu splošne rabe (angl. *general public use*), ki ga je razvilo Vrhovno sodišče ZDA.⁶⁸ To pravilo, ki je dejansko del objektivnega testa koncepta pričakovane zasebnosti, zahteva, da je treba v primeru tehnoloških naprav, ki so zaradi svoje naprednosti⁶⁹ sposobne preiskovati,⁷⁰ preveriti, ali družba sprejema napravo, ki so jo uporabili policisti, kot splošno uporabno.⁷¹ Če je naprava splošno uporabna in so jo policisti uporabili pri opravljanju svojih temeljnih nalog, so pridobljeni podatki zakonit dokaz, čeprav je bila preiskava opravljena brez sodne odredbe. In obratno – če gre za napravo, ki je namenjena izključni upo-

⁶⁵ To dosežemo z na primer bralnimi očali, videonadzornimi sistemi za prepoznavo obrazov itd.

⁶⁶ O tem pri uporabi termovizijske naprave ni mogoče govoriti, bo pa to predstavljeno v nadaljevanju.

⁶⁷ H. McShain, nav. delo, str. 28.

⁶⁸ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁶⁹ Da termovizijska naprava tega je sposobna, tudi Hunter Carpenter: *The Warrantless Use of Thermal Imaging Technologies is Unconstitutional*, v: *Mississippi Law Journal*, 71 (2001), str. 339.

⁷⁰ Ameriška sodišča na primer razlikujejo med pripomočkom (očala) in superiornim instrumentom pridobivanja podatkov (izučeni pes, ki ni prav tehnološki, je pa superiorni instrument zaznavanja vonjav zaradi svojih prirojenih sposobnosti), ki pomeni sredstvo za izvedbo preiskave – *United States v. Thomas*, 757 F.2d 1359 (2d Cir. 1985), *State v. Young*, 867 P.2d 593 (Wash. 1994), pred tem pa drugače *United States v. Place*, 462 U.S. 696 (1983).

⁷¹ Kaj sicer to pomeni, ni jasno, menim pa, da je treba v tem pogledu upoštevati merili razširjenosti uporabe (v katerih panogah in za kaj se uporablja) ter dostopnosti naprave (ali je splošno dostopna povprečnemu posamezniku in kolikšna je njena cena) na specifičnem ozemlju oziroma v določeni družbi.

rabi organov preiskovanja in pregona, so dokazi ob izostanku sodne odredbe nezakoniti.⁷²

Ob uporabi tega pravila je mogoče ugotoviti, da termovizijska naprava ni zgolj pripomoček pri preiskovanju kriminalitete, temveč je tehnično sredstvo, pretežno namenjeno uporabi policije. Najprej lahko ugotovimo, da glede na navedeno termovizijska naprava omogoča preiskavo prostora, saj pridobi podatek o notranji temperaturi. Nadalje je njena uporaba omejena na specifične dejavnosti (vojaške in policijske, gasilske, medicinske, gradbene in električne),⁷³ zato povprečni državljani z napravo v vsakdanjem življenju ne razpolagajo. Podatki, pridobljeni z njo, jim namreč pri vsakodnevnih opravkih ne koristijo, poleg tega pa je naprava tudi cenovno nekoliko manj dostopna⁷⁴ in si je nekateri sploh ne bi mogli privoščiti.⁷⁵ Zato menim, da njena uporaba v javnosti ni vseprisotna,⁷⁶ kot je to na primer mogoče trditi za pametne telefone. V nasprotno ne bi prepričali niti morebitni podatki o množični proizvodnji teh naprav, saj je treba razlikovati med proizvedenim ter dejansko uporabo, pri čemer pa slednje v RS med povprečnimi posamezniki vsaj trenutno še ni zaslediti.

⁷² Zaradi vse večjega tehnološkega razvoja bi tako pravilo v slovenski pravni red vneslo nekaj ravnotežja med javnimi interesi po varnosti pravno zavarovanih dobrin ter zasebnostjo posameznika. Če namreč do informacij o posamezniku lahko dostopa javnost in se z njimi seznani prek modernih naprav splošne uporabe, ni razloga, da bi pri tem omejevali tudi policijo in druge varnostne ustanove. Obratno pa bi veljalo, da je treba naprave, ki niso v splošni rabi in so zmožne invazivnih posegov v zasebnost, jasno in natančno omejiti s transparentno zakonodajo.

⁷³ Ryan McCarthy: Over 60 Unexpected Uses of Infrared Thermal Imaging Camera Images, <<https://reductionrevolution.com.au/blogs/news-reviews/69333381-over-60-unexpected-uses-of-infrared-thermal-imaging-camera-images>> (9. 1. 2017).

⁷⁴ Cene na spletnem portalu eBay se gibljejo med 65 in 3.999 ameriških dolarjev, <<http://www.ebay.com/>> (9. 1. 2017), na domačem trgu pa ni tako, saj je na spletni strani Bolha.com mogoče zaslediti ceno 1.870 evrov <<http://www.bolha.com/rekreacija-sport/lov/flir-thermosight-rs32-1308219253.html?acclt=1483533925&kw=flir>> (9. 1. 2017), v spletni trgovini Conrad pa cene od 355 do kar 41.059 evrov, <http://www.conrad.si/Termovizijske-kamere.htm?websale8=conrad-slowenien&ci=SHOP_AREA_17210_0510037> (9. 1. 2017).

⁷⁵ Cena pri ocenjevanju splošne uporabe tehnologije ima pomembno vlogo, saj nižje cene povzročijo večjo uporabo tehnologije in obratno – glej Kevin Bankston in Ashkan Soltani: Tiny Constables and the Cost of Surveillance: Making Cents Out of United States v. Jones, v: Yale Law Journal Online, 123 (2014).

