

Univerza v Ljubljani

Pravna fakulteta

**IZLOČITEV DOKAZOV, PRIDOBLENIH S KRŠITVIJO
PRIVILEGIJA ZOPER SAMOOBTOŽBO**

(magistrsko diplomsko delo)

Avtorica: Alja Zrilić

Mentor: prof. dr. Primož Gorkič

Ljubljana, avgust 2019

POVZETEK

Privilegij zoper samoobtožbo je eno izmed temeljnih jamstev kazenskega postopka, saj obdolžencu v postopku zagotavlja položaj subjekta ter enakopraven položaj v odnosu do oblasti kot močnejšega nasprotnika. Obdolženca varuje pred prisilo oblasti in pred morebitnim lastnim neznanjem, zaradi česar je potrebno zagotoviti visoko stopnjo spoštovanja privilegija in ozko začrtati meje, ko je odstop od njega dovoljen. Pri tem obstoj privilegija sam po sebi ne prepreči samoobtožbe, ampak je privilegij odvisen od izločitve dokazov, pridobljenih z njegovo kršitvijo. Izsiljena izjava namreč lahko postane samoobtožba le, če je sodba oprta na tako izjavo; če pa s prisiljeno samoobtožbo okužene dokaze izločimo, ostane privilegij nedotaknjen.

Izhajajoč iz tega, to magistrsko delo temelji na pregledu prakse ESČP, in sicer sodb *Jalloh proti Nemčiji*, *Gäfgen proti Nemčiji* in *Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu*, ki vsaka v svoji luči obravnavajo posege v privilegij ter izločitev tako pridobljenih dokazov. Vsem je skupen premik k vse večjemu pomenu javnega interesa po pregonu dejanja oz. pomenu teže kaznivega dejanja v odnosu do privilegija. *Jalloh* je vzpostavil ta novi kriterij javnega interesa kot del testa, ali je prišlo do kršitve privilegija. Problematiko oženja pravic v imenu javnega interesa pa sta nadalje osvetlili tudi zadevi *Gäfgen* in *Ibrahim* – pri prvi to implicitno izhaja iz celotne razlage sodbe, pri drugi pa je kriterij javnega interesa upoštevan izrecno.

Kot izhaja iz preučene prakse, varstvo privilegija ni več tako visoko kot včasih. Ta se v imenu interesa družbe po pregonu in materialni resnici vse bolj umika v ozadje – pri čemer pa se odmika tudi od ideje vladavine prava, na kateri sam privilegij stoji.

KLJUČNE BESEDE: privilegij zoper samoobtožbo, izločitev dokazov, varstvo procesnih garancij, javni interes, Evropsko sodišče za človekove pravice, *Jalloh proti Nemčiji*, *Gäfgen proti Nemčiji*, *Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu*.

ABSTRACT

The privilege against self-incrimination is one of the fundamental rights of criminal procedure. It grants the accused the status of the subject and an equal position with the state as the stronger opponent. It serves as protection against state coercion as well as the accused's potential ignorance. For this reason, it is imperative that the principle be honoured and the instances when it may be denied strictly prescribed. That being said, the existence of the privilege does not in itself prevent self-incrimination as it depends on the exclusion of evidence obtained through the privilege's violation. Only if the conviction is based on such a claim, can a coerced statement become self-incriminatory. However, if the evidence obtained through coerced self-incrimination is excluded, the privilege remains in effect.

This thesis examines the practice of the European Court of Human Rights (ECHR), specifically, the following cases: *Jalloh v. Germany*, *Gäfgen v. Germany*, and *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*. All of these in their own way deal with the violation of the privilege against self-incrimination and the exclusion of evidence obtained in the process. What the cases share is the acknowledgment of the growing importance of the public interest regarding prosecution wherein the severity of the criminal offence is inversely proportionate to the privilege. *Jalloh* thus sees the public interest as a new part of the criteria that establishes whether the privilege has been violated. The *Gäfgen* and *Ibrahim* cases shed further light on the issue of the restriction of rights. In the case of the former, the view is expressed implicitly in the overall verdict, while the latter explicitly follows the criteria of the public interest.

Based on the examination of the established practice it is safe to conclude that the privilege no longer enjoys the protection it once did. Due to the public's primary interest in prosecution and material truth the privilege is being pushed to the side-lines. As a result, it is slipping further away from the notion of the rule of law on which it is based.

Key words: privilege against self-incrimination, exclusion of evidence, protection of procedural rights, public interest, European Court of Human Rights, *Jalloh v. Germany*, *Gäfgen v. Germany*, *Ibrahim and Others v. the United Kingdom*.

KAZALO

1. UVOD.....	5
2. PRIVILEGIJ ZOPER SAMOOBTOŽBO	7
2.1. Ratio privilegija zoper samoobtožbo.....	8
2.2. Prisila in nasprotovanje volji obdolženca	11
2.3. Vsebina privilegija	12
3. IZLOČITEV DOKAZOV.....	15
3.1. Zakaj sploh izločati dokaze?.....	16
3.2. Kako izločati dokaze?	18
3.3. ESČP in izločitev dokazov	19
4. PRAKSA ESČP	20
4.1. Jalloh proti Nemčiji.....	21
4.2. Gäfgen proti Nemčiji.....	27
4.3. Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu.....	33
5. ZAKLJUČEK ali kako visoko (še) vrednotimo privilegij?	40
6. VIRI IN LITERATURA.....	43

1. UVOD

Cilj kazenskega postopka že dolgo ni več zgolj iskanje materialne resnice in učinkovitost pregona, temveč tudi varstvo človekovih pravic. Pri tem prvega cilja ni dopustno dosežati s kakršnimikoli sredstvi, temveč ob spoštovanju pravic in svoboščin, ki jih oseba interesa uživa kot obdolženec in posameznik.¹ Če je učinkovitost predvsem v interesu družbe, je varstvo temeljnih pravic predvsem v interesu posameznika tistega, ki stoji nasproti državi. Bistvo je v določitvi meje, katere državna oblast v razmerju do posameznika ne more prestopiti. Prav tako je v načelu s spoštovanjem temeljnih jamstev v postopku poskrbljeno, da se tistim, ki niso ničesar zakrivili, ne more nič zgoditi.²

Privilegij zoper samoobtožbo³ je eno izmed temeljnih jamstev kazenskega postopka. Ta v svojem bistvu varuje osebo obdolženca ter mu v postopku zagotavlja položaj subjekta in ne le objekta. Daje mu možnost, da si sam izbere način obrambe, stopnjo aktivnosti pri tem in možnost, da sam oceni, kaj bo razkril organom pregona in kaj ne.⁴ Privilegij varuje obdolženca pred prisilo oblasti (fizično in psihično) in pred morebitnim lastnim neznanjem⁵ – varuje ga pred močnejšim nasprotnikom.⁶

Vendar obstoj privilegija sam po sebi ne more preprečiti samoobtožbe. Tudi če kaznujemo tiste, ki izsilijo nezakonite inkriminatorne dokaze, to ne zagotovi privilegija, saj samoobtožba obstaja še naprej. Zato mora obstajati procesna sankcija v obliki pravil o izločitvi dokazov, ki bo zaradi »policijskega spodrseljaja« popravila tako poslabšan procesni položaj posameznika. Tako lahko, po mnenju Zupančiča, na privilegij zoper samoobtožbo gledamo kot na privilegij za izločitev posameznih dokazov in zato **privilegij zoper samoobtožbo ni možen brez obstoja pravil o izločitvi dokazov.**⁷

Pri privilegiju namreč ne gre za vprašanje, ali je policija kršila neko pravno zapoved in jo je treba zato ustrezno sankcionirati; gre za pravico obdolženca. To lahko učinkovito zagotovimo

¹ Odločba Ustavnega sodišča RS št. U-I-92/96, 28. marec 2002.

² Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 38-40.

³ V nadaljevanju tega dela se uporaba pojma *privilegij* nanaša na privilegij zoper samoobtožbo.

⁴ Glede na to, da je praviloma storilec tisti, ki največ ve o kaznivem dejanju, je logika enostavna – vse kar bi morali storiti za najbolj preprosto in zanesljivo pot k resnici, je pripraviti obdolženca, da bi izpovedal po resnici. Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 69.

⁵ Uresničevanju te funkcije privilegija sta namenjena zlasti pravica do pravnega pouka in do zagovornika.

⁶ Če bi izhajali iz osnovnega položaja, iz *naravnega položaja*, bi na eni strani imeli premočno državo in na drugi šibkega posameznika. Pravni red mora zato poseči v razmerje med njima, če želi ustvariti vsaj približno enakost med obema stranema. Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 33-34.

⁷ Zupančič, Minervina sova - 4. del (2015), str. 6.

le tako, da nezakonito pridobljene informacije do razsodnika sploh ne pridejo. V svojem končnem namenu torej privilegij varuje pred tem, da se izreče obsodilna sodba na podlagi njegovih kršitev (in ne pred dejanji policije). *Ne inkrimirati se* tako pomeni, pri sodnem odločanju o krivdi *ne upoštevati določenih dokazov*, zato »privilegij preprosto je izločitev takih dokazov« in »brez te izločitve ni privilegija«. ⁸

Kako visoko v sistemu procesnih vrednot je postavljen privilegij, nam lahko razkrije domet izločitvenega pravila, ko gre za dokaze pridobljene s kršitvijo privilegija zoper samoobtožbo. Vprašanje ekskluzije teh dokazov bo zato sredstvo za dosego cilja tega magistrskega dela. Cilj je ugotoviti, kakšno je varstvo privilegija oz. kje so njegove meje. Zastavlja se mi namreč vprašanje, ali je varstvo privilegija zoper samoobtožbo neomejeno, torej ali lahko govorimo o privilegiju kot absolutni pravici, ali pa so posegi vanj lahko dopustni, kadar to upravičujejo utemeljeni razlogi, npr. prevladujoči javni interes. Poseg v privilegij lahko na eni strani predstavlja mučenje, na drugi pa »zgolj« prevaro ali trkanje na vest osumljene osebe⁹; lahko gre za onemogočanje dostopa do zagovornika ali opustitev pravnega pouka – stopnja kršitve oz. prisile ter njene posledice so tako zelo različne, zato je utemeljeno tudi vprašanje, ali naj bo v takih primerih različno tudi varstvo.

V nadaljevanju bosta najprej predstavljena privilegij zoper samoobtožbo in institut ekskluzije, zlasti *ratio* obeh. Osrednji del tega dela pa zajema preučitev prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) s področja izločitve dokazov, pridobljenih s kršitvijo privilegija. Osredotočila se bom na tri zadeve, in sicer *Jalloh proti Nemčiji*,¹⁰ *Gäfgen proti Nemčiji*¹¹ ter *Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu*¹². Te ponujajo dobro izhodišče za preučitev obravnavane teme, tako z vidika dejanskega kot pravnega stanja.

Pri tem pa navedene zadeve odpirajo (vedno prisotno) vprašanje, kdaj lahko cilj upraviči sredstva oz. kdaj lahko zadosten javni interes v smislu pregona najhujših kaznivih dejanj ali v

⁸ Zupančič, *Minervina sova* - 4. del (2015), str. 6 in op. 4.

⁹ Glej npr. zadevo *Nix v. Williams*, 467 U.S. 431 (1984), kjer so policisti osumljenca umora deklice med vožnjo, brez prisotnosti zagovornika, prepričali, da je razkril, kje je truplo otroka, da bi lahko družina deklico krščansko pokopala. Pri tem ni bila sporna moralna prisila kot taka, temveč njena uporaba v fizično prisilnem kontekstu, kot je policijsko pridržanje.

¹⁰ *Jalloh proti Nemčiji*, št. 54810/00, z dne 11. julij 2006.

¹¹ *Gäfgen proti Nemčiji*, št. 22978/05, z dne 1. junij 2010.

¹² *Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu*, št. 50541/08, 50571/08, 50573/08 in 40351/09, z dne 13. september 2016.

smislu izredne nevarnosti (npr. rešitev življenja druge osebe oz. večjega števila oseb) upraviči posege v privilegij zoper samoobtožbo oz. kako hude posege lahko upraviči.

