



**NOVA
UNIVERZA**

DIGNITAS

Revija za človekove pravice

Slovenian journal of human rights

ISSN 1408-9653

Trendi omejevanja domneve nedolžnosti

Polona Plesničar

Article information:

To cite this document:

Plesničar, P. (2015). Trendi omejevanja domneve nedolžnosti, Dignitas, št. 65/66, str. 9-36.

Permanent link to this document:

<https://doi.org/10.31601/dgnt/65/66-2>

Created on: 16. 06. 2019

To copy this document: publishing@nova-uni.si

For Authors:

Please visit <http://revije.nova-uni.si/> or contact Editors-in-Chief on publishing@nova-uni.si for more information.

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



© Nova univerza, 2018



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA SLOVENSKE
IN MEDNARODNE ŠTUDIJE



**NOVA
UNIVERZA**

EVROPSKA PRAVNA
FAKULTETA



**NOVA
UNIVERZA**

FAKULTETA ZA DRŽAVNE
IN EVROPSKE ŠTUDIJE

Trendi omejevanja domneve nedolžnosti¹

Polona Plesničar

POVZETEK

Članek, ki povzema moje lastno magistrsko delo, napisano pod mentorstvom doc. dr. Anžeta Erbežnika, *Domneva nedolžnosti v kazenskem pravu – zgodovinska analiza in sodobne perspektive*, analizira nekatere moderne trende omejevanja domneve nedolžnosti. Kot prvega prikaže spornost konfiskacij v povezavi z domnevo nedolžnosti, še posebej izpostavlja problem civilnih konfiskacij pri katerih obdolženi ni spoznan za krivega. Rešitev ponuja uporaba strogega testa sorazmernosti, ki ukrep odvzema utemelji s tem, da je primeren, nujen in sorazmeren v ožjem smislu. Tako naj bi ostalo odprto le vprašanje utemeljitve najmilejšega ukrepa in ali slednjemu lahko zadostimo. Spregovori tudi o ZOPNI-ju, ki omogoča uvedbo tajne finančne preiskave zgolj na podlagi razlogov za sum in uvaja obrnjeno dokazno breme. Analiza pokaže, da je ta institut ustavno sporen zaradi pomanjkanja ustrezne kontradiktornosti, opuščanja sodne kontrole, dopuščanja uvedbe postopka na podlagi razlogov za sum in odvzema premoženja na podlagi nižjega standarda, kot velja za obsodilno sodbo. Nadalje članek spregovori o nekakšnem obrnjenem dokaznem bremenu v smislu ovrgljive predpostavke krivde, ki se uvaja v okviru prekrškovnega prava. Kot problematični se kažejo predvsem načini postopanja za doseg cilja. Kot tretji trend omejevanja domneve nedolžnosti, članek prikaže profiliranje oseb, na primer letalskih potnikov, za namene boja proti organiziranemu kriminalu kot preventivne prepoznave morebitnih storilcev. V tem primeru je domneva nedolžnosti namensko spregledana in v svojem obstoju ogrožena.

¹ Članek povzema magistrsko delo avtorice Polone Plesničar *Domneva nedolžnosti v kazenskem pravu – zgodovinska analiza in sodobne perspektive*, 2014, napisano pod mentorstvom doc. dr. Anžeta Erbežnika.

Ključne besede: domneva nedolžnosti, konfiskacija, ZOPNI, prekrškovno pravo, profiliranje oseb, masovna hramba podatkov

Trends in limiting presumption of innocence

ABSTRACT

This article analyzes some of the modern trends of limiting the presumption of innocence. As first one it shows controversy of confiscation in relation to the presumption of innocence with special highlight on the problem of civil confiscation in which the accused is not guilty. The solution is offered in the use of strict test of proportionality which justifies the measure of confiscation by its suitability, necessity and proportionality in a strict sense. Thus leaving open only the question of justification of the mildest measure and ability to meet this measure. It further touches the ZOPNI (law of the confiscation of property from illegal source), which allows the introduction of covert financial investigations based only on reason of suspect and introduces a reversed burden of proof. Analysis shows that this institution is constitutionally questionable due to lack of appropriate adversarial, abandonment of judicial control and allowance for introducing the procedure based on reason of suspect as well as for confiscation of property on the basis of a lower standard as for the case of conviction. Furthermore, the article talks about some kind of reverse burden of proof in terms of the rebuttable presumption of guilt, which is introduced in the framework of the law on minor offenses. As especially problematic are seen the ways of proceeding to achieve the goal. As the third trend of limiting the presumption of innocence the article shows the profiling of persons, such as airline passengers, for the purpose of fight against organized crime as a preventative recognizing of potential offenders. In this case, the presumption of innocence is deliberately overlooked and threatened in its existence.

Keywords: presumption of innocence, confiscation, ZOPNI (law of the confiscation of property from illegal source), law on minor offenses, profiling of persons, mass storage of data

1. Uvod

Domneva nedolžnosti je široko sprejeto temeljno načelo kazenskega postopka, katerega namen je dopustitev kazenskemu represivnemu aparatu države, da šele, ko je zadoščeno določene-mu standardu suma, lahko ta posega v posameznikove človekove pravice in temeljne svoboščine.

V članku, ki povzema moje lastno magistrsko delo, napisano pod mentorstvom doc. dr. Anžeta Erbežnika, *Domneva nedolžnosti v kazenskem pravu – zgodovinska analiza in sodobne perspektive*, se bom posvetila nekaterim vprašljivim trendom omejevanja domneve nedolžnosti. Za začetek bom predstavila odvzem premoženja kot koristen ukrep v boju zoper organiziran kriminal, nato pa bom opisala še različne konfiskacijske modele (kazenske, civilne in razširjene konfiskacije). Nadalje bom predstavila tudi v Sloveniji veljaven Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora, ki prav tako uveljavlja sporne ukrepe z vidika domneve nedolžnosti. Primerjalno-pravno bom spregovorila o ureditvi na Irskem in v Združenem kraljestvu, zaključila pa s kritično analizo trendov na področju konfiskacij. Sledila bo analiza domneve nedolžnosti v prekrškovnem pravu, pri čemer želim opozoriti predvsem na analizo obrnjenega dokaznega bremena in na izjave ter dokaze, pridobljene v prekrškovno-administrativnih postopkih. Kot zadnji vprašljivi trend omejevanja domneve nedolžnosti bom obravnavala profiliranje letalskih potnikov ter predstavila nevarnosti, ki jih prinaša profiliranje, v smislu uvajanja t.i. preventivne države.

Pri primerih, ki bodo predstavljeni, gre za nekazenske postopke v katerih bi se prav tako, kot pri kazenskih postopkih, moralo uporabiti načelo domneve nedolžnosti, saj gre pri konfiskacijah za prikrite kazenske postopke, pri prekrških je uporaba domneve nedolžnosti določena v zakonodaji, pri profiliranju pa gre za hude, vsesplošne posege v človekove pravice.

2. Konfiskacije oz. odvzem premoženja

2.1. Konfiskacija kot koristen ukrep zlasti v boju zoper organizirani kriminal

Povečanje obsega in širjenje možnih konfiskacij je tesno povezano z bojem zoper organizirani kriminal. Ker je za organizirani

kriminal pogosto bistveno prav nelegalno pridobivanje dobička, je prav odvzem tako pridobljenega premoženja največji udarec. Pri tem se postavlja vprašanje, do kakšne mere (tako z vidika obsega kot tudi z vidika posega v pravice posameznika) dopustiti takšne posege. Pri tem se kažejo bistvene razlike med državami na zadevnem področju, v zadnjem času pa se pojavlja tudi določen trend zaostrovanja represije z vse bolj daljnosežnimi konfiskacijami. Tako se osebi v Združenih državah Amerike, ki se preganja zaradi kaznivega dejanja organiziranega kriminala, preprosto odvzame vse premoženje, v kolikor ne more dokazati, da je premoženje pridobila na zakonit način in s tem plačala vse davščine državi. Države Evropske unije, ki so pri takih ukrepih veliko bolj zadržane v korist osnovnih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, pa od začetka devetdesetih let prejšnjega stoletja prav tako stopajo po stopinjah Združenih držav.² Tako približevanje pravnih sistemov pogosto poteka prek mednarodnih instrumentov kot bodo prikazani v nadaljevanju.

Zagovorniki povečanja števila in obsega odvzemov premoženja v EU, kamor sodi tudi Evropska Komisija, trdijo, da imajo odvzemi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, odvrtilni učinek na storilce kaznivih dejanj, zlasti v okviru boja zoper organiziran kriminal, a je v EU trenutno število postopkov oziroma zamrznitev in odvzemov premoženja iz naslova organiziranega kriminala skromno v primerjavi z ocenjenimi prihodki takšnih organiziranih kriminalnih združb. Evropska Komisija poudarja, da je zaplemba strateška prednostna naloga v boju EU proti organiziranemu kriminalu.³ EU je na tem področju že v preteklosti sprejela pet okvirnih sklepov, izvedba teh pa je pokazala tudi nekatere slabosti. Posledično je bila predlagana tudi sprememba zakonodaje s poenostavljenimi pravili, zapolnitvami vrzeli, razširjenim odvzedom, zamrznitvami ter odvzedom premoženja, ki je bilo preneseno na tretje osebe, kot bo podrobneje predstavljeno v nadaljevanju. Za vzpostavitev učinkovitejšega odvzema je pomembna tudi pomoč nacionalnih uradov za odvzem nezakonito pridobljene premoženjske koristi. Te urade je v nekaterih državah potrebno še ustanoviti, med drugim tudi s pomočjo financiranja iz sredstev EU.⁴

² K. Rejec in B. Lobnikar, *Odvzem premoženja nezakonitega izvora v pravu EU*, http://www.fvv.uni-mb.si/DV2012/zbornik/kriminalisticna_dejavnost/longar_lobnikar.pdf (zadnjič obiskano: 23. 10. 2013), str. 5.

