**(NE)ZAKONITOST HIŠNIH PREISKAV PRI ODVETNIKIH**

Slovenski pravni prostor že nekaj časa prežemajo dileme, povezane s hišnimi preiskavami pri odvetnikih. Tako so odvetniki v okviru stanovskih srečanj in v precejšnjem delu revije Odvetnik štev. 68/zima 2014 posvetili problematiki zaupnosti med odvetnikom in stranko v kazenskih postopkih in možnim vdorom države (policije, tožilstva, sodstva) v to razmerje posebno pozornost. V Društvu kriminalistov Slovenije (DKS) dobro poznamo trende gibanja kriminalitete in njene različne perfidne oblike, predvsem na področju gospodarskega in organiziranega kriminala, ki so pustile uničujoče posledice na razlaščeno in ponižano prebivalstvo, zato dajemo poseben poudarek strokovnosti in zakonitosti dela kriminalistične policije, zavedajoč se med drugim tudi izjemno pomembne vloge odvetnikov v (pred)kazenskih postopkih. Zato je Društvo kriminalistov 4. marca 2015 v Policijski akademiji v Tacnu organiziralo posvet na temo (ne)zakonitosti hišnih preiskav pri odvetnikih.

Posvet je začel **predsednik DKS Jakob Demšar**, ki je poudaril, da kriminalistično preiskovanje zahteva veliko različnega strokovnega znanja, neizmerne potrpežljivosti in kombinatorike ter ne nazadnje – zaradi množice represivnih pooblastil tudi absolutno spoštovanje človekovih pravic. Kdor misli, da je policijsko delo vedno razburljivo, ne razume te strani preiskovanja. Kriminalisti bi radi drveli, vendar so prisiljeni v metodične postopke. Kot ribiči mečejo mreže. Ne ene, temveč številne. Spet in spet, metanje in vlečenje, velikokrat brez ulova. Ne zanima jih, kaj ujamejo. Lahko je morski pes, lahko sardelica, karkoli, samo da se približajo osumljencu. To je velikokrat polžja dirka, ki napreduje po centimetrih, ne metrih. Ena od takih »mrež« je tudi hišna preiskava (posledično pa tudi pregledi zaseženih elektronskih naprav), ki se v skoraj sto odstotkih opravlja izključno na podlagi sodne uredbe (čeprav je v izjemnih primerih dovoljena tudi brez nje).

Kirstov literarni junak, kriminalist münchenske kriminalistične policije Micheldorf, je dejal: *»Kdor zaide na naše področje, se mora sprijazniti s tem, da mu slečemo spodnjice.«* Seveda, če so izpolnjeni zakonski pogoji, ne glede na osumljenčev stan, časti in ugled! Gotovo pa zahtevne pravne situacije niso vedno črno-bela slika življenjskih refleksij. Zato je treba v tej luči poskušati dopolniti razmišljanja Odvetniške zbornice, ki je skupaj s tremi odvetniškimi pisarnami na Ustavno sodišče konec leta 2013 vložila ustavno pritožbo zoper odredbe o hišni preiskavi Okrožnega sodišča v Ljubljani in pobudo za začetek postopka za oceno ustavnosti Zakona o kazenskem postopku (ZKP) in Zakona o odvetništvu (ZOdv). Pritožbo in pobudo je Ustavno sodišče s sklepom Up-218/14-25 dne 9.10.2015 sprejelo v absolutno prednostno obravnavo. Kljub temu, da ustrezne odločbe Ustavnega sodišča (US) še nimamo, pa smo v DKS mnenja, da je treba opisane pobude analizirati in predvideti možne posledice.

Kajti, v ustavni pritožbi pritožniki trdijo, da so bile s hišnimi preiskavami pri odvetnikih (poslovni in zasebni prostori) kršene mnoge ustavne pravice, kot npr. kršitev pravic zasebnosti in osebnostnih pravic (35. člen Ustave), nedotakljivosti stanovanja (36. člen), varstva tajnosti pisem in drugih občil (37. člen) varstva osebnih podatkov (38. člen) ter do kršitve prvega odstavka 6., 8. in 13. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Še posebej pritožniki izpostavljajo zaseg celotnih spisov strank, računalnikov in kopij strežnikov z vsemi elektronskimi sporočili, vse to pa naj bi pomenilo nedopusten poseg v zaupno razmerje med odvetniki in njihovimi strankami. Nadalje izpostavljajo še nekatere kršitve in dileme, katerih podrobnosti so opredeljene v sklepu Ustavnega sodišča. Skratka, pritožniki so začeli streljati s kar »težkim topništvom«, zato je njihove argumente potrebno strokovno analizirati.