2. PRIVILEGIJ ZOPER SAMOOBTOŽBO

Privilegij zoper samoobtožbo je ena temeljnih¹³ in najbolj kompleksnih procesnih pravic.¹⁴ V svoji končni posledici pomeni, da ima obdolženi pravico o svoji vpletenosti v kazenskopravno relevanten dogodek povedati samo toliko, kolikor sam *prostovoljno* in *zavestno* hoče povedati. Vse, kar presega ta kriterij, kar torej obdolženec pove zaradi aktivnosti nasprotne strani, že spada v najširši okvir dokazne prepovedi izsiljevanja izjav. Prepoved izsiljevanja izjav je tako opredeljena kot aktivna procesna pravica obdolženca, in sicer kot pravica do molka oz. privilegij zoper samoobtožbo. Na eni strani imamo tako dolžnost organov pregona, da ti ne smejo na noben z zakonom prepovedan način pripraviti obdolženca do tega, da izpoveduje proti svoji volji, na drugi strani pa pravico obdolženega, da v lastni zadevi ne daje nobenih izjav.¹⁵ Bistvo privilegija v povezavi s prepovedjo izsiljevanja izpovedb je torej v tem, da morajo organi pregona v najširšem smislu obdolžencu pustiti, da je povsem pasiven oz. da se sam zavestno, razumno in predvsem prostovoljno odloča, ali bo z njimi sodeloval ali ne.¹⁶

Ena od pojavnih oblik privilegija je tudi pravica do molka, vendar ne gre za povsem isto pravico – garanciji se le delno prekrivata. Pravica do molka je po eni strani ožja, saj zajema le akustično komunikacijo (pravico »ne govoriti«). Medtem pa privilegij ni omejen le na verbalne izjave, ampak se nanaša tudi na testimonialne dokaze širše narave; torej varuje tudi pred prisilo k predaji dokumentov.¹⁷ Po drugi strani pa pravica do molka preseže privilegij, saj ne zajema le izjav, ki se nanašajo na samega osumljenca oz. mu potencialno škodijo, temveč ga odvezuje dati kakršnekoli izjave, česar pa pri privilegiju ni.¹⁸

Da bi lahko ugotovili, kako visoko je treba varovati privilegij kot procesno jamstvo, je treba razumeti, kaj je njegovo bistvo oz. na kakšnem argumentu lahko sploh utemeljimo visoko stopnjo varstva.

¹³ Privilegij je ustavno zagotovljeno procesno jamstvo na podlagi četrte alineje prvega odstavka 29. člena Ustave RS (URS), Ur. l. RS, št. 33/91-I in nasl.

¹⁴ Trechsel, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005), str. 341.

¹⁵ Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 250.

¹⁶ Tako tudi Ustavno sodišče RS v odločbi št. Up 134/97, 14. marec 2002.

¹⁷ Glej npr. sodbi ESČP v zadevah Funke proti Franciji, št. 10828/84, z dne 25. februar, 1993 in J.B. proti Švici, št. 31827/96, z dne 3. avgust 2001.

¹⁸ Trechsel, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005), str. 342.

2.1. Ratio privilegija zoper samoobtožbo

Privilegij predstavlja učinkovito izpeljavo **domneve nedolžnosti**. Na državi oz. tožilstvu je namreč, da mora dokazati vse prvine obtožnice in obdolžencu ni treba storiti prav ničesar v svojo obrambo.¹⁹ Privilegij je meja, ki preprečuje, da se breme dokazovanja prenaša na obdolženca in s tem državi, da ga porablja kot aktivno dokazno sredstvo, torej kot objekt postopka.²⁰ Naloga tožilstva je, da dokaže krivdo obdolženega in ne naloga slednjega, da dokaže svojo nedolžnost. Ta lahko ostane povsem pasiven.²¹ Privilegij torej predpostavlja, da tožilstvo dokaže svoj primer proti obdolženemu brez uporabe dokazov, pridobljenih z uporabo sile ali prisile v nasprotju z voljo obdolženega.²²

Privilegij lahko utemeljimo že zgolj in le na podlagi **načela materialne resnice**.²³ Namen kazenskega postopka je v ugotavljanju dejanskega stanja po resnici, kar pa lahko sloni le na uporabi dokazov, ki so zanesljivi. Uporaba prisile z namenom pridobiti samoobtožujoče dokaze ima namreč lahko za posledico, da so te informacije nepravilne oz. nezanesljive.²⁴ V kolikor presoja temelji na nezanesljivih dokazih, lahko to privede do nepravilnih obsodb – kar pa ni skladno ne z zaščitnim ne garantnim ciljem kazenskega postopka. Funkcija privilegija je posledično lahko izvedena na **varstvo nedolžnih** pred napačno obsodbo.²⁵

Ker pa kazenski postopek že dolgo ni več zgolj iskanje materialne resnice, ampak služi tudi drugim ciljem, tudi privilegij ni zgolj v službi ugotavljanja resnice – nekatere vrednote namreč presežejo pomen ugotavljanja resnice v posameznem primeru in varstvu teh služi privilegij.²⁶

¹⁹ Tako Ustavno sodišče v zadevi št. Up 134/97 z dne 14. marec 2002. Gre za odraz ideje, da ni prav, da bi se od obdolženca zahtevalo, da priskrbi dokaze zoper sebe, ko država gradi primer zoper njega.

²⁰ Dežman, Erbežnik, KAZENSKO PROCESNO PRAVO (2003), str. 337-338.

²¹ Trechsel, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005), str. 348. Trechsel meni, da je to dovolj močan argument za utemeljitev privilegija. M. Redmayne pa nasprotno ugotavlja, da domneva nedolžnosti ne more utemeljiti privilegija, saj v svojem bistvu ne omejuje države v tolikšni meri, da ta ne bi mogla nikakor zahtevati od nekoga, da sodeluje, če je izkazan zadosten standard. Glej Redmayne, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination (2007), str. 218-219.

²² To je prepoznalo tudi ESČP v zadevi Saunders proti Združenemu Kraljestvu, št. 19187/91, z dne 17. december 1996, tč. 68.

²³ Šugmanova meni, da dokazne prepovedi, ki konkretizirajo osnovno pravico obdolženega, da ne izpoveduje zoper samega sebe proti svoji volji, v bistvu ne omejujejo načela iskanja materialne resnice, ampak ravno nasprotno - pripomorejo k boljšemu prepoznavanju resnice. Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 69-78.

²⁴ Choo, THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION (2013), str. 3-5. Choo opozori, da zanesljivost dokaza lahko utemelji privilegij le v obsegu, ko ta varuje pred podajo izjave, ne pa v primeru edicijske dolžnosti ali fizičnega dokaza.

²⁵ Funkcija dokaznih prepovedi ni v oproščanju krivih, temveč v poštenosti in manjšanju napak pri obsojanju nedolžnih. Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 76.

²⁶ Choo, THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION (2013), str. 6.

Privilegij je tako tudi v funkciji **enakosti orožij**, torej zagotoviti večjo enakost med strankama v postopku. V primerjavi z državo je namreč obdolženi v kazenskem postopku v šibkejšem položaju, pri čemer ima privilegij funkcijo izravnave tega položaja.²⁷

V sistemu, v katerem sta varstvo položaja posameznika v postopku ter uravnavanje moči pomembni vrednoti, je močan argument v prid privilegija ravno ta, da obdolžencu v sporu z državo zagotavlja neodvisen in enakopraven procesni položaj.²⁸ Zupančič meni, da ta neposredni in specifični vidik učinka varstva človekovih pravic posredno spremlja pomen, ki ga ima za splošno ohranjanje legitimnosti vladavine prava.²⁹ Enakost orožij ni vzdrževana v primeru izsiljene samoobtožbe, kar pomeni, da bi s tem spodnesli vladavino prava, demokracijo in človekove pravice. In ker je v interesu države, da ohrani svojo verodostojnost, mora biti v njenem interesu, da ohrani vladavino prava in da svojo vojno proti kriminaliteti ohrani znotraj okvirov legitimnega pravnega postopka. Če bi država v imenu pregona prestopila te okvire (z izsiljeno samoobtožbo) in degradirala iz **vladavine prava** v vladavino gole sile, bi bili temelji, na katerih je zgrajena, precej zrahljani.³⁰

Privilegij naj bi preprečil tudi t.i. »**kruto dilemo**« obdolžene osebe, in sicer, ali naj poda samoobtožujoče izjave ali pa laže in tvega obdolžitvev za lažno pričanje.³¹ Ta teorija temelji na ideji, da je nehumano siliti osebo, da si sama povzroči škodo, kar pomeni napad na človeško dostojanstvo.³² Po mnenju nekaterih argument krutosti predpostavlja, da je oseba kriva, saj nedolžna oseba niti ni v dilemi. Če je nekdo prisiljen, da se sam obremeni, je to tako le posledica njegovega kriminalnega ravnanja.³³

Utemeljitev je lahko tudi v spoštovanju **človeškega dostojanstva** in osebne avtonomije kot njegovega elementa, v smislu da mora biti obdolženemu dana poštena priložnost pri

²⁷ Zupančič, Minervina sova - 3. del (2015), str. 6-9.

²⁸ Enakost med državo in posameznikom je pomemben koncept kazenskega prava, ki predpostavlja vzpostavitev ravnotežja med pravicami enega in drugega, s tem pa nujno tudi tehtanje med učinkovitostjo postopka in pravičnostjo. Glej Šugman, Meje omejevanja uporabe prisile in grožnje (2000), str. 239.

²⁹ Zupančič, Minervina sova - 4. del (2015), str. 8.

³⁰ Zupančič, Minervina sova - 3. del (2015), str. 7.

³¹ Ta argument je pretežno vezan na anglosaški sistem (kjer obstoji tveganje krivega pričanja). Nekateri pa govorijo celo o »kruti trilemi«, kjer je tretja možnost, da oseba molči, kar se (v primeru neobstoja privilegija) šteje kot implicitno priznanje krivde oz. ima za osebo, ki molči, zopet določene neugodne posledice.

³² Lamberigts, The Privilege Against Self-Incrimination (2016), str. 424-425.

³³ Redmayne nasprotno meni, da se lahko tudi nedolžni znajdejo v taki kruti dilemi oz. trilemi. Glej Redmayne, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination (2007), str. 221-224; tudi Choo, THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION (2013), str. 7-10.

oblikovanju svojega odziva na obtožbe. To vključuje tudi kontrolo nad časom in vsebino, ki jo razkrije posameznik oblastem, in ta kontrola je varovana s spoštovanjem privilegija.³⁴

Tako tudi varstvo človeškega dostojanstva ter vrednot in moralne integritete kazenskega postopka narekuje spoštovanje privilegija, tudi kadar sicer ni nevarnosti za nezanesljive dokaze.³⁵ Sama krutost prisile nekoga k razkritju lastne krivde ne potrebuje dodatne utemeljitve, zlasti s tem, ko povzroči osebno degradacijo, kar mora že samo po sebi povzročiti občutek odpora v družbi.³⁶

Privilegij je tudi temeljni del **pravice do poštenega sojenja**. Čeprav Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin³⁷ privilegija nikjer izrecno ne omenja, ga je ESČP izpeljalo iz pravice do poštenega sojenja, ki jo zagotavlja 6. člen EKČP. Sodišče je poudarilo, da sta privilegij in pravica do molka splošno in mednarodno priznana standarda, ki ležita v osrčju pojma poštenega sojenja.³⁸ Privilegij tako **ščiti obdolženega pred oblastveno neprimerno prisilo** in s tem prispeva k izogitvi neuspehu pravice in k doseganju ciljev 6. člena EKČP. Naloga države je, da priskrbi dokaz zoper obdolženo osebo, ne pa da nasprotuje njegovi volji in izsili izjavo od njega.³⁹ Tako pridobljena izjava je lahko, kot že omenjeno, neresnična, zaradi česar obsodba temelji na napačno ugotovljenih dejstvih, kar pa ni ne v interesu posameznika ne države, in zgolj prispeva k neuspehu pravice. Prav tako pomemben vidik pa je, da je privilegij garancija, ki leži v osrčju poštenega sojenja. Neupoštevanje privilegija tako očrni postopek s stigmo nepoštenosti, zato ne moremo reči, da privilegij »le prispeva« k poštenosti postopka.⁴⁰

³⁴ Ponižujoče je namreč, da je posameznik prisiljen ravnati v nasprotju z lastnim interesom. Hujše oblike posega v dostojanstvo bi lahko predstavljale kršitev prepovedi nečloveškega in ponižujočega ravnanja, vsebovane v 3. členu EKČP. Pri tem pa iz prakse ESČP ne izhaja, da bi Sodišče privilegij povezovalo s tem vidikom. Glej Choo, *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* (2013), str. 8-9; Trechsel, *HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS* (2005), str. 348.

³⁵ Choo, *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* (2013), str. 6-7.

³⁶ *Brown v. Walker*, 161 US 591, 637 (1896), ločeno mnenje J. Field, cit. po Choo, *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION* (2013), str. 6-7.

