

PROTIPRAVNO PRIDOBLENI DOKAZI V LUČI USTAVNIH PROCESNIH JAMSTEV

KATJA DRNOVŠEK

Univerza v Mariboru, Pravna fakulteta, Maribor, Slovenija
katja.drnovsek@um.si

V slovenskem pravnem redu uporaba protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku ni normativno urejena, zato so se rešitve razvile v sodni praksi, ki to vprašanje naslavlja skozi prizmo reševanja kolizije ustavnih pravic. Prispevek se osredotoča na pomanjkljivosti ureditve, ki izhajajo iz odločbe Ustavnega sodišča RS kot edine pravne podlage za odločanje o dopustnosti dokazov, pridobljenih s kršitvami ustavno varovanih pravic. Obravnava teoretične vidike presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v kontekstu ustavnih procesnih jamstev ter relevantno sodno prakso, v kateri se te težave odražajo. Posebna pozornost je posvečena pomenu pravice do dokaza, metodološkemu pristopu, ki naj se uporabi pri tehtanju pravic, ter argumentom, na podlagi katerih sodišča utemeljujejo svoje odločitve o dopustnosti dokazov. Prispevek kot najustreznejšo metodo za razreševanje kolizije pravic predlaga metodo praktične konkordance, hkrati pa opozarja na potrebo po poenotenju sodne prakse ob uporabi kriterijev, ki upoštevajo tako pravico stranke do dokaza kot tudi osebnostne pravice nasprotni stranke.

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.3](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.3)

ISBN
978-961-286-817-8

Ključne besede:
protipravno pridobljeni
dokaz,
pravica do dokaza,
kolizija pravic,
načelo sorazmernosti,
praktična konkordanca,
pravdni postopek

Opomba:
Prispevek je izvleček že
objavljenega dela:
Drnovšek, K.
(2022). *Dopustnost
protipravno pridobljenih
dokazov v pravnem postopku*:
*doktorska
disertacija* [Doktorska
disertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.



Univerzitetna založba
Univerze v Mariboru

DOI
[https://doi.org/
10.18690/um.pf.1.2024.3](https://doi.org/10.18690/um.pf.1.2024.3)

ISBN
978-961-286-817-8

Keywords:

illegally obtained evidence,
the right to evidence,
rights in conflict,
the principle of
proportionality,
practical concordance,
civil litigation

Note:

This is an abstract of an
already published
work: Drnovšek, K.
(2022). *Dopustnost protipravno
pridobljenih dokazov v
pravdnem postopku : doktorska
dissertacija* [Doktorska
dissertacija, Univerza v
Mariboru]. Digitalna
knjižnica Univerze v
Mariboru.

ILLEGALLY OBTAINED EVIDENCE IN VIEW OF PROCEDURAL CONSTITUTIONAL GUARANTEES

KATJA DRNOVŠEK

University of Maribor, Faculty of Law, Maribor, Slovenia
katja.drnovsek@um.si

In the Slovenian legal system, the admissibility of illegally obtained evidence is not regulated by normative legal acts. Instead, solutions had to be established through case law, where this issue is being approached through the prism of balancing constitutional rights in conflict. The paper focuses on the shortcomings of the regulation stemming from the decision of the Slovenian Constitutional Court as the sole legal basis for determining the admissibility of evidence obtained in violation of constitutionally protected rights. It examines the theoretical aspects of assessing the admissibility of illegally obtained evidence in the context of procedural constitutional guarantees and relevant case law reflecting these challenges. Special attention is given to the significance of the right to evidence, the methodological approach to balancing rights, and the arguments applied by Slovenian courts when assessing the admissibility of evidence. The author suggests the use of practical concordance as the most appropriate method for resolving the conflicts of rights and highlights the need for the uniform application of criteria that consider both the party's right to evidence and the personal rights of the opposing party.



1 Uvod

V slovenskem pravnem redu problematika dopustnosti uporabe protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku ni normativno urejena, zaradi česar so se rešitve razvile v sodni praksi, ki to vprašanje naslavlja skozi prizmo reševanja kolizije ustavno varovanih pravic. Ključno pravilo za obravnavo dokazov, pridobljenih s kršitvijo ustavno varovanih človekovih pravic, je vzpostavilo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12,¹ v kateri je odločalo o dopustnosti uporabe dokaza, pridobljenega s poslušanjem in snemanjem telefonskega pogovora brez vednosti in brez dovoljenja nasprotne stranke. Pri tem je pojasnilo, da nima že vsaka kršitev ustavno varovanih pravic pri pridobivanju dokazov za posledico absolutne izločitve tako pridobljenih dokazov. Tudi tak poseg v pravico (do zasebnosti) bi bil pod določenimi pogoji dopusten, vendar bi morale v pravnem postopku za izvedbo dokaza, pridobljenega s kršitvijo pravice (do zasebnosti), obstajati posebej utemeljene okoliščine. Izvedba takšnega dokaza bi morala imeti poseben pomen za izvrševanje neke pravice, ki jo varuje Ustava Republike Slovenije² (Ustava RS). Na podlagi te utemeljitve je Ustavno sodišče RS nato vzpostavilo pravilo, ki od sodišč zahteva, da v podobnih primerih kolizije pravic upoštevajo načelo sorazmernosti in skrbno presodijo, kateri pravici je treba dati prednost (tretji odstavek 15. člena in 2. člen Ustave RS).³ Podalo je tudi nekaj okvirnih stališč glede merodajnih kriterijev, ki naj bi jih sodišča upoštevala pri odločanju,⁴ nadaljnji razvoj rešitev pa je prepustilo sodni praksi.

Takšno stanje se je izkazalo za problematično, saj v presenetljivo maloštevilnih odločbah sodišča višjih instanc še niso uspela vzpostaviti poenotenih in koherentnih kriterijev presoje. Svoje odločitve namesto tega utemeljujejo z dokaj arbitrarnimi argumenti, ki se nanašajo na specifične konkretnega primera in kot takšni ne prispevajo bistveno k aktivnejšemu razvoju in poenotenju sodne prakse na tem področju. V prispevku so obravnavani teoretični vidiki presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v kontekstu ustavnih procesnih jamstev,

¹ USRS odločba Up-472/02-12 z dne 7. 10. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.472.02.

² Uradni list 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, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a in 92/21 – UZ62a.

³ Povzeto po USRS odločba Up-472/02-12, tč. 14. Gl. tudi A. Ekart, V. Rijavec, L. Ude et al., 2017, Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, str. 84–85.

⁴ Kot kriteriji so upoštevni denimo utemeljenost pričakovanja zasebnosti v danih okoliščinah in morebitna privolitev glede snemanja ali poslušanja pogovora, ni pa pomembno, ali je vsebina pogovora intimne narave, ali gre za izmenjavo tajnih podatkov (npr. poslovnih skrivnosti), ali sta se sogovornika posebej dogovorila, da je pogovor tajej, ter ali protipravno ravnanje ob pridobivanju dokaza izpolnjuje znake kaznivega dejanja.

analizirana pa je tudi relevantna sodna praksa, v kateri se te težave odražajo na praktičnem nivoju.

Za uvodnim poglavjem drugo poglavje naslavlja pomen in vsebinski obseg ustavno varovane pravice do dokaza kot elementa pravice do enakega varstva pravic ter posledice neutemeljenega posega v to pravico. Tretje poglavje se osredotoča na metodološki pristop, ki naj se uporabi pri tehtanju pravic, ter skozi soočenje najpogosteje uporabljenih metod argumentira, zakaj je praktična konkordanca v tem smislu ustrežnejša od testa sorazmernosti. Četrto poglavje vključuje natančno analizo razpoložljive sodne prakse slovenskih sodišč ter podaja ugotovitve glede načina uporabe načela sorazmernosti v konkretnih primerih, pomena, ki ga pravici do dokaza pripisuje sodna praksa, ter konkretnih meril in argumentov, na podlagi katerih slovenska sodišča utemeljujejo svoje odločitve o dopustnosti spornih dokazov.

2 Pravica do dokaza kot ustavno varovana pravica

Ustava RS pravice do dokaza posebej ne uvršča v katalog ustavno varovanih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, prav tako je izrecno ne omenja v okviru opredelitev teh pravic. To pa nikakor ne pomeni, da se ustavno procesno varstvo nanjo ne razteza. Ustavno sodišče RS in slovenska pravna doktrina sta si enotni, da je pravico do dokaza mogoče izpeljati iz pravice do enakega varstva pravic (22. člen Ustave RS) kot element pravice do izjavljanja oz. pravice do kontradiktornega postopka.⁵ Slednja vsaki stranki omogoča, da navaja dejstva, dokaze in pravna stališča, da se seznanijo in opredelijo do navedb nasprotne stranke oz. vsakogar, ki lahko vpliva na odločitev sodišča, da sodeluje v dokaznem postopku in postavlja vprašanja pričam oz. izvedencem, da se izjavi o rezultatih dokazovanja in o celotnem procesnem gradivu, ki lahko vpliva na odločitev, ter glede tega poda tudi svoja pravna naziranja.⁶ Pravica do izjavljanja temelji na spoštovanju človekove osebnosti,

⁵ Iz pravice do enakega varstva pravic je mogoče izpeljati več ožje opredeljenih pravic, in sicer: pravico do izjavljanja oz. pravico do kontradiktornega postopka, pravico do enakopravnosti strank (enakost orožij), prepoved sodniške samovolje in arbitramnosti ter prepoved samovoljnega odstopa od uveljavljene in enotne sodne prakse. A. Galič, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 175.

⁶ Gl. npr. USRS odločba Up-39/95-19 z dne 16. 1. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:Up.39.95; Up-171/00-16 z dne 12. 7. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.171.00; USRS odločba Up-329/01 z dne 16. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2023:Up.139.22; USRS odločba Up-570/10 z dne 13. 10. 2011, ECLI:SI:USRS:2011:Up.570.10; USRS odločba Up-771/11-10 z dne 21. 2. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:Up.771.11; USRS odločba Up-1194/12-15 z dne 29. 1. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1194.12; USRS odločba Up-1496/18-17 z dne 27. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.1496.18; ter USRS sklep Up-184/98 z dne 2. 2. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:Up.184.98; USRS sklep Up-51/99 z dne 6. 1. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:Up.51.99 in USRS sklep Up-216/99 z dne 19. 12. 2000,

saj vsakomur zagotavlja možnost priti do besede v postopku, ki zadeva njegove pravice in interese, in tako preprečuje, da bi človek postal le predmet postopka.⁷ Odraža se v več določbah Zakona o pravdnem postopku⁸ (ZPP), predvsem v 5. členu, skladno s katerim mora sodišče dati vsaki stranki možnost, da se izjavi o zahtevkih in navedbah nasprotnne stranke (razen, kadar ZPP določa, da sme sodišče odločiti o zahtevku, o katerem nasprotni stranki ni bila dana možnost, da se izjavi); pa tudi v 7. členu, ki opredeljuje dolžnost strank, da morajo navesti vsa dejstva, na katera opirajo svoje zahtevke, in predlagati dokaze, s katerimi se ta dejstva dokazujejo (razpravno načelo), ter pravico, da se izjavijo o dejstvih in dokazih, ki jih sodišče pridobiva po uradni dolžnosti; v 284. členu, ki zagotavlja kontradiktornost na glavni obravnavi; navsezadnje pa tudi v 8. točki drugega odstavka 339. člena ZPP, ki kršitev načela kontradiktornosti (tj. poseg v pravico do izjavljanja) obravnava kot bistveno kršitev določb pravnega postopka in s tem tudi kot pritožbeni razlog.