⁷⁶ Orin Kerr: Can the Police Now Use Thermal Imaging Devices Without a Warrant? A Reexamination of *Kyllo* in Light of the Widespread Use of Infrared Temperature Sensors, The Volokh Conspiracy, <<http://volokh.com/2010/01/04/can-the-police-now-use-thermal-imaging-devices-without-a-warrant-a-reexamination-of-kyllo-in-light-of-the-widespread-use-of-infrared-temperature-sensors/>> (9. 1. 2017), na to pa se namiguje tudi v sodbi ESČP v zadevi *Szabo and Vissy proti Madžarski* z dne 12. januarja 2016, tč. 68 (»becomes widespread«).

Ob upoštevanju pravila *general public use* tako lahko sklenemo, da termovizijska naprava ni zgolj pripomoček pri opravljanju policijskega dela, temveč naprav, ki v celoti nadomesti policistova čutila.⁷⁷ Z njo se pridobi podatek o notranjosti prostora, pri čemer lahko naprava zazna tudi aktivnost v prostoru. Na tej podlagi je mogoče oblikovati sklep o posameznikovih vsakodnevnih opravkih, s tem pa je poseženo v posameznikovo pravico do samostojnega odločanja v lastnih zadevah. Temperatura bivanjskega prostora je namreč avtonomna preferenca posameznika, ki ima nad prostorom dejansko in izključno oblast. Kot tako pa jo je mogoče šteti za zasebno, saj se nanaša na telesno identiteto posameznika⁷⁸ ter prostor, v katerem posameznik svobodno uresničuje razvoj, izpopolnjuje svojo osebnost⁷⁹ ter vzpostavlja in razvija odnose z drugimi osebami.⁸⁰ To pa še zlasti, ker so v bivanjskem prostoru vse podrobnosti intimne, saj je celoten dom varovan pred radovednimi očmi države,⁸¹ posameznik v njem upravičeno pričakuje zasebnost in družba tako pričakovanje sprejema za razumno. Ker pa je temperatura del stvarne sfere prostora, ji zato pripada ustavnopravno varstvo.

Zato menim, da uporaba termovizijske naprave pomeni preiskovalno dejanje po 36. členu Ustave RS in bi morali policisti za izvedbo tega (proaktivnega) ukrepa pridobiti ustrezno predhodno sodno odločbo. V smislu dejanske izvedbe hišne preiskave je namreč treba obravnavati vsak poseg,⁸² s katerim se pridobijo podatki, ki bi jih sicer lahko pridobili le s fizičnim vstopom v stanovanje ali drug varovan prostor.⁸³ Tako je treba zavrnilo še argument, da zgolj opazovanje objekta ne pomeni izvajanja prikritega preiskovalnega ukrepa. Policisti izključno s čutili namreč niso zmožni zaznati temperaturnih anomalij, zato ne gre za klasično opazovanje objektov zaradi izvajanja zasede ali

⁷⁷ Policist namreč toplotnega sevanja ne vidno ne čutno ne more zaznati, zato govori-mo o nadomestitvi, konopljo pa lahko zavoha, vendar to izučen pes namesto njega opravi veliko hitreje.

⁷⁸ Sodbi ESČP v zadevah *Mikulić proti Hrvaški* z dne 4. septembra 2002, tč. 53; in *Smirnova proti Rusiji* z dne 24. oktobra 2003, tč. 95–97.

⁷⁹ Sodbi ESČP v zadevah *Brüggemann and Scheuten proti Zvezni republiki Nemčiji* z dne 12. julija 1997, tč. 55; in *Friend proti Združenemu kraljestvu* z dne 24. novembra 2009, tč. 40–43.

⁸⁰ Sodbi ESČP v zadevah *McFeely & Ors proti Združenemu kraljestvu* z dne 15. maja 1980; ter *Niemietz proti Nemčiji* z dne 16. decembra 1992, tč. 29.

⁸¹ *Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001).

⁸² Ne le v premagovanju fizičnih ovir, temveč tudi v smislu položaja, ko policisti s teh-nično dovršeno napravo (na primer termovizijsko kamero) preiščejo prostor in od zunaj zaznajo, ali je v njem obremenilna okoliščina. Polona Mozetič: *Nezakonite migracije in spreminjanje pojmovanja zasebnosti v družbi kontrole*, v: *Revija za kriminalistiko in tehnologijo*, 60 (2009) 1, str. 10–11.

⁸³ Tako o tem v ZDA (*Kyllo v. United States*, 533 U.S. 27 (2001)) in Nemčiji (BVerfG 1 BvR 370/07 z dne 27. februarja 2008).

pa zaznavanja kriminalne aktivnosti. Poleg tega pa se za opazovanje objekta uporablja napredna tehnološka noviteta, s katero se že lahko pridobi eden od ključnih dokazov za poznejši kazenski postopek, ki ga policisti zgolj z lastnimi čutili in opazovanjem objekta ne bi mogli pridobiti.

3.5. Kritično do stališča slovenske sodne prakse

Vprašanje zakonitosti uporabe termovizijske naprave je že obravnavalo Višje sodišče v Ljubljani.⁸⁴ Kršitve ustavne pravice do nedotakljivosti stanovanja iz 36. člena Ustave RS ni ugotovilo, saj naj bi po mnenju sodišča policisti pridobili le podatke o temperaturi in prikazu razporeditve toplote po površini objekta, brez vstopa v objekt. Napačno naj bi bilo tudi obrambno stališče,⁸⁵ da gre pri uporabi termovizijske naprave za dejansko izvedbo hišne preiskave, saj s termovizijo ni bilo poseženo v notranjost stavbe, temveč se je z zunanje strani merila toplotna izguba stavbe, pri čemer je bilo zaznano večje toplotno oddajanje v spodnjih oziroma kletnih prostorih.