Mag. Nina Betetto, podpredsednica Vrhovnega sodišča je v svojem nagovoru na 29. Dnevu slovenskih odvetnikov dejala: *»Sodniki morajo biti neodvisni, da bi lahko bili nepristranski, odvetniki morajo biti neodvisni, da bi bili lahko pristranski«.* Zato je DKS organiziralo ta posvet z namenom, da se poskuša brez *pristranskosti* odgovoriti na vprašanje, ki je bilo sicer legitimno ponudeno Ustavnemu sodišču: *Ali se z dosedanjimi pravnimi podlagami in s preiskovalnimi taktikami in tehnikami posega v ustavne pravice odvetnikov in osumljencev kaznivih dejanj pri hišnih preiskavah odvetniških pisarn?*

Preden je besedo prepustil cenjenim uvodničarjem, je za iztočnico povedal, da je bilo največ tako imenovanih odmevnih hišnih preiskav, v katere so bili vpleteni tudi nekateri odvetniki, opravljenih s področja gospodarske kriminalitete, ko so kriminalisti ugotavljali mnoge sumljive posle, podprte z raznimi svetovalnimi pogodbami, tudi odvetniškimi, na podlagi katerih je mnogo premoženja »izpuhtelo« v zasebne žepe, davčne oaze in v nikoli vrnjene kredite. Preteklo in trenutno gospodarsko tranzicijsko stanje v državi pomeni za zločinstvo to, kar je pomlad za brstenje rastlin. Zato se bo v eventualnem primeru popravka zakonodaje, ki ureja hišno preiskavo (v nadaljevanju pa se bo to lahko raztegnilo tudi na druga preiskovalna opravila, npr. telefonske prisluhe, sledenje, ipd.), potrebno vprašati, kakšne izjeme so ustavne, zakonite in smotrne, da ne bodo dodatno ovirale nujno potrebnega legitimnega dela preiskovalcev in tožilcev.

Na Orwellovi Živalski farmi so najprej sprejeli naslednja »ustavna« pravila: *Nobena žival naj ne spi v postelji; nobena žival naj ne pije alkohola; nobena žival naj ne ubija druge živali. Kasneje pa so dodali izjeme: Nobena žival naj ne spi v postelji Z RJUHAMI: Nobena žival naj PREKOMERNO ne pije alkohola. Nobena žival naj ne ubija drugih živali BREZ VZROKA.* In kmalu je bilo konec z enakopravnostjo na živalski farmi. Zato je treba biti z izjemami silno previden.«

**FORENZIČNE PREISKAVE ELEKTRONSKIH NAPRAV**

Odvetniki v svojih pritožbah še posebej opozarjajo na zasege »*celotne elektronske naprave, oziroma nosilca podatkov z vsemi podatki, vključno s tistimi, ki z zadevo nimajo nobene zveze* *in ne bi smeli biti dostopni organom pregona*.« Kako potekajo forenzični pregledi zaseženih elektronskih naprav, je udeležencem posveta obrazložil **Toni Kastelic, vodja Centra za** **računalniško preiskovanje v Upravi kriminalistične policije**. Opozoril je na dejstvo, da potrebe policije po zavarovanju elektronskih podatkov in preiskavah elektronskih naprav vsako leto naraščajo. E-naprave se zasegajo na vseh področjih preiskovanja kriminala, tako da lahko govorimo o t.i. digitalizaciji kaznivih dejanj. Trenutni zaostanki preiskav omenjenih naprav so okoli pol leta. Spodnja tabela prikazuje statistično gibanje preiskanih e-naprav v zadnjih letih:



V letu 2014 je policija forenzično preiskala 854 trdih diskov, 1610 mobilnih telefonov, 549 flash pomnilnikov in 820 drugih e-naprav.

Digitalna forenzika je proces identificiranja, zavarovanja, analiziranja in predstavljanja dokazov v elektronski obliki, temelji pa med drugim tudi na naslednjih načelih:

* Ne sme se spreminjati izvornih podatkov
* Preiskava podatkov se izvaja na kopiji, ki ni edina
* Preiskavo izvaja strokovno usposobljena oseba
* Zavarovani podatki morajo biti ustrezno varovani in zaščiteni pred poškodbami in/ali spremembami
* Postopki zavarovanj in preiskav podatkov morajo biti natančno dokumentirani, tako da so lahko ponovljivi in preverljivi s strani tretjih oseb.

Kastelic je podrobneje obrazložil tudi faze zasega e-naprave, ki najprej zahteva lociranje in identifikacijo naprave, nato njen podroben popis (proizvajalec, model, serijska številka, morebitne druge oznake, posebnosti, poškodbe), sledi pečatenje naprave, ugotovitev uporabnikov in lastnikov naprave, pridobitev pisne privolitve (219/a člen ZKP) in ugotovitev morebitne prisotnosti imetnika naprave oz. odvetnika ali/in strokovnjaka (223/a člen ZKP).

V nadaljevanju se pristopi k fazi zavarovanja podatkov iz zasežene e-naprave, kjer se najprej pregleda zakonske in strokovne pogoje za izvedbo zavarovanja (predvsem v smislu določb 219. a in 223. a člena ZKP). Po odpečatenju zasežene e-naprave, se le-ta fotografira (vključno s spominskimi mediji, ki jih e-naprava vsebuje, npr. trdi disk, spominska kartica). Sledi izvedba zavarovanja podatkov iz e-naprave (tj. spominskega medija, ki ga vsebuje oz. je vgrajen), kjer se s forenzično programsko in strojno opremo lahko izdela identična kopija celotnega spominskega medija ali dela podatkov. Forenzična programska in strojna oprema mora zagotavljati integriteto oz. istovetnost zavarovanih podatkov z izvornimi, kar je eno glavnih načel digitalne forenzike. Po končanem postopku se sestavi zapisnik o zavarovanju.