V praksi se je v povezavi z vsebinskim obsegom pravice do dokaza kot sporno izkazalo predvsem vprašanje, ali ima stranka zgolj pravico predlagati dokaze in ali je mogoče govoriti tudi o pravici stranke, da se predlagani dokazi izvedejo.⁹ Ustavno sodišče RS je v svojih odločbah v zvezi s tem zavzelo stališče, da pravici stranke, da se v postopku izjavi, na drugi strani odgovarja obveznost sodišča, da vse navedbe stranke vzame na znanje, da pretehta njihovo relevantnost ter da se do tistih navedb, ki so za odločitev bistvenega pomena, v obrazložitvi sodbe tudi opredeli.¹⁰ Smiselno enako iz pravice stranke, da sodeluje v dokaznem postopku, predlaga dokaze ter se izreče o dokaznih predlogih nasprotnne stranke, načeloma izhajajo obveznost sodišča,

ECLI:SI:USRS:2002:U.I.216.99. Gl. tudi A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 219–220; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 53 in 55; A. Galič, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, *Komentar Ustave Republike Slovenije*, str. 175.

⁷ USRS odločba Up-39/95-19; USRS sklep Up-119/98 z dne 6. 1. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:Up.119.98. Gl. tudi A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 219–220; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, 4. knjiga, str. 54; P. Jambreč, v: L. Šturm (ur.), 2002, *Komentar Ustave Republike Slovenije*, str. 248.

⁸ Uradni list RS, št. 73/07 – uradno prečiščeno besedilo, 45/08 – ZArbit, 45/08, 111/08 – odl. US, 57/09 – odl. US, 12/10 – odl. US, 50/10 – odl. US, 107/10 – odl. US, 75/12 – odl. US, 40/13 – odl. US, 92/13 – odl. US, 10/14 – odl. US, 48/15 – odl. US, 6/17 – odl. US, 10/17, 16/19 – ZNP-1 in 70/19 – odl. US.

⁹ A. Galič, 2004, *Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek*, str. 281 in 287; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, *Pravdni postopek, zakon s komentarjem*, str. 55–56.

¹⁰ Npr. v odločbah Ustavnega sodišča RS št.USRS odločba Up-39/95-19; Up-27/94 z dne 19. 6. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:Up.27.94; USRS odločba Up-373/97 z dne 22. 2. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.373.97; USRS odločba Up-329/01 in USRS odločba Up-1496/18-17; ter USRS sklep Up-119/98; Up-230/99 z dne 20. 6. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.230.99; USRS sklep Up-241/98-11 z dne 27. 11. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.241.98; USRS sklep Up-189/02-4 z dne 21. 5. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:Up.189.02; USRS sklep Up-303/01-9 z dne 11. 9. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:Up.303.01 in USRS sklep Up-475/12-9 z dne 5. 6. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.475.12.

da dokazne predloge pretehta in predlagane dokaze tudi izvede.¹¹ Ta obveznost pa ni neomejena, kar izhaja že iz samih določb ZPP, ki opredeljujejo nekatere omejitve pri izvajanju dokazov (npr. pravila o prekluziji, o nedopustnosti ali oprostivni pričanja itd.). Pri tem je na mestu *Galič*¹² opozorilo, da je treba določbe, ki kakorkoli omejujejo izvajanje dokazov, šteti kot omejitve pravice do dokaza kot dela ustavne pravice do izjave v postopku, za kar pa mora obstajati ustavno upravičen razlog.

Razlogi za zavrnitev dokaznega predloga oz. za zavrnitev izvedbe dokaza, ki v odločbah Ustavnega sodišča RS ali v določbah ZPP štejejo za upravičene, so zato zelo omejeni. V prvi vrsti lahko sodišče zavrne predlagane dokaze, za katere misli, da niso relevantni za odločitev, kar izrecno določa že sam ZPP (drugi odstavek 287. člena ZPP). Druge izjeme, ki so se razvile predvsem v sodni praksi Ustavnega sodišča RS, se nanašajo še na dokaze, ki so očitno neprimerni za ugotovitev določenega dejstva;¹³ dokaze, ki so nepotrebni, ker je zatrjevano dejstvo že dokazano¹⁴ (ni pa dovoljena vnaprejšnja dokazna ocena);¹⁵ nesubstancirane ali nepopolne dokazne predloge;¹⁶ dokazne predloge, ki so bili podani z namenom zavlačevanja ali prepozno;¹⁷ ter posredne dokaze, kadar sodišče že razpolaga z neposrednimi dokazi.¹⁸

¹¹ A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 225. Gl. tudi USRS odločba Up-219/15-18 z dne 19. 5. 2016, ECLI:SI:USRS:2016:Up.219.15 in USRS odločba Up-370/17-29 z dne 12. 7. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.370.17; ter USRS sklep Up-12/97 z dne 25. 3. 1999, ECLI:SI:USRS:1999:Up.12.97; USRS sklep Up-560/15-10 z dne 27. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.560.15 in USRS sklep Up-1544/18-8 z dne 8. 4. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.1544.18.

¹² A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 225–226 in 284–288.

¹³ USRS sklep Up-332/02-7 z dne 15. 12. 2003, ECLI:SI:USRS:2003:Up.332.02; USRS odločba Up-964/16-19 z dne 9. 1. 2020, ECLI:SI:USRS:2020:Up.964.16; VSRS sodba II Ips 169/2018 z dne 8. 8. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.169.2018.

¹⁴ Gl. npr. USRS sklep Up-121/00-5 z dne 18. 9. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.121.00 in USRS sklep Up-332/02-7; USRS odločba Up-77/01-21 z dne 4. 3. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.77.01 in USRS odločba Up-219/15-18; VSRS sodba II Ips 35/2010 z dne 29. 3. 2012, ECLI:SI:VSRS:2012:II.IPS.35.2010; VSRS sodba II Ips 124/2016 z dne 18. 4. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:II.IPS.124.2016.

¹⁵ VSRS sklep VIII Ips 118/2017 z dne 3. 10. 2017, ECLI:SI:VSRS:2017:VIII.IPS.118.2017 in VSRS sklep II Ips 20/2017 z dne 4. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:II.IPS.20.2017. Primerjaj z VSRS sklep X Ips 233/2014 z dne 3. 3. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:X.IPS.233.2014; VSRS sklep X Ips 396/2016 z dne 24. 10. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:X.IPS.396.2016 in VSRS sodba II Ips 267/2018 z dne 5. 9. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.267.2018.

¹⁶ VSR, sodba in sklep II Ips 519/2005 z dne 20. 12. 2007, ECLI:SI:VSRS:2007:II.IPS.519.2005; VSRS sodba in sklep II Ips 374/2006 z dne 26. 4. 2007, ECLI:SI:VSRS:2007:II.IPS.374.2006; VSRS sodba II Ips 196/2008 z dne 1. 10. 2009, ECLI:SI:VSRS:2009:II.IPS.196.2008; VSRS sodba II Ips 267/2018.

¹⁷ VSRS sodba in sklep II Ips 187/2006 z dne 25. 9. 2008, ECLI:SI:VSRS:2008:II.IPS.187.2006; VSRS sodba II Ips 112/2009 z dne 30. 9. 2010, ECLI:SI:VSRS:2010:II.IPS.112.2009; VSRS sodba II Ips 209/2011 z dne 26. 9. 2013, ECLI:SI:VSRS:2013:II.IPS.209.2011.

¹⁸ A. Galič, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 285–286; A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 226–231 in 287–289; A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 56. Gl. tudi J.

V vsakem primeru se pravica do izjave v postopku odraža v obveznosti sodišča, da obrazloži sodno odločbo, pa tudi v bolj konkretno formulirani zahtevi, da mora sodišče v dokaznem sklepu obrazložiti, zakaj je zavrnilo dokazne predloge strank.¹⁹ Ker ZPP zoper dokazni sklep ne dovoljuje posebne pritožbe, morajo stranke morebitne kršitve uveljavljati v pritožbi zoper končno odločbo (324. in 287. člen ZPP). Če se v pritožbenem postopku izkaže, da je sodišče dokazni predlog zavrnilo brez utemeljenega (in obrazloženega) razloga, njegovo ravnanje predstavlja kršitev načela kontradiktornosti, s tem pa tudi absolutno bistveno kršitev določb pravnega postopka iz 8. točke drugega odstavka 339. člena ZPP, na katero sodišče sicer ne pazi po uradni dolžnosti. Takšna kršitev bo podana, kadar sodišče brez upravičenega razloga ne izvede kakšnega dokaza za ugotovitev spornega in pravno relevantnega dejstva, pa tudi, kadar ne odgovori na navedbe stranke oz. se do njih ne opredeli, strankam ne omogoči seznanitve s kakšnim dokazom ali izjave o tem dokazu, sodbo opre na pravno kvalifikacijo, ki je stranki kljub skrbni proučitvi zadeve nista mogli pričakovati, kadar zaradi kršitve pravil o vročitvi strankam ne omogoči sodelovanja v postopku ipd.²⁰ Kršitev načela kontradiktornosti je tudi revizijski razlog (prvi odstavek 370. člena ZPP) in razlog za obnovo postopka (2. točka 394. člena ZPP), če kršitev določb pravnega postopka hkrati predstavlja kršitev pravice iz 22. člena Ustave RS, pa sta možni tudi ustavna pritožba in pritožba na Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP).²¹

Zobec, v: Ude, L. in Galič, A. (ur.), 2006, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 358; P. Jambrek, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 249.

¹⁹ Gl. P. Jambrek, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 249; A. Galič, 2004, Ustavno civilno procesno pravo: ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba - meje preizkusa in postopek, str. 282; USRS odločba Up-77/01 in USRS odločba Up-219/15-18; USRS sklep Up-12/97; USRS sklep Up-51/99 in USRS sklep Up-276/01 z dne 17. 2. 2004, ECLI:SI:USRS:2004:Up.276.01. Sodišče v nadaljnjem teku pravde na dokazni sklep sicer ni vezano.