³⁷ Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (ESČP), Ur. l. RS, MP, št. 33/94.

³⁸ *Saunders proti ZK*, tč. 68; *John Murray proti Združenemu Kraljestvu*, št. 18731/91, z dne 8. februar 1996, tč. 45.

³⁹ *Saunders proti ZK*, tč. 68; *Heaney in McGuinness proti Irski*, št. 34720/97, z dne 21. marec 2001, tč. 40; *Allan proti Združenemu Kraljestvu*, št. 48539/99, z dne 12. november 2002, tč. 44.

⁴⁰ Trechsel, *HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS* (2005), str. 347-348.

2.2. Prisila in nasprotovanje volji obdolženca

Bistvo privilegija je, da nikogar ni dovoljeno siliti, da izpove oz. ne poda izjave v nasprotju s svojo voljo.⁴¹ Tako je jasno, da privilegij ščiti pred »neprimerno prisilo«, malo manj jasno pa je, kaj naj bi ta pomenila.⁴² Ni jasno začrtane meje med še dovoljenim pritiskom na osumljenca oz. spodbudami k podaji izjave in nedovoljeno prisilo.

Nesporno je, da neprimerno prisilo predstavlja mučenje in nečloveško in ponižujoče ravnanje. Glede ostalih oblik prisile pa je ESČP ubralo pristop presoje, ali je bila stopnja uporabljene prisile takšna, da je izničila *osrednje bistvo privilegija*.⁴³ Pri presoji, ali je bilo poseženo v samo bistvo privilegija, je Sodišče v svoji praksi upoštevalo zlasti naravo in stopnjo prisile, obstoj ostalih procesnih varovalk in pomen dokaza v postopku.⁴⁴

V primerih neposredne prisile, ko posamezniku grozi denarna ali zaporna kazen v primeru molka, gre nedvomno za nedovoljene pritiske.⁴⁵ Ne velja pa to vedno tudi v primeru zgolj posredne prisile, ko npr. molk lahko dobi določeno dokazno težo.⁴⁶ Ravno posredna prisila je namreč tisto sivo polje, kjer je težko potegniti črto med dovoljenim in nedovoljenim – to je še toliko težje, če pristanemo na določeno stopnjo dovoljenega pritiska, saj je v dejanskih okoliščinah nato še toliko težje določiti, kdaj smo že v coni neprimerne prisile.⁴⁷

Določen (posredni) pritisk tako predstavlja že samo policijsko okolje oz. okoliščine kustodialnega zaslišanja. Vendar zgolj to samo po sebi ne more omajati prostovoljnosti podane izjave – drugače je seveda, ko so take zastrašujoče okoliščine zasnovane namenoma, da zlomijo voljo osumljenca in pridobijo njegovo priznanje.⁴⁸

Kršitev predstavlja tudi uporaba zvijače, če je njena posledica učinkovito spodkopana svoboda izbire osumljenca, ali bo govoril ali ne.⁴⁹ Določena stopnja prevare je seveda dovoljena, je pa

⁴¹ Ibid, str. 341. Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 249.

⁴² Trechsel, HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS (2005), str. 347-348.

⁴³ Jackson, Summers, THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE (2012), str. 276-277; Heaney in McGuinness proti Irski, tč. 55.

⁴⁴ Heaney in McGuinness proti Irski, tč. 51-55; Allan proti ZK, tč. 44.

⁴⁵ Heaney in McGuinness proti Irski, J.B. proti Švici, Quinn proti Irski, št. 36887/97, z dne 21. marec, 2001. Tako stališče utrjuje domnevo nedolžnosti, da se ne prelaga bremena na obdolženca ter se omeji moč oblasti pri preiskavi. Glej tudi Wu, Interrogational Fairness (2011), str. 15.

⁴⁶ John Murray proti ZK; Averill proti Združenemu Kraljestvu, št. 36408/97, z dne 20. junij 2000.

⁴⁷ Wu, Interrogational Fairness (2011), str. 17.

⁴⁸ Glej sodbo ESČP Magee proti Združenemu Kraljestvu, št. 28135/95, z dne 20. junij 2000.

⁴⁹ V zadevi Allan proti ZK je npr. policija izjavo pritožnika pridobila s pomočjo informatorja, po tem, ko je pritožnik že izrecno uveljavljal svojo pravico do molka. Svobodna volja posameznika je bila tako spodkopana s

tudi v takih primerih težko potegniti mejo med dovoljenim in nedovoljenim. Ameriška sodna praksa tako npr. prepoveduje policiji zaslišati osumljenca preko agentov pod krinko glede kaznivih dejanj, za katera je že vložena obtožba; ali uporabiti agenta, ki se pretvarja, da je duhovnik ali psihiater z namenom pridobiti izjavo. Na drugi strani pa ni sporno, če policija laže, da je sosterilec priznal ali da so na kraju zločina našli prstne odtise osumljenca.⁵⁰

Za ESČP je tako bistveno, da uporabljena taktika ne nasprotuje svobodni volji osumljenca.⁵¹ Iz tega izhaja tudi razlikovanje med materialnimi in testimonialnimi dokazi. Privilegij načeloma ščiti le slednje, ne pa materialnih dokazov, ki obstajajo neodvisno od volje osumljenca in so lahko pridobljeni s silo.⁵² V teh primerih torej ne silimo volje osumljenca, saj je obstoj teh dokazov od te neodvisen.

2.3. Vsebina privilegija

Pravica obdolženca, da ne izpoveduje zoper samega sebe proti svoji volji, je idejna osnova sodobnih dokaznih prepovedi. To načelno prepoved konkretizirajo posamezne prepovedi in zapovedi, brez katerih privilegij ne more biti upoštevan.⁵³

Prva taka je **prepoved mučenja**, skupaj s prepovedjo nečloveškega in ponižujočega ravnanja, ki velja kot absolutna prepoved.⁵⁴ Tudi ESČP je v svoji praksi poudarilo absolutno naravo te prepovedi, ki niti v najbolj izjemnih primerih ne dopušča nobenih omejitev.⁵⁵ Namen te prepovedi je v zaščiti človekovega dostojanstva in njegove telesne celovitosti⁵⁶ in velja v vseh primerih, ne glede na težo kaznivega dejanja ali prisotnost javnega interesa.⁵⁷ Mučenje predstavlja skrajni domet prisile in je, kot tako, v današnji obči zavesti zavržno, prav tako pa zagotovo v največji meri vzpostavi dvom v verodostojnost tako pridobljene izjave. Človek bi

tem, ko je policija uporabila pretvezo, da bi od osumljenega pridobila inkrimatorne izjave, ki jih sicer med zaslišanjem ni uspela pridobiti.

⁵⁰ Nasprotno je v Nemčiji uporaba prevare pojmovana strožje kot v ZDA in je dopuščena le, če policija izrabi zmedo osumljenca glede dejanskih in pravnih okoliščin, ne sme pa sama povzročiti te zmede. Glej Ross, *Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom?* (2008), str. 443-474.

⁵¹ Allan proti ZK, tč. 50.

⁵² Saunders proti ZK. Razlikovati je potrebno med materialnimi dokazi, ki sami po sebi pomenijo inkrimatorno okoliščino in tistimi, ki le potrjujejo neko relevantno inkrimatorno okoliščino (v zvezi s tem glej zadevo Jalloh proti Nemčiji).

⁵³ Šugman, *DOKAZNE PREPOVEDI* (2000), str. 69.

⁵⁴ 18. člen URS, 3. člen EKČP, Konvencija prot mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, Ur. l. RS, MP, št. 7/93.

⁵⁵ ESČP je v zadevi Irska proti Združenemu Kraljestvu, št. 5310/71, z dne 18. januar 1978, podarilo, da »ta absolutna pravica ne more biti omejena niti v primeru ogrožanja življenja javnosti«.

⁵⁶ Sodba ESČP Selmouni proti Franciji, št. 25803/94, z dne 28. julij 1999, tč. 99.

⁵⁷ Selmouni proti Franciji, tč. 95; Labita proti Italiji, št. 26772/95, z dne 6. april 2000, tč. 119.

verjetno pod vplivom prisile (zlasti take intenzitete kot je mučenje) povedal karkoli, samo da bi prisila prenehala.⁵⁸

Ne le mučenje, prepovedano je vsakršno **izsiljevanje izjav** od obdolženca oz. uporaba sile, grožnje in drugih sredstev, z namenom doseči priznanje ali izjavo obdolženca.⁵⁹ To pomeni, da mora biti vse, kar obdolženi pove v kazenskem postopku, posledica njegove svobodne odločitve; iz tega izhaja prepoved uporabe sile oz. kakršnihkoli sredstev, ki bi vplivali na voljo obdolženega po izpovedovanju.⁶⁰ S privilegijem oz. prepovedjo uporabe sile varujemo obdolženčevo voljo po izpovedovanju, njegovo telo pa lahko pomeni dokaz zoper njega samega celo brez njegove privolitve.⁶¹ Privilegij tako ne varuje pred prisilnim oz. neprostovoljnim odvzemom fizičnih dokazov, varuje pa pred uporabo fizične sile z namenom pridobiti izjavo obdolženca – prepoved izsiljevanja »velja za dušo in prepovedana je sila z namenom priti do duše«. ⁶² Fizično nasilje je zadajanje fizične bolečine, medtem ko je psihično nasilje težje opredeliti. Značilna je odsotnost bolečine v fizičnem smislu, medtem ko je izrazit element prisile prisoten na psihičnem področju.⁶³

Tu se postavi vprašanje, kje so sploh meje prisile? Prisila (psihična) je še vedno konstitutiven element dogajanja zlasti v predkazenskem postopku in pravna prepoved ne seže do neverbalnih sporočil, subtilnejših tehnik prisiljevanja ali splošne prisiljujoče atmosfere, ki lahko močno vplivajo na voljo po izpovedovanju.⁶⁴

Prepoved izsiljevanja izpovedb je torej neko načelno vodilo, h kateremu naj bi se usmerjal pošten kazenski postopek. Pri tem je potrebno prepoved pojmovati instrumentalno, kot sredstvo za razmejitev med dovoljenimi in nedovoljenimi pritiski – dovoljeni pritiski ne smejo iti tako daleč, da zlomijo obdolženčevo voljo.⁶⁵

⁵⁸ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 71, 176.

⁵⁹ Prepoved vsakršnega nasilja nad osebami, ki jim je prostost kakorkoli omejena, ter vsakršno izsiljevanje priznanj in izjav je odraz varstva človekove osebnosti in dostojanstva (21. člen URS).

⁶⁰ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 175.

⁶¹ Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 249, 255-258.

⁶² Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 183.

⁶³ Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 256.

⁶⁴ Ibid, str. 256-7. Gej tudi Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 184-188.

⁶⁵ Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 258.

Prepovedana so tudi sugestivna in kaptiozna vprašanja ter uporaba preslepitve.⁶⁶ S takšnimi vprašanji se osumljenca lahko zavede v zmoto in privede do priznanja, ki ga sicer ne bi podal, ali napačne izjave, ki je posledica zmede in narave vprašanja.⁶⁷ Opredelitvi in omejevanju se še bolj kot psihična prisila izmika preslepitev, saj je ta vedno odvisna od konkretnih okoliščin, konkretnega zasliševalca in konkretnega obdolženca. Poleg tega pri uporabi zvijače ne moremo govoriti o zavržnosti metode, tako kot pri uporabi fizične in psihične prisile; težko dvomimo tudi v dokazno vrednost z zvijačo pridobljenih izjav. Utemeljitev prepovedi tako lahko izpeljemo iz človeškega dostojanstva, iz zahteve po dostojnem ravnanju s posameznikom. Po drugi strani pa je razumljivo, da je vsaj del takšnega postopanja sestavni element policijskega dela, zato v celoti tudi ne more biti prepovedano.⁶⁸

Pri privilegiju ne gre le za prepoved uporabe sile ali zvijače, temveč tudi za preprečevanje samoobdolžitve, ker se osumljeni morebiti (zaradi pravne neizobraženosti) ne zaveda, da mu ni treba izpovedati zoper sebe. Zato je za varstvo privilegija pomemben tudi **pravni pouk**,⁶⁹ v katerem se mora osumljenca opozoriti na njegove pravice. Ta pouk mora biti takšen, da bo odločitev posameznika o tem, ali bo ostal pasiven ali ne, v celoti odvisna od njegove svobodne volje.⁷⁰ Temelj pravnega pouka je bil vzpostavljen v zadevi *Miranda v. Arizona*,⁷¹ kjer je Vrhovno sodišče ZDA vzpostavilo domnevo, da je bil privilegij spoštovan (in izjava dana prostovoljno), če je bil posameznik poučen o tem, da ima pravico do molka, da se lahko njegove izjave na sojenju uporabijo zoper njega in da ima pravico do zagovornika, bodisi izbranega ali dodeljenega. Preiskovanje kaznivih dejanj je namreč povezano z močnimi pritiski, ki predstavljajo takšno prisilo, ki jo privilegij prepoveduje, zato je za učinkovito varstvo potrebno osumljenca obvestiti o njegovih pravicah.⁷²

⁶⁶ Prvi odstavek 228. člena Zakona o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS št. 32/12 in nasl. Sugestivna vprašanja že vsebujejo navodilo, kako je treba nanje odgovoriti, kaptiozna vprašanja pa izhajajo iz položaja, kot da je osumljeni že priznal nekaj, česar še ni.