Postopek se nato nadaljuje s fazo preiskave zavarovanih podatkov, kjer se z različno forenzično programsko opremo preiskuje podatke v smislu identifikacije oz. najdbe tistih podatkov, ki bi lahko služili kot dokaz v nadaljnjem kazenskem postopku. Na začetku te faze se zavarovani podatki najprej priklopijo v forenzično programsko opremo, kjer se najprej preveri njihova istovetnost, torej ali so podatki, ki se bodo preiskali še vedno istovetni tistim, ki so se zavarovali (tj. da ni prišlo do njihovega spreminjanja, brisanja, dodajanja ipd.). Nato sledijo različni postopki digitalne forenzike, ki so pogosto odvisni od vrste e-naprave oz. spominskega medija, od vrste in načina storitve kaznivega dejanja, od vrste iskanih podatkov itd. Uporabijo se lahko postopki kot so indeksacija podatkov, pregled registra, dnevniških datotek operacijske sistema, obnova brisanih e-poštnih sporočil, iskanje po ključnih besedah, pregled zgodovine internetne aktivnosti uporabnika e-naprave itd.

Omenjene preiskave e-naprav so relativno zamudne. Primer: na osnovi 500 GB trdega diska (v letu 2014 je bila povprečna velikost preiskanega trdega diska 640 GB), zavarovanje podatkov traja 5-7 ur, priklop in verifikacija zavarovanih podatkov 5-7 ur, priklic obnove podatkov 48-72 ur, izračun zgoščenih vrednosti 3-5 ur, izdelava seznama datotek 1-3 ure in indeksacija podatkov 16-48 ur. Skupno to znese 78-142 ur, oz. 3 do 6 dni oz. 10-18 delovnih dni. V ta čas pa ni vključena še faza zaključka preiskave naprave, ki zahteva še sestavo zapisnika, snemanje zavarovanih podatkov (npr. identične kopije) na podatkovni medij (trdi disk, magnetno-optični trak, blu-ray, DVD, CD). Šele nato pride na vrsto operativno in dokazno vrednotenje najdenih podatkov, ki ga opravijo operativni kriminalistični preiskovalci.

**PREPOZNI STROKOVNI ODZIVI**

Svoja stališča je predstavil tudi **dr. Primož Gorkič iz Pravne Fakultete v Ljubljani**. Vprašanje ureditve preiskave odvetniških pisarn in elektronskih naprav z zaupnimi podatki je v zadnjem času aktualno zaradi tekočih (pred)kazenskih postopkov, o katerih so bila izvedena preiskovalna dejanja, s katerimi se posega v zaupnost razmerij med odvetniki in njihovimi strankami. Kot se je že dogajalo v preteklosti, tudi tokratni buren odziv strokovne javnosti prihaja prepozno. Že od leta 2010 in odločb US RS št. UP-2530/06 in ločenega mnenja ustavne sodnice dr. Jadranke Sovdat vemo, da ureditev preiskovalnih dejanj ne sledi merilom, ki jih je oblikovalo Evropsko sodišče za človekove pravice (ESČP) in ki jim moramo slediti tudi v slovenskem pravu. Zaradi prepoznega odziva (tudi najbolj zainteresiranih, odvetnikov) bo tudi tokrat usodo ZKP narekovalo Ustavno sodišče. Negativne posledice so že tu. Sodišče je v postopku odločanja o ustavnih pritožbah zoper odredbe o preiskavi odvetniških pisarn in preiskavah elektronskih naprav že začasno zadržalo njihovo izvrševanje.

Pregled stališč ESČP in US nam pokaže, da se tovrstni posegi presojajo skozi pravico do zasebnosti (na splošno, v zaupnih razmerjih med odvetniki in strankami) in skozi pravice obrambe (v zaupnih razmerjih med zagovornikom in obdolžencem). Nobeno od teh jamstev ni absolutno varovano, še posebej, če ugotovimo, da odvetnik ali njegova stranka (tudi obdolženec) znotraj varovanega zaupnega razmerja ravna protipravno. Posebna procesna ureditev, ki mora spremljati posege v taka razmerja, je namenjena zlasti zamejitvi teh posegov tako, da ti ne presegajo okvirov, ki jih začrta sodna odredba. Preiskava, ki preseže te okvire, pomeni protipraven in nepopravljiv poseg v zaupnost razmerij med odvetnikom in njegovimi strankami. Ta posebna jamstva terjajo (1) poudarjeno predhodno sodno kontrolo preiskav pri odvetnikih in spremljajočih zasegov listin ter drugih predmetov ter preiskav elektronskih naprav; (2) poudarjeno kontrolo izvrševanja preiskovalnega dejanja, in (3) poudarjeno naknadno sodno kontrolo zaseženega gradiva.