S takim stališčem se ne gre strinjati. Sodišče je sprva pravilno povzelo delovanje termovizijske naprave, saj so policisti res pridobili podatke o temperaturi in njeni razporeditvi po površini brez dejanskega vstopa v objekt. Vendar je sodišče ob tem zmotno sklepalo, da s tem ni bilo poseženo v notranjost prostora. Namen opazovanja s termovizijsko napravo je bil namreč preverjanje anonimne informacije o laboratoriju v kletnih prostorih, torej preverjanje, ali iz kletnih prostorov izhaja povečano toplotno sevanje zaradi uporabe reflektorskih svetil. Termovizijska naprava se je torej uporabila za pridobivanje informacije o notranjosti prostora – notranji temperaturi prostora in s tem potrditvi morebitne uporabe reflektorskih svetil za gojenje konoplje. Kot sem že pojasnil, notranja temperatura prostora povzroči zunanje toplotno sevanje, prek njegovega zaznavanja pa je mogoče sklepati o notranji temperaturi prostora. Gre za neločljivo povezani komponenti, ki ju razmejuje le izolacija opazovanega prostora. In ker notranja temperatura spada med stvarne komponente prostora, v katerem posameznik uživa zasebnost, se je z uporabo termovizijske naprave *de facto* poseglo v notranjost prostora, v katerega pa policisti v tistem trenutku zaradi pomanjkanja odredbe in volje uporabnika še niso mogli vstopiti.

Policisti pri tem prostora niso zgolj vizualno nadzorovali,⁸⁶ temveč so ga opazovali s termovizijsko napravo, kar jim je omogočilo zaznati temperaturo v

⁸⁴ Sklep Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11445/2014 z dne 26. marca 2015.

⁸⁵ Pritožbeno stališče je temeljilo na tem, da bi moralo uporabo termovizijske naprave prej odobriti sodišče, saj se z njeno pomočjo pridobivajo podatki o notranjosti prostora, s čimer je poseženo v 36. člen Ustave RS.

⁸⁶ Vizualno nadzorovanje ali opazovanje samo po sebi sicer ne pomeni nič drugega kot izvrševanje temeljnih policijskih nalog – odločba Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 22.

njegovi notranjosti, česar z lastnimi čutili ne bi bili sposobni zaznati. S tem so brez sodne odredbe posegli v zasebnost uporabnika prostora, saj je bil pridobljen podatek o notranji temperaturi prostora, ki ga sicer drugače kot z vstopom v prostor ne bi bilo mogoče pridobiti. Ob tem je razvidno, da sodišče ni obravnavalo narave pridobljenega podatka in problematike napredne tehnologije,⁸⁷ čeprav je bilo zaradi te mogoče pridobiti podatek o notranjosti prostora. Prav rešitev vprašanja o zmožnosti dejanske izvedbe preiskave zaradi narave zbranih podatkov pa bi sodnemu senatu zagotovo vzpostavilo razumen dvom v zakonitost njene uporabe brez *ex-ante* sodne odredbe. Protiargument stališču sodišča je tudi v že zastopanem stališču, da je treba v smislu dejanske izvedbe hišne preiskave obravnavati vsak poseg, s katerim se pridobijo podatki, ki bi jih sicer lahko pridobili le s fizičnim vstopom v stanovanje ali drug varovan prostor. Na tej podlagi je edini logični zaključek ta, da je bila uporaba termovizijske naprave enakovredna hišni preiskavi, zaradi česar bi morala biti izpolnjena vsaj temeljna zahteva iz drugega odstavka 36. člena Ustave RS – pridobitev predhodne sodne odredbe.⁸⁸ Navsezadnje je podatek notranje temperature prostora tudi sled kaznivega dejanja gojenja konoplje, pridobivanje takih podatkov v notranjosti prostora pa pomeni samo bistvo hišne preiskave.⁸⁹

Gornje enačenje uporabe termovizije ter hišne preiskave je v obravnavani zadevi privedlo do vprašanja upravičenega pričakovanja zasebnosti posameznika, ki naj bi prostor uporabljal, saj je posameznik pred razkritjem svojega ravnanja varovan na vsakem kraju, kjer lahko utemeljeno in s tem razvidno za druge pričakuje, da ne bo izpostavljen očem javnosti, pri čemer je njegovo domovanje prvi, ne pa edini tak kraj.⁹⁰ Višje sodišče je v navedlo, da obtoženi v objektu ni stanoval in da je stavba dajala videz zapuščenosti, torej znotraj opazovanega prostora zasebnosti ni pričakoval in določb 36. člena Ustave RS ter hišne preiskave po ZKP ni bilo treba uporabiti. V tem delu je sodišče pravilno ugotovilo, da obtoženi v omenjeni zadevi znotraj prostora, ki je bil opazovan

⁸⁷ Sodišče je le zaupalo spisovnim podatkom ter se z zmožnostmi naprave ni seznani-
lo, čeprav takega naprednega strokovnega znanja nima.

⁸⁸ Za odgovor na vprašanje, ali je prišlo do hišne preiskave, je treba oceniti način
izvedbe policijskih nalog, kraj pridobivanja podatkov oziroma dokazov (ali gre za no-
tranji prostor, ali je prostor izpostavljen javnosti) ter upravičeno pričakovanje zasebnosti
posameznika na kraju preiskave – glej sodbo Vrhovnega sodišča RS I Ips 32457/2011-159
z dne 13. decembra 2012.

⁸⁹ Prvi odstavek 214. člena ZKP, sodba Vrhovnega sodišča RS XI Ips 39930/2011-262 z
dne 24. novembra 2011.