⁶⁷ Dežman, Erbežnik, KAZENSKO PROCESNO PRAVO (2003), str. 565-566.

⁶⁸ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 190-194. Glej tudi sodbo ESČP Bykov proti Rusiji, št. 4378/02, z dne 10. marec 2009.

⁶⁹ Osumljenec mora biti v predkazenskem postopku poučen o svojih pravicah zlasti v dveh položajih, in sicer ko mu je odvzeta prostost (19. člen URS in 4. člen ZKP) ter ob prvem stiku s policijo, ko zoper njega obstajajo razlogi za sum, da je storil kaznivo dejanje (četrti odstavek 148. člena ZKP).

⁷⁰ Up 134/97 z dne 14.3.2002. Glej tudi Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 167. Posameznik se lahko izvrševanju pravic, o katerih je poučen, odpove le pod pogojem, da je taka odpoved prostovoljna, zavestna in razumna.

⁷¹ *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

⁷² V *Mirandi* sprejeta odločitev je bila tudi pragmatična, saj se je pred tem v ZDA o dopustnosti izjav, danih med policijskim zaslišanjem, odločalo na podlagi testa prostovoljnosti. Pri tem je bil problem pri konkretni presoji, kdaj so bile izjave dane prostovoljno, saj je test zahteval oceno osumljenčevega stanja duha, njegovega subjektivnega prepričanja in psihičnega stanja v času zaslišanja. Čibej, *Miranda: ustavna pravica ali ne?* (2005), str. 9-10, 18-19. Glej tudi Jackson, *Re-Conceptualizing the Right of Silence* (2009), str. 851.

Uresničevanje privilegija pa zagotavlja tudi **pravica do zagovornika**.⁷³ Ta je ena temeljnih procesnih garancij in šele ta zagotavlja vsaj približno intelektualno in strokovno enakost obdolženca in države. Šele prisotnost zagovornika pripomore k vzpostavitvi enakosti orožij. Tudi brez zagovornika velja privilegij in je obdolženec lahko pasiven, vendar mu to nič ne pomaga, če ne zna zahtevati in uveljavljati svojih pravic v postopku. Funkcija pravice do zagovornika pa je tudi v funkciji javnosti in nadzora. Tudi če je obdolženec povsem pasiven, navzočnost zagovornika v postopku pred policijo predstavlja zagotovilo, da ne prihaja do zlorab (fizičnih, psihičnih ali pravnih).⁷⁴ Varstvo pred prisilo, ki se udejanja tudi preko pravice do zagovornika, je v ospredju privilegija zoper samoobtožbo. Zgoden (pravočasen) dostop do zagovornika je ena od procesnih okoliščin, ki so pomembne pri presoji, ali je bil spoštovan privilegij. V večini primerov je namreč ravno to ključno za spoštovanje jamstev posameznika v začetnih fazah obravnave, ko je ta najbolj ranljiv.⁷⁵

3. IZLOČITEV DOKAZOV

Ideja izločitve dokazov kot uresničevanje privilegija temelji na tem, da lahko izjava postane samoobtožba le, če lahko razsodnik takemu posamezniku izreče kazen (torej če se s tako izjavo seznanj). Pravila o izločitvi dokazov so tako le drugačna oblika privilegija zoper samoobtožbo, saj se posameznik ne more samoobtožiti pred policijo, ampak pred razsodnikom. Če zato dokaze, ki so okuženi s prisiljeno samoobtožbo, izločimo, privilegij ostane nedotaknjen.⁷⁶

Če je torej danes splošno sprejeto, da v kazenskem postopku varujemo tudi druge vrednote, ne le slepo zasledovanje cilja učinkovitosti postopka in materialne resnice, potem je samoumevna posledica tega, da pri pridobivanju dokazov cilj ne upravičuje sredstev. Procesne omejitve so tako namenjene varstvu teh garancij in dokazi morajo biti pridobljeni v skladu s spoštovanjem le-teh.

Država si je sama postavila omejitve v obliki dokaznih prepovedi, ki ji zapovedujejo, da v postopku ne sme uporabiti določenih dokazov ali določenih ravnanj pri pridobivanju dokazov, tudi če bi bilo to sicer v njenem interesu. Pri uzakonjanju takih dokaznih prepovedi država

⁷³ 29. člen URS, 6. člen EKČP.

⁷⁴ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 197-198. Glej tudi sodbo Vrhovnega sodišča ZDA Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932).

⁷⁵ Sodba ESČP Salduz proti Turčiji, št. 36391/02, z dne 27. november 2008, tč. 50.

⁷⁶ Zupančič, Minervina sova - 4. del (2015), str. 6-11.

omejuje samo sebe – v kolikšni meri se omeji, pa je odvisno od ideološke podstati celotnega sistema. Ureditev, zlasti udejanjanje dokaznih prepovedi, je namreč merilo razmerja moči med posameznikom in državo.⁷⁷ In ob predpostavki načela enakosti je nujno potrebno doseči kompromis med interesi posameznika in državo, ki se kaže v tem, da se obdolženca ne sme uporabiti kot dokazno sredstvo.⁷⁸

Če pravni sistem jemlje prepovedi resno, če jim daje veliko vrednost, potem mora zagotoviti sankcioniranje njihovih kršitev. Sicer ostanejo samo načelna vodila, ki v dejanskih pravnih postopkih nimajo nobene vrednosti.⁷⁹ Najradikalnejši, in za varstvo pravic obdolženca najustreznejši, primer sankcioniranja je izločitveno pravilo, saj ima le to neposredni učinek na izid sojenja v isti zadevi, v kateri je bil nek dokaz pridobljen.⁸⁰

3.1. Zakaj sploh izločati dokaze?

Čisto pragmatično lahko na ekskluzijo gledamo kot na institut, ki zagotavlja **zanesljivost dokazov**. Zlasti pri izjavah, podanih pod prisilo, se namreč vzpostavi dvom v njihovo zanesljivost. Tudi če se nam razne prisilne taktike zaslišanja ne bi zdele sporne z vidika varstva človekovih pravic, pa so nedvomno vprašljive z vidika zanesljivosti in resničnosti. Taka informacija lahko v končni posledici privede do napačnih obsodb,⁸¹ kar pa ni v skladu niti z načelom iskanja materialne resnice niti ciljem pregona (pravih) storilcev. Jasno je, da so nezakonito pridobljena priznanja in inkriminatorne izjave nezanesljive, saj pod določeno stopnjo pritiska posameznik, kriv ali nedolžen, reče karkoli, da ustavi pritisk.⁸² Pod vprašaj se tak argument ne postavi pri izjavah, ampak pri fizičnih dokazih, ko imajo ti dejansko visoko stopnjo zanesljivosti, čeprav so bili pridobljeni na nezakonit način.⁸³

Kritike v smislu, da zanesljivi dokazi nikoli ne bi smeli biti izločeni, pa ne odsevajo vrednot kazenskega postopka, kot ga poznamo danes, kjer je pomembno tudi, na kakšen način so bili dokazi pridobljeni. Izločitveno pravilo namreč **ščiti pravice osumljene osebe**, ki omejujejo državo pri tem, kako opravlja preiskavo in zbira dokaze zoper njo. Če država pri tem pravice

⁷⁷ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 66-67.

⁷⁸ Šugman, Meje omejevanja uporabe prisile in grožnje (2000), str. 239-241. Tudi Ustavno sodišče RS je izločitveno pravilo opredelilo kot sredstvo, ki omogoča vzpostavitev enakosti orožij obeh strani v kazenskem postopku (Up-62/99 z dne 4.7.2000).

⁷⁹ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 243.

⁸⁰ Ibid, str. 245.

⁸¹ Hsieh, THE EXCLUSIONARY RULE OF EVIDENCE (2011), str. 51-52.

⁸² Ibid, str. 52. Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (200), str. 71.

⁸³ Jackson, Summers, THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE (2012), str. 182-183.

posameznika krši, je naloga sodišča, da posameznika postavi v tak položaj, kot da do kršitve ne bi prišlo.⁸⁴ Upoštevanje pravil ekskluzije tako zagotavlja, ne le osumljencu, ampak vsem državljanom (kot morebitnim žrtvam nezakonitega delovanja oblasti), da država ne bo imela koristi od svojega nezakonitega in protiustavnega delovanja.⁸⁵ Poleg tega s spoštovanjem ekskluzije sodniki, ki so prisegli, da bodo varovali ustavo, ne postajajo soudeleženi pri namernih kršitvah ustave.⁸⁶ Gre za argumente teoretično-idealne narave, iz katerih dejansko izhaja, da država sama postaja kršiteljica pravil in na svojih kršitvah celo lahko utemelji sodbo.⁸⁷

Ekskluzija tako **odraža moralno in legitimno avtoriteto obsodbe**,⁸⁸ ter udejanji idejo **vladavine prava**.⁸⁹ Oblast je ravno tako kot vsi ostali podvržena pravu, v okviru katerega mora izvajati tudi svojo funkcijo preiskovanja in kazenskega pregona. Pravo zavezuje vse, tako oblastvene akterje kot državljane, in naloga sodišča je, da oblast obsodi v primeru kršitve lastnih pravil. S tem pa tudi postavi zgled državljanom, da je treba pravo spoštovati.⁹⁰

Na drugi strani nekateri menijo, da je ekskluzijsko pravilo potrebno samo takrat, kadar v resnici **preventivno učinkuje na delo policistov**,⁹¹ ne pa kadar gre zgolj za uresničevanje ideala poštenosti in enakosti.⁹² Temu argumentu, ki je bolj pragmatično-instrumentalne narave, vse bolj sledi zlasti ameriška sodna praksa. Po stališču te je namreč glavni namen izločitvenega pravila preprečevanje nezakonitega delovanja policije. V zadnjih 50 letih je Vrhovno sodišče ZDA začelo ožiti obseg izločitvenega pravila in zavračati utemeljitve pravila na varstvu človekovih pravic ali sodne integritete. Kot stoji praksa danes, je lahko izločitveno pravilo aplicirano le, če bi odvrnilo nadaljnje policijske kršitve in ko ti pozitivni učinki pretehtajo nad družbenim stroškom (tj. učinkovitost postopka in iskanje materialne resnice).⁹³

⁸⁴ Ibid, str. 183. Hsieh, THE EXCLUSIONARY RULE OF EVIDENCE (2011), str. 66-68.

⁸⁵ Npr. Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952), Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961).

⁸⁶ Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960).

⁸⁷ Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 252-253.

⁸⁸ Jackson, Summers, THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE (2012), str. 184.

⁸⁹ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886), Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961). Glej tudi Sundby, Everyman's Exclusionary Rule (2013), str. 393-417 in Bloom, Fentin, A More Majestic Conception (2010), str. 47-80.

⁹⁰ Tuner, The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law (2014), str. 829-832. Avtorica pri tem izpostavlja, da so v primeru oprostilne sodbe zaradi ekskluzije ti učinki na vladavino prava sicer omejeni, vendar je cena neupoštevanja ekskluzijskega pravila višja. To zgolj vodi v arbitramost in neomejeno diskrecijo oblasti, kar pa lahko posledično pomeni zlorabe človekovi pravic za doseganje oblastnih ciljev.

⁹¹ Npr. Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009), Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006).

⁹² Šugman, DOKAZNE PREPOVEDI (2000), str. 252-253

⁹³ Tuner, The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law (2014), str. 829. Glej tudi Bradley, Is the Exclusionary Rule Dead? (2012), str. 1-24.