Mehanizmi, ki so za to na voljo v slovenskem pravu, so izdatno podhranjeni. Ustavna sodnica dr. Sovdatova je v omenjenem ločenem mnenju že poudarila, da sta ureditev in praksa, v kateri te posege izvršuje policija brez učinkovitega nadzora, neustrezna. Vprašanje je, ali je mogoče te pomanjkljivosti odpraviti z ustrezno ustavno skladno razlago veljavnih določb ZKP. Tak pristop je – vsaj v praksi ESČP – sprejemljiv in mu je (ne brez težav) sledilo tudi Vrhovno državno tožilstvo pri oblikovanju pravnega mnenja o postopanju pri preiskavi elektronskih naprav. Pri tem ni nepomembno, da terjajo preiskave odvetniških pisarn in e-naprav poudarjeno zadržanost njihovih neposrednih izvajalcev, selektivno (sorazmerno) stopnjevanje ter prilagajanje metod pri obdelovanju zavarovanih oz. zaseženih podatkov in nenehno samoizpraševanje, ali (še) delujejo v okvirih sodne odredbe.

Kljub najboljšim namenom, usmerjenim v zagotavljanje posebnih jamstev pri posegih v odvetniško poklicno tajnost, so ti ukrepi prišli prepozno. Odločitev US, da začasno zadrži izvrševanje izpodbijanih odredb, kot Damoklejev meč vidi nad tekočimi in bodočimi (pred)kazenskimi postopki. US je že pokazalo, da se zna hitro odzvati v primerih, za katere oceni, da terjajo posebno pozornost. Posegi v odvetniško poklicno tajnost prav gotovo sodijo med te in le želimo si lahko, da bo US o vloženih ustavnih pritožbah in pobudah za oceno ustavnosti ZKP odločilo posebej hitro in skrbno.

Po mnenju **dr. Sabine Zgaga** **s Fakultete za varnostne vede v Ljubljani** se pri vprašanju hišnih preiskav pri odvetnikih odpira širše vprašanje posegov v zasebnost odvetnikov (pregledi e-naprav, prikriti preiskovalni ukrepi, itd.). Pri tem se išče (kot vedno) kompromis med tendenco po učinkovitem kazenskem pregonu in uveljavljanju kazenske odgovornosti ter preprečevanju kaznivih dejanj odvetnikov na eni strani (varstvena funkcija kazenskega prava) in varstvom zaupnega stika stranke z odvetnikom na drugi strani (garantna funkcija kazenskega prava). Po njenem mnenju je postopkovno treba razlikovati situaciji, ko je osumljenec kaznivega dejanja odvetnik ali odvetnikova stranka. V prvem primeru so posegi dopustni, treba pa je zavarovati poklicne skrivnosti odvetnika (v razmerju do njegovih strank) ter prepoved pričanja zagovornika o tem, kar mu je povedal obdolženec. Primerjalno gledano so v takih primerih iz zasega in pregleda izključeni podatki, ki sodijo v krog poklicne skrivnosti, če se nahajajo pri odvetniku, vedno pa podatki zagovornika o tem, kar mu je povedal obdolženec, ne glede na to kje se nahaja. V takem primeru se zavzema za rešitev, da v primeru suma, da gre za odvetniško tajnost oz. zaupne podatke, se podatki oz. predmeti zavarujejo in brez vpogleda predajo sodišču, da le-to presodi, ali gre za podatke zaupne narave ali ne in posledično ali je dopustna njihova preiskava ali ne. Podobno rešitev ima npr. Poljska ali pa Mednarodno kazensko sodišče, za zaupne podatke, ki jih je tožilstvo pridobilo na podlagi sporazumov za zagotavljanje anonimnosti virom informacij. Tako rešitev bi sicer lahko upoštevali za vse oblike tajnosti v našem postopku.

V primeru, ko pa je predmet (pred)kazenskega postopka odvetnikova stranka, pa je treba potegniti analogijo z ureditvijo statusa odvetnika kot nesposobne priče in privilegirane priče. Zagovornik je tako nesposobna priča in ne sme pričati o tem, kar mu je povedal obdolženi. Enako se ne smejo izvršiti drugi posegi, da bi se pridobila vsebina takih podatkov. Če pa gre na splošno za razmerje odvetnik – stranka, pa gre tu za privilegirano pričo, ki lahko odkloni pričanje in druge posege, v skladu z odvetniško zakonodajo. Tudi taki podatki (brez privolitve odvetnika) ne smejo biti predmet posegov. Seveda se v tem primeru zastavi vprašanje, kako vedeti, da gre za zaupne podatke. V tem primeru obstaja bodisi možnost, da poseg že od začetka izvaja sodišče in hkrati presoja naravo podatkov, bodisi sodišče v primeru ugovora predstavnika odvetniške zbornice presodi ali gre resnično za zaupne podatke ali ne.