³ Urad Vlade RS za komuniciranje, *Sekundarna zakonodaja*, <http://www.evropa.gov.si/si/pravni-red/sekundarna-zakonodaja> (zadnjič obiskano: 9. 11. 2013).

⁴ *Ibidem*.

Če povzamem nekatere določbe instrumentov, ki se nanašajo na odvzem, le ti v veliki večini predstavljajo navodilo državam članicam, da sprejmejo potrebne ukrepe za zagotovitev zakonodaje in postopkov, ki omogočajo take ukrepe, ter vzpostavitev mednarodnega sodelovanja pri takih ukrepih, kot tudi možnosti izključitve odvzema v primerih, ko vrednost ne presega 4.000,00 EUR. Na splošno predstavlja cilj instrumentov določiti pravila, na podlagi katerih bodo države članice na svojem ozemlju priznale in izvršile sklep o zasegu in odvzemu, tudi takega, ki ga je izdal pravosodni organ druge države članice v okviru kazenskega postopka. Poleg tega morajo države članice zagotoviti tudi celotni ali delni odvzem pripomočkov za kazniva dejanja in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, za katerega je zagrožena kazen odvzema prostosti več kot enega leta ali premoženje v vrednosti premoženjske koristi. V primerih davčnih kaznivih dejanj pa imajo države članice na voljo tudi nekazenske postopke.⁵

2.2. Konfiskacijski modeli

V grobem lahko ločimo dve vrsti konfiskacij, in sicer kazenske in civilne konfiskacije. Kazenske konfiskacije za zaplembo potrebujejo podlago kazenske obsodbe, medtem ko t.i. civilne konfiskacije dovoljujejo odvzem premoženja brez obsodbe v kazenskem postopku. Obstajajo pa tudi ureditve, ki dovoljujejo kazensko konfiskacijo z določenimi elementi civilne konfiskacije ali pa je civilna konfiskacija uveljavljena kot izjema v posebnih okoliščinah, na primer, ko je obdolženi na begu ali umre ali pa obstajajo kakšne druge predpostavke. Pri tem nekateri trdijo, da je "cilj obeh vrst konfiskacij povsem enak, in sicer: zaseg vsega premoženja in koristi, pridobljenih s kriminalno aktivnostjo z namenom, da se kriminalcem nelegalna dejavnost ne izplača in da se pobere premoženje, ki bi jim omogočalo nadaljnje ukvarjanje s kriminalom."⁶ Pri tem prezrejo, da je bistvena razlika v postopku izvedbe z vidika varstva temeljnih pravic zadevne osebe (domneva nedolžnosti, dokazno breme, dokazni prag, tajnost postopka itd.) kakor tudi z vidika dopustnega obsega odvzema premoženja. Tako je bistvena razlika med civilnim in kazenskim odvzemom protipravno pridob-

⁵ Evropska komisija, *Confiscation and asset recovery*, http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/confiscation-and-asset-recovery/index_en.htm (zadnjič obiskano: 21. 2. 2014).

⁶ K. Rejec in B. Lobnikar (op. pod črto št. 2), str. 2 in 3.

bljene premoženjske koristi v tem, da se storilcu v kazenski zadevi odvzame premoženje, ki ustreza s kaznivim dejanjem pridobljeni premoženjski koristi, v civilni zadevi pa se lahko odvzame tudi premoženje, ki ne ustreza storitvi kaznivega dejanja, a je dokazano, da ni od njegovega imetnika. To se opravičuje s tem, da naj bi bilo v civilnih zadevah dokazno breme osredotočeno na izvor premoženja (*in rem*), v kazenskih zadevah pa zoper samega storilca (*ad personam*).⁷

2.2.1. Kazenske konfiskacije

Za lažje razumevanje kazenskih konfiskacij bo v nadaljevanju predstavljena slovenska zakonodaja s tega področja. Iz 74. člena KZ-1⁸ namreč izhaja, da nihče ne sme obdržati premoženjske koristi, ki je bila pridobljena s kaznivim dejanjem ali zaradi njega, pri čemer se ta korist odvzame s sodno odločbo, s katero je bilo ob pogojih, določenih v zakonu, ugotovljeno kaznivo dejanje. V Kazenskem zakoniku (KZ-1) je sedmo poglavje namenjeno odvzemu premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, ki določa razloge in način odvzema takšne premoženjske koristi, ureja pa tudi varstvo oškodovanca, odvzem premoženjske koristi pravni osebi, odvzem premoženja zaradi kaznivih dejanj, storjenih v hudodelski združbi, in odvzem premoženja, pridobljenega s kaznivimi dejanji, kot tudi domneva brezplačnosti.⁹ KZ-1 pa vsebuje tudi druge člene, ki se nanašajo na odvzem denarja in premoženja, na primer 109. člen KZ-1 (financiranje terorizma) in pa 73. člen (odvzem predmetov).

Tudi ZKP v 498.-503. členu ureja postopek za odvzem premoženjske koristi, podkupnin ter denarja ali premoženja nezakonitega izvora. Natančneje, omenjeni postopek vključuje odvzem podkupnin ter denarja ali premoženja nezakonitega izvora, odvzem premoženjske koristi, dosežene s kaznivim dejanjem, in hrambo zaseženih predmetov oziroma predmetov in premoženja, ki so bili dani kot varščina, ter začasno zavarovanje zahtevka za odvzem premoženjske koristi oziroma premoženja v vrednosti

⁷ M. Rep in A. Ipavec, *Sprejemljivost novega ZOPNI v luči sodb evropskega sodišča za človekove pravice*, http://www.fvv.uni-mb.si/DV2012/zbornik/kriminalisticna_dejavnost/Rep_Ipavec.pdf (zadnjič obiskano: 23. 10. 2013), str. 10.

⁸ Uradni list RS, št. 55/08 in 50/12.

⁹ KZ-1, 74.-77c člen.

premoženjske koristi.¹⁰ Podkupnina oziroma denar ali premoženje nezakonitega izvora se lahko odvzame v primeru, da je bilo to pridobljeno s kaznivim dejanjem sprejemanja podkupnine pri volitvah (157. člen KZ-1), neupravičenim sprejemanjem daril (241. člen KZ-1), neupravičenim dajanjem daril (242. člen KZ-1), pranjem denarja (245. člen KZ-1), jemanjem podkupnine (261. člen KZ-1), dajanjem podkupnine (262. člen KZ-1) in nezakonitim posredovanjem (263. člen KZ-1). V kolikor je dokazano, da so uresničeni zakonski znaki kaznivega dejanja pranja denarja, ki kažejo na to, da denar ali premoženje izvira iz kaznivih dejanj oziroma znaki zgoraj navedenih kaznivih dejanj, ki kažejo na to, da je bila dana ali sprejeta nagrada, darilo, podkupnina ali kakšna druga premoženjska korist, se premoženje lahko odvzame tudi, če ne pride do obsodilne sodbe. Opisano izhaja iz 498.a člena ZKP.¹¹ O opisanih ukrepih izvenrazpravni senat izda poseben sklep na obrazložen predlog državnega tožilca. Poleg tega je odvzem premoženja naslovljen tudi v 156. členu ZKP (v zvezi s pristojnostmi preiskovalnega sodnika), 445.a členu ZKP (s strani tožilca predlagane sankcije) in 450.b členu ZKP (predmet sporazuma o priznanju krivde ne more biti odvzem s kaznivim dejanjem pridobljene premoženjske koristi). Denar ali premoženje nezakonitega izvora se lahko odvzame tako fizični kot tudi pravni osebi. Na podlagi 503. člena ZKP je možno odvzem premoženjske koristi izreči tako v sklepu o sodnem opominu, v sklepu o vzgojnem ukrepu, v sklepu, s katerim se izreče varnostni ukrep kot tudi v sodbi, s katero se spozna obtoženca za krivega.

Iz sodbe Višjega sodišča v Ljubljani opr. št. I Kp 311/2007 z dne 10.7.2007 pa npr. izhaja, da storilec premoženjske koristi, ki jo je pridobil s kaznivim dejanjem, v nobenem primeru, tudi ne glede na njegovo slabo finančno stanje, ne more obdržati. Takšen odvzem je namreč obvezen in ne fakultativen. Iz sodbe Višjega sodi-

¹⁰ Z. Dežman in A. Erbežnik, *Kazensko procesno pravo Republike Slovenije*, 2003, str. 978 in 979.

¹¹ Vprašljivost 498.a člena ZKP se kaže z vidika sodbe ESČP v zadevi *Lagarde proti Franciji* (12. 4. 2012 - 18851/07, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-110305> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015)), kjer je ESČP podalo mnenje, da je bil v obravnavanem primeru namen plačila odškodnine po smrti obdolženca v nadomestilu žrtvam za njihove izgube, kar pa ne predstavlja kazenske sankcije za namen drugega odstavka 6. člena EKČP. V takšnih okoliščinah odškodninski zahtevek ne pomeni nove kazenske obtožbe zoper očeta pritožnika. Sodišče poudarja, da je obtoženec umrl, preden je bila njegova krivda dokazana s pravnomočno sodbo, tako da je potrebno domnevati, da je bil g. Lagarde nedolžen, dokler je bil še živ. ESČP nadalje še meni, da je sodišče ustvarilo dovolj jasno povezavo med kazenskim postopkom in postopkom uveljavljanja odškodnine, zaradi česar se domneva nedolžnosti lahko uporabi, kot tudi, da je izjava nacionalnega sodišča dopuščala dvom o njegovi nedolžnosti in s tem kršila domnevo nedolžnosti.