²⁰ A. Galič, Pravdni postopek: Kršitev človekovih pravic - nova absolutno bistvena kršitev pravnega postopka?, 2002, str. 5–7.

²¹ Zaradi vsebinskega ujemanja pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP z 22. in 23. členom Ustave RS (deloma pa tudi z drugimi, npr. 24. členom Ustave RS) se pritožniki v ustavnih pritožbah pogosto sklicujejo na obe pravni podlagi, sodna praksa ESČP pa posledično močno vpliva tudi na razvoj sodne prakse Ustavnega sodišča RS v zvezi s pravico do izjavljanja in pravico do enakosti orožij. Več o tem gl. M. Avbelj, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 172–173. Gl. tudi A. Galič, v: L. Ude in A. Galič (ur.), 2010, Pravdni postopek, zakon s komentarjem, str. 57 in 62–63.

3 Metodološki vidiki presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov

3.1 Pomen načela sorazmernosti v slovenski ustavnosodni praksi

Z izjemo (redkih) pravic absolutne narave, ki jih v sodobni civilizirani družbi ni dopustno omejiti (npr. prepoved mučenja iz 18. člena Ustave RS), je že po naravi stvari jasno, da zaradi celovitosti pravne ureditve nobena izmed ustavnih pravic ne more ostati neomejena.²² Ustava RS sama ne določa obsega ali omejitev posameznih ustavno varovanih pravic, pač pa meje ustavnega varstva opredeljuje z generalno klavzulo iz tretjega odstavka 15. člena Ustave RS, skladno s katero je mogoče človekove pravice in temeljne svoboščine omejiti zgolj s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ustava (npr. za zaščito javnega interesa). Takšno omejevanje je dopustno le pod strogimi pogoji. V odločbah Ustavnega sodišča RS se je kot orodje za presojo teh pogojev in s tem tudi za presojo dopustnosti posegov v ustavno varovane pravice po zgledu nemške pravne znanosti in pod vplivi razvoja sodne prakse ESČP uveljavilo predvsem načelo sorazmernosti, na katerega usmerja tudi odločba Ustavnega sodišča št. Up-472/02-12.²³

Tudi načela sorazmernosti Ustava RS izrecno ne omenja, pač pa ga je Ustavno sodišče RS izpeljalo neposredno iz načela pravne države na podlagi 2. člena Ustave RS.²⁴ Načelo pravne države zavezuje vse državne organe in izvajalce javnih pooblastil, nanj pa se lahko sklicujejo vse fizične in pravne osebe v vseh pravnih razmerjih na vseh področjih svojega ustvarjanja.²⁵ Na podlagi teh izhodišč se je načelo sorazmernosti v prvi vrsti razvilo kot ukrep za preprečevanje čezmernih posegov države v pravice posameznika oz. kot orodje Ustavnega sodišča RS pri ustavnopravni presoji, ali nek akt državnega organa (npr. zakonodajalca) predstavlja nedopusten poseg države v ustavno varovane človekove pravice in je kot tak torej

²² E. Kerševan, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 126.

²³ Več o načelu sorazmernosti v sodni praksi ESČP gl. B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 40–42.

²⁴ Preostala elementa načela pravne države sta še načelo zaupanja v pravo ter načelo jasnosti in določnosti pravnih norm.

²⁵ V omejenem obsegu tudi pravne osebe javnega prava, kadar nastopajo *ex iure gestionis*, tj. v prirejenih razmerjih zasebnopravnega značaja, pri čemer jim je Ustavno sodišče RS do zdaj priznalo le temeljna ustavna procesna jamstva iz 22., 23. in 25. člena Ustave RS. Gl. USRS sklep U-I-157/16-12, USRS sklep Up-729/16-15, USRS sklep Up-55/17-20 z dne 19. 4. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:U.I.157.16; in B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al., 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 39.

neustaven.²⁶ S kasnejšimi odločbami je Ustavno sodišče RS uporabo tega načela razširilo tudi na materialnopravno presojo obsega zaščite določene pravice v razmerju do druge pravice v konkretni zadevi.²⁷ S tem je mu je dodelilo ustavni rang splošnega ustavnega načela, ki zavezuje vse državne organe, tako pri izdajanju splošnih in konkretnih pravnih aktov kot tudi pri njihovih realnih dejanjih.²⁸

V praksi se načelo sorazmernosti udejanja predvsem kot trodelni test sorazmernosti posega v ustavno varovane človekove pravice ali temeljne svoboščine, v okviru katerega se presojajo nujnost, primernost in sorazmernost posega. Poseg je ustavno dopusten šele, če zasleduje nek ustavno dopusten cilj (t. i. test legitimnosti), hkrati pa prestate tudi vse tri vidike testa sorazmernosti:²⁹

- Nujnost posega. Poseg je nujen takrat, kadar cilja ni mogoče doseči brez posega v ustavne pravice ali z drugim enako učinkovitim posegom, ki bi bil po svoji naravi blažji (t. i. načelo najmilejšega oz. najmanj obremenjujočega sredstva).
- Primernost posega. Poseg je primeren, kadar je zasledovani cilj s posegom dejansko mogoče doseči.
- Sorazmernost v ožjem pomenu (tudi načelo proporcionalnosti). Poseg je sorazmeren v ožjem pomenu, kadar je teža posledic posega v prizadeto človekovo pravico proporcionalna vrednosti zasledovanega cilja oz. koristim, ki bodo zaradi posega nastale. Kolikor bolj je nekdo prizadet v svoji pravici, toliko močnejši morajo biti interesi varovanja pravic drugih, da se lahko tak poseg obravnava kot dopusten.

²⁶ Načelo sorazmernosti je kot merilo presoje utemeljenosti oblastnih póstgov v človekove pravice obravnavno že v USRS odločba U-I-137/93 z dne 2. 6. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.137.93. B. Zalar, v: M. Avbelj, S. Bardutzky, A. Dežman et al, 2019, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 40.

²⁷ Načelo sorazmernosti je bilo pri presoji sodne odločbe v okviru ustavne pritožbe prvič uporabljeno v USRS odločba Up-74/95 z dne 7. 7. 1995, ECLI:SI:USRS:1995:Up.74.95.

²⁸ Gl. B. Kresal, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 55.

²⁹ Tako že v USRS odločba U-I-137/93, kasneje tudi v USRS odločba U-I-201/93-19 z dne 7. 3. 1996, ECLI:SI:USRS:1996:U.I.201.93; USRS odločba U-I-139/94 z dne 30. 1. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.139.94; USRS odločba U-I-25/95 z dne 27. 11. 1997, ECLI:SI:USRS:1997:U.I.25.95; USRS odločba U-I-330/97 z dne 30. 11. 2000, ECLI:SI:USRS:2000:U.I.330.97; USRS odločba U-I-397/98-14 z dne 21. 3. 2002, ECLI:SI:USRS:2002:U.I.397.98; USRS odločba U-I-84/03-15 z dne 17. 2. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:U.I.84.03; USRS odločba U-I-40/06-10 z dne 11. 10. 2006, ECLI:SI:USRS:2006:U.I.40.06; USRS odločba U-I-61/06-14 z dne 11. 12. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:U.I.61.06; USRS odločba U-I-218/07-8 z dne 26. 3. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:U.I.218.07; USRS odločba U-I-77/08-14 z dne 8. 7. 2010, ECLI:SI:USRS:2010:U.I.77.08; USRS odločba Up-455/15-18 z dne 24. 1. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.455.15; USRS odločba U-I-44/18-6 z dne 7. 11. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:U.I.44.18 in drugih. Gl. tudi B. Kresal, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 56; M. Pavčnik, Načelo sorazmernosti, 2004, str. 44; L. Šturm, Načelo sorazmernosti, 1995, str. 16; D. Wedam Lukić, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, 2009, str. 1350–1356.

3.2 Test sorazmernosti ali praktična konkordanca?

Medtem ko Ustavno sodišče RS pri presoji ustavne skladnosti predpisov oz. dopustnosti posegov oblasti v ustavno varovane človekove pravice (vertikalno razmerje) dosledno uporablja zgoraj opisani tristopenjski test sorazmernosti, je ob pregledu ustavnosodne prakse in ločenih mnenj posameznih ustavnih sodnikov mogoče ugotoviti, da ta metoda ni deležna posebne naklonjenosti v postopku z ustavno pritožbo, v katerem sodišče presoja, ali so bile z izpodbijanim posamičnim aktom kršene človekove pravice in temeljne svoboščine. Test sorazmernosti namreč izhaja iz presoje utemeljenosti posega v pravico ene stranke, zaradi česar slednji daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotne stranke. *Korpič-Horvat* v pritrldilnem ločenem mnenju k odločbi št. Up-1005/15-21³⁰ tudi sicer ugotavlja, da Ustavno sodišče RS strogi test sorazmernosti uporablja le redko³¹ ter da namesto tega pogosto uporabi prirejeni test sorazmernosti (v katerem presoja le, ali je stališče sodišč v izpodbijanih odločbah skladno z Ustavo RS), Schumannovo formulo,³² praktično konkordanco, ali pa metode presoje niti ne navede.³³

V postopkih z ustavno pritožbo, ki vključujejo vprašanje varstva osebnostnih pravic v civilnopravnih sporih, v katerih je Ustavno sodišče RS običajno soočeno z razmerjem med formalno prirejenimi subjekti (horizontalno razmerje), se je v novejših odločbah uveljavila predvsem metoda praktične konkordance. Ta koncept se je primarno razvil v nemški pravni znanosti, izhaja pa iz razumevanja ustave kot enovitega in celovitega pravnega akta. Načelo enovitosti ustave pomeni, da je vsaka ustavna določba povezana z vsemi ostalimi, s katerimi tvori celoto, zaradi česar se nobena ustavna določba ne sme interpretirati neodvisno, pač pa zgolj tako, da se z interpretacijo zasleduje skladnost vseh ustavnih določb. S tem je povezano tudi načelo praktične konkordance, ki narekuje optimizacijo medsebojno nasprotujočih si ustavno varovanih vrednot. To pomeni, da morajo biti vrednote, ki jih štiti ustavno pravo, v takšnem medsebojnem razmerju, da je mogoče izvrševati vsako od njih, pri čemer se v primeru konflikta nobena vrednota ne sme udejanjati na račun druge, nasprotujoče ji vrednote. Obe zadevni vrednoti morata biti omejeni na tak način, da lahko vsaka izmed njiju doseže svoj maksimalni učinek, omejitve pa morajo

³⁰ USRS odločba Up-1005/15-21 z dne 31. 5. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.1005.15.