**AKTIVNOSTI VRHOVNEGA DRŽAVNEGA TOŽILSTVA**

**Vodja okrožnega državnega tožilstva v Mariboru Drago Šketa** je uvodoma izpostavil, da je Vrhovno državno tožilstvo v letu 2014 izdalo dve strokovni mnenji o problematiki hišnih preiskav oz. zavarovanja in preiskav elektronskih naprav v odvetniških pisarnah. Kot prvo je bilo sprejeto mnenje v zvezi s preiskavami e-naprav, kjer je navedeno, da se z zaseženimi napravami ravna tako, da se zaradi varstva, zaupnosti in tajnosti podatkov evidentira in vzpostavi jasna skrbniška veriga ravnanja z njimi, če pa se e-naprava ne zaseže v prostorih odvetniške pisarne ali brez navzočnosti predstavnika Odvetniške zbornice, naj se naprave shranijo in zapečatijo tako, da se do naroka za zavarovanje podatkov prepreči obdelava podatkov (smiselno 1. odstavek 222. člena ZKP), k zavarovanju zaupnih podatkov pa se tudi povabi predstavnika Odvetniške zbornice Slovenije, če ga imetnik e-naprave za to pooblasti (4. odstavek 223. člena ZKP).

Drugo strokovno mnenje je bilo podano v zvezi s sklepom US Up-218/14-33 z dne 11.12.2014, ki se nanaša na prepoved opravljanja nadaljnjih preiskovalnih dejanj v zvezi z zasegi, opravljenimi na podlagi izpodbijanih odredb za hišne preiskave in obsega prepoved opravljanja formalnih ali neformalnih preiskovalnih dejanj ter prikritih preiskovalnih ukrepov, ki bi temeljili na vsebinski uporabi podatkov, pridobljenih s pomočjo zaseženih listin, e-naprav ali drugih predmetov. Prepisi podatkov, pridobljenih pri preiskavi e-naprav, zaseženih odvetnikom ali drugim osebam, ki delajo v odvetniški pisarni (6. člen ZOdv), se uničijo na način, določen v tretji točki izreka sklepa US, ne glede na njegovo obliko in ne glede na to, ali je preiskava e-naprave izvršena ali pa se še izvršuje, medtem ko se nosilci e-podatkov z zavarovanimi podatki zapečatijo najmanj do odločitve US. Na način, določen s sklepom, je treba do končne odločitve ravnati tudi v drugih primerih zasegov predmetov, listin ali e-naprav, zaseženih odvetnikom ali osebam, ki delajo v odvetniški pisarni. Izvršijo pa se tako, da se listine e-naprave in drugi predmeti zasežejo, podatki e-naprav zavarujejo, nosilci le-teh pa zapečatijo do končne odločitve sodišča.

Pri odločanju o preiskavah odvetniških pisarn je pomembno dejstvo ali gre za zaupno razmerje med odvetnikom in stranko. Po mnenju sodne prakse vrhovnih sodišč v Kanadi pa varstvo zaupnega razmerja med odvetnikom in strankami namreč ne pomeni ovire pri pridobivanju komunikacij, ki so bile uporabljene za kaznivo dejanje. Komunikacije izgubijo naravo zaupnosti, če so bile opravljene z namenom pridobitve pravnega nasveta, da bi se olajšala izvršitev kaznivega dejanja. Kot izhaja iz odločitve ESČP, je torej zaupnost med stranko in odvetnikom odreklo, ko gre za poslovno svetovanje. Dejstvo, da mora nacionalno pravo urediti preiskave v odvetniških pisarnah s posebnimi jamstvi, izhaja tudi iz sodne prakse ESČP, vendar v takšni meri, da ne bo podana omejenost preiskovanja organom odkrivanja in pregona.

Iz odredbe o preiskavi odvetniških pisarn naj jasno izhaja, da se **poiščejo in pregledajo zgolj listine, ki so s tem povezane**, ne da bi policisti lahko pregledovali tudi vse druge spise v odvetnikovi pisarni. Kot je bilo že v ustavni odločbi Up-2530/06 z dne 15.4.2010 izpostavljeno v pritrdilnem ločenem mnenju sodnice Jadranke Sovdat, kateri se je pridružila tudi sodnica Marija Krisper Kramberger, se pojavljajo v zvezi s temi preiskavami tri temeljna vprašanja:

1. Kdo v odvetnikovi pisarni poišče prav tiste spise, ki so glede na sodno odredbo lahko predmet preiskave in iz njih izloči listine, ki jih je treba vpogledati? (primerjalno pravno zelo različno urejeno, ponekod so to sodni funkcionarji, nekje izključno državni tožilec, ponekod pa preiskovalni sodnik osebno)
2. Kdo oceni ali je dopustno zaseči prav vse izločene listine?
3. Kdo ugovarja zasegu listin in če ugovarja, kdo o tem odloči ter kdaj in kaj se do te odločitve zgodi z zaseženimi listinami?