⁹⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-272/98 z dne 8. maja 2003, tč. 20 ter sodba Vr-
hovnega sodišča RS I Ips 291/2007 z dne 18. oktobra 2007.

s termovizijsko napravo, ni upravičeno pričakoval zasebnosti.⁹¹ Ne glede na to, da je šlo za zaključeno celoto prostorov, jih obtoženi ni uporabljal, temveč je s svojo neuporabo ustvarjal videz zapuščenosti objekta in s tem ni izkazal subjektivnega pričakovanja zasebnosti, niti ne bi takih okoliščin javnost štela kot take, ki bi obtoženega upravičevale v njegovi zasebnosti. Tega ne spremeni niti dejstvo, da osebe niso mogle vstopiti v prostor in je bil ta torej zaklenjen,⁹² saj fizične ovire v primeru zapuščenosti objekta niso relevantne okoliščine zasebnosti.⁹³

Višje sodišče tako pravilno razlaga koncept upravičenega pričakovanja zasebnosti, zmotno pa je njegovo stališče, da z napravo ni bilo poseženo v notranjost prostora. Tudi če bi že bilo tako, bi bila zaradi narave podatkov še vedno potrebna zagotovitev ustreznega varstva zasebnosti. V nasprotnem primeru se prek stališča Višjega sodišča vračamo k lastninskemu konceptu pojmovanja zasebnosti, po katerem poseg v zasebnost pomeni šele prekoračitev fizičnih ovir, kar pa glede na sprejeti koncept pričakovane zasebnosti vodi v neustavno situacijo.⁹⁴ Zavedati se je tudi treba, da so ovire, s katerimi varujemo našo zasebnost, zaradi napredka tehnologije iz dneva v dan šibkejše in kaj kmalu ne bodo več zmogle obraniti radovednih pogledov javnosti in države. Zato je treba v dvomljivih primerih ugotoviti, ali je bil s tehnologijo⁹⁵ pridobljen podatek, ki po svojem bistvu ustreza tistemu, ki bi ga lahko pridobili le z izvedbo posameznega preiskovalnega dejanja ali prikritega preiskovalnega ukrepa. Nadalje je treba ugotoviti, ali je bila naprava v splošni rabi, navsezadnje pa glede na okoliščine oceniti, ali je v prostoru posameznik utemeljeno pričakoval zasebnost. Šele nato bo mogoče zakonito odgovoriti na vprašanje, ali je z uporabo moderne informacijske tehnologije dejansko prišlo do posega v zasebnost ali ne. Ob izostanku spoštovanja teh meril pa se bo zasebnost namreč kmalu uklonila tehnologiji, ki jo organi pregona uporabljajo pri izvajanju njihovih

⁹¹ Obtoženi je sicer imel sklenjeno najemno pogodbo za vzpostavitev hotelskega kompleksa, vendar v več mesecih ni nakazal, da bi objekt prenavljal oziroma urejal za zadovoljevanje turističnih potreb.

⁹² Glej obrazložitev sklepa Višjega sodišča v Ljubljani V Kp 11445/2014 z dne 26. marca 2015.

⁹³ Sodba Vrhovnega sodišča RS I Ips 71/2008 z dne 4. septembra 2008.

⁹⁴ Po tem bi bila na primer uporaba prisluškovalne naprave zakonita, če le ne bi posegala v posest ali lastninsko sfero opazovanega.

⁹⁵ In ne pripomočka, saj ta naravna čutila le ojača in jih ne nadomešča.

temeljnih nalog,⁹⁶ s tem pa posameznike v njihovih domovih prepustila na milost in nemilost uslužbencev države z nalogami varovanja javnih koristi.⁹⁷

4. UPORABA TERMORIZIJSKE NAPRAVE KOT EKVIVALENT PRIKRITIM PREISKOVALNIM UKREPOM?

4.1. Prisluškovanje v tujem prostoru

Ker se s termovizijsko napravo pridobiva podatek o notranji temperaturi prostora, ta pa po svoji kakovosti spada med ustavno varovane dobrine, z njeno uporabo policisti dejansko izvedejo prikrito preiskavo stanovanja, s katero iz notranjosti prostora pridobijo sled o gojenju konoplje – visoko temperaturo kot podatek dokazne narave.

Zbiranje podatkov iz notranjosti objekta s tehnično napravo brez vstopa v objekt pravnemu redu RS ni neznan. Organom kazenskega pregona je namreč s prvim odstavkom 151. člena ZKP ob izpolnjevanju zakonskih pogojev dovoljeno prisluškovanje in opazovanje v tujem stanovanju ali drugih tujih prostorih, z uporabo tehničnih sredstev za dokumentiranje. Hipotetičen način izvedbe tega preiskovalnega ukrepa med drugim obsega vstop v sosednji prostor, ki je v neposredni zračni liniji (brez ovir) prostora, v katerem je oseba, ki se ji prisluškuje. V primeru izvedbe takega prikritega preiskovalnega ukrepa se z uporabo paraboličnega mikrofona,⁹⁸ ki se ga skozi okna usmeri v prostor, v katerem je nadzorovani posameznik, lahko zberejo in posnamejo govorni glasovni zapisi te osebe.

Obe policijski nalogi se tako izvršita na enak način – policist s tehnološko napravo na določeni razdalji, brez fizičnega vstopa, pridobi podatke, ki so bili v tistem trenutku na voljo v notranjosti prostora, v katerem je bila nadzorovana oseba. Podatka sta sicer vsebinsko različna: podatek o notranji temperaturi je izražen v obliki slike, informacija o (po)govoru osebe v prostoru pa v zvočnem zapisu. Dejstvo pa je, da sta bila oba podatka pridobljena na podlagi nečesa, kar izvira iz notranjosti opazovanega prostora (temperatura prostora, glas

⁹⁶ Scott Byrd: Criminal Procedure: Searching High and Low for a Search in Kylo: Justice Scalia Reaffirms Core Protection of the Fourth Amendment, v: Oklahoma Law Review, 56 (2003), str. 168.

⁹⁷ Bradley Leger: Thermal Imaging and the Fourth Amendment: The Government's »High-Tech Assault« on »A Once Treasured Haven«, v: South Texas Law Review, 43 (2002), str. 849.