³¹ V pritrldilnem ločenem mnenju k odločbi št. Up-1005/15-21 *Korpič-Horvat* navaja, da je Ustavno sodišče RS uporabilo strogi test sorazmernosti le v štirih od 18 obravnavanih primerov.

³² Po Schumannovi formuli je ustavna pritožba uspešna, če izpodbijane odločitve sodišča zakonodajalec ne bi smel zapisati v pravni normi. Gl. npr. USRS odločba Up-232/00 z dne 10. 5. 2001, ECLI:SI:USRS:2001:Up.232.00.

³³ Povzeto po pritrldilnem ločenem mnenju sodnice *Korpič-Horvat* k odločbi št. Up-1005/15-21.

v vsakem posameznem primeru zadostiti načelu sorazmernosti in ne smejo biti strožje, kot je to nujno za sobivanje obeh vrednot.³⁴

Zgledujoč se po nemški teoriji je Ustavno sodišče RS podobne zaključke izpeljalo na podlagi določbe tretjega odstavka 15. člena Ustave RS, iz katerega izhaja medsebojna odvisnost človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Posledica slednje je namreč tudi zahteva, da je nosilec dolžan izvrševati svojo pravico tako, da njegovo ravnanje ne presega meje, ki v kvalitativno enakem obsegu tudi drugemu dopušča aktivirati njemu pripadajočo pravico. Če zaradi vsebinske odprtosti upravičenja nosilec prekorači to mejo, je dolžnost pristojnega organa, da prekoračeno pravico vsebinsko omeji in odredi vzpostavitev prejšnjega stanja, če je to glede na naravo posega v pravico drugega mogoče. V koliziji dveh enakovrednih pravic (npr. pravic, ki sta obe ustavnopravno varovani) je potrebna vsebinska omejitev obeh pravic in ne samo ene izmed njiju. To pomeni, da lahko oba nosilca svojo pravico uresničujeta (le) v omejenem (»zoženem«) obsegu, tj. tako, da pri izvrševanju pravice enega ne pride do prekomernega posega v pravico drugega.³⁵ Sodišče mora obseg izvrševanja vsake od nasproti si stoječih pravic zmanjšati na tisto mero, ki je nujna zaradi uresnitve človekove pravice drugega, kar doseže tako, da opredeli vsebino obeh pravic v koliziji in jima da pravo težo, vse v luči konkretnih okoliščin primera, nato pa na podlagi tehtanja oz. uravnoveženja obeh pravic oblikuje pravilo o sobivanju obeh pravic, ki pove, kateri od njiju je v okoliščinah konkretnega primera treba dati prednost. Z vidika ustavnosti je bistveno, da sodišče nobene od človekovih pravic ne sme izključiti iz obravnavanja, prav tako pa pri presoji oz. tehtanju ne sme prezreti ustavnopravno odločilnih okoliščin oz. meril, ki jih pri tem zahtevata Ustava RS in EKČP in na katere sta opozorili Ustavno sodišče in ESČP v svojih odločitvah.³⁶ Praktična konkordanca je torej metoda usklajevanja med (navideznimi) nasprotji

³⁴ K. Hesse, 1999, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, str. 28; D. P. Kommers, 1997, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany, str. 45–46. Gl. tudi T. I. Harbo, 2015, The Function of Proportionality Analysis in European Law, str. 40.

³⁵ Povzeto po USRS odločba Up-422/02-18 z dne 10. 3. 2005, ECLI:SI:USRS:2005:Up.422.02.

³⁶ Povzeto po USRS odločba Up-422/02-18; Up-636/07-30 z dne 17. 1. 2008, ECLI:SI:USRS:2008:Up.636.07; USRS odločba Up-2940/07-19 z dne 5. 2. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:Up.2940.07; USRS odločba Up-1391/07-13 z dne 10. 9. 2009, ECLI:SI:USRS:2009:Up.1391.07; USRS odločba U-I-191/09, Up-916/09 z dne 30. 9. 2010, ECLI:SI:USRS:2010:U.I.191.09; USRS odločba Up-570/09-14 z dne 2. 2. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.570.09; USRS odločba Up-444/09-17 z dne 12. 4. 2012, ECLI:SI:USRS:2012:Up.444.09; USRS odločba Up-584/12-12 z dne 22. 5. 2014, ECLI:SI:USRS:2014:Up.584.12; USRS odločba Up-1128/12-17 z dne 14. 5. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1128.12; USRS odločba Up-381/14-23 z dne 15. 2. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.381.14; USRS odločba Up-9/16-15 z dne 15. 11. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.9.16; USRS odločba Up-349/14-39 z dne 16. 5. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:Up.349.14; USRS odločba U-I-171/16-15, Up-793/16-25 z dne 11. 7. 2019, ECLI:SI:USRS:2019:U.I.171.16. Gl. tudi pritrdilno ločeno mnenje sodnice *Korpič-Horvat* k odločbi št. Up-1005/15-21.

med določbami Ustave RS o človekovih pravicah, kadar ne moremo govoriti o posegih v človekove pravice oz. o njihovem omejevanju, ki bi se presojalo po testu sorazmernosti.³⁷

Temu stališču v novejši sodni praksi sledi tudi Vrhovno sodišče RS, ki je v več odločbah poudarilo, da uporaba testa sorazmernosti pri reševanju kolizije med dvema ustavnima pravicama ni ustrezna, ter posledično razveljavilo odločbe sodišč nižjih stopenj, ki so pri tehtanju pravic uporabile test sorazmernosti in ne metode praktične konkordance. Svoje odločitve je utemeljilo z obrazložitvijo, da splošno načelo sorazmernosti zavezuje vse državne organe, ko gre za posege v človekove pravice in temeljne svoboščine, pri čemer je poseg ustavnopravno dopusten, če izhaja iz ustavno dopustnega cilja, in če so izbrana sredstva za doseg cilja primerna in nujna, poleg tega pa ne smejo biti zunaj razumnega razmerja do družbene in politične vrednosti cilja (sorazmernost v ožjem pomenu). Test sorazmernosti Ustavno sodišče RS (in tudi ESČP) praviloma uporabi, kadar presoja, ali je država v posameznem primeru (ne)dopustno posegla v kakšno človekovo pravico, tj. ko gre za vertikalno razmerje med državo na eni strani in posameznikom na drugi strani. Kadar pa gre za razmerje med formalno prirejenimi subjekti dveh posameznikov (horizontalno razmerje) in ko pride do kolizije dveh sobivajočih pravic, pa ne gre za poseg v pravico, katerega dopustnost bi bilo treba presojati s pomočjo načela sorazmernosti, ampak se nasprotje med pravicama uskladi z metodo razlage, ki jo teorija pozna tudi kot praktično konkordanco: gre za kompromis, ki naj zagotovi, da se obseg varovanja vsake pravice zmanjša le v obsegu, ki je nujno potreben zaradi uveljavitve druge pravice. Presoja, ali izvrševanje ene pravice že prekomerno omejuje izvrševanje druge, terja vrednostno tehtanje pomena obeh pravic in teže posega, v luči vseh okoliščin konkretnega primera.³⁸

³⁷ F. Testen, v: L. Šturm (ur.), 2002, Komentar Ustave Republike Slovenije, str. 197-198. Tudi USRS odločba U-I-191/09, USRS odločba Up-916/09; USRS odločba U-I-81/11-12 z dne 18. 9. 2013, ECLI:SI:USRS:2013:U.I.81.11; USRS odločba U-I-171/16-15, USRS odločba Up-793/16-25.

³⁸ Povzeto po VSRS sklep II Ips 340/2011 z dne 17. 7. 2014, ECLI:SI:VSRS:2014:II.IPS.340.2011; VSRS sodba II Ips 120/2017 z dne 14. 2. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.120.2017; VSRS sklep II Ips 25/2019 z dne 30. 5. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.25.2019; VSRS sodba II Ips 19/2019 z dne 5. 12. 2019, ECLI:SI:VSRS:2019:II.IPS.19.2019; VSRS sodba II Ips 23/2019 z dne 23. 1. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:II.IPS.23.2019; VSRS sodba II Ips 23/2020 z dne 28. 8. 2020, ECLI:SI:VSRS:2020:II.IPS.23.2020; VSRS sodba II Ips 77/2020 z dne 3. 3. 2021, ECLI:SI:VSRS:2021:II.IPS.77.2020; enako tudi VSL sklep I Cp 2349/2014 z dne 5. 11. 2014, ECLI:SI:VSLJ:2014:I.CP.2349.2014; VSM sodba I Cp 236/2016 z dne 17. 8. 2016, ECLI:SI:VSMB:2016:I.CP.236.2016 in VSM sodba I Cp 49/2018 z dne 20. 2. 2018, ECLI:SI:VSMB:2018:I.CP.49.2018.

Pri tehtanju pravic v skladu z metodo praktične konkordance je ključno predvsem, da se nobeni od pravic v koliziji ne odvzame njena bistvena, ustavno varovana vsebina. Pred samim tehtanjem je zato treba ugotoviti, katere pravice in upravičenja so v koliziji, katere okoliščine obravnavanega primera so relevantne ter kakšna je ustavnopravno varovana vsebina obeh pravic.³⁹ Tehtanje v ožjem smislu, ki mora privedi do praktične konkordance, pa, kot navaja *Zobec*, v bistvu pomeni »oblikovanje pravila, veljavnega za konkreten primer, torej pravila o sobivanju pravic v konkretnih okoliščinah, pravila o rešitvi konkretnega konflikta dveh pravic, ki pove, kateri od njiju je treba v tem konkretnem konfliktu glede na konkretne okoliščine dati prednost (in katera se mora zaradi aktiviranja nujne, ustavno varovane vsebine druge pravice tej umakniti oz. se mora umakniti del upravičenj, ki sestavljajo to pravico).«⁴⁰ Pri tehtanju morajo sodišča upoštevati merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU, ter jih ustrezno ovrednotiti glede na pomen in cilj človekovih pravic, na tej podlagi pa vsaki od pravic v koliziji dati ustrezno težo.

Glede na to, da več razrešenih primerov tehtanja nasprotujočih si pravic hkrati pomeni več izoblikovanih stališč, je jasno, da so se najbolj natančna in dodelana merila razvila v povezavi s pravicami, ki se v sodni praksi najpogosteje znajdejo v koliziji. V slovenski sodni praksi v tem smislu izstopa predvsem kolizija med pravico do časti in dobrega imena (34. člen Ustave RS) in pravico do zasebnosti in osebnoštnih pravic (35. člen Ustave RS) na eni strani ter svobodo izražanja (39. člen Ustave RS) na drugi strani,⁴¹ pri reševanju katere sodišča dosledno upoštevajo zelo natančno opredeljena merila za tehtanje pravic, ki jih je izoblikovalo ESČP.⁴² Po drugi strani pa se vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih pravic v slovenski sodni praksi še vedno rešuje s pomočjo testa sorazmernosti in ne na podlagi metode praktične konkordance, zaradi česar se v tej zvezi podobna merila še niso razvila.