**VEČJA VLOGA PREISKOVALNEGA SODNIKA**

**Vrhovni sodnik mag. Damijan Florjančič** je svoj izostanek s posveta opravičil, kljub temu pa je sodeloval s pisnim prispevkom, v katerem je izpostavil pet vprašanj:

1. Vprašanje odredbe
2. Vprašanje izvedbe preiskave
3. Vprašanje vloge predstavnika Odvetniške zbornice
4. Vprašanje pravnega sredstva
5. Vprašanje zakonskih določb

**Ad1)** Že določba 8. člena ZOdv je dovolj jasna: preiskava odvetniške pisarne je dovoljena samo na podlagi odredbe pristojnega sodišča in to samo glede *spisov in predmetov*, ki so izrecno navedeni v odredbi. Pri preiskavi ne sme biti prizadeta tajnost drugih listin in predmetov. Iz dosedanjih odločb US in Vrhovnega sodišča (VS) je razvidno, da pri tem ni nobenega dvoma: spisi in predmeti, ki se iščejo, morajo biti **določno opredeljeni**. Kako? Odvisno od konkretnega primera – ne bo npr. zadoščala samo neka opravilna številka spisa, pod katero odvetnik vodi zadevo; ne bo zadoščala navedba določene stranke, ker gre lahko za več zadev, ki jih za isto stranko rešuje odvetnik…Dovolj določnega odgovora na to vprašanje ni mogoče dati vnaprej; v vsakem posameznem primeru mora sodnik pri odločitvi o odredbi presojati, če je predlog dovolj utemeljen v tej smeri, nakar mora tudi v odredbi sami opredeliti na dovolj določen in nedvoumen način, kaj je lahko predmet hišne preiskave pri odvetniku. Le na ta način je mogoče odredbo izvesti zakonito. Tudi v zvezi z vprašanjem, ali naj bo opredelitev *spisov in* *predmetov* navedena *v izreku ali obrazložitvi odredbe*, je bilo v nekaterih odločbah dovolj jasno navedeno (npr. 12. točka obrazložitve US Up-2530/06): ustrezneje je, da se to navede v izreku odredbe. *Ni jasno, zakaj tega stališča sodna praksa ne upošteva, tako da bi lahko postalo že nepisano pravilo?!* Že zaradi navedenih razlogov je očitno izjemnega pomena, kako in kdo izvede hišno preiskavo.

**Ad2)** Kdo na izvede preiskavo: *sodnik ali policija?*

Prav zaradi posebne narave odvetniškega dela, ko se mora zavarovati tajnost in zaupnost podatkov strank (poklicna tajnost), ki jih odvetnik zastopa, je nedvomno, da bo tovrstno presojo dokumentov *vsebinsko lažje presojal preiskovalni sodnik, kot pa policist*. Enako je mogoče sklepati tudi za primer, ko bi predstavnik Odvetniške zbornice (OZ) ugovarjal pregledovanju in/ali zasegu določenih predmetov in listin. Ob tem je hkrati mogoče zagotoviti interese učinkovitega preiskovanja tudi s *prisotnostjo policijskega preiskovalca*, ki bi sodniku kot dejanskemu izvrševalcu hišne preiskave, nudil sprotne in dodatne podatke, pomembne za odločanje o zasegu posameznih predmetov, vendar pa ne način, da bi namesto sodnika pregledoval listine/predmete. Tudi o tovrstnih pristopih glede izvajanja hišne preiskave pri odvetniku po sodnem funkcionarju v nekaterih drugih državah EU je bilo opozorjeno že v citirani odločbi US – v ločenem mnenju.

Že navedeni razlogi v zadostni meri kažejo na to, da bi bilo že doslej povsem *utemeljeno pričakovati, da bi tako hišno preiskavo opravil preiskovalni sodnik in ne policija*. S tem bi se izognili vsem dilemam in vprašanjem, ki spremljajo to preiskovalno dejanje. Za tak pristop že sedaj obstaja ustrezna zakonska podlaga. Iz določb 171. in 172. člena ZKP izhaja, da preiskavo in preiskovalna dejanja opravlja preiskovalni sodnik. Nobenega dvoma ni, da to velja tudi za predkazenski postopek, če je treba v tem okviru opraviti posamezna preiskovalna dejanja, za katera je sicer pristojen preiskovalni sodnik. V zvezi s hišno preiskavo to še posebej določno izhaja iz tretjega odstavka 172. člena ZKP, ki določa, da preiskovalni sodnik *lahko* prepusti policiji izvršitev odredbe o hišni(ali osebni) preiskavi ali o zasegu predmetov na način, kot je to določeno v zakonu. Tako je tudi pri vprašanju, kdo naj izvede preiskavo, mogoče zaključiti, da *ni videti pravega razloga, zakaj hišnih preiskav pri odvetnikih že doslej ne izvajajo preiskovalni sodniki in zakaj to občutljivo procesno dejanje prepuščajo v izvedbo policiji. Gre torej predvsem za uveljavitev ustrezne sodne prakse pri delu preiskovalnih sodnikov.*

**Ad3)** Tudi v zvezi z **vlogo predstavnika OZ** pri izvedbi hišne preiskave pri odvetniku so v ustavno-sodni praksi zavzeta jasna stališča, pri čemer je mag. Florjančič izpostavil dve: (1) da njegove vloge ni mogoče enačiti z vlogo dveh solemnitetnih prič pri hišni preiskavi (kot je sicer izhajalo iz sodbe VS Dsp 2/2006 z dne 27.10.2006) in (2) da v tej vlogi ni upravičen presojati, ali je odredba za hišno preiskavo sestavljena v skladu z zakonom.