⁹⁸ Gre celo za splošno dostopno napravo, <http://www.spyshop.si/prisluskovalne-naprave/i_98_parabolni-mikrofon-za-nadzor-bionic-spy-ear> (8. 1. 2017).

posameznika v tem prostoru). Nadalje parabolični mikrofoni zgolj ojača sluh policista, termovizijska naprava pa čuti policista v celoti nadomesti, vendar policist na koncu z obema napravama zbere podatke, ki ju brez njih ne bi mogel pridobiti drugače, kot le z vstopom v stanovanje, v katerem bi lahko občutil toploto oziroma slišal (po)govor. Tehnološki napravi policistu torej omogočita zbiranje informacij, ki bi jih bilo po drugi poti skorajda nemogoče pridobiti.

Ne glede na to, da sta policijski nalogi glede na njuno dejansko izvedbo skorajda enaki, da uporabljeni tehnološki napravi delujeta po enakem principu in da se pri tem poseže v ene najbolj pomembnih ustavno zagotovljenih pravic,⁹⁹ pa je zakonsko urejeno le prisluškovanje.

4.2. Tajno opazovanje

Termovizijsko napravo je sicer prvenstveno mogoče uporabiti zgolj za opazovanje objektov in njihovih površin. Vendar pa si je zaradi že omenjene razlike med telesno temperaturo posameznika ter temperaturo bivanjskih prostorov in natančnosti termovizijske naprave mogoče zamisliti tudi situacijo, ko bi jo policisti usmerili v okno opazovanega objekta in s tem neposredno opazovali osebo oziroma izseke iz njenega vsakodnevnega življenja.

To pomeni, da se zoper osebo izvršuje ukrep tajnega opazovanja po 149.a členu ZKP, saj se termovizijska naprava uporablja za ugotavljanje ter spremljanje položaja, gibanja in aktivnosti osebe v nekem stanovanjskem objektu,¹⁰⁰ kar pomeni tipične elemente tajnega opazovanja po tretjem odstavku 149.a člena ZKP. Položaj, gibanje in aktivnosti opazovane osebe so lahko celo enake tistim zgoraj, ki povzročijo spremembo temperature v prostoru, vendar pa je bistveno to, da je tajno opazovanje osredotočeno na osebo in ne na objekt. Zato je treba v primeru opazovanja osebe s termovizijsko napravo za njeno uporabo prej pridobiti vsaj odredbo državnega tožilstva (peti odstavek 149.a člena ZKP), saj zaradi tehničnih zmožnosti naprave ne gre za klasične metode policijskega dela.¹⁰¹ Za to morajo biti podani utemeljeni razlogi za sum priprave ali izvršitve, da je konkretna oseba izvršila, izvršuje ali pripravlja oziroma organizira izvršitev katerega od kaznivih dejanj iz četrtega odstavka 149.a člena ZKP, pri tem pa je mogoče utemeljeno sklepati, da policisti z drugimi ukrepi tega dejanja ne morejo odkriti, preprečiti ali dokazati oziroma bi bilo to povezano z nesorazmernimi težavami (prvi odstavek 149.a člena ZKP).

⁹⁹ B. Leger, nav. delo, str. 854.

¹⁰⁰ S. Moore, nav. delo, str. 810–811.

¹⁰¹ Zanje odredba ni potrebna. Štefan Horvat: Zakon o kazenskem postopku (ZKP) s komentarjem. GV Založba, Ljubljana 2004, str. 326.

Izvedbe takega ukrepa praviloma ne bo odredil preiskovalni sodnik, saj za tajno opazovanje osebe termovizijske naprave ni treba namestiti v osumljenčevo vozilo, drug zavarovan oziroma zaprt prostor ali predmet s tajnim vstopom (2. točka šestega odstavka 149.a člena ZKP). Policisti namreč lahko ta ukrep izvajajo kar iz neoznačenega policijskega vozila na javno dostopnih prostorih ter krajih in prostorih, ki so vidni z javno dostopnega kraja oziroma prostora. Ko pa se bo za tajno opazovanje osebe v njenem stanovanju zaprosilo na primer sosedu te osebe,¹⁰² bo treba pridobiti tako pisno soglasje zaprosenega kot tudi odredbo preiskovalnega sodnika (3. točka šestega odstavka v zvezi s 4. točko 7. člena 149.a člena ZKP). Ravnanje policistov v nasprotju s tem pa bo na podlagi 154. člena v zvezi s 83. členom ZKP vodilo v izločitev dokazov, ki so jih policisti pridobili z uporabo termovizijske naprave.

5. UPORABA TERMOVIZIJSKE NAPRAVE IN NAČELO ZAKONITOSTI POSEGOV V PRAVICO DO ZASEBNOSTI

Uporabe termovizijske naprave izrecno ne predpisuje noben zakon (na primer ZKP ali ZNPPol) ali vsaj splošno dostopen podzakonski akt, tako da ni mogoče vedeti, v kakšnih okoliščinah ter kako je napravo sploh mogoče uporabiti in zoper koga. Predstavljeni način delovanja termovizijske naprave lahko glede na že omenjeno izenačimo z izvedbo prikritih preiskovalnih ukrepov, katerih bistvo je prikrito in proaktivno zbiranje dokazov za potrebe poznejšega kazenskega postopka. Ti ukrepi pa morajo biti zaradi posega v ustavno varovane človekove pravice in temeljne svoboščine natančno opredeljeni v zakonu ter podvrženi učinkoviti sodni kontroli, torej vsaj predhodni sodni odredbi.¹⁰³

V prvem in drugem odstavku 148. člena ZKP je med drugim določeno, da sme policija v primeru podanih razlogov za sum izvršitve kaznivega dejanja, ki se preganja po uradni dolžnosti, ukreniti potrebno, da se odkrijejo in zavarujejo sledovi kaznivega dejanja in predmeti, ki utegnejo služiti kot dokaz, iz tega razloga pa opraviti pregled določenih objektov in prostorov. Kako ali s čim je tak pregled mogoče opraviti, ni jasno, besedna zveza »ukreniti potrebno« pa je generalna klavzula,¹⁰⁴ ki zaradi svoje nedoločenosti ne sme biti podlaga za po-

¹⁰² Zato, ker je iz bivanjskega prostora sosedu na primer mogoče neposredno videti v bivanjski prostor opazovane osebe.