³⁹ VSRS sklep II Ips 25/2019; J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 37-38.

⁴⁰ J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 38-39.

⁴¹ Med novjšimi gl. npr. USRS odločba Up-584/12-12; Up-1019/12-22 z dne 26. 3. 2015, ECLI:SI:USRS:2015:Up.1019.12; USRS odločba Up-1128/12-17; USRS odločba Up-381/14-23; USRS odločba Up-614/15-21 z dne 21. 5. 2018, ECLI:SI:USRS:2018:Up.614.15; USRS odločba Up-349/14-39; USRS odločba Up-417/16-23 z dne 18. 3. 2021, ECLI:SI:USRS:2021:Up.417.16 ter VSRS sodba II Ips 120/2017; VSRS sodba II Ips 23/2019; VSRS sodba II Ips 23/2020; VSRS sodba II Ips 77/2020.

⁴² Gl. odločbi ESČP v zadevah Von Hannover proti Nemčiji št. 2, št. pritožbe 40660/08, 7. 2. 2012, in Axel Springer AG proti Nemčiji št. 2, št. pritožbe 48311/10, 10. 7. 2014.

3.3 Praktična konkordanca kot metoda presoje dopustnosti dokazov

Podlago za tehtanje pravic v primeru predložitve domnevno protipravno pridobljenega dokaza v pravnem postopku je Ustavno sodišče RS vzpostavilo v 14. točki obrazložitve odločbe št. Up-472/02-12, v kateri je zapisalo: »To pa ne pomeni, da ne bi bil tak poseg v pravico do zasebnosti pod določenimi pogoji dopusten, vendar bi morale v pravnem postopku za izvedbo dokaza, pridobljenega s kršitvijo pravice do zasebnosti, obstajati posebej utemeljene okoliščine. Izvedba takšnega dokaza bi morala imeti poseben pomen za izvrševanje neke pravice, ki jo varuje Ustava. V takšnem primeru mora sodišče upoštevati načelo sorazmernosti in skrbno presoditi, kateri pravici je treba dati prednost.«⁴³

Zgornja formulacija in uporabljene (poudarjene) besedne zveze dajejo jasen vtis, da je Ustavno sodišče RS k reševanju obravnavane kolizije ustavno varovanih pravic pristopilo dokaj neuravnoteženo ter da je že na abstraktni ravni dalo očitno prednost pravici, ki je bila prekršena s protipravnim ravnanjem ob pridobivanju dokazov; v konkretnem primeru pravici do zasebnosti. Tudi v preostalem delu obrazložitve je vsebini in obsegu pravice do zasebnosti posvečene precej pozornosti – omenjene so celo nekatere merodajne okoliščine, ki naj jih sodišča v tej zvezi upoštevajo. Na pravico do dokaza pa se Ustavno sodišče RS zgolj bežno navezuje z omembo ustavnih procesnih jamstev iz 22. člena Ustave RS. Same pravice do dokaza pri tem niti izrecno ne omeni niti ne poskuša opredeliti njene abstraktne vsebine ali obsega ustavnopravnega varstva v konkretnem primeru. Ustavno sodišče RS dokaze, pridobljene s kršitvijo ustavno varovanih pravic, evidentno obravnava kot praviloma nedopustne, njihovo izvedbo pa dopušča zgolj izjemoma (tj. če so podane posebne okoliščine). Tudi od rednih sodišč se pričakuje, da bodo sledila temeljnemu razlaganemu pravilu, ki zahteva restriktivno razlago izjem (*exceptiones non sunt extendendae*), kar se posledično odraža v sodni praksi, kjer pravica stranke do dokaza večinoma nima enake teže kot pravica, ki je bila s pridobitvijo dokaza prekršena (denimo pravica do zasebnosti).⁴⁴ Pri analizi besedila odločbe Up-472/02-12 se ni mogoče izogniti vtisu, da Ustavno sodišče RS osebo, ki pridobiva dokaze, pri vrednotenju njenega ravnanja postavlja v podoben položaj, kot ga imajo pri

⁴³ Poudarek je dodala avtorica.

⁴⁴ Tako npr. VSRS sklep VIII Ips 156/2016 z dne 10. 11. 2016, ECLI:SI:VSRS:2016:VIII.IPS.156.2016 in VDSS sklep Pdp 911/2017 z dne 24. 5. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.911.2017, v katerih je zavzeto stališče, da je izvedba dokazov, pridobljenih s kršitvijo pravic, dopustna le izjemoma, kar bi se moralo odražati tudi v restriktivnosti presoje dopustitve izvedbe tovrstnih dokazov.

pridobivanju dokazov državni organi, zaradi česar si prizadeva nuditi večjo zaščito stranki, pravice katere so pri tem ogrožene. Glede na navedeno ni presenetljivo, da se v sodni praksi tehtanje pravic v tovrstnih sporih povezuje prav s strogim testom sorazmernosti, ki se osredotoča na presojo utemeljenosti posega v pravico ene stranke, tej pa posledično daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotne stranke do izvedbe dokaza. Takšna rešitev pa ob upoštevanju enakovrednega položaja strank v civilnopравnih razmerjih ni ustrezna.

Čeprav je pravica do dokaza nekoliko prikrito zajeta z ustavnimi procesnimi jamstvi, ki jih zagotavlja 22. člen Ustave RS, sama pa v njej ni izrecno omenjena, gre vendarle za eno izmed ustavno varovanih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, ki imajo na abstraktni ravni enakopraven hierarhični položaj. Tehtanje pravic pri odločanju o dopustitvi nekega spornega dokaza seveda neizogibno predpostavlja, da bo sodišče v rezultatu presoje dalo prednost pravici ene ali druge stranke, saj ima na voljo zgolj dve možnosti; dokaznemu predlogu lahko ugodí (kadar dá prednost pravici predlagatelja do dokaza) ali ga zavrne (kadar dá prednost zaščiti pravic nasprotne stranke). Bistveno pa je, da takšno tehtanje poteka na konkretni ravni. Ustavno varovanim človekovim pravicam je namreč mogoče pripisati različno težo zgolj ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera (*in concreto*), na abstraktni ravni (*in abstracto*) pa imajo, kot že rečeno, najpogosteje enako težo, zaradi česar praviloma nobena od pravic nima že vnaprej zagotovljene prednosti.⁴⁵ Kot navaja Ustavno sodišče RS, ni *a priori* dopusten vsak poseg, ki je sicer nujen, če bi se hotela varovana pravica zavarovati v celoti, kadar tudi prva pravica zasluži enako močno varstvo. Le v primeru, kadar gre varovani pravici zaradi njenega pomena absolutna prednost, je lahko dopusten tudi zelo močan poseg v prvo pravico. Drugače pa mora biti globina oz. teža posega v njo v sorazmerju s pomenom varovane druge pravice (pravici bosta torej vzajemno omejeni druga z drugo).⁴⁶ Ustava RS in mednarodni pravni akti sicer določajo redke izjeme med pravicami, katerim zagotavljajo takšno absolutno varstvo (denimo prepoved mučenja), vendar se osebne pravice med te izjeme ne uvrščajo.

⁴⁵ Gl. tudi J. Zobec, *Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji*, 2011, str. 34 in 37.

⁴⁶ Gl. tudi USRS odločba U-I-137/93-24 z dne 2. 6. 1994, ECLI:SI:USRS:1994:U.I.137.93, in USRS odločba U-I-344/06-11 z dne 20. 11. 2008, ECLI:SI:USRS:2006:Up.344.06; pritrdilno ločeno mnenje sodnika *Krivica* k odločbi U-I-123/92-21 z dne 18. 11. 1993, ECLI:SI:USRS:1993:U.I.123.92.

Uporaba strogega testa sorazmernosti je ustrezna zgolj v primerih, kadar obstaja jasna hierarhija med pravicami ali kadar se presoja utemeljenost posega državnih organov v človekove pravice pravnih subjektov. Primarni namen takšnega ustavnopravnega varstva je namreč prav omejevanje nesorazmernih posegov države in njenih organov v pravice posameznikov, medtem ko državni organi takšnega varstva ne morejo biti deležni (npr. policija pri pridobivanju dokazov). Kljub temu, da je realni akt (protipravnega) pridobivanja nekega dokaza s strani posameznika lahko v svoji izvršitveni obliki celo enak ravnanju državnih organov pri tovrstnem delovanju, ne gre spregledati prav te bistvene razlike; tudi osebi, ki pridobiva dokaz za namene civilnega postopka, je zagotovljeno ustavno varstvo njenih pravic. V primeru kolizije dveh enakovrednih pravic, ki se medsebojno omejujeta, je torej ustrežnejša vsebinska omejitev obeh pravic v skladu z metodo praktične konkordance, pri čemer se obseg varovanja vsake izmed pravic zmanjša le toliko, kolikor je to nujno za uveljavitev druge pravice.

4 Protipravno pridobljeni dokazi v slovenski sodni praksi

4.1 Uvodne opazke

Na podlagi analize razpoložljive sodne prakse⁴⁷ je mogoče ugotoviti, da so zadeve, v katerih so se sodišča v pravnem postopku srečala z vprašanjem dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov, vsaj pred sodišči višjih instanc sorazmerno redke. Med že tako maloštevilnimi relevantnimi primeri tudi sicer prevladujejo odločbe, v katerih so sodišča presodila, da je pridobivanje spornih dokazov temeljilo na veljavni zakonski podlagi (npr. Zakon o detektivski dejavnosti⁴⁸ (ZDD-1) ali Zakon o varstvu osebnih podatkov⁴⁹ (ZVOP-1)), zaradi česar v konkretnem postopku ni bilo mogoče govoriti o protipravnosti ravnanja ali o nedopustnih posegih v človekove pravice.⁵⁰ Ker sodiščem v takšnih odločbah ni bilo treba tehtati pravic, njihove

⁴⁷ Čeprav se prispevek sicer omejuje na vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov v pravnem postopku, je za celovit pregled nad razvojem sodne prakse treba vključiti tudi sodno prakso delovnih sodišč. V delovnopravnih sporih se (subsidiarno) uporabljajo določbe ZPP, zaradi česar je v odsotnosti drugačne specialne ureditve prav odločba Ustavnega sodišče RS št. Up-472/02-12 podlaga za presojo dopustnosti tovrstnih dokazov tudi v teh postopkih. Stališča, ki se razvijajo v sodni praksi delovnih sodišč, so zato relevantna tudi za razvoj sodne prakse na pravnem področju.

⁴⁸ Uradni list RS, št. 17/11.

⁴⁹ Uradni list RS, št. 94/07 – uradno prečiščeno besedilo in 177/20.