šča v Celju opr. št. Kp 144/2004 z dne 28.9.2004 pa, da v primeru, ko je obtoženi spoznan za krivega kaznivega dejanja (v konkretnem primeru neupravičenega prometa z mamili, torej da je z namenom prodaje kupil mamilo, v predmetni zadevi pa mamila še ni prodal), ni mogoče sklepati, da pomeni zasežena gotovina že doseženo premoženjsko korist. Za odvzem premoženjske koristi ni dovolj zgolj mnenje sodišča brez kakršnihkoli dokazov. Ko se kazenski postopek konča z obsodilno sodbo, ni dvoma do upravičenosti odvzema premoženja nezakonitega izvora, ki je bilo pridobljeno s kaznivim dejanjem ali zaradi njega (s kaznivim dejanjem, za katero je bila oseba pravnomočno obsojena). Za obsodbo je namreč potreben najvišji dokazni standard onkraj razumnega dvoma oziroma prepričanost o krivdi obdolženega. Kljub temu pa se tudi po obsodilni sodbi pojavlja vprašanje obsega odvzema, kot bo prikazano v nadaljevanju v zvezi s t.i. razširjeno konfiskacijo.

2.2.2. Razširjena konfiskacija

V veliko sistemih se skupaj s kazensko konfiskacijo *strictu sensu* po obsodbi uporabi še t.i. razširjena konfiskacija (angl. *extended confiscation*). Sodišče torej po obsodbi preizkusi razširjeno ali celotno premoženje obsojenega, tudi tisto, ki ni bilo predmet kazenskega postopka, na obsojenemu pa je breme, da dokaže, da je premoženje pridobil zakonito. Predpostavka takšnega postopka je, da mora biti oseba obsojena vsaj za eno kaznivo dejanje.¹² V zvezi z navedenim je bila sprejeta Direktiva 2014/42/EU Evropskega parlamenta in Sveta o začasnem zavarovanju in odvzemu predmetov, ki so bili uporabljeni za kazniva dejanja, in premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim dejanjem, v Evropski uniji. Ta v prvem odstavku 4. člena najprej splošno določa, da morajo države članice sprejeti ukrepe, ki na podlagi pravnomočne obsodbe za kaznivo dejanje, ki je bila lahko izrečena tudi v okviru postopka v nenavzočnosti, omogočajo delni ali popolni odvzem predmetov, ki so bili uporabljeni za kazniva dejanja, in premoženjske koristi ali premoženja v vrednosti takih predmetov ali premoženjske koristi. V primeru, da opisani odvzem ni možen zaradi bolezni ali

¹² Glej npr. *ESČP, Phillips proti Združenemu kraljestvu*, 5. 7. 2001 - 41087/98, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-59558> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015), ki dopušča tak sistem kot skladen z domnevo nedolžnosti.

bega osumljenca oziroma obdolženca, pri čemer se je kazenski postopek v zvezi s kaznivim dejanjem, s katerim je mogoče neposredno ali posredno pridobiti gospodarsko korist, že začel, in v katerih bi bil osumljeni ali obdolženi lahko obsojeni, če bi bil zmožen sodelovati, morajo države članice prav tako omogočiti odvzem predmetov, ki so bili uporabljeni za kazniva dejanja in premoženjsko korist (drugi odstavek 4. člena). V zvezi z razširjenim odvzemom pa 5. člen državam članicam konkretno nalaga, da kadar sodišče na podlagi okoliščin primera, vključno s specifičnimi dejstvi in razpoložljivimi dokazi, kot je nesorazmerna vrednost premoženja obsojenca glede na njegove zakonite dohodke, meni, da je bilo zadevno premoženje pridobljeno s kaznivim dejanjem, omogoči delen ali celoten odvzem takega premoženja, ki je v lasti obsojene osebe za kaznivo dejanje, s katerim je mogoče neposredno ali posredno pridobiti gospodarsko korist. V drugem odstavku tega istega člena direktiva kataloško našteva kazniva dejanja, za katera se uporabi zgoraj opisano. Razširjena konfiskacija se tako uporabi predvsem v zvezi s kaznivim dejanjem aktivne in pasivne korupcije v zasebnem sektorju ter med uradniki institucij Unije oziroma držav članic, kaznivim dejanjem v zvezi s sodelovanjem v hudodelski združbi, kaznivim dejanjem povzročitve sodelovanja otroka v pornografski predstavi ali napeljevanje otroka k takšnemu sodelovanju, kaznivim dejanjem nezakonitega poseganja v sistem in v podatke ter kaznivim dejanjem iz 3. člena, ki se kaznuje v skladu z ustreznim instrumentom (oz. nacionalnim pragom, če harmonizacijski instrument praga ne določa) z najvišjo zaporno kaznijo vsaj štirih let. Poleg navedenega predmetna direktiva v svojem 6. členu omogoča tudi odvzem tretji osebi, in sicer v primerih, če so tretje osebe vedele ali bi morale vedeti, da je namen prenosa ali pridobitve izogib odvzema, in sicer na podlagi konkretnih dejstev in okoliščin, tudi ko sta bila prenos ali pridobitev opravljena brezplačno ali v zameno za znesek, ki je bistveno nižji od tržne vrednosti.

2.2.3. Civilne konfiskacije

Ko govorimo o civilnih konfiskacijah, govorimo o odvzemu premoženja brez predhodne kazenske obsodilne sodbe v t.i. »in rem« "civilnih" postopkih, torej postopkih, ki naj ne bi bili usmerjeni zoper posameznika, temveč na premoženje. Pri tem naj bi

bila civilna konfiskacija neodvisna od kazenskega postopka, saj naj bi izhajala iz predpostavke, da je do neupravičene obogatitve prišlo po civilnem pravu. Učinkovitost tega postopka naj bi bila predvsem v uvidu, da ni potrebno čakati na razplet največkrat dolgotrajnega kazenskega postopka. Postopek naj bi bil usmerjen proti premoženju in ne proti subjektu, zato naj ne bi bilo potrebe, da bi bil podvržen strožjim varovalkam kazenskega postopka, med drugim domnevi nedolžnosti. Pri tem izhaja iz logike, da nihče ne more obogateti na nezakonit način in zato posledično nezakonito pridobljeno premoženje ne more biti predmet varovanja lastninske pravice njegovega imetnika, saj ni bilo zakonitega temelja, na podlagi katerega bi lahko zakonito prišlo v njegovo last.¹³ Ker naj bi bili navedeni postopki civilni postopki (oz. so vsaj tako deklarirani), domneva nedolžnosti kot kazenskopravna varovalka ne pride v poštev v teh postopkih. Postopek usmerjen proti premoženju naj ne bi bil v nobeni povezavi z ugotavljanjem krivde posameznika v kazenskem postopku. Zagovorniki takšnega sistema trdijo, da tudi ta postopek odlikujejo visoki standardi varovanja pravic oseb v teh postopkih, kot naj bi bili pravica do obrambe, osebo je potrebno seznaniti z argumenti tožilstva in ji dati možnost podaje pisnih in ustnih dokazov, premoženje se lahko odvzame le na podlagi sodnega postopka z javno obravnavo in tako dalje. Nasprotno pa kritiki poudarjajo, da gre dejansko za "prikrito" kazenske postopke, ki se jih lažno deklarira kot civilne z namenom, da se lahko prenese dokazno breme in se zaobide kavtele kazenskega postopka.

2.3. Slovenski Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI)

V Sloveniji je bil v novembru 2011 sprejet Zakon o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI).¹⁴ Zakon je bil sprejet z namenom preprečevanja pridobivanja in uporabe premoženja nezakonitega izvora zaradi varstva pridobivanja premoženja na zakonit način ter zaradi zaščite gospodarske, socialne in ekološke funkcije lastnine, ki ga zagotavlja pridobivanje premoženja v skladu s predpisi. Našteto se zagotavlja z odvzemom premoženja tistim, ki so ga pridobili na nezakonit način, ali je bilo tako pre-

¹³ K. Rejec in B. Lobnikar (op. pod črto št. 2), str.3.

¹⁴ Uradni list RS, št. 91/11 in 25/14.

moženje nanje preneseno brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti, ali so vedeli ali bi morali vedeti, da je nanje preneseno premoženje nezakonitega izvora. Dokazno breme za odvzem premoženja nezakonitega izvora je na podlagi 27. člena ZOPNI na toženi stranki, ki mora v pravnem postopku navajati dejstva in predlagati dokaze, iz katerih izhaja domneva nezakonitosti izvora premoženja tožene stranke. Tožena stranka pa lahko izpodbija domnevo – da premoženje ni bilo pridobljeno iz zakonitih dohodkov oziroma na zakonit način, če je podano očitno nesorazmerje med njegovim obsegom in dohodki, zmanjšanimi za davke in prispevke, ki jih je oseba iz prejšnjega odstavka plačala v obdobju, v katerem je bilo premoženje pridobljeno – če izkaže, za verjetno, da premoženje ni nezakonitega izvora, domnevo – da je bilo premoženje nezakonitega izvora preneseno brezplačno ali za plačilo, ki ne ustreza dejanski vrednosti, če je bilo preneseno na ožje povezane osebe ali ožje družinske člane – pa, če izkaže za verjetno, da je za premoženje plačala dejansko vrednost.

Kot že navedeno ima državni tožilec po ZOPNI že na podlagi razlogov za sum, da je bilo storjeno kataloško kaznivo dejanje, in že v fazi predkazenskega postopka, možnost, da sodišču predlaga, da uvede finančno preiskavo, za začasno zavarovanje in začasen odvzem premoženja nezakonitega izvora pa so potrebni utemeljeni razlogi za sum. Pred sodiščem mora nato osumljeni na podlagi obrnjenega dokaznega bremena dokazati, da je do svojega premoženja prišel zakonito. V primeru, da tega ne more dokazati, se premoženje, odvzeto s pravnomočno sodbo sodišča, proda. Poudariti pa je potrebno, da se opisani postopek lahko sproži zgolj glede premoženja v vrednosti nad 50.000,00 EUR, naša pa se lahko na največ pet let star sum kataloškega kaznivega dejanja. Takšen postopek je popolnoma tajen in njegova uvedba ni podvržena nikakršni sodni kontroli v fazi preiskave, gre torej za čisto diskrecijsko pravico državnega tožilca. Postopek odvzema premoženja nezakonitega izvora predstavlja v zadnji fazi domnevno pravnih postopkov, ki se začne s tožbo, ki jo zoper lastnika vloži državni tožilec Specializiranega državnega tožilstva Republike Slovenije. Tožba ni nujno vezana le na premoženje domnevnega storilca, temveč tudi na imetje njegovega podjetja, družinskega člana ali zakonskega partnerja. V podporo sprejetja takega zakona se navaja tudi Konvencija Sveta Evrope 141 o pranju, odkrivanju, zasegu in zaplembi premoženjske koristi, pridobljene s kaznivim

dejanjem¹⁵. Ta konvencija ureja predvsem mednarodno sodelovanje v zgoraj opisanih postopkih. Kakorkoli, v zvezi z navedenimi konvencijami generalno nastopa problem, da pogosto ne zadostijo zahtevam načela zakonitosti v smislu predvidljivosti znakov kaznivega dejanja ter morajo države pri njihovem prenosu biti izjemno previdne v smislu prenosa na način, da se v celoti spoštuje nacionalna ustava kot temelj države. Pri tem slovenska Ustava sicer določa, da se ratificirane in objavljene mednarodne pogodbe uporabljajo neposredno, vendar velja, da to ne more veljati za posege v človekove pravice zgolj na podlagi konvencije in brez prenosa. V takšnih primerih lahko neprenos kvečjemu sproži odgovornost države.