Vloga predstavnika OZ je glede na odločbo US Up 2530/06 *v zagotavljanju, da bo spoštovana* *tajnost listin in predmetov, ki niso predmet preiskave*, torej varstvu človekovih pravic tretjih oseb, ki nimajo nobene povezave s preiskovanjem konkretnega kaznivega dejanja in je zato nujno varovati njihovo zasebnost. Seveda se ob tem zastavi vprašanje, *kako* naj predstavnik OZ uresničuje to svojo vlogo. Ali zadošča njegova prisotnost, glede na to, da 8. člen ZOdv navaja le, da mora biti navzoč? Gotovo, da ne! Sama navzočnost ne bi z ničemer preprečila nedopustnih posegov v navedena področja zasebnosti tretjih oseb. Ali bi zadoščala možnost, da predstavnik OZ poda na zapisnik o opravljeni hišni preiskavi pripombe in druge svoje zaznave pri opravljanju tega dejanja? Če bi se njegova vloga omejila le na tako ravnanje, bi sicer bilo možno kasneje v postopku ustrezno upoštevati take pripombe in navedbe ter posledično tudi ne uporabiti določenih zaseženih predmetov ali drugih ugotovitev iz tega dejanja, vendar to vsebinsko ne bi preprečilo dejanskega posega v varovano zasebnost tretjih oseb ob samem izvajanju preiskave. Zato je *očitno, da je treba priznati predstavniku OZ širša* *pooblastila*, ne glede na določbe ZKP in ZOdv, ki urejajo hišno preiskavo odvetnikove pisarne. Ta naj bi se odrazila v tem, da je *njegova nasprotovanja* pregledovanju in/ali zasegu določene dokumentacije/predmetov, *treba ne le zapisati, temveč o njih tudi odločiti*. Glede na stališče iz prejšnje točke, da naj bi preiskavo opravljal preiskovalni sodnik, je očitno, da bi v tem primeru lahko in moral tudi sam odločiti o takem ugovoru predstavnika OZ. Šlo bi za procesno meritorno odločitev, ki bi bila v obliki sklepa sprejeta ustno, na zahtevo predstavnika OZ pa bi se sklep naknadno izdelal tudi pisno (s pravnim poukom o možnosti pritožbe? – kdo bi bil upravičen vložnik pravnega sredstva? – odločanje v pristojnosti tričlanskega senata, 6. odst. 25. člena in 2. odst. 402. člena ZKP?)

Mag. Florjančič ne vidi ovire za možnost, da bi preiskovalni sodnik prepustil odločitev glede nadaljnjega preiskovanja/zasega listin/predmetov, ko bi temu predstavnik OZ nasprotoval, senatu okrožnega sodišča. V takem primeru nadaljnje pregledovanje teh konkretnih listin/predmetov ob izvajanju hišne preiskave ne bi bilo več dopustno, hkrati pa bi bilo nujno zagotoviti njihovo zavarovanje do odločitve senata. V ta namen bi moral preiskovalni sodnik ustrezno zavarovati te predmete, z njihovim pečatenjem, začasnim zasegom ali podobnim ukrepom; nakar bi bilo možno in dopustno njihovo nadaljnje pregledovanje le v primeru odločitve senata, ko in če bi ta v tem smislu odločil. Tudi v tem pogledu *veljavna ureditev ZKP ne onemogoča izvajanje hišne preiskave na navedeni način in bi bilo mogoče določena vprašanja razreševati s pomočjo sodne prakse, ki bi na ta način utrla pot pravim, zakonitim in hkrati učinkovitim rešitvam.*

Glede vloge predstavnika OZ se je že v dosedanji sodni praksi pojavilo vprašanje, če je mogoče s preiskavo odvetniške pisarne nadaljevati, **če ta predstavnik noče pri tem sodelovati oz. kraj** **preiskave zapusti**, ker se ne strinja bodisi s samo odredbo, bodisi iz drugih razlogov. V odločbi Dsp 2/2006 z dne 27.10.2006 je VS zavzelo stališče, da se preiskava odvetniške pisarne lahko opravi brez nadzora OZ, če njen predstavnik odide s kraja, kjer se ta preiskava opravlja. Tako stališče je vsaj vprašljivo, saj se takoj zastavi vprašanje, kdo bo tedaj bdel nad tem, da se ne pregleduje in preiskuje tudi tiste listine in predmete, ki jih varuje poklicna tajnost in varovanje pravice do zasebnosti, torej pravice tretjih oseb. To vprašanje je posebej problematično, glede na to, da te preiskave opravlja policija in ne sodnik. Možna rešitev je npr. v pečatenju odvetniške pisarne, njenem zavarovanju in preko OZ zagotovitev drugega predstavnika.