⁵⁰ Tako velja npr. za zadeve VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010 z dne 5. 5. 2011, ECLI:SI:VSRS:2011:II.IPS.274.2010; VSL sodba I Cpg 1849/2014 z dne 11. 2. 2015, ECLI:SI:VSLJ:2015:I.CPG.1849.2014; VSM sodba I Cp 948/2015 z dne 29. 9. 2015, ECLI:SI:VSMB:2015:I.CP.948.2015; VSRS sodba VIII Ips 227/2012 z dne 18. 3. 2013, ECLI:SI:VSRS:2013:VIII.IPS.227.2012; VSRS sodba VIII Ips 120/2014 z dne 18. 11. 2014,

obrazložitve večinoma tudi ne vsebujejo stališč oz. argumentov, ki bi lahko bistveno prispevali k razvoju rešitev, relevantnih za presojo dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov. Kadar so sodišča pri odločanju o dokaznem predlogu vendarle naletela na kolizijo med pravico do dokaza in pravico, ki je bila pri pridobivanju dokaza prekršena, so se v utemeljitvah svojih odločitev dokaj konsistentno sklicevala na odločbo Ustavnega sodišča RS št. Up-472/02-12 ter povzemala v njej zavzeta stališča. Kljub temu je v njihovi argumentaciji mogoče prepoznati nekatere ponavljajoče se težave, ki bodo obravnavane v nadaljevanju.

4.2 Načelo sorazmernosti kot orodje tehtanja pravic

Ustavno sodišče RS je v odločbi št. Up-472/02-12 odločilo, da je lahko dopustna tudi izvedba dokaza, pridobljenega s kršitvijo ustavno varovanih pravic, vendar le v okoliščinah, kadar bi to imelo poseben pomen za izvrševanje neke druge ustavno varovane pravice. Pri odločanju, kateri izmed pravic je v konkretnem primeru treba dati prednost, je nato sodišča napotilo na uporabo načela sorazmernosti. Takšna okvirna metodološka usmeritev pa se je v praksi izkazala kot nezadostna. Pomanjkljivosti je mogoče zaznati na dveh nivojih. Primarno je problematična že sama ustreznost uporabe načela sorazmernosti pri tehtanju pravic v horizontalnih pravnih razmerjih, sekundarno pa sodišča tudi v okoliščinah konkretnega primera ali pri argumentaciji rezultata presoje niso najbolj spretna in enotna pri uporabi tega načela.

V večini obravnavanih zadev se sodišča presoje dopustnosti uporabe spornih dokazov lotevajo s pomočjo tristopenjskega testa sorazmernosti, kar je glede na formulacijo iz odločbe št. Up-472/02-12, ki vendarle predstavlja edino pravno podlago za odločanje v tovrstnih zadevah, tudi pričakovano. Kot je bilo že pojasnjeno, je takšna rešitev glede na sodobne trende na področju reševanja kolizije ustavno varovanih pravic manj ustrezna. Test sorazmernosti namreč izhaja iz presoje utemeljenosti posega v pravico ene stranke, tej pa posledično daje višji hierarhični položaj in večjo abstraktno težo kot pravici nasprotno stranke do izvedbe dokaza.

ECLI:SI:VSRS:2014:VIII.IPS.120.2014; VDSS sodba Pdp 811/2018 z dne 28. 2. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.811.2018; VDSS sodba Pdp 812/2018 z dne 28. 2. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.812.2018; VDSS sodba Pdp 778/2018 z dne 8. 11. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.778.2018; VDSS sodba Pdp 467/2017 z dne 14. 9. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.467.2017; VSRS sodba VIII Ips 327/2017 z dne 19. 12. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.327.2017; VDSS sodba Pdp 299/2017 z dne 14. 9. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.299.2017; VSRS sodba VIII Ips 346/2017 z dne 19. 12. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.346.2017.

Pri tehtanju hierarhično prirejenih pravic v horizontalnih postopkih, kjer sodelujejo enakovredne stranke, je zato bolj primerna metoda praktične konkordance, ki se vedno bolj uveljavlja tudi v slovenski sodni praksi. Čeprav se v povezavi s problematiko protipravno pridobljenih dokazov še ni uveljavila, obrazložitve novjših primerov vendarle nakazujejo dobrodošel premik v pravo smer.⁵¹

Tudi, kadar sodišča pri tehtanju pravic uporabijo strogi test sorazmernosti, so njihove obrazložitve treh elementov testa le redko dovolj natančne, da bi mogle prispevati k nadaljnemu razvoju in poenotenju sodne prakse v zvezi s tem vprašanjem, navsezadnje pa tudi kontroli s strani pritožbenih sodišč. Najpogosteje se v obrazložitvah pojavi zgolj kratka omemba načela sorazmernosti, brez vsakršnega pojasnila glede nujnosti, primernosti in sorazmernosti posega,⁵² ali pa kvečjemu zelo skopa in pavšalna utemeljitev vsakega izmed teh treh elementov, brez natančnejšega pojasnila glede kriterijev, ki so bili uporabljani pri presoji.⁵³ Takšne obrazložitve pogosto dajejo vtis, da so se sodišča na načelo sorazmernosti sklicevala zgolj zato, da zadostijo formalnostim, navedejo neko pravno podlago in se s tem izognejo očitkom o arbitrarnosti presoje, čeprav v resnici niso izvedla miselnega procesa, ki bi v konkretnem primeru ustrezal presoji sorazmernosti. Takšne obrazložitve, iz katerih ni mogoče razbrati, zakaj naj bi bilo treba dati prednost pravici ene stranke pred pravico druge, ne morejo bistveno prispevati k razvoju sodne prakse. Le natančna obrazložitev tehtanja pravic (tako pri uporabi testa sorazmernosti kot tudi pri iskanju praktične konkordance) lahko privede do izoblikovanja razumljivih in argumentiranih smernic, na katere se bodo lahko oprla tudi sodišča v bodočih podobnih primerih. Tega se zavedajo tudi instančna sodišča, ki v primerih, kjer rezultati tehtanja pravic niso zadostno utemeljeni, zadeve vztrajno vračajo v ponovno sojenje z napotki glede metode tehtanja pravic in pogosto tudi z usmeritvami glede okoliščin primera, do katerih naj se nižja sodišča opredelijo.⁵⁴ Po drugi strani je v sodni praksi mogoče najti tudi primere kakovostnejših obrazložitvev,

⁵¹ Gl. npr. VSC sodba Cp 499/2019 z dne 16. 4. 2020, ECLI:SI:VSCE:2020:CP.499.2019, v katerih je sodišče uporabilo način tehtanja pravic, ki okvirno ustreza metodi praktične konkordance, in VDSS sodba Pdp 493/2019 z dne 21. 11. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.493.2019, v kateri je sodišče navedlo, da bi pri tehtanju pravic uporabilo test praktične konkordance.

⁵² Npr. v zadevah VSL sklep II Cp 1620/2019 z dne 9. 10. 2019, ECLI:SI:VSLJ:2019:II.CP.1620.2019, VDSS sodba Pdp 905/2015 z dne 24. 3. 2016, ECLI:SI:VDSS:2016:PDP.905.2015, ali VDSS sodba Pdp 589/2016 z dne 17. 11. 2016, ECLI:SI:VDSS:2016:PDP.589.2016.

⁵³ Npr. VSL sodba I Cp 3295/2015 z dne 10. 2. 2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:I.CP.3295.2015, ali VDSS sodba Pdp 691/2018 z dne 31. 1. 2019, ECLI:SI:VDSS:2019:PDP.691.2018.

⁵⁴ Tako npr. v zadevah VDSS sodba Pdp 905/2015, VDSS sklep Pdp 1077/2016 z dne 11. 5. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.1077.2016, VDSS sklep Pdp 94/2018 z dne 5. 4. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.94.2018, VSL sklep II Cp 1620/2019; VDSS, sklep Pdp 911/2017.

v katerih sodišča niso natančno pojasnila le, katere okoliščine dokazujejo nujnost, primernost in sorazmernost posega, pač pa so se oprla tudi na kriterije in stališča, ki so se v tej zvezi razvili v sodni praksi ESČP.⁵⁵

4.3 Pomen pravice do dokaza pri razreševanju kolizije pravic

Nekatere nejasnosti v sodni praksi so povezane tudi z vprašanjem, katere pravice so upoštevne pri odločanju o dopustnosti spornega dokaza, pri čemer je predvsem pravica do dokaza tista, ki je sodišča pogosto ne obravnavajo kot enakovredno pravico ali sploh kot pravico, ki ji je treba nuditi sodno varstvo.⁵⁶ Takšno stanje je nedvomno posledica neuravnoteženega pristopa k reševanju kolizije relevantnih pravic, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12, v kateri je v okviru utemeljitve uporabe testa sorazmernosti že na abstraktni ravni pripisalo večjo težo pravici, ki je bila pri pridobivanju dokazov prekršena, pomen pravice do dokaza pa je pri tem kar nekako spregledalo. Sodišča pri presoji dopustnosti spornega dokaza pogosto zavzamejo restriktivni pristop, v nekaterih primerih pa so iz formulacije v ustavni odločbi celo izpeljala predpostavko, da pravica do dokaza pri tehtanju pravic ni upoštevna, pač pa bi morala za dopustnost izvedbe dokaza obstajati še neka druga ustavno varovana pravica.⁵⁷ Takšna razlaga ni ustrezna. Ustavno sodišče RS je sicer v odločbi št. Up-472/02-12 res zahtevalo, da mora imeti izvedba dokaza, pridobljenega s kršitvijo človekovih pravic, poseben pomen za izvrševanje neke ustavno varovane pravice, vendar je tudi pravica do dokaza kot del pravice do poštenega sojenja (in procesnih jamstev iz 22. člena Ustave RS) na abstraktni ravni hierarhično enakovredna ostalim pravicam in mora biti zato tudi sama deležna ustavnega varstva. Glede na naravo odločitve (sodišče lahko dokaznemu predlogu ugotovi ali ga zavrne) bo sodišče v konkretnem primeru sicer moralo dati prednost pravici ene ali druge stranke, vendar lahko takšno odločitev sprejme šele po opravljenem tehtanju vseh pravic, ki so se znašle v koliziji, vključno s pravico do dokaza.⁵⁸ Ob upoštevanju okoliščin konkretnega primera je tudi slednji dopustno pripisati nižjo težo ter posledično zavrniti izvedbo dokaza, pridobljenega

⁵⁵ Gl. predvsem VDSS sodba Pdp 415/2017 z dne 5. 10. 2017, ECLI:SI:VDSS:2017:PDP.415.2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018 z dne 30. 5. 2018, ECLI:SI:VSRS:2018:VIII.IPS.2.2018, pa tudi VDSS sodba Pdp 347/2018 z dne 8. 10. 2018, ECLI:SI:VDSS:2018:PDP.347.2018.