Če se vrnemo na sam zakon (ZOPNI) je potrebno v njem izpostaviti vlogo državnega tožilca ter uporabo določb ZKP in KZ-1, pri čemer se sprožitev postopka nanaša na kazenski postopek in zakonsko opredeljena kazniva dejanja. Tudi sankcija odvzema premoženja v vrednosti nad 50.000,00 EUR je izjemno stroga. Glede na takšno zakonsko ureditev je Erbežnik mnenja, da zgoraj navedene značilnosti postopka zadostujejo za opredelitev zadeve kot kazenski postopek v smislu t.i. Engel kriterijev, kot jih uporablja ESČP. Na to je opozorila tudi Beneška komisija v okviru mnenja št. 563/2009¹⁶, ko je presojala bolgarsko zakonodajo zasegov premoženja. Tako del teoretikov kot tudi praktikov opozarja na neustreznost ZOPNI in njegovo ustavnopravno spornost. Po mnenju Kovačiča Mlinarja je pri ZOPNI (navedeno se nanaša še na predlog zakona) "še najbolj moteče, da predlagatelj zakona popolnoma neselektivno meša institute kazenskega in pravnega postopka, meša pa tudi dokazne standarde iz teh dveh postopkov in poleg tega 'izumlja' tudi nekatere nove".¹⁷ Ob tem izpostavi tudi nizek dokazni standard – razlogi za sum za uvedbo finančne preiskave in utemeljeni razlogi za sum za začasen odvzem premoženja, zaradi česar tožilstvu ni potrebno dokazati niti 50% verjetnosti, da je premoženje nezakonitega izvora. S tem je predlagatelj zakona uvedel pravilo o obrnjenem dokaznem bremenu, saj mora oseba,

¹⁵ Uradni list RS - MP, št. 11-43/1997 in 41/1997.

¹⁶ Beneška komisija, Mnenje št. 563/2009 z dne 10. junija 2010.

¹⁷ B. Kovačič Mlinar, Neustreznost predloga Zakona o odvzemu premoženja nezakonitega izvora (ZOPNI), [20](http://www.google.si/url?sa=t&rc=tj&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0CCoQFjAA&url=http%3A%2F%2Fwww.odv-zb.si%2Fupload%2Fnovice%2Fneustreznost%2520ZOPNI%2C%2520dr.%2520Bla%25C5%25BE%2520Kova%25C4%258Di%25C4%258D%2520Milnar%2C%2520odvetnik.doc&ei=PctvU4jRCabC7Aa4n4CABg&usq=AFQjCNGIUiyRdzZwceqvgHuJ2VW170-KMQ&sig2=xte4ZKorqkmKTmHeiCJopA&bvm=bu.66330100,d.ZGU (zadnjič obiskano: 23. 10. 2013).</p>
</div>
<div data-bbox=)

čigar premoženje se preiskuje, dokazati, da je njeno premoženje zakonitega izvora in ne nasprotno, kot to velja v kazenskem (pa tudi pravdnem) postopku. Na tem mestu se postavi tudi vprašanje, ali je to pravilo sploh v skladu z ustavnim načelom domneve nedolžnosti, pri čemer zagovorniki zakona trdijo, da postopek odvzema premoženja nezakonitega izvora ni kazenski postopek, zato domneva nedolžnosti ne velja in posledično pravilo ni ustavnopravno sporno. Kovačič Mlinar poudarja, da so učinki odvzema premoženja nezakonitega izvora po svoji vsebini in učinkih primerljivi s kazenskopravnimi sankcijami, saj gre za poseg države v posameznikovo lastnino na podlagi očitka, da je do tega prišel po nezakoniti (kaznivi) poti, pri čemer se ne zahteva niti pravnomočna obsodilna sodba.¹⁸ Podobno navaja tudi Erbežnik, pri čemer meni, da gre za zaobid kavel poštenega postopka. Tudi po njegovem mnenju je uveden postopek evidentno kazenski in zatoj zameglitev tega dejstva pomeni načrtno omejevanje pravic posameznika. Erbežnik nadalje še poudarja, *inter alia*, da ZOPNI v fazi tajne finančne preiskave ne opredeljuje ustrezne kontradiktornosti in opuša sodno kontrolo, dopuša uvedbo postopka na podlagi razlogov za sum in odvzem na podlagi nižjega standarda kot velja za obsodilno sodbo, da se zaobidejo kavele za določene oblike posegov v smislu ZKP, da je nejasno vprašanje ekskluzije, kot tudi da ne predvideva izjem za oprostilno sodbo. Navaja, da sklicevanje na EKČP ni dovolj, saj ta predstavlja zgolj minimalne standarde, pri čemer izpostavlja tudi problem mednarodnih konvencij in z njimi povezan »nekritični domino efekt«, da države zaradi ugleda ne odklonijo "nujnih inovacij", ki se pripravljajo v netransparentnem okolju strokovnih delovnih teles, brez vednosti širše strokovne in splošne javnosti, in ki spreminjajo obstoječe nacionalne sisteme in ustavne kavele kazenskega prava. Za sistem civilnega odvzema z obrnjenim dokaznim bremenom pa pravi, da kot *sui generis* postopek za določene kategorije kaznivih dejanj, kjer se kavele znižujejo, predstavlja eksperiment, ki uvaja nove nepreverjene pravne institute, ki so vprašljivi z vidika varstva pravic posameznika. Posledično naj bi bile civilne konfiskacije, kot jih opredeljuje ZOPNI, z vidika varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin, med drugim tudi domneve nedolžnosti, ustavno sporne. Prekvalifikacija postopka za namene zaobhajanja

¹⁸ *Ibidem.*

kavtel kazenskega postopka pa je nesprejemljiva in vredna kritike na račun namena sprejema zakona, za katerega je moč trditi, da zasleduje kratkoročne politične, če ne celo populistične cilje.¹⁹

Glede na zgoraj navedeno se problematičnost ZOPNI in uvedba odvzema premoženja, še preden je izdana pravnomočna obsojilna sodba, kaže tudi v uvidu nasprotja z domnevo nedolžnosti. V primerjavi z ZKP je namreč pri ZOPNI uveljavljen nižji dokazni standard in sicer zgolj razlog za sum, da je bilo storjeno kaznivo dejanje. Tako je torej že na podlagi razlogov za sum s strani državnega tožilca (kot v kazenskem postopku) uveden postopek tajne finančne preiskave zoper osebo, ki naj bi razpolagala s premoženjem nezakonitega izvora, katerega vrednost presega 50.000,00 EUR. Večina slovenskih pravnih teoretikov je mnenja, da je ureditev v ZKP ustrezna, obrnjeno dokazno breme pa primerno zgolj za civilne in davčne postopke. ZKP tudi za primere, ko se kazenski postopek ne zaključi, dopušča zadostne možnosti odvzema premoženja nezakonitega izvora.²⁰ Upošteva se navedeno lahko povzamemo, da so morda cilji zakonodajalca dobronamerni, a je način za doseg cilja po mojem mnenju popolnoma nesorazmeren s posegom v domnevo nedolžnosti in z njo povezanimi posledicami. Odvzem premoženja nezakonitega izvora bi moral predstavljati del kazenskega postopka, skupaj z vsemi načeli in pravicami, ki iz tega izhajajo. Trenutni ZOPNI pa uvaja sistem civilnih konfiskacij in kot tak predstavlja negotovost v zvezi z načelom sorazmernosti oziroma postavlja resno vprašanje skladnosti z Ustavo RS.

2.4. Konfiskacijski postopki in ESČP

Konfiskacija v sistemih s kazensko konfiskacijo predstavlja kazen, v sistemih s civilno konfiskacijo pa naj bi predstavljala civilnopravno neupravičeno obogatitev oziroma premoženjskopравни zahtevek. Tudi ESČP se je ukvarjalo s to temo ter takšne konfiskacije dopustilo in presojalo z vidika posega v lastninsko pravico (1. člen Protokola št. 1 k EKČP). Tako je npr. v zadevi *Raimondo proti Italiji*²¹ štelo ukrep zasega premoženja in delnega odvzema še pred pravnomočno sodno odločbo za sorazmeren z zasledova-

¹⁹ A. Erbežnik, *Odvzem premoženja nezakonitega izvora – obid kavtel poštenega postopka?*, PP, 2011, št. 32, str. 10–12.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ ESČP, 22. 2. 1994 - 12954/87, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57870> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

nim ciljem oziroma, da država članica ni prekoračila polja proste presoje. Razlog za dopustitev takšnega posega naj bi bila nujno potreba po učinkovitem orožju v boju proti mafiji. V tem primeru gre za specifičen italijanski kontekst zaradi katerega je ESČP dopustilo *sui generis* preventivne hibridne postopke. Prav tako je v zadevi *Geerings proti Nizozemski*²² podalo distinkcijo med obema. Razsodilo je, da kazenska konfiskacija, ki ne temelji na obsojbi za kaznivo dejanje in iz katere ne izhaja, da se je obsojeni s storitvijo kaznivega dejanja okoristil, temelji na domnevi krivde in zato krši Konvencijo. Za civilno konfiskacijo pa je v zadevi *Dassa Foundation proti Lihtenötajnu*²³ navedlo, da konfiskacija ni kazen v kazenskopravnem pomenu ter da je bolj primerljiva s povrnitvijo neupravičene obogatitve kot z denarno kaznijo v kazenskem pravu ter s tem skladna s Konvencijo.