Po mnenju Zupančiča pa pravil o izločitvi dokazov ne moremo zvajati na zgolj preprosto dokazno pravilo za zagotavljanje adversarne enakosti orožij in s tem nepristranskosti postopka.⁹⁴ Izločitvena pravila namreč povzročajo določene učinke (drugotnega pomena), to sta teorija preprečitve in teorija o sodni integriteti, ki pa jih ne smemo povzdigniti na raven prvotnega namena izločitve dokazov, ki so omadeževani z uporabo sile proti obdolžencu. Prvotni namen je namreč v preprečevanje rušenja legitimnosti celotne ideje sodnega postopka kot legitimnega nadomestka za uporabo sile v reševanju sporov.⁹⁵

3.2. Kako izločati dokaze?

Glede na to, kako določen sistem vidi ekskluzijo oz. njen pomen, tudi ločimo pristope k ekskluziji. Tisti, ki se zavzemajo za radikalno veljavo izločitvenega pravila, to utemeljujejo na podlagi bolj teoretičnih argumentov.⁹⁶ Pri radikalnem modelu gre tako za absolutistično pojmovanje ekskluzije, po katerem se nezakonito pridobljeni dokazi izločijo v vsakem primeru. Sodba se na take dokaze ne sme opirati, ne glede na njihovo dokazno vrednost in pomen za kazenski postopek. Tak model je uzakonjen tudi v slovenskem zakonodaji.⁹⁷

Drugačen pristop pa je utilitaristično pojmovanje ekskluzije, pri katerem se vsi nezakonito pridobljeni dokazi ne izločijo samodejno, ampak se v vsakem primeru posebej tehta nezakonitost dokaza nasproti preventivnemu vplivu na delo pravosodnih organov. Nezakonito pridobljen dokaz se tako izloči le, če preventivni učinek prevlada nad učinkovitostjo pregona. Tak pristop uporablja Vrhovno sodišče ZDA.⁹⁸ Pretehtamo torej argumente prednosti in slabosti izločitve dokazov v konkretnem primeru skozi ceno, ki jo mora plačati družba zaradi obstoja tega pravila.

Slovenska sodišča so prav tako začela uvajati utilitaristični pristop, in sicer na podlagi tehtanja preko ustavnega načela sorazmernosti. Sodišča so tako tehtala med težo kršitve pri pridobivanju nezakonitega dokaza (ustavno pravico, ki je bila s tem kršena) in težo kršitve ustavne pravice oškodovanca, storjene s kaznivim dejanjem oz. težo kaznivega dejanja. Na tej podlagi je nato sledila presoja, ali je potrebna izločitev nezakonito pridobljenega dokaza ali pa so okoliščine

⁹⁴ Še zlasti pa ne na zgolj instrumentalna sredstva odvracanja policijskih nepravilnosti. Zupančič, *Minervina sova* - 4. del (2015), str. 9-10.

⁹⁵ *Ibid*, str. 8.

⁹⁶ Šugman, *DOKAZNE PREPOVEDI* (2000), str. 252-253.

⁹⁷ Šugman, Gorkič, *DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU* (2011), str. 270-271 in 279.

⁹⁸ Tuner, *The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law* (2014), str. 821; Šugman, *DOKAZNE PREPOVEDI* (2000), str. 257-258.

na drugi strani tako močne, da odtehtajo odstop od radikalne ekskluzije v konkretnem primeru.⁹⁹

3.3. ESČP in izločitev dokazov

Metodo tehtanja sprejema tudi ESČP, vendar na kakovostno drugačen način, in sicer v smislu poštenosti postopka. Tako dokaz, pridobljen s kršitvami konvencijskih pravic, ne rabi biti izločen v vsakem primeru oz. zaradi njegove uporabe postopek ni avtomatično nepošten.¹⁰⁰ Sodišče pri presoji namreč upošteva, ali je bil postopek pošten kot celota – ni pa pristojno odločiti, kot je izpostavilo v svoji praksi, ali je dokaz nezakonit ali da mora biti določena vrsta dokaza izločena iz postopka.¹⁰¹ Pri tem je izpostavilo, da kljub temu, da 6. člen EKČP zagotavlja pravico do poštenega sojenja, ta ne določa pravil glede dopustnosti dokazov kot takih, zato je to stvar nacionalnega prava.¹⁰² V praksi Sodišča tako ni enotnega pogleda na to, kdaj in zakaj naj bodo določeni dokazi izločeni oz. v kakšen obsegu naj izločitveno pravilo velja.¹⁰³

Sodišče je postavilo določena merila, na podlagi katerih presoja poštenost postopka v primeru uporabe nedovoljenih dokazov. Kot bistveno upošteva uporabo dokaza v postopku (torej kakšen vpliv ima dokaz na končen rezultat), obstoj drugih procesnih varovalk (npr. ali ima obdolženi možnost izpodbijati verodostojnost dokaza), naravo kršitve, zanesljivost dokaza in tudi resnost kaznivega dejanja in javni interes po kazni.¹⁰⁴ Po oceni Torresove Sodišče pri aplikaciji teh kriterijev ni konsistentno, pri čemer uporaba kriterijev ne variira le med posameznimi pravicami, ampak tudi glede iste pravice.¹⁰⁵

Skozi svojo prakso je ESČP jasno oblikovalo le prepoved uporabe dokazov, pridobljenih z mučenjem. Ti morajo biti strogo izločeni, ne glede na njihovo dokazno vrednost.¹⁰⁶ Pri tem pa

⁹⁹ Šugman, Gorkič, DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU (2011), str. 279-280. Glej tudi Gorkič, Načelo sorazmernosti in izločanje nezakonitih dokazov (2009), str. 6-8.

¹⁰⁰ Erbežnik, Vprašanje ekskluzije (2009), str. 183-184.

¹⁰¹ Schenk proti Švici, št. 10862/84, z dne 12. julij 1988, tč. 46; Khan proti Združenemu kraljestvu, št. 35394/97, z dne 12. maj 2000, tč. 34.

¹⁰² Schenk proti Švici, tč. 45-46.

¹⁰³ Za pregled prakse ESČP glej Erbežnik, Vprašanje ekskluzije (2009), str. 183-197; Torres Chedraui, An Analysis of the Exclusion of Evidence (2010), str. 205-234; Bergant, Kazenskoprocenjske dokazne prepovedi (2014), str. 651-674.

¹⁰⁴ Khan proti ZK, tč. 34-38, Allan proti ZK, tč. 42-43.

¹⁰⁵ Torres Chedraui, An Analysis of the Exclusion of Evidence (2010), str. 209-210.

¹⁰⁶ Harutyunyan proti Armeniji, št. 36549/03, z dne 28. junij 2007. Nasprotna razlaga bi pomenila, da bi se »nasilju nadel plašč pravnosti« (glej sodbo Jalloh proti Nemčiji, v kateri se Sodišče opre na ameriško zadevo *Rochin*).

sodišče razlikuje med mučenjem na eni strani ter nečloveškim in ponižujočim ravnanjem na drugi, čeprav absolutna prepoved, vsebovana v 3. členu EKČP, zajema vsa dejanja in ne daje razloga za razlikovanje med njimi. Glede na razloge za izločitev dokazov v zvezi z mučenjem – vrednote varstva posameznika in legitimnost celotnega sistema – bi bilo smiselno, da bi enako veljalo za vsa ravnanja iz 3. člena.¹⁰⁷ Sodišče torej že na tej točki loči stopnjo varstva, ki ga uživa posamezna garancija, vsebovana v 3. členu.

Določene pravice Sodišče torej vrednoti tako visoko, da odstopanje od njih, z dopustitvijo uporabe nezakonitega dokaza, ni dopustno. Pri drugih pa Sodišče dopušča tehtanje. Pri tem razlikuje med neposrednimi in izvedenimi dokazi, ter tudi med tem, v katero konvencijsko pravico je bilo poseženo pri pridobitvi takega dokaza.¹⁰⁸

Čeprav privilegij zoper samoobtožbo, kot osrednji del pravice do poštenega sojenja, zavzema posebno mesto pri presoji Sodišča, uporaba dokazov, pridobljenih s kršitvijo privilegija, vseeno ne pomeni avtomatično kršitve 6. člena. Že na tej točki lahko torej odgovorimo na vprašanje, zastavljeno v uvodu tega dela – ali je privilegij zoper samoobtožbo absolutna pravica? Ne.

Še vedno pa ostaja vprašanje, kako visoko je privilegij varovan.

4. PRAKSA ESČP

V nadaljevanju bodo predstavljene tri sodbe ESČP, iz katerih lahko potegnemo določene zaključke glede meril presoje, ki so vzpostavljena, ko nekaj stoji nasproti striktnemu spoštovanju privilegija.

Bistven prelom pri razumevanju koncepta privilegija, uporabljene prisile ter izločitve tako pridobljenih izjav in poštenosti postopka sta primera *Jalloh* in *Güfgen*, ki sta vzpostavila nove, določnejše kriterije glede metode tehtanja oz. poudarila, kdaj tehtanje ni dopustno.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Jackson, Summers, THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE (2012), str. 189, 191-192. Tako stališče je izrazil tudi sodnik Bratza v svojem ločenem mnenju v zadevi *Jalloh* proti Nemčiji.

¹⁰⁸ Bergant, Kazenskoprocenke dokazne prepovedi (2014), str. 653.

¹⁰⁹ Tako tudi Erbežnik, Vprašanje ekskluzije (2009), str. 192.

Zadeva *Ibrahim* pa je osvetlila problematiko oženja pravic v fazi policijskega pridržanja, zlasti pravice do zagovornika in posledično privilegija, v primeru močnega nasprotujočega javnega interesa – pri čemer je šla razloga Sodišča v smeri prevlade slednjega.

4.1. Jalloh proti Nemčiji

Pisalo se je leto 1993, ko so štirje policisti opazili pritožnika, kako je vsaj dvakrat iz ust vzel majhno vrečko in jo nekemu prodal. Predvidevali so, da vrečke vsebujejo mamila, in pritožnika aretirali, pri čemer je ta eno vrečko pogoltnil. Ker bi lahko odlašanje okrnilo preiskavo, je državni tožilec odredil zdravniku, da pritožniku predpiše emetik, ki bi spodbudil bruhanje. Kljub nasprotovanju pritožnika, so temu v bolnišnici emetik prisilno vnesli skozi cev, ki so jo speljali skozi nos v želodec, poleg tega pa so mu emetik tudi vbrizgali z injekcijo. Med posegom so ga štirje policisti držali, da se ni mogel premikati. Pritožnik je nato izbruhal vrečko z 0,22 grama kokaina.¹¹⁰ Na podlagi tega je bil kasneje obsojen na pogojno kazen zaradi preprodaje mamil.

Veliki senat je na podlagi vseh dejstev razsodil, da so nemške oblasti s tem ravnanjem kršile 3. člen EKČP, z uporabo tega spornega dokaza v postopku pa je bil kršen 6. člen, tudi privilegij zoper samoobtožbo.

Najprej je Sodišče torej presojalo, ali je z dejanjem prisilnega vnosa emetikov prišlo do kršitve 3. člena. Pri tem je upoštevalo naslednja merila: resnost kaznivega dejanja in potreba po ukrepu,¹¹¹ razpoložljivost drugih manj invazivnih metod, tveganje za pritožnikovo zdravje, način poseganja, zdravniški nadzor in posledice za zdravje. Glede na opisane okoliščine je zaključilo, da je poseg pomenil nečloveško in ponižujoče ravnanje in tako kršitev 3. člena.¹¹²

Ali uporaba nezakonitega dokaza krši pošten postopek?

V nadaljevanju je moralo Sodišče odgovoriti na vprašanje, ali uporaba vrečke z mamilami, torej dokaza, pridobljenega s kršitvijo konvencijske pravice, predstavlja kršitev pravice do poštenega sojenja. Pri tem je Sodišče uporabilo merila, ki jih sicer uporablja za presojo poštenosti

¹¹⁰ Jalloh proti Nemčiji, tč. 11-18.

¹¹¹ Pritožnik je bil ulični preprodajalec, obsojen na 6-mesečno pogojno kazen. Sodnik Bratza v svojem ločenem mnenju opozarja, da se z upoštevanjem teh okoliščin dejansko zrelativizira sicer absolutna prepoved mučenja in nečloveškega ravnanja.