¹⁰³ To je bistvo odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, o tem pa tudi Š. Horvat, nav. delo, str. 323. Glej tudi sodbo ESČP v zadevi *Dumitru Popescu proti Romuniji* (št. 2) z dne 26. aprila 2007, tč. 70–73.

¹⁰⁴ Taka je tudi določba 4. člena ZNPPol, ki opredeljuje temeljne naloge Policije.

seganje policije v posameznikovo zasebnost.¹⁰⁵ Zakonski podlagi za uporabo termovizijske naprave se zato najbolj približa prvi odstavek 113. člena ZNPPol, ki policiste pooblašča za uporabo tehničnih sredstev za fotografiranje ter video snemanje,¹⁰⁶ ki so potrebna pri opravljanju policijskih nalog zaradi zbiranja osebnih in drugih podatkov, namenjenih dokazovanju prekrškov in kaznivih dejanj ter identificiranju kršiteljev oziroma storilcev. V podzakonskih aktih, na primer Pravilniku o policijskih pooblastilih,¹⁰⁷ termovizija ni omenjena, na podlagi 7. člena Uredbe o vozilih, plovilih, oborožitvi in posebni opremi policije¹⁰⁸ pa je mogoče le indično sklepati, da je termovizijska kamera umeščena med posebno opremo policije. Tipizacija tehničnih sredstev iz 113. člena ZNPPol je namreč predmet internega urejanja,¹⁰⁹ podatki o njih pa zaradi varstva taktike in metode policijskega dela širši javnosti niso dostopni.

Ustavna zahteva po določnosti zakona (*lex certa*), ki izhaja iz 2. člena Ustave RS,¹¹⁰ je jasna – poseganje v ustavno varovane pravice mora biti urejeno natančno in nedvoumno, saj v nasprotnem primeru obstaja možnost različne uporabe zakona in arbitrarnosti državnih ali drugih organov za izvrševanje javnih pooblastil, ki odločajo o pravicah posameznikov. Ta norma je imanentna v primeru predpisov, ki urejajo pooblastila represivnih organov pri poseganju v človekove pravice in temeljne svoboščine, še zlasti tistih, ki urejajo proaktivne posege v človekove pravice in svoboščine. V primeru slednjih je zaradi specifičnega načina poseganja v najpomembnejše pravne dobrine po mnenju Ustavnega sodišča RS¹¹¹ država v izvrševanju svojih pooblastil še bolj omejena in morajo biti zato pravna pravila tako natančna, da ne dopuščajo nikakršnih arbitrarnih ali širokih razlag in potvarjanja dejansko izvedenih prikritih preiskovalnih ukrepov.¹¹² Jasnejšo opredelitev, kot je ta splošna opredelitev načela zakonitosti, na kazenskoprocesnem področju podaja ESČP, po stališču katerega mora vsak poseg v zasebnost temeljiti 1. na določeni pravni podlagi, 2. ki

¹⁰⁵ Odločba Ustavnega sodišča RS Up-62/98 z dne 1. julija 1999, tč. 22.

¹⁰⁶ Termovizijska naprava zajame sliko opazovane površine in bi o njej lahko govorili kot o tehničnem sredstvu (termalnega) fotografiranja.

¹⁰⁷ Pravilnik o policijskih pooblastilih, Ur. l. RS, št. 40/06, 56/08, 15/13 – ZNPPol in 16/14.

¹⁰⁸ Uredba o vozilih, plovilih, oborožitvi in posebni opremi policije, Ur. l. RS, št. 2/14.

¹⁰⁹ Glej peti odstavek 114. člena ZNPPol.

¹¹⁰ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997, tč. 32.

¹¹¹ Odločba Ustavnega sodišča RS U-I-152/03-13 z dne 23. marca 2006, tč. 13, 16.

¹¹² Podobno tudi Ustavno sodišče RS v odločbi U-I-158/95 z dne 2. aprila 1998, tč. 15. Enako meni Bečir Kečanović: Tajni policijski ukrepi v kriminalističnem preiskovalnem diskurzu, v: Revija za kriminalistiko in kriminologijo, 51 (2000) 4, str. 327.

mora biti predvidljiva,^{113, 114} 3. njena pravna pravila morajo natančno urejati uporabo naprav in sredstev za izvedbo prikritih preiskovalnih ukrepov¹¹⁵ 4. in morajo biti poleg tega dostopna širšemu krogu javnosti,¹¹⁶ 5. posegi v obliki prikritih preiskovalnih ukrepov pa so dopustni le v primeru, da so v demokratični družbi obravnavani kot nujni¹¹⁷ ter 6. da so zoper njih na voljo ustrezni mehanizmi pravne zaščite.¹¹⁸