⁵⁶ Tako npr. v zadevah VSL sklep I Ip 152/2013 z dne 23. 1. 2013, ECLI:SI:VSLJ:2013:I.IP.152.2013; VDSS sodba Pdp 589/2016; VDSS, sklep Pdp 94/2018; VDSS sodba Pdp 691/2018.

⁵⁷ Gl. obrazložitve v zadevah VSRS sklep VIII Ips 156/2016 in VDSS sklep Pdp 911/2017. VSL sklep I Ip 152/2013; VSL sklep IV Cp 2082/2016 z dne 24. 8. 2016, ECLI:SI:VSLJ:2016:IV.CP.2082.2016.

⁵⁸ Gl. tudi J. Zobec, Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji, 2011, str. 34 in 37.

s kršitvijo (v danem primeru) pomembnejše pravice, ni je pa dopustno povsem spregledati.

4.4 Kriteriji presoje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov

Pri odločanju o dopustnosti dokazov, pridobljenih s kršitvijo človekovih pravic, mora sodišče upoštevati merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU, v skladu z načelom enakega varstva pravic pa tudi stališča, ki so se razvila v sodni praksi rednih sodišč. Ustavno sodišče RS je v obrazložitvi odločbe št. Up-472/02-12 že izpeljalo nekatera merila, ki naj bi bila merodajna pri razreševanju kolizije med pravico do dokaza in pravico do zasebnosti (npr. privolitvev v snemanje ali upravičeno pričakovanje zasebnosti), vendar se je pri tem omejilo na okoliščine konkretnega primera in ni podalo sistematičnih smernic glede vsebine pravice do dokaza, obsega njenega varstva ali splošnejših kriterijev, ki bi usmerjali sodišča pri presoji utemeljenosti posegov v to pravico. Ker je že po naravi stvari nemogoče predvideti vse možne okoliščine, v katerih bi pri pridobivanju dokazov utegnilo priti do kolizije pravic, bi bilo tudi nesmiselno pričakovati izčrpno opredelitev ali konkreten seznam relevantnih kriterijev. Kazuistični pristop, ki razvoj kriterijev presoje dopustnosti dokazov prepušča sodni praksi, s tem pa dopušča dovolj fleksibilnosti za upoštevanje najširšega obsega možnih življenjskih situacij (sedanjih in prihodnjih, ob upoštevanju možnosti tehnološkega in drugega razvoja), je zato ustrezen. Hkrati pa drži, da je učinkovitost takšnega pristopa odvisna predvsem od hitrosti razvoja sodne prakse na nekem področju, tj. od množičnosti objavljenih odločb, v katerih sodišča zavzamejo dovolj splošna, medsebojno skladna in dobro argumentirana stališča, na katera se je mogoče sklicevati tudi v bodočih podobnih primerih oz., po nasprotnem, v bodočih bistveno drugačnih primerih. Zgolj posamični, izolirani, nepovezani ali slabo obrazloženi kriteriji ne zadoščajo za poenotenje stališč, posledično pa zaradi nepredvidljivosti tudi ne morejo zagotoviti zadostne pravne varnosti in enake obravnave strank v sodnih postopkih. Analiza sodne prakse prikazuje, da se slovenska sodišča soočajo prav s tem problemom. Čeprav se z večanjem števila primerov, v katerih se sodišča srečujejo s presojo dopustnosti izvedbe protipravno pridobljenih dokazov, večja tudi nabor kriterijev, ki so se že uporabili pri tehtanju pravic, je sodna praksa še precej oddaljena od jasnih, koherentnih in splošno uporabnih smernic.

Med kriteriji, ki so jih sodišča do sedaj upoštevala kot merodajne pri tehtanju ustavno varovanih pravic,⁵⁹ je mogoče izpeljati predvsem sledeče:

- morebitno soglasje glede snemanja ali drugih posegov v zasebnost (npr. omogočanje dostopa do Facebook računa ali do elektronske pošte) oz. morebiten pristanek na zbiranje dokaznega gradiva;⁶⁰
- morebitna seznanjenost s snemanjem oz. pridobivanjem dokaznega gradiva (npr. z vidno objavo obvestila o snemanju);⁶¹
- narava vsebine pogovora (ali je pogovor intimne ali poslovne narave);⁶²
- upravičenost pričakovanja zasebnosti (v tradicionalnem smislu, npr. na javnem mestu ali delovnem mestu v primerjavi s prostori iz bolj zasebne sfere; pa tudi z vidika zasebnosti uporabljenih načinov komunikacije, npr. skupinski pogovor na Facebooku v primerjavi z zasebnim elektronskim sporočilom ali telefonskim pogovorom);⁶³
- obstoj drugih dokaznih sredstev, s katerimi je mogoče dokazati zatrjevano dejstvo (nepotrebnost izvedbe dokaza v primeru že dokazanega dejstva);⁶⁴
- zaščita drugih pomembnih pravic in interesov (npr. varstvo zasebne lastnine, svobodna gospodarska pobuda, pravica do dela in socialne varnosti, zaščita koristi otrok);⁶⁵
- vzajemnost posegov v pravice (stranka poseže v pravice druge stranke, ker tudi slednja posega v njene pravice);⁶⁶
- stopnjevanje intenzivnosti posegov (stranka se posluži hujših posegov šele, ko z milejšimi ne more zaščititi svojih pravic);⁶⁷

⁵⁹ Kriteriji iz navedenega seznama so se v pretežni meri razvili kot merila presoje pri uporabi testa sorazmernosti, vendar so smiselno enako uporabljivi pri tehtanju pravic v okviru ustrežnejše metode praktične konkordance.

⁶⁰ VSL sklep I Ip 152/2013; VSRS sodba VIII Ips 227/2012; VSRS sodba VIII Ips 120/2014; VSL sklep II Cp 1620/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶¹ VSL sklep I Ip 152/2013; VSRS sodba VIII Ips 120/2014; VSL sodba I Cp 3295/2015; VSL sklep IV Cp 2082/2016; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶² VDSS sklep Pdp 94/2018. Primerjaj s stališčem, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up-472/02-12.

⁶³ VDSS sodba Pdp 299/2017 in VSRS sodba VIII Ips 346/2017; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VDSS sodba Pdp 347/2018; VDSS sodba Pdp 691/2018.

⁶⁴ VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010; VDSS sodba Pdp 493/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

⁶⁵ VDSS sodba Pdp 811/2018 in VDSS sodba Pdp 812/2018; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018; VDSS sodba Pdp 589/2016; VSL sklep IV Cp 2082/2016; VDSS sodba Pdp 347/2018; VDSS Sodba Pdp 691/2018.

⁶⁶ VSL sodba I Cp 3295/2015; VDSS sodba Pdp 905/2015, VSRS sklep VIII Ips 156/2016, VDSS sodba Pdp 415/2017 in VSRS sodba VIII Ips 2/2018.

⁶⁷ VSL sodba I Cp 3295/2015.

- narava pravnega subjekta (obseg pravnega varstva se razlikuje, kadar se nudi fizični ali pravni osebi).⁶⁸

Sodišča se na nekatere od naštetih kriterijev opirajo dovolj pogosto, da bi že lahko govorili o ustaljenih stališčih. Prva skupina takšnih meril se nanaša na vprašanje, ali je prizadeta stranka podala soglasje k pridobivanju dokazov (izrecno ali konkludentno), ali je bila z zbiranjem dokazov seznanjena (in je torej lahko vplivala na vsebino oz. obseg informacij, ki so se na ta način zbrale), oz. ali bi glede na okoliščine primera morala ali mogla pričakovati, da se določene informacije lahko zbirajo in nato tudi uporabijo za namene morebitnih sodnih postopkov (okoliščine, ki utemeljujejo stopnjo pričakovanja zasebnosti, vsebina pogovora). Ti dejavniki predpostavljajo, da seznanjenost s pridobivanjem dokaznega gradiva ali celo soglasje glede takšnega ravnanja zmanjšujeta intenzivnost posega v pravice oz. izključujeta njegovo protipravnost. Druga skupina kriterijev se nanaša na stranko, ki je predlagala izvedbo spornega dokaza in na njene možnosti, da skozi dokazni postopek uspešno zasleduje svoje interese v sodnem postopku. V tem smislu so sodišča prepoznala kot relevantne predvsem okoliščine, ali si je stranka s posegom v pravice nasprotne stranke prizadevala preprečiti ali odpraviti kršitve lastnih pravic oz. omogočiti izvrševanje lastnih ustavno varovanih pravic, ki jih sicer ne bi mogla udejanjiti (vključno s primeri dokazne stiske); ter ali se je pri tem trudila čim bolj omejiti svoje posege v pravico nasprotne stranke. Sodišča so si dokaj enotna tudi v stališču, da izvedba protipravno pridobljenega dokaza ni potrebna, kadar njegova uporaba ne bi mogla pripeljati do drugačne odločitve o zadevi oz. kadar bi sodišče prišlo do enakega dejanskega in pravnega zaključka ne glede na uporabo spornega dokaza.⁶⁹ Na eni strani torej govorimo o kriterijih, ki se nanašajo na prizadeto stranko in na njeno soglasje, pričakovanje ali zavedanje glede zbiranja dokaznega gradiva, ki se bo lahko uporabilo tudi kot dokaz v morebitnem sodnem postopku, na drugi strani pa o kriterijih, ki se nanašajo na možnosti stranke, ki pridobiva dokaze, da učinkovito uveljavlja procesna jamstva, ki jih tudi njej zagotavlja Ustava RS.

Kljub temu, da je iz sodne prakse torej mogoče izluščiti nekatere standardizirane kriterije, je hkrati treba ugotoviti, da njihova uporaba pogosto ostaja dokaj arbitrarna in neusklajena, argumentacije mnogih odločitev pa se omejujejo na okoliščine konkretnega primera in jih kot takšnih ni mogoče povzdigniti na raven ustaljenih

⁶⁸ VSL sodba I Cpg 1849/2014.

⁶⁹ VSRS sodba in sklep II Ips 274/2010; VDSS sodba Pdp 493/2019; VSC sodba Cp 499/2019.

stališč. V nekaterih primerih si stališča različnih sodišč celo nasprotujejo, npr. glede vprašanja, ali za dopustnost izvedbe dokaza zadošča, da je bila nasprotna stranka seznanjena s pridobivanjem gradiva (npr. snemanjem pogovora), ali bi morala biti seznanjena tudi z dejstvom, da se bo pridobljeno dokazno gradivo uporabilo v sodnem postopku,⁷⁰ pa tudi glede vprašanja upoštevnosti narave intimnega ali poslovnega pogovora⁷¹ in drugih.