¹¹² Jalloh proti Nemčiji, tč. 76-83.

postopka, in sicer naravo nezakonitosti in kršitve, spoštovanje pravic obrambe in obstoj drugih dokazov.¹¹³ Upoštevalo je, da je bil dokaz pridobljen s kršitvijo ene izmed temeljnih pravic, da je bil ključen za obsodbo in da so bile možnosti obrambe za izpodbijanje dokaza omejene, saj metoda po nacionalnem pravu ni nezakonita. Poleg tega pa je upoštevalo tudi, da javni interes po obsodbi ni bil posebno močan. S tem je Sodišče presoji dodalo nov kriterij, in sicer težo javnega interesa. Po njegovi oceni v konkretnem primeru javni interes po obsodbi ni bil dovolj močan, da bi lahko upravičil uporabo spornega dokaza na sojenju, saj se je ukrep nanašal *le* na uličnega preprodajalca, ki je prodajal manjše količine drog in mu je bila izrečena *le* šestmesečna pogojna obsodba.¹¹⁴

Po stališču Sodišča je namreč pri oceni poštenosti postopka »mogoče **upoštevati javni interes** po preiskavi in kaznovanju določenih dejanj in ga je treba tehtati zoper interes posameznika po zakoniti pridobitvi dokazov zoper njega«, vendar »javni interes **ne more upravičiti ukrepov, ki uničijo samo bistvo pritožnikove pravice do obrambe**, vključno s privilegijem zoper samoobtožbo.«¹¹⁵

Glede **merila narave kršitve** je Sodišče zrelativiziralo absolutno naravo prepovedi iz 3. člena EKČP z vidika pridobljenih dokazov s tem, ko je vzpostavilo umetno razlikovanje med mučenjem in nečloveškim ter ponižujočim ravnanjem.¹¹⁶ Sodišče je najprej poudarilo posebno absolutno naravo 3. člena s tem, da »predstavlja eno najbolj temeljnih vrednot demokratičnih družb« in »celo v izjemnih okoliščinah, kot sta boj zoper terorizem in organizirani kriminal, konvencija prepoveduje na absolutni način..., ne glede na ravnanje žrtve...«.¹¹⁷ V nadaljevanju pa nato dejansko vzpostavi strožji režim za dokaze, ki so pridobljeni z mučenjem, kot v primeru nehumanega in ponižujočega ravnanja, saj za slednje uporabi klasični kriterij presoje poštenosti postopka.

ESČP je izpostavilo, da bi uporaba dokaza, pridobljenega z mučenjem, pomenila kršitev 6. člena v vsakem primeru, ne glede na pomen dokaza.¹¹⁸ Enako velja tudi za izjave, pridobljene s ponižujočim in nehumanim ravnanjem.¹¹⁹ Glede na končno odločitev v zadevi *Jalloh* pa

¹¹³ Ibid, tč. 96.

¹¹⁴ Ibid, tč. 107.

¹¹⁵ Ibid, tč. 97.

¹¹⁶ Erbežnik, Vprašanje ekskluzije (2009), str. 193.

¹¹⁷ Jalloh proti Nemčiji, tč. 99.

¹¹⁸ Ibid, tč. 105. ESČP je to potrdilo tudi v svoji kasnejši praksi, glej npr. Harutyunyan proti Armeniji, tč. 66 in Levinta proti Moldaviji, št. 17332/03, z dne 16. december 2008. tč. 104-105.

¹¹⁹ Zadeva Göçmen proti Turčiji, št. 72000/01, z dne 17. oktober 2006, tč. 74-75.

očitno to ne velja tudi za materialne (testimonialne) dokaze, pridobljene z nečloveškim ravnanjem, čeprav je oboje del absolutne prepovedi iz 3. člena (in za celoten 3. člen velja tudi prepoved derogacije).¹²⁰ Pri presoji dokazov, pridobljenih z nehumanim ravnanjem, je Sodišče upoštevalo že omenjene kriterije, in sicer pomen dokaza, možnost izpodbijanja dokazov in resnost kaznivega dejanja. Zaključek, ki ga lahko potegnemo iz argumentacije Sodišča v zadevi *Jalloh* je, da ne bi bilo nepošteno uporabiti dokaza, pridobljenega z nehumanim ravnanjem, če ta ne bi bil odločilen za obsodbo ter če bi bilo kaznivo dejanje dovolj resno oz. javni interes po pregonu le-tega večji.¹²¹

Ali je bil kršen privilegij zoper samoobtožbo?

Sodišče je posebej obravnavalo še vprašanje kršitve privilegija zoper samoobtožbo. Pri presoji je upoštevalo štiri kriterije,¹²² in sicer:

- naravo in stopnjo prisile, ki je bil uporabljena za pridobitev dokaza, glede katere je ocenilo, da je bila tako močna, da je posegla tako v fizično kot mentalno sfero pritožnika;
- težo javnega interesa za preiskavo kaznivega dejanja in obsodbo, ki je bila nizka, saj je bil obdolženi le »majhna riba«, zato ni upravičevala tako invazivnega posega v njegovo fizično in duševno integriteto;
- obstoj drugih procesnih varovalk;
- ter obremenilno težo dokaza, ki je bil v konkretnem postopku ključen za obsodbo.¹²³

Kljub temu, da je Sodišče na koncu ugotovilo kršitev privilegija,¹²⁴ je sporna pot, ki jo je pri tem ubralo. Kot pri presoji poštenosti postopka, je sodišče tudi tu izrecno upoštevalo »ta novi« ***kriterij javnega interesa*** ter ga dodalo običajnemu trodelnemu testu.

Sodišče je s tem povsem zanemarilo svojo prejšnjo prakso, kjer je izrecno poudarilo, da javni interes ne more upravičiti posega v privilegij zoper samoobtožbo. V zadevi *Saunders* je namreč jasno izrazilo, da se tako poštenost postopka kot sam privilegij nanašata na vse postopke v zvezi

¹²⁰ Tudi po mnenju Torres Chedraui, razlikovanje med dokazi pridobljenimi z mučenjem ali nehumanim ravnanjem ni preveč smiselno. Obe kršitvi sta namreč resni, Sodišče vsa ravnanja iz 3. člena sicer obravnava enako v ostalih kontekstih ter tudi absolutni značaj prepovedi zajema vsa ravnanja. Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str. 216.

¹²¹ Jackson, Summers, *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE* (2012), str. 191.

¹²² *Jalloh* proti Nemčiji, tč. 117.

¹²³ *Ibid*, tč. 118-121.

¹²⁴ *Ibid*, tč. 122.

z vsemi kaznivimi dejanji.¹²⁵ Posledično javni interes ne more upravičiti uporabe dokazov, pridobljenih s kršitvijo privilegija. Sodišče takrat očitno (še) ni bilo pripravljeno tehtati med določeno konvencijsko pravico (privilegijem) na eni strani in legitimnim ciljem (kot je potreba po zagotovitvi javne varnosti) na drugi. To stališče je še utrdilo v zadevi *Heaney in McGuinness*,¹²⁶ kjer je po mnenju Sodišča stopnja uporabljene prisile uničila samo bistvo privilegija, česar pa niti javni red in varnost ne moreta upravičiti.¹²⁷ Pri tem ni zanemarljivo dejstvo, da je šlo v zadevi *Heaney in McGuinness* za obravnavanje dejanja terorizma ter da privilegij ni bil kršen z ravnanjem, ki bi pomenilo tudi kršitev 3. člena Konvencije. Sodišče je jasno in brez dvoma to poudarilo. Če poseg v privilegij torej izniči njegovo esenco, ne more biti nikoli upravičen, ne glede na nasprotno interese.¹²⁸

Očitno pa je to (jasno in izrecno) stališče ostalo spregledano v argumentaciji zadeve *Jalloh*. Kar še bolj bode v oči, je dejstvo, da je pri *Jallohu* res šlo za kaznivo dejanje manjše teže – zgolj za manjšo ribo, po pregonu katere javni interes ni močan, kot se je izrazilo Sodišče. Po drugi strani pa je bilo ravnanje, s katerim je bilo poseženo v njegov privilegij, tako hudo, da je doseglo stopnjo nečloveškega ravnanja. Že samo na tej podlagi, in tudi upoštevajoč ostale klasične kriterije, bi Sodišče lahko mirno zaključilo, da je prišlo do kršitve poštenosti postopka, s tem ko je bil tak dokaz uporabljen. Vpletanje kriterija javnega interesa oz. poudarjanje bagatelnosti dejanja, ki ne upravičuje tako hudega posega, se tako zdi čisto brez potrebe.

S tem je Sodišče implicitno vzpostavilo, da privilegij varuje pred prisilo le v primeru manj resnih kaznivih dejanj. V kolikor temu ne bi bilo tako, zakaj potem sploh upoštevati težo kaznivega dejanja?¹²⁹

Zmoti torej poudarjanje Sodišča, da je šlo v konkretnem primeru *le* za manjšega preprodajalca mamil, ki je bil pogojno obsojen na šest mesecev zaporne kazni. To stališče je sprožilo mnoge

¹²⁵ Kompleksnost preiskave določenih kaznivih dejanj ne more upravičiti posega v privilegij. Saunders proti ZK, tč. 74.

¹²⁶ *Heaney in McGuinness* proti Irski, tč. 51-55. V navedeni zadevi sta bila pritožnika aretirana zaradi suma sodelovanja v terorističnih aktivnostih (eksplozija bombe v vojaškem objektu, zaradi katere je umrlo 5 vojakov, več ljudi pa je bilo poškodovanih). Med zaslišanjem nista želela povedati, kje sta se nahajala v času kaznivega dejanja, zaradi česar sta bila obsojena zaradi prikrivanja informacij na šestmesečno zaporno kazen. Podlago za to je dajal zakon, ki je določal, da so osebe, osumljene vpletenosti v teroristične aktivnosti, dolžne povedati, kje so se nahajale v času kaznivega dejanja. Sodišče je zaključilo, da grožnja sankcije (konkretno kazenske odgovornosti) za prikrivanje informacij glede kaznivega dejanja, katerega je ta oseba osumljena, pomeni kršitev privilegija zoper samoobtožbo.

¹²⁷ *Ibid.*, tč. 57-58.

¹²⁸ Jackson, Summers, *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE* (2012), str. 280-281. Glej tudi sodbo Quinn proti Irski.

¹²⁹ Ashworth, *Self-Incrimination in European Human Rights Law* (2008), str. 766.

kritike, ali to zdaj pomeni, da bi tako hudi posegi lahko bili upravičeni, če ne bi šlo le za bagatelno kaznivo dejanje – v kolikor bi npr. šlo za preprodajo drog v velikem obsegu, spolno kaznivo dejanje ali primer organiziranega kriminala? ¹³⁰

Kriterij javnega interesa?

Sodba tako vodi v zaključek, da nimajo vsi enake pravice do varovanja privilegija, ¹³¹ ampak velja »bolj je pomemben storilec, bolj je upravičena uporaba prisilnih sredstev«. ¹³² Domet varstva, ki ga nudi privilegij, je tako očitno odvisen od resnosti obravnavanega kaznivega dejanja.

Postavi se vprašanje, ali je teža kaznivega dejanja sploh lahko kdaj dober argument za opustitev tako pomembne garancije, kot je privilegij zoper samoobtožbo? Ali to posledično pomeni le, da »večji kot je zločin, manjše so možnosti poštenega sojenja«? ¹³³

Če pogledamo posledice upoštevanja javnega interesa oz. teže kaznivega dejanja kot merila pri uporabi izločitvenega pravila, lahko vidimo, da to ne utrjuje ciljev, h katerim je usmerjen institut ekskluzije. Dajanje prednosti javnemu interesu po pregonu težjega kaznivega dejanja nima preventivnega učinka na ravnanje policije. Ravno nasprotno – tej sporoča, da v primeru težjega kaznivega dejanja lahko uporabi vsa sredstva, ne upoštevajoč procesne garancije osumljenca, saj zaradi prevladujočega javnega interesa tako pridobljeni dokazi na koncu ne bodo izločeni. Tako stališče prav tako v temelju nasprotuje tudi cilju varovanja pravic. Njihovo varstvo je namreč še toliko bolj pomembno v primeru resnih kaznivih dejanj ¹³⁴ in če je dokaz izločen le v primeru bagatele, potem cilj varstva pravic ne more biti dosežen. ¹³⁵ Prav tako pa je z upoštevanjem javnega interesa spodkopana moralna integriteta pravosodnega sistema, ¹³⁶ saj to sporoča, da sistem spoštuje pravila le, kadar ni prisotnih nasprotujočih interesov. ¹³⁷

¹³⁰ Ibid.

¹³¹ Kot je bilo to vzpostavljeno v zadevi *Saunders*.

¹³² S tem se strinja tudi Croquet, *The Role and Extent of Proportionality of Analysis*, str. 331. Glej tudi ločeno mnenje sodnikov Wildhaber in Caflisch v zadevi *Jalloh*.

¹³³ Glej Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 65-86.

¹³⁴ Tako tudi ESČP v zadevi *Salduz* proti Turčiji, tč. 54.

¹³⁵ Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 84-85.