Obenem je potrebno dodati, da v nekaterih novejših primerih, na primer zadeva *Gabrić proti Hrvaški*²⁴, ESČP veliko strožje opredeljujejo načelo proporcionalnosti v smislu kršitve 1. člena Protokola št. 1 k EKČP. V omenjeni zadevi je ESČP izpostavilo jamstva lastninske pravice in njen obseg skozi tri pravila. Prvo, splošno načelo, da ima vsaka fizična ali pravna oseba pravico do spoštovanja svojega premoženja, drugo, ki zajema odvzem premoženja pod določenimi pogoji, in tretje, da imajo države pogodbenice v skladu s splošnim interesom pravico do nadzora nad premoženjem. V konkretnem primeru je bila zaradi ne prijave gotovine carinskim organom ta odvzeta pritožniku, in sicer z odločbo upravnih organov, podprto s strani sodnih organov, in zaradi tega ni sporno, da odvzem predstavlja poseg v pravico do posesti. Nadalje tudi ni bilo sporno, da je poseg temeljil na zakoniti podlagi, vendar pa se je postavilo vprašanje, ali ta poseg zasleduje legitimen cilj v splošnem interesu, in sicer v smislu preprečevanja pranja denarja. Glede na navedeno je bilo potrebno ugotoviti, ali obstaja razumno razmerje sorazmernosti med s strani oblasti uporabljenimi sredstvi v javnem interesu in pravico pritožnika do spoštovanja njegovega premoženja, kot tudi bremena, ki ga je moral nositi, pri

²² ESČP, 1. 3. 2007 - 30810/03, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-79657> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

²³ ESČP, 19. 7. 2007 - 696/05, http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/corruption/Projects/CAR_Serbia/ECtHR%20Judgements/English/DASSA%20FOUNDATION%20€%20OTHERS%20v%20LIECHTENSTEIN%20-%20ECHR%20Decision%20_English_.pdf (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

²⁴ ESČP, 5. 2. 2009 - 9702/04, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-91134> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

tem pa upoštevati resnost sankcije. Pritožnik je v postopku pojasnil, da je sporni denar dobil prek bančnega posojila v Nemčiji za nakup stanovanja v Zvezni republiki Jugoslaviji, za kar je predložil tudi listinske dokaze. Glede na ugotovljeno dejansko stanje je bilo jasno, da premoženje ni bilo pridobljeno in tudi ne namenjeno za namene nezakonite dejavnosti, kot tudi, da organi pregona z ukrepi niso skušali preprečiti morebitne kriminalne dejavnosti, kot so pranje denarja, trgovanje z mamili ali utaja carinskih dajatev. ESČP je podalo stališče, da mora biti poseg glede na težo kaznivega dejanja ustrezen kršitvi in sankciji, za kar pa je bil odvzem celotnega zneska denarja, ki ni bil prijavljen carinskim organom, nesorazmeren. Hkrati je ESČP v zadevi *Phillips proti Združenemu kraljestvu* poudarilo, da se domneva nedolžnosti nanaša na odločanje o obtožbi za kaznivo dejanje, praviloma pa ne učinkuje več pri odločanju o sankciji. V omenjeni zadevi je ESČP odločitev o odvzemu premoženjske koristi štelo za del odločanja o sankciji in ob povezavi na angleški pravni red ocenilo, da zahtevek o odvzemu ne pomeni nove obtožbe, zaradi česar domneva nedolžnosti ni uporabna.

Kljub temu pa se je treba zavedati, da EKČP določa zgolj minimalna pravila ter so lahko zahteve nacionalnih ustav glede varstva človekovih pravic veliko višje, tako da sistema civilnih konfiskacij ne dopuščajo. Hkrati civilne konfiskacije tudi z vidika EKČP in judikature ESČP postanejo nesprejemljive v trenutku, ko se izkaže, da gre za »prikrite« kazenske postopke, torej dejansko za kazensko obtožbo v smislu t.i. Engel meril.

2.5. Kritična analiza trendov na področju konfiskacij

V okviru tega članka je najpomembnejše vprašanje skladnosti ureditve odvzema premoženja brez pravnomočne sodne odločbe s pravico do poštenega sojenja. Pravica do poštenega sojenja, določena v 6. členu EKČP, se namreč razlikuje glede na to, ali je postopek voden po pravilih civilnega ali kazenskega prava. Za oba postopka pa velja, da o pravicah posameznikov odloča neodvisno, nepristransko in z zakonom ustanovljeno sodišče ter da je sojenje pravično, javno ter v razumnem roku. Domneva nedolžnosti kot del poštenega postopka velja le v primerih, ko je bil posameznik obdolžen v skladu s kazenskim pravom in ne v postopkih civilne narave. Ta razlika v bistvu pomeni, da je vprašanje kršitev temelj-

nih pravic odvisno od razvrstitve postopka bodisi kot kazenskega bodisi kot civilnega, pri čemer "kazenska" predstavlja avtonomen pojem po EKČP. Izhodišče predstavlja nacionalna opredelitev, nato pa je razvrstitev odvisna od narave dejanja in stopnje strogosti kazni.

Bistvo odvzema brez pravnomočne sodne odločbe je v spodbujanju učinkovitosti in hitrosti odvzema sredstev storilcev kaznivih dejanj, ne upošteva pa dejstva, ob zanemarjanju kavtel kazenskega postopka. Med kavtele štejemo tudi domnevo nedolžnosti, ki zahteva visok dokazni standard – onkraj razumnega dvoma oziroma gotovost krivde. Kot rezultat navedenega je prišlo do številnih postopkov, v katerih se je zatrjevalo kršitev Konvencije zaradi za namene zaplembe predpisanih civilnih dokaznih standardov in neupoštevanja drugih vidikov kazenskega postopka.²⁵

Slovenska zakonodaja oziroma konkretno ZOPNI po mojem mnenju ne zadosti zahtevam Ustave RS in z njo zagotovljenim temeljnim pravicam, kot so pravica do sodnega varstva in tudi druga pravna jamstva v postopku. Eden najbolj spornih institutov se zdi uvedba instituta finančne preiskave, ki uvaja popolno tajnost in odsotnost sodnega nadzora. Takšna tajna preiskava brez nadzora namreč spominja na tajno delovanje državnih organov v totalitarnih sistemih, ki je v kontekstu današnje demokratične družbe povsem nesprejemljivo. Dejansko je takšna preiskava tipičen element inkvizitornega postopka, ki ne spada več v današnji čas. Če poleg tega upoštevamo opredelitev ESČP, kdaj se šteje zadeva kot kazenska, bi moral biti postopek finančne preiskave opredeljen kot kazenski postopek. V 3. členu ZOPNI, ki določa začetek postopka, je namreč določeno, da se postopek finančne preiskave izvede, če se v kazenskem ali predkazenskem postopku izkažejo razlogi za sum, da določena oseba razpolaga s premoženjem nezakonitega izvora. 9. člen ZOPNI, ki ureja smiselno uporabo drugih predpisov, pa prav tako v postopku finančne preiskave napotuje na uporabo zakona, ki ureja kazenski postopek. Iz navedenega je moč sklepati, da opredelitev po nacionalni zakonodaji napotuje prav na kazenski postopek. Tudi narava dejanja je povsem kazenskopravna, saj uvaja tako ukrepe kot tudi sankcije, ki so tako po vsebini kot po učinkih, pov-

²⁵ *Rand Europe, Study for an impact assessment on a proposal for a new legal framework on the confiscation and recovery of criminal assets. Final report*, http://ec.europa.eu/home-affairs/doc_centre/crime/docs/RAND%20EUROPE%20Study%20Final%20Report.pdf (zadnjič obiskano: 23. 10. 2013), str. 154 in 155.

sem primerljivi, če ne enaki, kazenskimi. V kolikor bi torej tak postopek šteli za kazenski postopek, kar bi po mojem mnenju morali, ta očitno ne bi bil skladen z Ustavo RS in z njo določenimi jamstvi v kazenskem postopku. Uporabljen način zakonodajalca, ki je skušal preprečiti pridobivanje in uporabo premoženja nezakonitega izvora, je po mojem mnenju nesorazmeren s posegom v temeljne človekove pravice, kazenska jamstva, kot tudi konkretno v domnevo nedolžnosti. ZOPNI namreč uvaja sistem civilnih konfiskacij, ki posledično s svojimi ukrepi ne zadosti načelu sorazmernosti, kar pa predstavlja resen problem v zvezi z vprašanjem skladnosti z Ustavo RS. Posegi v ustavne pravice so namreč dovoljeni samo, če prestandejo test sorazmernosti. Tudi uvedba razširjene konfiskacije, na podlagi katere se zaplemba ne nanaša zgolj na premoženje, ki izhaja iz kaznivega dejanja, temveč se nanaša na storilčevo premoženje, premoženje njegovega podjetja in zakonskega partnerja, ki jo pri naša navedena Direktiva 2014/42/EU, je z vidika ustavnosti sporna, predvsem zaradi posegov v temeljne človekove pravice, kot je pravica do zasebne lastnine in domneva nedolžnosti. Obenem tudi ni jasno, kako se bo omenjena direktiva vklopila v nacionalno kazensko zakonodajo, predvsem KZ-1. Ureditev odvzema premoženja, ki ne sloni na pravnomočni sodni odločbi, naleti na določene težave v povezavi z lastninsko pravico (1. člen Protokola št. 1 k EKČP in 17. člen Listine EU o temeljnih pravicah). V kolikor namreč ni povezan s točno določenimi kaznivimi dejanji, se pri odvzemu brez pravnomočne sodne odločbe zmanjša "trdnost" kaznovalnega cilja. Tako se težje upraviči posege v lastninsko pravico. V zadevi *Raimondo proti Italiji*²⁶ je ESČP štelo italijansko odločitev (učinkovanje ukrepa odvzema premoženja še pred pravnomočnostjo sodne odločbe) za sorazmerno z zasledovanim ciljem. Pri tem se je sodišče zavedalo težav, ki jih je imela italijanska država v boju proti mafiji. Odvzem je za namen blokiranja sumljivih premikov kapitala učinkovito sredstvo oziroma predstavlja potrebno orožje v boju proti mafiji in posledično se zdi sorazmerno sredstvo z zastavljenim ciljem.²⁷ Kljub temu pa nekatera novejša judikatura ostreje izpostavlja upoštevanje načela sorazmernosti kakor tudi učinka oprostilne sodbe.