5 Zaključki

Sodišča, ki se v pravnem postopku srečajo z vprašanjem dopustnosti izvedbe protipravno pridobljenega dokaza, se hkrati soočijo s kolizijo pravice do dokaza in njej nasprotne pravice, ki je bila prizadeta ob pridobivanju spornega dokaza. Najustreznejša metoda za razreševanje tovrstne kolizije je metoda praktične konkordance, ki od sodišča zahteva, da opredeli vsebino obeh pravic v koliziji in jima da pravo težo, vse v luči konkretnih okoliščin primera, nato pa na podlagi tehtanja oz. uravnoteženja obeh pravic oblikuje pravilo o sobivanju obeh pravic, ki pove, kateri od njiju je v okoliščinah konkretnega primera treba dati prednost. Pri tem je ključno, da sodišče ne izključi ali spregleda nobene izmed človekovih pravic, kar vključuje tudi pravico do dokaza kot del ustavnih procesnih jamstev, ki jih zagotavlja 22. člen Ustave RS, ter da upošteva merila, ki so se izoblikovala v praksi Ustavnega sodišča RS, ESČP in Sodišča EU.

Zgoraj opisane težave, ki se pojavljajo v sodni praksi, so v veliki meri posledica relativno majhnega števila primerov, v katerih bi sodišča vzpostavila takšna merila in zavzela dobro argumentirana stališča, s čimer bi aktivneje pripomogla k nadaljnjemu razvoju in poenotenje sodne prakse, s tem pa tudi k boljši pravni varnosti in enaki obravnavi strank v sodnih postopkih. Vzpostavitev učinkovitega pravnega varstva skozi poenotenje sodne prakse v tem smislu zahteva sistematičen, usklajen in koherenten pristop sodišč, ki bi morala glede na sodobne trende razvoja kriterijev v slovenski sodni praksi na eni strani upoštevati tiste kriterije, ki se nanašajo na možnosti stranke, da s predložitvijo dokaza učinkovito uveljavlja svoja upravičenja v okviru pravice do učinkovitega sodnega varstva, na drugi strani pa tiste

⁷⁰ Višje sodišče v Celju je v sodbi Cp 499/2019 npr. navedlo, da četudi je bil zapustnik s snemanjem seznanjen in je vanj privolil, ni bil seznanjen s tem (oz. ni privolil), da bo posnetek uporabljen tudi v sodnem postopku, zaradi česar tudi ni mogel prosto odločati o morebitnih posledicah svojih izjav v sodnem postopku. Po drugi strani je Višje sodišče v Ljubljani v sklepu II Cp 1620/2019 odločilo, da že samo omogočanje dostopa do sporočil nasprotni stranki (npr. z zaupanjem gesla) izključuje protipravnost pridobitve dokaza oz. posega v pravico do zasebnosti.

⁷¹ Primerjaj VDSS sklep Pdp 94/2018 s stališčem, ki ga je zavzelo Ustavno sodišče RS v odločbi Up-472/02-12.

kriterije, ki se nanašajo na možnosti nasprotne stranke, da prosto odloča o razširjanju in načinu uporabe informacij iz sfere njene zasebnosti, ki so zajete z dokaznim gradivom.

Na problematičnost nejasne in neenotne sodne prakse, posledično pa tudi na potrebo po nadaljnjih premikih in napredku na tem področju, so opozarjali tudi deležniki v okviru javne razprave, ki je spremljala sprejemanje novele ZPP-E.⁷² Da bi naslovil omenjene težave, je predlagatelj v predlog novele ZPP-E⁷³ vključil nov 219.c člen, ki bi tudi normativno uredil vprašanje dopustnosti protipravno pridobljenih dokazov (oz. »dokazov, pridobljenih na nedovoljen način«). Predlagani člen bi v osnovi zgolj uzakonil stališče, ki ga je Ustavno sodišče RS zavzelo v odločbi št. Up-472/02-12,⁷⁴ s tem pa bi v zakonsko materijo prenesel tudi vse zgoraj obravnavane pomanjkljivosti (neustrezen metodološki pristop, neuravnotežena obravnava pravice do dokaza, pomanjkljivo dodelani kriteriji tehtanja pravic). Zaradi pomislekov, ki so jih v tej zvezi izrazili predstavniki pravne stroke, je bila končna verzija novele ZPP-E sprejeta brez 219.c člena, vsebinske rešitve pa so ostale v domeni nadaljnjega razvoja sodne prakse (tako slovenskih sodišč kot tudi ESČP in Sodišča EU).

Literatura

- Avbelj Matej, Bardutzky Samo, Dežman Aljoša et al., Komentar Ustave Republike Slovenije, Nova univerza, Evropska pravna fakulteta, Nova Gorica 2019.
- Besedilo Predloga zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku po prvi obravnavi z dne 2. 12. 2016, dostopno na: [---

⁷² Uradni list RS, št. 10/17. Ta je bila v končni obliki sprejeta 17. 2. 2017, veljati je pričela 14. 3. 2017, uporablja pa se od 14. 9. 2017.](https://www.dz-rs.si/wps/portal/Home/zakonodaja/izbran/!ut/p/z1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfIjo8zivSy9Hb283Q0N3E3dLQwCQ7z9g7w8nAwnMz1w9EUGAWZGgS6GDn5BhsYGwQHGH-pHEaPFAAdwNCBOPx4FUfiNL8gNDQ11VFQEAAAXcoa4!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/?uid=C1257A70003EE6A1C1258080004A8008&db=kon_zak&mandat=VII&tip=d oc (15. 9. 2021).</p><p>Ekart Andrej, Rijavec Vesna, Ude Lojze et al., Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, IUS Software, GV Založba, Ljubljana 2017.</p></div><div data-bbox=)

⁷³ Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku EVA: 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016, dostopen na povezavi: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=4241> (15. 9. 2021) in besedilo predloga po prvi obravnavi z dne 2. 12. 2016, dostopno na povezavi: <https://imss.dz-rs.si/IMIS/ImisAdmin.nsf/ImisnetAgent?OpenAgent&2&DZ-MSS-01/ca20e0057f3f86b12db73fe9f116d08b83f09fa5db98b44c6873253146e60b58> (15. 9. 2021).

⁷⁴ Gl. tudi A. Ekart, V. Rijavec, L. Ude et al., 2017, Zakon o pravnem postopku (ZPP) z novelo ZPP-E, Uvodna pojasnila, str. 84–85.

- Galič Aleš, Pravdni postopek: Kršitev človekovih pravic - nova absolutno bistvena kršitev pravnega postopka?, *Pravna praksa*, Let. 21 (2002), št. 9, str. 5–7.
- Galič, Aleš, Ustavno civilno procesno pravo; ustavna procesna jamstva, ustavna pritožba – meje preizkusa in postopek, *GV Založba*, Ljubljana 2004.
- Harbo, Tor-Inge, *The Function of Proportionality Analysis in European Law*, Koninklijke Brill NV, Leiden 2015.
- Hesse, Konrad, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (20. izdaja), C.F. Müller, Heidelberg 1999.
- Kommers, Donald P., *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2. izdaja), Duke University Press, Durham, NC 1997.
- Pavčnik Marijan, Načelo sorazmernosti, *Pravna praksa*, Let. 23 (2004), št. 38-39, str. 44–45.
- Predlog Zakona o spremembah in dopolnitvah Zakona o pravnem postopku, EVA: 2013-2030-0093 z dne 7. 9. 2016, dostopno na: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=4241> (15. 9. 2021).
- Šturm Lovro, Načelo sorazmernosti, *Pravna praksa*, Let. 14 (1995), št. 12, str. 16–17.
- Šturm Lovro (ur.), *Komentar Ustave Republike Slovenije*, Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije, Ljubljana 2002.
- Ude Lojze in Galič Aleš (ur.), *Pravdni postopek, zakon s komentarjem* (2. knjiga), Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2006.
- Ude Lojze in Galič Aleš (ur.), *Pravdni postopek, zakon s komentarjem* (4. knjiga), Uradni list, GV Založba, Ljubljana 2010.
- Wedam Lukić Dragica, Načelo sorazmernosti v ustavnosodni presoji, *Podjetje in delo*, (2008), št. 6-7, str. 1350–1356.
- Zobec Jan, *Praktična konkordanca v ustavnosodni presoji*, *Dignitas*, (2011), št. 49-50, str. 32–54.

SUMMARY

In the Slovenian legal system, the admissibility of illegally obtained evidence is not regulated by normative legal acts. Instead, when the courts unavoidably encountered this issue in practice, especially considering the rapid development of technology and the accessibility of new means to obtain evidence, solutions had to be established through case law. In its landmark decision no. Up-472/02-12 of 7 October 2004, the Constitutional Court of the Republic of Slovenia established the basic rule for assessing evidence obtained in violation of constitutionally protected human rights, which continues to represent the only legal basis for courts deciding such cases. In the reasoning of its decision, the Constitutional Court stated that the protection granted by the Slovenian Constitution to human rights is not absolute and that not every infringement of constitutional rights caused in the process of obtaining evidence has to result in the inadmissibility of said evidence. Instead, even evidence obtained illegally might be taken in civil litigation, but only if that would be deemed necessary in the pursuit of another constitutionally protected human right. The admissibility of evidence at issue should be decided through the prism of constitutional rights in conflict by balancing the rights of both parties and carefully determining which right should be given priority under the circumstances of a particular case. The Constitutional Court instructed judges to apply the principle of proportionality, the latter being an already well-established method for resolving human rights conflicts in Slovenian case law, and expressed some opinions regarding specific criteria that should (or should not) be used when assessing the admissibility of evidence. Further solutions were supposed to develop through the case law of regular courts, which were also expected to clarify other remaining or subsequent issues. However, even after more than 15 years, the case law regarding the admissibility of illegally obtained evidence remains underdeveloped and frequently characterised by arbitrary, inconsistent or vague opinions, which are often only applicable to a particular situation and, consequently, have only a limited or no value for the unification of jurisprudence. Some other shortcomings of the current state of affairs also came to light, which have not been adequately addressed by the theory or practice. The article addresses some of these issues by examining the theoretical aspects of determining the admissibility of illegally obtained evidence in the context of procedural constitutional guarantees and by analysing the relevant

case law where these issues can be observed at a practical level. The most critical issues considered are the following: (1) the significance and the scope of the right to evidence as part of procedural constitutional guarantees granted under Article 22 of the Slovenian Constitution, which is frequently overlooked by judges or not ascribed a proper weight when balancing the rights in conflict; (2) the methodological approach that should be used for the balancing of rights, with a critique of the proportionality test and a proposal to replace this method with the so-called practical concordance; and (3) the criteria and arguments applied by Slovenian courts when assessing the admissibility of evidence obtained in violation of human rights to justify their decisions.