¹³⁶ Tudi sodnik Bratza je v svojem ločenem mnenju v zadevi *Jalloh* zavzel stališče, da javni interes po obsodbi ne more v nobenem primeru upravičiti uporabe dokazov, pridobljenih s kršitvijo 3. člena EKČP. To bi namreč pomenilo izvotlitev temeljnih vrednot poštenosti in pogubno vplivalo na integriteto sodnega postopka ter omajalo zanesljivost takih dokazov. Sodnik Zupančič pa je v svojem ločenem mnenju v tej zadevi izpostavil, da je bil celoten pravosodni sistem izpostavljen degradaciji, ki je mnogo bolj nevarna kot tista, kateri je bil izpostavljen pritožnik.

¹³⁷ Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 84-85.

Na prvi pogled je morda res logično, da se verjetnost dopustitve dokaza poveča s težo kaznivega dejanja.¹³⁸ Če si npr. predstavljamo, da je bilo izvršeno kaznivo dejanje umora ter da smo pri tem, sicer na nedopusten način, pridobili trdne in zanesljive dokaze, potem »neke procesne pomanjkljivosti« ne bi smele preprečiti obsodbe.¹³⁹ Ampak če situacijo pogledamo iz drugega zornega kota, pridemo do ugotovitve, da tako *logično* stališče vodi v *absurden rezultat*. Če dovolimo izvedbo dokazov, pridobljenih s kršitvijo temeljnih procesnih garancij, ker je izvršeno kaznivo dejanje *dovolj resno*, to v končni posledici pomeni, da zločin obdolženega upravičuje zločin oblasti.¹⁴⁰

Za razliko od 8. člena in 10. člena EKČP, 6. člen tudi ne opisuje okoliščine, po kateri bi javni interes upravičil poseg v pravice poštenega sojenja. Sodišče pri tem ni jasno odgovorilo, ali gre v takem primeru za pravico, ki sicer ni absolutne narave, vendar vseeno ne dopušča posega v imenu javnega interesa.¹⁴¹

Tehtanje javnega interesa nasproti temeljnim procesnim garancijam, po mnenju Torresove, preceni vrednost spoštovanja kazenskopravnih norm in podceni vrednost, ki jo ima spoštovanje vladavine prava, postavljene meje arbitrarnosti in pravičnosti.¹⁴² Pravičnost v kazenskem postopku narekuje vzpostavitev materialne resnice, vendar ob sočasnem spoštovanju posameznikovih pravic – legitimna pravičnost v postopku predvideva obstoj pravic.¹⁴³

Če uporabimo težo kaznivega dejanja kot faktor pri odločanju, ali naj bo zagotovljena zaščita privilegija in poštenost sojenja nasploh, s tem pustimo nezaščitene tiste, ki jim grozijo strožje kazni. Pravica do poštenega sojenja gre vsem, ki se soočijo z oblastjo in z omejitvijo le-te zgolj na kategorijo »lažjih zločincev« pravica izgubi svoj temelj, torej zaščito pred arbitrarnim

¹³⁸ Če bi povzdignili privilegij na raven absolutne pravice tudi v primerih težjih kaznivih dejanj, bi to mnogokrat pomenilo, da bi kot družba ostali povsem brez obrambe v primeru takih dejanj – obramba nedolžnega pa ne sme rezultirati v nekaznovanju krivega. V skladu s tem, bi bil zato pristop po načelu sorazmernosti najbolj smiseln. V podporo takemu stališču glej ločeni mnenji sodnikov Valtioes in Martens, v zadevi Saunders proti ZK.

¹³⁹ V to smer gre vse bolj tudi retorika v ameriški praksi. Glej npr. mnenje sodnika Scalie v zadevi Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006); in mnenje sodnika Roberts v zadevi Herring v. United States: »Primarna cena izločitvenega pravila je, da ostanejo na prostosti krivi in potencialno nevarni obdolženci. Včasih to žali temeljna načela kazenskopravnega sistema«.

¹⁴⁰ Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 85-86.

¹⁴¹ ESČP je v določenih primerih strogo zavrnilo možnost tehtanja javnega interesa nasproti poštenemu sojenju (npr. Teixeira de Castro proti Portugalski, št. 25829/94, z dne 9. junij 1998), v določenih sprejelo možnost tehtanja (npr. Heglas proti Češki, št. 5935/02, z dne 8. avgust 2011), v določenih pa načelno dopustilo možnost tehtanja, v kolikor ni poseženo v samo bistvo pravice (npr. Heaney and McGuinness proti Irski).

¹⁴² Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str.233-234. Po mnenju avtorice tak pristop odseva popolnoma napačen koncept vloge človekovih pravic, ki obstajajo ravno zato, da se zaščitijo interesi posameznika nasproti volji večine, ki kot taka ni naklonjena zaščiti njegovih pravic.

¹⁴³ Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 83-84.

delovanjem države. Ker osebi, obdolženi težjega kaznivega dejanja, grozi strožja kazen, bi mogli biti standardi presoje zato še primerno strožji.¹⁴⁴

V zadevi *Jalloh* pa je Sodišče ubralo drugačno pot tehtanja in pustilo odprto možnost, da bi privilegij lahko bil kršen v imenu prevladujočega javnega interesa. Povečalo je nejasnost z vidika, ali je morda določena stopnja uravnavanja privilegija nasproti javnemu interesu lahko primerna.¹⁴⁵

In kar je bilo leta 1952 nedvomno dejanje, ki šokira vest,¹⁴⁶ je leta 2006 očitno postalo vprašanje, ki mora biti pretehtano.¹⁴⁷

4.2. Gäfgen proti Nemčiji

Zadeva *Gäfgen proti Nemčiji* je primer, ki odpira tako moralne kot pravne razsežnosti, in ni pustil enotnih odzivov.¹⁴⁸

Sodišče je bilo v tej zadevi soočeno s težkim vprašanjem – ali lahko policist osumljencu grozi z mučenjem, če verjame, da bi s tem rešil življenje otroka? Odgovor sodišča je bil jasen »ne« z vidika dopustnosti dejanja in hkrati niti ne tako jasen, ko pogledamo z vidika izločitve dokazov. Sodišče je namreč takim ravnanjem pustilo priprta vrata s tem, ko je odločilo, da pravice iz Konvencije niso bile kršene, saj niso bili izločeni dokazi, pridobljeni kot posledica te grožnje.¹⁴⁹

Če se vrnemo na začetek zgodbe. Leta 2002 je pritožnik ugrabil enajstletnega dečka, ga umoril ter skrnil njegovo truplo, od njegovih staršev pa nato zahteval milijon evrov odkupnine. Ko je prevzel odkupnino, ga je policija aretirala v prepričanju, da je otrok še živ (na kar je nakazal tudi sam med zaslišanjem). Naslednjega dne je namestnik vodje policije odredil podrejenemu policistu, naj pritožniku grozi, da mu bodo prizadejali hude fizične bolečine in mu jih po potrebi tudi zadaja, dokler ne bo razkril, kje se deček nahaja – vse to v prepričanju, da je deček še živ

¹⁴⁴ Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str. 228.

¹⁴⁵ Jackson, Summers, *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE* (2012), str. 280-281. Posledice novega pristopa glede merila javnega interesa se pokažejo v zadevi *O'Halloran in Francis proti Združenemu kraljestvu*, št. 15809/02, 25624/02, z dne 29. junij 2007, kjer ESČP sicer javnega interesa izrecno ne omeni, kljub temu pa ta posredno vpliva na končno odločitev.

¹⁴⁶ Kot se je izrazil sodnik Frankfurter v zadevi *Rochin v. California*, kjer je bilo podobno dejansko stanje kot v zadevi *Jalloh*.

¹⁴⁷ Glej ločeno mnenje sodnika Zupančiča v zadevi *Jalloh*.

¹⁴⁸ Veliki senat je odločil z 11 glasovi za in 6 proti.

¹⁴⁹ Smet, *Gäfgen v. Germany* (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>.

in je njegovo življenje ogroženo. Policist je njegova navodila tudi upošteval. Pritožniku je grozil, da mu bo oseba, posebej izurjena za te namene, povzročala nevzdržne bolečine, kakršnih ni še nikoli izkusil, dokler ne bo razkril lokacije dečka. Po desetih minutah groženj je pritožnik klonil – razkril je lokacijo trupla, nato pa še priznal, da je dečka ugrabil in umoril.¹⁵⁰

Da so grožnje z mučenjem predstavljale kršitev 3. člena, je bilo dokaj nesporno.¹⁵¹ Veliki senat je menil, da je bila grožnja z mučenjem, katere namen je bil zlom pritožnikove volje in pridobitev njegove izjave, nečloveško ravnanje (ni pa doseglo stopnje mučenja). Pri tem je upoštevalo različne okoliščine: trajanje grdega ravnanja; učinke, ki jih je to imelo na pritožnika, zlasti v duševnem smislu (strah, duševno trpljenje); ali je bilo ravnanje načrtovano; njegov namen in kontekst, v katerem se je izvajal.¹⁵²

Izločitev dokazov?

Dokaj sporna pa je bila na drugi strani odločitev Sodišča, da uporaba materialnih dokazov, ki so bili posledica uporabe nezakonitih metod zasliševanja, ne pomeni kršitve privilegija zoper samoobtožbo in pravice do poštenega sojenja.¹⁵³

Nemško sodišče je izjave pritožnika, podane pod vplivom groženj, štelo kot nedovoljen dokaz in so bile izločene. Izločeni pa niso bili materialni dokazi, ki so bili najdeni na podlagi teh izjav – truplo in poročilo z obdukcije, sledovi gum avtomobila pritožnika, ki so jih našli ob truplu, dečkove obleke in nahrbtnik. Nacionalno sodišče je svojo odločitev utemeljilo na načelu sorazmernosti – uporaba ekskluzijskega pravila, ki bi povzročila izločitev vseh dokazov, pridobljenih na podlagi izsiljenih izjav, bi bila v konkretnem primeru povsem nesorazmerna kršitvi pritožnikovih ustavnih pravic z grožnjo s psihično silo nasproti preiskovanemu dejanju umora. Ob tehtanju med težo očitanih kaznivih dejanj in težo kršitve, je sodišče torej zaključilo, da njegove pravice niso bile kršene v tolikšni meri, da bi bila kršena vladavina prava.¹⁵⁴

¹⁵⁰ Gäfgen proti Nemčiji, tč. 10-23.

¹⁵¹ Že nemška sodišča so bila soglasna, da je ravnanje policistov nezakonito in predstavlja kršitev tako nacionalnih postopkovnih pravil kot ustavnih pravic in 3. člena EKČP. Policista sta bila obsojena na (dokaj nizko) denarno kazen ter premeščena na drugo delovno mesto.

¹⁵² Gäfgen proti Nemčiji, tč. 101-107. Grožnje z mučenjem so trajale le 10 minut; pri pritožniku so povzročile precejšen strah, tesnobo in psihično trpljenje, vendar ne trajnih posledic; ravnanje je bilo načrtovano in namerno povzročeno z namenom pridobiti izjavo; izvedeno je bilo, ko je bila pritožniku odvzeta prostost, ko je imel vkljenjene roke in bil zato v stanju ranljivosti.

¹⁵³ Za primerjavo glej zadevo Vrhovnega sodišča ZDA *Nix v. Williams*.

¹⁵⁴ Postopek na nacionalni ravni je opisan v tč. 24-46.

ESČP je sicer zavzelo stališče, da bi bilo treba tako pridobljene dokaze skladno s 6. členom izločiti. To stališče pa je nato zrelativiziralo¹⁵⁵ s tem, da se je povsem oprlo na priznanje, ki ga je dal pritožnik na sojenju, prostovoljno in ob navzočnosti zagovornika. Po oceni Sodišča tako med prvim (izsiljenim) priznanjem in naknadnim (prostovoljnim) priznanjem ni bilo vzročne zveze.¹⁵⁶ Sporni materialni dokazi so, po mnenju Sodišča, imeli le dopolnilo naravo in so jih nacionalna sodišča uporabila le za potrditev verodostojnosti prostovoljnega priznanja in na njih niso utemeljila krivde pritožnika. Da se je pritožnik z drugim priznanjem »prostovoljno« obremenil sam, da je imel možnost ugovarjati dopustnosti dokazov v nacionalnem postopku in da so bile izsiljene izjave izločene, je bilo dovolj za oceno Sodišča, da je bil postopek pošten in privilegij spoštovan.¹⁵⁷

Zamujena priložnost?