Tako se postavi bistveno vprašanje ravnotežja med bojem zoper kriminal in varstvom temeljnih pravic. Ob tem je potrebno poudariti, da se opisani ukrepi ne smejo uveljaviti kot politično sred-

²⁶ ESČP, *Raimondo proti Italiji* (op. pod črto št. 21).

²⁷ *Id.*, točke 28–30.

stvo za nabiranje točk v smislu polnjenja državnega proračuna, kot tudi ne smejo predstavljati sredstev za rušenje vzpostavljenih temeljnih načel kazenskega postopka, ki temeljijo na varstvu človekovih pravic. Uveljavitev odvzema premoženja izven klasičnega kazenskega okvira (v smislu razširjenih konfiskacij, tretjih oseb, umrlih in t.i. imenovanih civilnih konfiskacij) zahteva izjemno previdnost in omejitve za namene varstva procesnih jamstev.

3. Domneva nedolžnosti v prekrškovnem pravu

3.1. Zakonska ureditev prekrškov v povezavi z domnevo nedolžnosti v slovenskem pravnem sistemu

V Zakonu o prekrških²⁸ je veljavnost ustavnega načela domneve nedolžnosti potrjena tudi za prekrškovno pravo z dikcijo, da kdor je obdolžen prekrška, velja za nedolžnega, dokler njegova odgovornost ni ugotovljena s pravnomočno odločbo.

V postopku o prekršku se ne pojavlja toliko problemov v zvezi z najbolj intenzivnimi posegi v človekove pravice, na primer posegi v svobodo gibanja oz. zasebnost. Do največjih trenj v zvezi z domnevo nedolžnosti pride zaradi uporabe nekaterih ukrepov zoper obdolženca ali koga drugega, na primer ukrepov s katerimi se omejuje ali prepoveduje razpolaganje s stvarmi ali pa preprečuje nadaljevanje dejavnosti, in to že na samem začetku postopka o prekršku. Pri tem pa se ne šteje situacij, ko gre za različno odvrčanje nevarnosti, pri čemer lahko prekrškovni organi ukrepajo še pred pravnomočnostjo odločbe o prekršku.²⁹ Hkrati se postavlja v zvezi s cestnoprometnimi prekrški tudi vprašanje sorazmernosti nekaterih ukrepov (npr. odvzem vozila v prekrškovnem postopku). Nadalje se postavlja vprašanje zagotovitve spoštovanja domneve nedolžnosti v primerih, ko prekrškovni organ sam ugotovi prekršek. "V zvezi s tem je treba opozoriti, da so vse te ugotovitve samo pogojne, ker veljajo le toliko, kolikor jim prizadeti pred pravnomočnostjo ne ugovarja in s tem ne izzove nadaljnjega vodenja postopka."³⁰ Samostojne oziroma takojšnje ukrepe prekrškovnih

²⁸ Uradni list RS, št. 29/11, 21/13, 111/13, 74/14 in 92/14.

²⁹ I. Bele, B. Tratar, H. Jenull in Š. Maček Guštin, *Zakon o prekrških (ZP-1): s komentarjem*, 2005, str. 59.

³⁰ *Id.*, str. 60.

organov je potrebno šteti za trditve, ki šele s pravnomočnostjo dobijo pomen odločbe in so zato taki ukrepi kot tudi odločanje pristojnih organov v skladu z domnevo nedolžnosti. Pri tem pa je bistveno, da če do uporabe pravnega sredstva in s tem do sodnega varstva pride, da sodišča v primeru nejasnega dejanskega stanja slepo ne sledijo izpovedbam prekrškovnega organa (kot ne-kakšne »privilegirane« priče), temveč dejansko razčistijo dejansko stanje ob zagotavljanju kontradiktornosti postopka.³¹

3.2. Izjave in dokazi, pridobljeni v prekrškovnih postopkih

Tako kot v kazenskem pravu za kazniva dejanja tudi v prekrškovnem pravu za prekrške velja, da nikomur ni potrebno priznati kaznivega dejanja oziroma prekrška kot tudi ne dokazovati svoje nedolžnosti. Pri prekrških pa postopek dokazovanja ni povsem enako urejen kot pri kaznivih dejanjih. Pri prekrških je možno odločanje prekrškovnega organa že samo na podlagi lastnih ugotovitev in ni nujno presojanje sodišča o dokazih, ki jih predložijo stranke. Tudi pri uporabi procesnih določb o pridobivanju obdolženčevega priznanja in opiranju odločb nanj, je treba paziti na to, da nihče ni zavezan dokazovati svoje nedolžnosti ter organ ne sme iti dlje od obvezne ponudbe možnosti, da se obdolženec izjavi o obremenilnih trditvah.³² V zvezi z dokazi v prekrškovnem postopku velja npr. izpostaviti odločitev v zvezi z zadevo, ki se je pred Višjim sodiščem v Mariboru vodila pod opr. št. PRp 264/2012, in v kateri je sodišče v izogib kršitvi domneve nedolžnosti odločilo, da zadošča: "da lastnik oziroma imetnik pravice uporabe vozila pri sodišču vzbudi razumen dvom glede storitve prekrška, kar je nedvomno znatno mileje v primerjavi z obrnjenim dokaznim bremenom, ki bi zahtevalo prepričanje sodišča"³³ Dokazni predlogi obdolženca se morajo pri tem nanašati na dokaz, ki potrjuje obstoj alibija, pri čemer mora biti tudi sklepčen. Obdolženec mora opredeliti tudi, katera dejstva naj se z izvedenim dokazom ugotovijo.

³¹ Glej npr. ESČP, *Flisar proti Sloveniji*, 29. 9. 2011 - 3127/09, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/fra/pages/search.aspx?i=001-106460> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

³² I. Bele, B. Tratar, H. Jenull in Š. Maček Guštin (op. pod črto št. 29), str. 60 in 61.

³³ VSM, 31. 8. 2012 - 264/2012, http://www.sodisce.si/znanje/sodna_praksa/visja_sodisca/2012032113047764/ (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

3.2.1. Dokazno breme v prekrškovnem pravu

Iz odločitve Ustavnega sodišča v zadevi št. U-I-295/05³⁴ izhaja kot eno izmed temeljnih jamstev poštenega kaznovalnega postopka, pravica, da tudi obdolženi v postopku o prekršku ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ali priznati krivde. Slednje izvira iz 22. člena Ustave v zvezi s četrto alinejo 29. člena Ustave. V predmetni zadevi je predlagatelj navajal kršitev zgoraj navedenega ustavnega načela iz razloga, da se lastnik vozila lahko razbremeni le tako, da pove kdo je upravljal vozilo v času storitve prekrška. Sodišče je menilo, da bi bil poseg v navedeno pravico očiten, če bi obdolženec moral podati izjavo o tem, kdo je storilec prekrška, pri čemer je iz življenjskih izkušenj jasno oziroma je mogoče utemeljeno domnevati, da je storilec prekrška največkrat lastnik vozila ali njegov družinski član. Vendar izpodbijana določba tega ne zahteva. Izkazati mora le, da v času prekrška ni uporabljal vozila, s katerim je bil storjen prekršek, ter v zvezi s tem predložiti dokaze, ki to izkazujejo.³⁵ Kljub navedenemu, se s tem, da se od obdolženca zahteva, da dokaže, da ni storilec prekrška, posega v domnevo nedolžnosti. Ustavno sodišče je zato moralo presoditi, ali je takšen poseg ustavno dopusten ali ne.

Tudi v kazenskem pravu so uveljavljeni instituti, s katerimi se na primerljiv način rešuje situacije, v katerih je dokazovanje posameznih dejstev ali odkrivanje storilca kaznivega dejanja oteženo. Institut kaskadne odgovornosti, ki pomeni izjemo od splošnih načel glede kazenske odgovornosti, pride v poštev samo pri določenih kaznivih dejanjih. Obenem pa je tudi v nekaterih mednarodnih dokumentih mogoče zaslediti institut obrnjenega dokaznega bremena.

4. Profiliranje in masovna hramba podatkov kot instrumenti preventivne države

4.1. Na splošno o profiliranju

Profiliranje v smislu kazenskega prava se lahko opredeli kot postopek, s katerim skušamo na podlagi informacij o posebnostih

³⁴ USRS, 19. 6. 2008 - U-I-295/06, <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28230> <http://odlocitve.us-rs.si/sl/odlocitev/US28230> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

³⁵ P. Gorkič in K. Šugman Stubbs, *Praktikum za kazensko procesno pravo: odločbe in mnenja*, 2010, str. 54.

zločina, o kraju zločina in o žrtvi, ugotoviti nekatere osebne in vedenjske značilnosti neznanega storilca kaznivega dejanja, kot tudi mesto njegovega bivanja. Pogosto je profiliranje uporabljeno v okviru kriminalistike kot znanosti in vede o preiskovanju kaznivih dejanj. Gre za to, da na podlagi masovnega zbiranja podatkov in na podlagi kombinacije določenih parametrov razpoznamo potencialne storilce kaznivih dejanj. Posledično gre za spremembo paradigme klasične reaktivne države v t.i. preventivno državo kot dejanskim zanikanjem domneve nedolžnosti (vsi so potencialno sumljivi). Hkrati je profiliranje vse bolj tudi orodje zasebnega sektorja, ki pridobljene podatke eventualno posreduje naprej (spletna družbena omrežja, večji trgovci s karticami zvestobe).