Če primerjamo zahteve ESČP in prvi odstavek 113. člena ZNPPol, je na prvi pogled očitno, da uporaba termovizijske naprave ni urejena zakonito. Najprej je treba poudariti, da naprava v citiranem členu ni izrecno omenjena ali predvidena, posledično pa s tem ni izpolnjena zahteva po natančni zakonski ureditvi, ki bi morala izkazovati popolno in zaključeno celoto naprav ter sredstev za izvedbo prikritih ukrepov. V RS mora biti sodiščem namreč znano, kako in s katerimi tehničnimi sredstvi je policija pridobila podatke,¹¹⁹ saj je mogoče le na taki osnovi sprejeti dokončen sklep o vprašanju zakonitosti posega, s čimer se prepreči arbitrarno poseganje v zasebnost posameznikov. Ker v predmetni zadevi ni tako, zakonodaja ni nedvoumna, saj povprečno razumnemu posamezniku dopušča precej pomislekov o tem, katera tehnična sredstva se bodo potencialno lahko uporabila zoper njega¹²⁰ in na osnovi katerega dokaznega standarda. Hkrati s temi pomisleki je organom pregona omogočena široka razlaga zakonske norme o tem, katera sploh so tehnična sredstva, ki jih je po njihovi subjektivni (arbitrarni?) oceni dopustno uporabiti. Nadalje je akt, s katerim so tehnična sredstva za izvajanje policijskih nalog tipizirana oziroma urejena glede na peti odstavek 114. člena ZNPPol, interne narave, ki

¹¹³ V smislu, da je posamezniku znano, da pravna podlaga omogoča izvedbo posameznega ukrepa s tehničnim sredstvom, ki se ob podanih pogojih lahko izvede zoper njega, seveda pa ne tako, da bi se posameznik imel možnost seznaniti s prikritimi ukrepi zoper njega s trenutkom njihove uvedbe, kar bi potemtakem izgubilo svoj smisel.

¹¹⁴ Sodba ESČP v zadevi *Amann proti Švici* z dne 16. februarja 2000, tč. 55–56.

¹¹⁵ Zaradi vse večjega napredka tehnologije bi torej morale biti znane, s katerimi napravami informacijske tehnologije so se posegi v zasebnost izvedli, saj bi lahko le tako preverili zakonitost izvedbe ukrepa.

¹¹⁶ Sodba ESČP v zadevi *Khan proti Združenemu kraljestvu* z dne 4. oktobra 2000, tč. 27.

¹¹⁷ Nujnost se razlaga z zaščito temeljnih demokratičnih institucij ter pridobivanjem bistvenih informacij, namenjenih za operacijo nadzora zoper konkretnega posameznika. Glej sodbo ESČP v zadevi *Szabo in Vissy proti Madžarski* z dne 12. januarja 2016, tč. 73.

¹¹⁸ Sodba ESČP v zadevi *Zakharov proti Rusiji* z dne 4. decembra 2015, tč. 236.

¹¹⁹ Primeroma sodbi Vrhovnega sodišča RS I Ips 394/2007 z dne 17. januarja 2008 in I Ips 440/2008 z dne 17. septembra 2009.

¹²⁰ Smiselno sodba ESČP v zadevi *The association for European integration and human rights in Ekimdzhev proti Bolgariji* z dne 30. januarja 2008, tč. 75.

splošni javnosti ni dostopen.¹²¹ Pravna podlaga termovizijske naprave v prvem odstavku 113. člena ZNPPol je torej blanketna norma, ki termovizijsko napravo kot tehnično sredstvo uvaja na podlagi internega akta, s katerim se širši krog javnosti preprosto ne more seznaniti, to pa vodi v razumno sklepanje, da pravna osnova za njeno uporabo ni splošno dostopna in s tem predvidljiva.¹²² Ob tem ne gre pozabiti, da je poseg v ustavno zagotovljene pravice mogoče določiti le na zakonski ravni, zato pa bi morala tudi tehnična sredstva, ki se ob takem posegu uporabljajo in so njegov bistveni del, postati predmet zakonske materije.¹²³ Ureditve uporabe termovizijske naprave je zato v RS vsaj trenutno, ne glede na njeno potrebno¹²⁴ uporabo v demokratični družbi zaradi nasprotovanja temeljnemu načelu zakonitosti v kazenskem postopku »nezakonita«, še zlasti zato, ker posamezniku niso znane niti okoliščine niti postopkovni pogoji njene uporabe.¹²⁵

Z uporabo termovizijske naprave, kot izhaja iz prakse predkazenskih postopkov, se ne posega le v pravice osebe, katere prostor se opazuje, temveč tudi posameznikov, ki v okolici opazovanega prostora bivajo. Policisti namreč sliko opazovanega prostora primerjajo s slikami sosednjih prostorov objektov, torej posežejo tudi v pravice drugih, zoper katere se prikriti ukrep pridobivanja notranje temperature sploh ne izvaja.¹²⁶ To še dodatno utrjuje prepričanje o arbitrarni uporabi termovizijske naprave, zoper podatke katere posamezniki, ki so bili opazovani izključno zaradi možnosti izvedbe primerjave, nimajo omogočenega učinkovitega pravnega sredstva,¹²⁷ ker sploh ne vedo, da so bili njihovi objekti predmet preiskave, zagotovo pa jim ni znano, da zoper specifično osebo pozneje poteka kazenski postopek, v katerem se bodo notranje temperature njihovih objektov uporabile v prid potrjevanja indica o gojenju

¹²¹ Podatki, označeni kot interni, so tajni podatki, katerih razkritje nepoklicani osebi bi lahko škodovalo delovanju ali izvajanju nalog organa – 4. točka 13. člena Zakona o tajnih podatkih (ZTP, Ur. l. RS, št. 50/06 – uradno prečiščeno besedilo, 9/10 in 60/11).

¹²² S tega vidika ne vzdrži argumentacija, da pogojev izvedbe prikritega invazivnega posega ni treba zapisati v zakon, saj je predvidljivost pomembnejša. Glej sodbo ESČP v zadevi *Liberty in drugi proti Združenemu kraljestvu* z dne 1. oktobra 2008, tč. 60, 69.

¹²³ O tem tudi Irena Vovk: Policijska država?, v: Pravna praksa, 32 (2013) 4, str. 32.