**Ad4)** Že v prejšnji točki nakazane možne rešitve odpirajo vprašanje pravnega sredstva zoper posege v varovano pravico do zasebnosti tretjih oseb – odvetnikovih strank. Pri tem je treba ločiti pravico do pravnega sredstva zoper odredbo o hišni preiskavi, ki je že sama po sebi vprašljiva (kolikor je seveda odredba sestavljena skladno z zakonom, kar zajema tudi ustrezno utemeljitev) od pravnega sredstva zoper konkretne odločitve ob izvrševanju odredbe, torej glede vprašanja, katere listine, predmeti, se bodo pregledovali, preiskovali in zasegli. Predvsem v tem segmentu mag. Florjančič vidi pravo polje delovanja predstavnika OZ in vsebinsko opravljanje njegove vloge, ne pa v splošnem oporekanju in izpodbijanju odredbe za hišno preiskavo. Sicer v drugem kontekstu, se je s tem vprašanjem ukvarjalo US v odločbi U-I-190/00 z dne 13.2.2003. v tej odločbi je določno zapisano, da *»samostojne pritožbe zoper* *odločbe v kazenskem postopku so dovoljene le tedaj, kadar je to izrecno določeno«* in *»da bi bila ustavna pravica do pravnega sredstva ustrezno spoštovana, mora biti takšno drugo pravno sredstvo enako učinkovito, kot pritožba. Nadomestitev pritožbe z drugim pravnim sredstvom mora zadostiti zahtevam po učinkovitosti, hitrosti postopka in pravnem varstvu ter vzpostaviti učinkom pritožbe primerljivo pravno varstvo. V nasprotnem primeru gre za poseg v pravico iz 25. člena Ustave.«*

**Ad5)** Navedena stališča izhajajo torej iz očitno pomanjkljive ureditve hišne preiskave odvetnikove pisarne v določbah ZKP in ZOdv. Vendar pa se ob tem nakazujejo **možnosti, ki bi** **jih lahko sodna praksa sama uveljavila**, že izhajajoč iz dosedanje ustavno-sodne prakse US pa tudi že iz prej obsežne sodne prakse ESČP. V večkrat citirani odločbi US je bilo tudi opozorjeno, da mora US upoštevati stališča ESČP, kar enako velja tudi za druga, redna sodišča v naši državi. Poznavanje stališč (tudi ločenih mnenj) zavzetih v odločitvah navedenih dveh sodišč gotovo daje dovolj trdno in zadostno podlago za odpiranje poti k tistim procesnim rešitvam, ki tem stališčem sledijo in zato **ni dobrega opravičila za čakanje novih in nadaljnjih odločitev US v povezavi z obravnavanim vprašanjem, še manj pa za čakanje, da bo vsa (še) odprta vprašanja rešil zakonodajalec z nadaljnjimi spremembami ZKP oz. ZOdv.**

**NEKAJ SKLEPNIH POUDARKOV**

* Nedvomno bi bilo zaradi nujne in potrebne skepse odvetnikov, ki je imanentna njihovemu delu, koristno, da v okviru svojih strokovnih srečanj organizirajo predstavitev digitalne kriminalistične forenzike in s tem namenijo tej problematiki posebno pozornost. Gotovo bo odpadlo kar nekaj dvomov in nepotrebnih zapletov okoli vprašanj o zakonitosti in profesionalnosti tega področja kriminalističnega preiskovanja. Enako to velja tudi za tožilce in sodnike.
* Pregled stališč ESČP in US nam pokaže, da se preiskovalni posegi presojajo skozi pravico do zasebnosti (na splošno, v zaupnih razmerjih med odvetniki in strankami) in skozi pravice obrambe (v zaupnih razmerjih med zagovornikom in obdolžencem). Nobeno od teh jamstev ni absolutno varovano, še posebej, če ugotovimo, da odvetnik ali njegova stranka (tudi obdolženec) znotraj varovanega zaupnega razmerja ravna protipravno.
* Kot izhaja iz odločitve ESČP, je zaupnost med stranko in odvetnikom odreklo, ko gre za poslovno svetovanje. Dejstvo, da mora nacionalno pravo urediti preiskave v odvetniških pisarnah s posebnimi jamstvi, izhaja tudi iz sodne prakse ESČP, vendar v takšni meri, da ne bo podana omejenost preiskovanja organom odkrivanja in pregona.
* V vsakem posameznem primeru mora sodnik pri odločitvi o odredbi o hišni preiskavi pri odvetniku presojati, če je predlog dovolj utemeljen v tej smeri, nakar mora tudi v odredbi sami opredeliti na dovolj določen in nedvoumen način, kaj je lahko predmet hišne preiskave pri odvetniku.
* že doslej lahko povsem utemeljeno pričakujemo, da bi tako hišno preiskavo opravilpreiskovalni sodnik in ne policija. S tem bi se izognili vsem dilemam in vprašanjem, ki spremljajo to preiskovalno dejanje. Za tak pristop že sedaj obstaja ustrezna zakonska podlaga.
* predstavniku OZ je treba priznati širša pooblastila, ne glede na določbe ZKP in ZOdv, ki urejajo hišno preiskavo odvetnikove pisarne.

**Jakob Demšar, univ. dipl. pravnik**

 **predsednik Društva kriminalistov Slovenije**