Pri tem profiliranje sovпада z vprašanjem varstva osebnih podatkov kot nove kategorije temeljne pravice, ki je izšla iz varstva zasebnosti. Na področju varstva osebnih podatkov je Evropska komisija predlagala obsežno prenovu zakonodaje EU, ki bi okrepila pravice posameznika in upoštevala izzive globalizacije in nove tehnologije. Direktivo Evropskega parlamenta in Sveta 95/46/ES z dne 24.oktobra 1995 o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov naj bi tako nadomestila dva nova instrumenta, uredba in direktiva, ki pa sta trenutno še v fazi predloga, in sicer predlog uredbe o varstvu posameznikov v zvezi z obdelavo osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov (Splošna uredba o varstvu podatkov)³⁶ in predlog direktive o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov s strani pristojnih organov za namene preprečevanja, preiskovanja, odkrivanja ali pregona kaznivih dejanj ali izvrševanja kazenskih sankcij, in o prostem pretoku takih podatkov³⁷. Predlog nove zakonodaje določa npr. strogi t.i. opt-in, kar pomeni, da mora biti posameznik v zvezi z obravnavo njegovih osebnih podatkov predhodno seznanjen in mora v to izrecno privoliti. Glede profiliranja na kazenskopravnem področju npr. predlog direktive v 9. členu določa, da morajo države članice zagotoviti, da se ukrepi, ki imajo škodljiv pravni učinek na posameznika, na katerega

³⁶ Evropska komisija, *Predlog uredbe Evropskega parlamenta in sveta o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov in o prostem pretoku takih podatkov (Splošna uredba o varstvu podatkov)*, COM(2012) 11.

³⁷ Evropska komisija, *Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o varstvu posameznikov pri obdelavi osebnih podatkov s strani pristojnih organov za namene preprečevanja, preiskovanja, odkrivanja ali pregona kaznivih dejanj ali izvrševanja kazenskih sankcij, in o prostem pretoku takih podatkov*, COM(2012) 10.

se nanašajo osebni podatki, ali ki nanj znatno vplivajo in temeljijo zgolj na samodejni obdelavi osebnih podatkov za namene ocene nekaterih osebnih vidikov posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki, prepovejo, razen če so dovoljeni z zakonom, ki opredeljuje ukrepe za zaščito pravnega interesa posameznika, na katerega se nanašajo osebni podatki.

V nadaljevanju bo analiziran predlog zakonodaje, ki predvideva shranjevanje podatkov vseh letalskih potnikov in njihovo profiliranje za namene kazenskega pregona.

4.2. Profiliranje letalskih potnikov

Terorizem in organiziran kriminal se pogosto pojavljata na področju mednarodnih letov, zato se trdi, da profiliranje letalskih potnikov predstavlja pomemben instrument organov kazenskega pregona za namene preprečevanja, odkrivanja, preiskovanja in pregona storilcev. Po 11. septembru 2001 je Evropska Komisija javnosti predstavila predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi podatkov iz evidenc podatkov potnikov za namene preprečevanja, odkrivanja, preiskovanja in pregona terorizma in hujših kaznivih dejanj³⁸. Ta predlog je utemeljen na razlogih povečanja števila hudih kaznivih dejanj in dejanj organiziranega kriminala (predvsem trgovine z ljudmi in drogo), med drugim tudi v mednarodnem letalskem prometu predvsem v zadnjem desetletju, in dejstvu, da ta povzroča hudo škodo žrtvam kot tudi gospodarstvu, spodkopava pa tudi občutek varnosti, brez katerega posamezniki ne morejo učinkovito uveljavljati svojih svoboščin in osebnostnih pravic. Komisija v predlogu direktive navaja, da so s predlogom direktive spoštovane temeljne človekove pravice, zlasti pravica do varstva osebnih podatkov (8. člen Listine in 16. člen PDEU), predlog pa naj bi bil skladen tudi z Okvirnim sklepom Sveta 2008/977/PNZ o varstvu osebnih podatkov, ki se obdelujejo v okviru policijskega in pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah³⁹. Uporaba teh podatkov naj bi bila tudi strogo omejena za namene boja proti točno določenim hujšim kaznivim dejanjem.⁴⁰

³⁸ Evropska komisija, *Predlog direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi podatkov iz evidenc podatkov potnikov za preprečevanje, odkrivanje, preiskovanje in pregon terorizma in hujših kaznivih dejanj*, COM(2011) 32 konč.

³⁹ Okvirni sklep Sveta 2008/977/PNZ z dne 27. novembra 2008 o varstvu osebnih podatkov, ki se obdelujejo v okviru policijskega in pravosodnega sodelovanja v kazenskih zadevah (Uradni list EU, št. L 350, 30. 12. 2008, str. 60–71).

⁴⁰ Evropska komisija (op. pod črto št. 38).

Kljub navidezni nesporni ureditvi, ki jo prinaša predlog direktive, pa je Evropski parlament oziroma natančneje Odbor za državljanske svoboščine, pravosodje in notranje zadeve dne 29. aprila 2013 izdal poročilo o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi podatkov iz evidence podatkov o potnikih za preprečevanje, odkrivanje, preiskovanje in pregon terorističnih in hudih kaznivih dejanj (COM(2011)0032 – C7-0039/2011 – 2011/0023(COD)), s katerim je zavrnil predlog Komisije, saj ni bila izkazana potreba takšnega sistema. Že sklenitev sporazumov z ZDA, Kanado in Avstralijo, ki ureja izmenjavo podatkov iz evidenc podatkov o potnikih, naj bi zbujala zaskrbljenost, predvsem v uvidu profiliranja, omejitve namena, časa hrambe, nujnosti in sorazmernosti. Predlog direktive naj bi tako vseboval številne nepravilnosti na področju temeljnih ciljev Evropskega parlamenta. Mnenje o predlogu direktive je dne 14. decembra 2011 podal tudi Odbor za promet in turizem, ki se je obregnil predvsem ob vprašanje nujnosti in sorazmernosti predlaganih ukrepov in velikih stroškov hrambe podatkov.⁴¹

4.3. Neustreznost predlagane zakonodaje EU glede podatkov letalskih potnikov

Svoje mnenje o predlagani zakonodaji EU glede letalskih potnikov je podala tudi Agencije EU za temeljne pravice (FRA). Podala je smernice, ki določajo, da je uporaba podatkov PNR dovoljena le za boj proti terorizmu in hudim mednarodnim kaznivim dejanjem, da je dostop do baze podatkov PNR omejen na specializirane enote, da se ne sme zahtevati neposrednega dostopa do podatkovnih baz letalskih družb, da je potrebno izbrisati občutljive podatke PNR, da je potrebno vzpostaviti stroge varnostne in sledljive zaščitne ukrepe proti zlorabam podatkov, da je potrebno zmanjšati verjetnost vpisovanja lažno pozitivnih, da je potrebno biti jasen do potnikov, da je potrebno posameznikom dovoliti dostop in možnost popravka podatkov PNR, da se ne sme dovoliti identifikacija posameznika ali hramba podatkov dlje kot je potrebno, da je prenos podatkov PNR dovoljen le pristojnim nacionalnim javnim organom, prenos podatkov PNR v tretje države pa je mo-

⁴¹ Evropski parlament, Poročilo Odbora za državljanske svoboščine, pravosodje in notranje zadeve o predlogu direktive Evropskega parlamenta in Sveta o uporabi podatkov iz evidence podatkov o potnikih za preprečevanje, odkrivanje, preiskovanje in pregon terorističnih in hudih kaznivih dejanj, A7-0150/2013.

goč le pod strogimi pogoji, in da je potrebno izvesti objektivno in pregledno oceno sistema podatkov PNR.

4.4. Hramba telekomunikacijskih podatkov

V EU že obstaja zakonodajna izkušnja glede uvedbe masovnega sistema shranjevanja podatkov vseh za namene potencialne uporabe s strani organov pregona v prihodnosti. Tako je Direktiva 2006/24/ES Evropskega parlamenta in Sveta z dne 15. marca 2006 o hrambi podatkov, pridobljenih ali obdelanih v zvezi z zagotavljanjem javno dostopnih elektronskih komunikacijskih storitev ali javnih komunikacijskih omrežij, in spremembi Direktive 2002/58/ES⁴² bila sprejeta z namenom obveznega hranjenja določenih telekomunikacijskih podatkov o prometu in lokaciji ter povezane podatke, potrebne za določitev naročnika ali uporabnika v vseh državah članicah EU v obdobju od šestih mesecev do dveh let (države so lahko znotraj tega okvira same določile dolžino hrambe). Pri tem je bilo samim državam prepuščeno, da opredelijo huda kazniva dejanja, v zvezi s katerimi je pridobitev podatkov dopustna, kakor tudi dokazni standard in organe, ki lahko take podatke zahtevajo. Direktiva je bila predmet številnih kritik v smislu vseobsegajočega sistema nadzora, tudi s strani vrste nacionalnih ustavnih sodišč.⁴³ O direktivi je v končni fazi odločal veliki senat Sodišča EU v združenih zadevah C-293/12 in C-594/12⁴⁴ z vidika sorazmernosti zadevnega instrumenta. Pojavilo se je tudi vprašanje združljivosti te iste direktive s pravico državljanov do prostega gibanja in prebivanja na ozemlju držav članic in združljivost direktive s pravico do zasebnosti, varstva osebnih podatkov, svobodo izražanja, dobrim upravljanjem. Sodišče je menilo, da se spornost direktive kaže predvsem v delu, v katerem omogoča shranjevanje številnih vrst podatkov v zvezi z neomejenim številom oseb za dolgo obdobje, pri čemer se je porajal dvom glede dosege cilja s takšnimi ukrepi in glede sorazmernosti poseganja v temeljne pravice, predvsem pravico do varstva osebnih podatkov. Vprašanje veljavnosti Direktive 2006/24/ES se je nanašalo tudi na

⁴² Uradni list EU, št. L 105, 13. 4. 2006, str. 54.