¹²⁴ Zaradi zaznavanja enega od indicov, ki v povezavi z drugimi nakazuje na hidropo- nično gojenje konoplje v prostoru, tako pridelana substanca pa je zdravju še bolj škodljiva – sodba Ustavnega sodišča RS XI Ips 48793/2013–149 z dne 6. novembra 2013, tč. 8.

¹²⁵ Po ustaljeni praksi ESČP mora biti to posameznikom znano. Glej sodbo v zadevi *Dragojević proti Hrvaški* z dne 15. aprila 2015, tč. 81.

¹²⁶ L. Albrecht, nav. delo, str. 255.

¹²⁷ Obstajati mora učinkovito in ustrezno pravno jamstvo proti zlorabi. Glej sodbo ESČP v zadevi *Kennedy proti Združenemu kraljestvu* z dne 18. avgusta 2010, tč. 153.

konoplje. Navsezadnje je nekoliko nepoštena¹²⁸ tudi razporeditev dokaznega bremena, ki ga nosi obramba obdolženca, saj mora ta zaradi nejasne zakonske ureditve izkazati, da so s termovizijsko napravo organi pregona dejansko posegli v prostor upravičenega pričakovanja zasebnosti,¹²⁹ to pa lahko ob policijskem sklicevanju na tajno naravo njihovega dela pomeni *probatio diabolica*.

6. SKLEP

Lastnosti termovizijske naprave in narava zbranih podatkov so vsekakor take, da je pri njeni uporabi mogoče govoriti o vnaprejšnji izvedbi preiskave opazovanega prostora, po drugi strani pa je naprava učinkovita za pridobivanje indicia o hidroponičnem gojenju konoplje. Uporaba termovizijske naprave torej nije bitko med učinkovitostjo kazenskega postopka ter zasebnostjo posameznika, zmagovalca pa bo treba zaradi vse hitrejšega razvoja tehnologije ter njenega sofisticiranega in prikritega poseganja v našo zasebnost,¹³⁰ skladno z načelom zakonitosti, natančno določiti z zakonom. V njem bi lahko zakonodajalec za uporabo termovizijske naprave predvidel dokazni standard razlogov za sum,¹³¹ ki bi se utemeljeval s prvo informacijo o notranjem gojenju konoplje, povišano porabo električne energije objekta ter subjektivnim zaznavanjem gojenja (prek vida, vonja ali sluha), poleg tega pa bi morali organi pregona še izkazati, da je mogoče v točno določenem prostoru¹³² pridobiti dokaze, ki jih z milejšimi ukrepi ne bi bilo mogoče zbrati. S tem bi bila zagotovljena minimalna zakonska predvidljivost o uporabi tega tehničnega sredstva, zadoščeno pa bi bilo tudi evropskim pravnim standardom. Do tedaj pa je treba zagovarjati tezo, da gre pri uporabi termovizijske naprave za izvedbo hišne preiskave, zaradi česar je treba spoštovati drugi odstavek 36. člena Ustave RS¹³³ in za zakonito termovizijo izdati predhodno sodno odločbo, ki bo utemeljena vsaj na stopnji razlogov za sum in s katero bo preiskovalni sodnik kot pravovarstveni garant

¹²⁸ Neracionalno in pretirano dokazno breme v zvezi z učinkovitim varstvom zasebnega življenja ni razumno. Glej sodbo ESČP v zadevi *Turek proti Slovaški* z dne 13. septembra 2006, tč. 116.

¹²⁹ Tega na primer ni treba dokazovati pri nameščanju mikrofонов, GPS-naprave, prestrzanju telekomunikacij itd.

¹³⁰ Sodbi ESČP v zadevah *Weber in Saravia proti Nemčiji* z dne 29. junija 2006, tč. 93; ter *Iordachi in drugi proti Moldaviji* z dne 14. septembra 2009, tč. 39.

¹³¹ V primeru utemeljenih razlogov za sum bi bil namreč že izpolnjen vsebinski kriterij za hišno preiskavo, ki se je do zdaj utemeljeval tudi s podatki, pridobljenimi s termovizijsko napravo.

¹³² Gre za specifičnost prostora, ne pa še osredotočenost preiskovanja.

¹³³ Člen 36 Ustave RS določa, da ne sme nihče vstopiti v prostor brez odločbe sodišča.

preverjal utemeljenost posega v posameznikovo zasebnost.¹³⁴ V nasprotnem primeru, torej ko ta ustavna jamstva niso spoštovana, pa je treba dokaze, pridobljene s termovizijsko napravo, iz postopka izločiti.

Treba se je zavedati, da bo zasebnost, dokler tehnične naprave za zbiranje osebnih podatkov, ki jih pri svojem delu uporabljajo slovenski organi kazenskega pregona, ne bodo znane ali vsaj predvidljivo urejene, v podrejenem položaju učinkovitosti kazenskega postopka, moč nadzorovanja pa bo v rokah izvršilne oziroma represivne veje oblasti, čeprav bi o sprejemljivosti novih nadzorovalnih tehnologij danes morala odločati demokratična družba.¹³⁵ Do tedaj je zato v zvezi z uporabo napredne tehnologije najbolje uporabljati načelo zakonitosti in na področju posameznikove zasebnosti prepovedati vse invazivne posege, ki niso izrecno zakonsko dovoljeni.

¹³⁴ Tako o tem tudi Informacijski pooblaščenec Republike Slovenije: Ponovno mnenje IP k dopolnjenemu predlogu Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o nalogah in pooblastilih policije (predlog ZNPPol-A, EVA 2015-1711-0006), <https://www.ip-rs.si/fileadmin/user_upload/Pdf/pripombe/MNZ__mnenje_k_predlogu_ZNPPol-A__ju-lij_2016.pdf> (9. 1. 2017).

¹³⁵ O tem tudi Irena Vovk: Policijska pooblastila, v: *Pravna praksa*, 33 (2014) 3, str. 32.