⁴³ Glej zlasti sodbo nemškega Zveznega ustavnega sodišča BVerfG, 2. 3. 2010 - 1 BvR 256/08, 1 BvR 263/08, 1 BvR 586/08, https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2010/03/rs20100302_1bvr025608.html (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015), v kateri je slednje razveljavilo notranje nemško zakonodajo ter posledično direktiva v Nemčiji ni bila prenesena.

⁴⁴ SEU, *Digital Rights Ireland in Seitlinger in drugi*, 8. 4. 2014 - C-293/12 in C-594/12, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=150642&doclang=SL> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

člene 7, 8 in 11 Listine EU o temeljnih pravicah (varstvo zasebnosti in komunikacije, varstvo osebnih podatkov in spoštovanje svobode izražanja), saj se hramba podatkov neposredno in posebej nanaša na zasebno življenje posameznikov in posledično na zgoraj navedene pravice. Ko je Sodišče ugotovilo, da ukrepi iz direktive pomenijo poseg v pravice, zagotovljene s 7. in 8. členom Listine, se mu je zastavilo vprašanje upravičenja v smislu prvega odstavka 52. člena Listine, ki določa, da mora biti vsako omejevanje uresničevanja pravic in svoboščin, ki jih priznava ta listina, predpisano z zakonom in je potrebno spoštovati njihovo bistveno vsebino, ob upoštevanju načela sorazmernosti pa so omejitve teh pravic in svoboščin dovoljene samo, če so potrebne in če dejansko ustrezajo ciljem splošnega interesa, ki jih priznava Unija, ali če so potrebne zaradi zaščite pravic in svoboščin drugih. Sodišče je pri preverbi sorazmernosti ugotovilo, da hramba podatkov kot cilj v splošnem interesu ne more upravičiti, da se ukrep, kot je uveden z Direktivo 2006/24/ES, šteje za nujnega. Poleg tega je sodišče opozorilo tudi na dejstvo, da direktiva ne določa nikakršnih objektivnih meril, s katerimi bi bilo mogoče omejiti dostop in njihovo nadaljnjo uporabo pristojnih nacionalnih organov do predmetnih podatkov, kot tudi ne vsebinskih in postopkovnih pogojev. Direktiva tako ne določa jasnih in natančnih pravil, ki bi urejala obseg poseganja v temeljne pravice iz 7. in 8. člena Listine, ne določa zadostnih jamstev, določenih v 8. členu Listine, ki bi omogočala učinkovito varovanje hranjenih podatkov brez tveganja zlorab ter vsakršnim nezakonitim dostopom do teh podatkov in njihovo nezakonito uporabo. Glede na vse zgoraj navedeno je sodišče odločilo, da je zakonodajalec Unije s sprejetjem Direktive 2006/24/ES presegel meje, ki jih določa spoštovanje načela sorazmernosti z vidika 7., 8. in 52. člena Listine, in je zato Direktiva 2006/24/ES neveljavna za nazaj (*ex tunc*).

Iz sklepnih predlogov generalnega pravobranilca⁴⁵ k zgoraj navedeni sodbi, podanimi pred odločitvijo sodišča, med drugim tudi izhaja, da hramba podatkov in njena neprekinjena časovna razsežnost odločilno vpliva na opredelitev poseganja v pravico do spoštovanja zasebnega življenja. Generalni pravobranilec ni

⁴⁵ P. Cruz Villalón, *Sklepni predlogi generalnega pravobranilca Pedra Cruza Villalóna*, 12. 12. 2013 - C-293/12 in C-594/12, <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=9ea7d2dc30dda46800d47f9e443d915aec95e62d144e.e34Kaxilc3qMb40Rch0SaxuQahv0?text=&docid=145562&pageIndex=0&doclang=sl&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=462581> (zadnjič obiskano: 3. 6. 2015).

našel zadostnega razloga za to, da obdobje hrambe podatkov, ne bi bilo krajše od enega leta, določitev najdaljšega obdobja hrambe podatkov, ki lahko, ne da bi obstajale izjemne okoliščine, traja do dveh let, pa ni nujna in jo je zatorej treba šteti za nezdružljivo z zahtevami, ki izhajajo iz členov 7 in 52(1) Listine.

Takšna odločitev pa ima veliko daljnosežnejše posledice, saj postavlja pod vprašaj celo vrsto drugih predloženih ali že sprejetih instrumentov EU, med njimi tudi EU sistemi seznama letalskih potnikov, kakor tudi sklenjene mednarodne sporazume s tretjimi državami (npr. t.i. Swift sistem in PNR sporazume s tretjimi državami). Če povzetek odločitve Sodišča EU glede hrambe podatkov primerjamo npr. s predlagano zakonodajo EU o podatkih PNR, je moč zaznati neverjetno razliko v dojemanju skladnosti s temeljnimi pravicami. Tako Sodišče EU šteje hrambo podatkov za zelo resen poseg v temeljne pravice in zatorej skuša ukrep omejiti na čim krajše časovno obdobje, pod strogimi pogoji (ozko polje kaznivih dejanj, sodni nadzor itd.), medtem ko Komisija kljub zatrjevanju spoštovanja temeljnih pravic, ureja uporabo in hrambo PNR podatkov občutno manj striktno. Tudi časovni obseg trajanja hrambe je daljši in posledično je ukrep toliko bolj invaziven. Glede na navedeno bi lahko tudi na tem mestu opozorili na vprašanje skladnosti posega (hranjenje PNR podatkov nedolžne osebe do 5 let) s testom sorazmernosti predvsem v uvidu nujnosti ukrepa. Menim, da posledično takšen ukrep očitno nesorazmerno posega v temeljne človekove pravice in svoboščine.

5. Zaključek

Naj zaključim s trditvijo, da domneva nedolžnosti bistveno pre-sega sam kazenskopравни okvir ter da je povezana z bistvom pojma svobodne družbe. V zvezi z navedenim sem že izpostavila sodbo Sodišča EU v zvezi z razveljavitvijo masovnega sistema hranjenja telekomunikacijskih podatkov vseh v smislu koncepta uvajanja »preventivne« države. Navedeno potrjuje tudi »NSA afera« v povezavi z razkritji Edwarda Snowdena. Tako je leta 2013 na podlagi objave tajnega dokumenta v britanskem časopisu The Guardian v javnost izbruhnila afera masovnega zbiranja telefonskih izpiskov več deset milijonov Američanov, ki niso osumljeni ničesar, pri čemer so se ti podatki redno pošiljali ameriški Nacionalni varnostni

agenciji (NSA).⁴⁶ Prav tako je bil razkrit program »Prizma« (PRISM), ki je namenjen nadzorovanju internetne komunikacije in to tudi neameriških uporabnikov storitev, ki jih ponujajo velika spletna podjetja, kot so Google, Microsoft, Apple, Facebook in druga. V zvezi z navedenim je npr. Evropski parlament v svojem poročilu⁴⁷ opozoril na resnost problema množičnega nadzora in zbiranja podatkov o vsebini elektronskih komunikacij s strani obveščevalnih agencij, povezanega z razvojem tehnologije, ki še ni bil predmet nobene predhodne javne razprave in demokratičnega odločanja. Gre za ukrepe brez vsakršnega nadzora glede nujnosti in sorazmernosti ali utemeljenosti za namene boja proti terorizmu, gre za smrt zasebnosti v zameno za navidezno varnost. Pri tem je bilo tudi poudarjeno, da družba masovnega nadzora predstavlja družbo brez zasebnosti, v kateri nočemo živeti, ter izpostavljena ideja nekakšnega digitalnega *habeas corpus* za varovanje svobode posameznika v zvezi s sodobno tehnologijo. Ob tem velja izpostaviti tudi vprašljivo učinkovitost takšnih programov masovnega nadzora.⁴⁸ Vse navedeno samo potrjuje hipotezo o širšem pomenu domneve nedolžnosti, hkrati pa izpostavlja tudi splošno potrebo po razpravi o vzpostavitvi ravnotežja v sodobni družbi med človekovimi pravicami na eni strani in možnostmi sodobne tehnologije na drugi strani na način, da družba še zmeraj ostaja svobodna družba z domnevo nedolžnosti kot temeljem demokratične družbe.

⁴⁶ E. MacAskill in S. Ackerman, NSA collecting phone records of millions of Verizon customers daily, <http://www.theguardian.com/world/2013/jun/06/nsa-phone-records-verizon-court-order> (zadnjič obiskano: 8. 7. 2015)

⁴⁷ Evropski parlament, Resolucija Evropskega parlamenta z dne 12. marca 2014 o programu nadzora Agencije ZDA za nacionalno varnost, organih nadzora v različnih državah članicah ter njihovem učinku na temeljne pravice državljanov EU in čezatlantsko sodelovanje na področju pravosodja in notranjih zadev, 2013/2188(INI).

⁴⁸ J. Jonas in J. Harper, *Effective Counterterrorism and the Limited Role of Predictive Data Mining*, <http://www.cato.org/publications/policy-analysis/effective-counterterrorism-limited-role-predictive-data-mining> (zadnjič obiskano: 8. 7. 2015). Tako npr. iz analize instituta Cato izhaja, da: »čeprav je iskanje podatkov lahko večkrat koristno, pa ni primerno za odkrivanje terorističnih dejavnosti. Obžalovanja vredno bi bilo, če bi bilo iskanje podatkov sprejeto v organih nacionalne varnosti in kazenskega pregona ter v tehnoloških krogih, saj bi uporaba tega postopka pomenila zapravljanje davkoplačevalskega denarja, nepotrebne kršitve zasebnosti in državljanskih svoboščin ter napačno uporabo dragocenega časa in energije ljudi, ki skrbijo za nacionalno varnost«.