Sodba bralcu pusti občutek, da je ESČP iskalo neko kompromisno rešitev med pregonom izvršenega dejanja in med posegom v pravice pritožnika, ki so dane vsem, tudi storilcem tako hudega kaznivega dejanja kot v zadevi *Gäfgen* (ugrabitvev in umor otroka). Način, na katerega je Sodišče argumentiralo povezavo 3. člena in vprašanje poštenosti postopka, pusti priokus nepravilne odločitve.¹⁵⁸

Sodišče je nekako uspelo »zapakirati« utemeljitev poštenosti postopka¹⁵⁹ v argument *zgolj dopolnilne narave dokazov*, da svoje odločitve ni izrecno oprlo na prevladujoč javni interes. Vseeno menim, da je bil ravno slednji dejansko v ozadju odločitve¹⁶⁰ – pritožnik je ugrabil in umoril 11-letnega dečka, sporni dokazi so bili trdni in odziv javnosti, če bi bili izločeni dokazi, kot je dečkovo truplo, bi bil vse prej kot temu v podporo. Na to namiguje tudi Sodišče samo.

¹⁵⁵ Tratnik, Sadež zastrupljenega drevesa ni bil dovolj strupen (2010), str. 32-34. Avtorica se sprašuje, kako bi ESČP odločilo, če pritožnik ne bi ponovno (prostovoljno) priznal – bi sodba padla, ali bi sodišča našla kakšno drugo pot za utemeljitev krivde?

¹⁵⁶ Glej tudi Ast, *The Gäfgen Judgment* (2010), str. 1404-1405, kjer avtor pritrjuje stališču Sodišča. Na drugi strani pa so sodniki Rozakis, Tulkens in ostali v združenem ločenem mnenju opozorili, da ne moremo kar trditi, da je bila vzročna zveza med nehumanim ravnanjem in obsodbo prekinjena s tem drugim (prostovoljnim) priznanjem. Lahko le ugibamo, zakaj je pritožnik ponovno priznal – lahko je resnično obžaloval dejanje, lahko pa je le ocenil, da bo to izboljšalo njegov procesni položaj, glede na to, da sporni dokazi niso bili izločeni. Tako tudi Smet, *Gäfgen v. Germany* (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>.

¹⁵⁷ *Gäfgen* proti Nemčiji, tč. 178-180.

¹⁵⁸ Glej tudi Wierenga, Wirtz, *Case of Gäfgen* (2009), str. 368.

¹⁵⁹ Da je argumentacija Sodišča šibka opozarjajo tudi Maffei, Sonenshein, *The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree* (2013), str. 231; Wierenga, Wirtz, *Case of Gäfgen* (2009), str. 369; Smet, *Gäfgen v. Germany* (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>; Simonsen, 'Is torture ever justified?' (2010), URL: <https://www.ejiltalk.org/'is-torture-ever-justified'-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/>.

¹⁶⁰ Da je imel javni interes pomen pri odločitvi Sodišča, se vidi tudi skozi retoriko v sodbi. Tako Ervo, *The hidden meanings* (2016), str. 222.

To sicer najprej poudari, da privilegij predvideva, da tožilstvo dokaže svoj primer brez uporabe dokazov, pridobljenih z uporabo sile v nasprotju z voljo obdolženega, ter nadalje, da v primerih, ki zadevajo kršitve 3. člena EKČP, ne pride v poštev nobeno tehtanje drugih interesov, niti teže kaznivega dejanja ali javnega interesa po pregonu.¹⁶¹ V nadaljevanju pa lahko vseeno zaznamo elemente tehtanja, ko Sodišče prepozna, da so si v obravnavanem primeru v nasprotju različni interesi.¹⁶² Po eni strani Sodišče poudari interes žrtve kaznivega dejanja in njene družine ter javnosti po pregonu in kaznovanju storilcev teh dejanj, katerih učinkovitost bi bila okrnjena z izločitvijo zanesljivih in prepričljivih dokazov. Ta je bil v obravnavanem primeru še posebno velik; posebnega pomena pa je tudi dejstvo, da namen groženj ni bila pospešitev postopka, temveč rešitev otrokovega življenja (in s tem varovanje ene izmed temeljnih pravic konvencije, pravice do življenja).¹⁶³ Po drugi strani ima vsak obdolženi pravico do poštenega sojenja, pri čemer je tudi v interesu javnosti, da se ohrani integriteta sodnega postopka in s tem vrednote vladavine prava, na katerih sloni civilizirana družba.¹⁶⁴ Interes javnosti torej ni le v pregonu storilcev, temveč tudi v varovanju vladavine prava, ki bi bila spodkopana z uporabo dokazov pridobljenih s kršitvijo absolutne pravice. V nasprotnem primeru bi to pomenilo, da smo v imenu pregona žrtvovali eno izmed temeljnih vrednot in s tem spodkopali vrednote celotnega pravosodnega sistema.¹⁶⁵

Vprašanje je, kakšni bodo praktični vplivi te sodbe. Glede na to, da je Sodišče ugotovilo kršitev 3. člena EKČP, to jasno pomeni, da policisti v nobenem primeru ne smejo ravnati nehumano. Tako je še bolj nerazumljivo, kako Sodišče ni preprosto prišlo do odločitve, da je uporaba vseh dokazov pridobljenih v nasprotju s 3. členom, tudi kršitev 6. člena EKČP.¹⁶⁶ Ravno zaradi tega se zdi, da je posledično Sodišče v primerih težjih kaznivih dejanj pustilo odprta vrata ravnanjem v smislu »*ravnaj nehumano in plačaj le simbolično kazen*«, na sam postopek pa to ne bo imelo vpliva, ker dokaz tako ali tako ne bo izločen.¹⁶⁷

¹⁶¹ Gäfgen proti Nemčiji, tč. 176-177. ESČP poudari, da mora biti ravno v primerih, ko grozijo najstrožje kazni, pravica do poštenega sojenja zagotovljena na najvišji možni ravni.

¹⁶² Maffei, Sonenshein, *The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree* (2013), str. 235.

¹⁶³ Greer zagovarja stališče, da bi bilo potrebno upoštevati tudi pravico do življenja na drugi strani in ne samo procesne pravice pritožnika. Dejstvo je, da je Gäfgen kršil pravice dečka v veliko večji meri, kot pa policija pravice Gäfgena in da bi se ta lahko izognil trpljenju, če bi razkril lokacijo trupla. Pri tem izpostavi tudi velik razkorak med »moralno vrednostjo« na eni strani nedolžnega in brutalno ubitega dečka in na drugi ugrabitelja in moralca otroka. Greer zaključí, da bi ravno v situaciji, ko sta si nasproti dve absolutni konvencijski pravici, morali biti moralni kriteriji upoštevani in ne spregledani. Greer, *Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished?* (2011), str. 80-87.

¹⁶⁴ Gäfgen proti Nemčiji, tč. 175.

¹⁶⁵ Združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih, tč. 12.

¹⁶⁶ Smet, *Gäfgen v. Germany* (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>.

¹⁶⁷ Maffei, Sonenshein, *The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree* (2013), str. 238.

Sodišče je tako zamudilo priložnost, da natančno določi domet izločitvenega pravila glede dokazov, pridobljenih s kršitvijo 3. člena. Na nedvoumen način bi lahko odgovorilo, da ne glede na dejanje pritožnika, poštenost postopka, zagotovljena v 6. členu, predpostavlja dosledno spoštovanje človekovih pravic in vladavine prava in tako izločitev vseh dokazov, pridobljenih s kršitvijo absolutnih pravic. Kako lahko sicer sploh še govorimo o poštem postopku?¹⁶⁸

Premik k materialni resnici in učinkovitosti postopka?

Zaključek Sodišča je tako, da je lahko pošten tisti postopek, v katerem so uporabljeni inkriminatorski materialni dokazi, ki so bili pridobljeni z nehumanim ravnanjem, če ti niso vplivali na izid postopka.¹⁶⁹ Pri tem je težko razumeti, kako naj taki dokazi ne bi vplivali na izid postopka. Ta je namreč od omejitve prostosti do izreka kazni neka zaključena celota, zato nekaj, kar se zgodi na določeni točki postopka, lahko pomembno vpliva na nadaljnji potek postopka¹⁷⁰ – še toliko bolj, ko to »nekaj« pomeni kršitev absolutne pravice obdolženca. In če že taki dokazi nimajo nobenega vpliva na izid postopka, potem je na mestu vprašanje, kaj je sploh pomen njihove uporabe?¹⁷¹ In zakaj potemtakem ista logika ne velja tudi za materialne dokaze, ki so bili pridobljeni z mučenjem?¹⁷²

Tako se zdi, da je ESČP sprejelo bolj moralno kot pa pravno odločitev.¹⁷³ Absolutna narava prepovedi nehumanega ravnanja v kombinaciji s privilegijem in pravico do poštemega postopka bi namreč lahko pripeljala do rezultata, ki bi bil po občutku nepravilčen – storilcu bi bila lahko izrečena milejša kazen ali bi v skrajnem primeru ostal nekaznovan.¹⁷⁴ Na prvi pogled smo tako z razlago Sodišča prišli do bolj pravičnega rezultata – ampak pravičnega za koga? Namen

¹⁶⁸ Združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih, tč. 2.

¹⁶⁹ Torres Chedrauijeva opozarja na napačno razumevanje Sodišča, kaj je bistvo »okuženega dokaza«. Dokaz namreč postane okužen zaradi nepravilnosti pri njegovem pridobivanju, in ne zaradi njegovega vpliva na končni rezultat. Glej Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str. 216.

¹⁷⁰ ESČP je to prepoznalo že v zadevi Salduz proti Turčiji, tč. 58, kjer je poudarilo, da tudi naknadne procesne varovalke ne morejo izničiti kršitve, ki se je zgodila v zgodnejših fazah postopka. Pri tem ni nezanemarljivo, da je šlo pri Salduzu, v primerjavi z absolutnostjo 3. člena, »le« za kršitev pravice do zagovornika.

¹⁷¹ Združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih, tč. 6 in 9; Smet, *Gäfgen v. Germany* (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/>.

¹⁷² Pretrganje vzročne zveze ali kakšen drug intelektualni koncept ne more premostiti krivice, če so uporabljeni dokazi pridobljeni s *katerokoli* kršitvijo 3. člena. Glej Združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih, tč. 9.

¹⁷³ Ravno v moralni presoji, in ne pravni logiki, vidi odgovor Greer. Kot osrednje moralno vprašanje izpostavi, zakaj bi morala pravica osumljenca, za katerega je skoraj gotovo, da je ugrabil otroka, da mu je prizaneseno kratko psihološko trpljenje, prevladati nad pravico žrtve, da se izogne mnogo hujšemu fizičnemu in psihičnemu trpljenju in smrti. Greer, *Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished?* (2011), str. 80-87.

¹⁷⁴ V takem primeru za to ne moremo kriviti procesnih garancij kot takih, temveč je vzrok v ravnanju policistov, ki so te garancije kršili. Glej Sauer, *Trilsch, Gafgen v. Germany* (2011), str. 319; združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih.

procesnih garancij je v varstvu položaja obdolženca, ne javnega interesa. Zaobiti le-te, zato da bo končni rezultat bolj »pravičen« v očeh javnosti,¹⁷⁵ zagotovo ni skladno z garantnim ciljem kazenskega postopka. Prav tako je v nasprotju s temeljno percepcijo varstva človekovih pravic pogled, da se spoštovanje le-teh zmanjša, ko se resnost kaznivega dejanja poveča.

V nasprotju s percepcijo varstva človekovih pravic je tudi stališče ESČP, da sta poštenost postopka in učinkovita zaščita pravic ogrožena le, če je imela kršitev vpliv na rezultat sojenja.¹⁷⁶ Na ta vodilni argument Sodišča pri odločitvi v zadevi *Gäfgen*, da inkriminatorski materialni dokaz ni imel vpliva na končni rezultat postopka, lahko gledamo tudi kot na korak proti večjemu pomenu iskanja materialne resnice v doktrini Sodišča.¹⁷⁷ Cena izločitve tako zanesljivih dokazov (kot je npr. truplo) bi bila lahko z vidika učinkovitosti previsoka.¹⁷⁸ Vendar je pri tem potrebno paziti, da cilji vladavine prava niso spodkopani v imenu učinkovitosti preiskave. V takem primeru bi lahko učinkovitost uporabili kot izgovor za kršitve pravic in te bi bile ugotovljene le, ko dokazi ne bili zanesljivi za ugotavljanje resnice – procesne garancije bi bile potentakem le ovira na poti ugotavljanja resnice.¹⁷⁹

Podoben odmik od doslednega spoštovanja garantne funkcije lahko vidimo tudi v ameriški sodni praksi. Ta je v zadevi *Patane*,¹⁸⁰ tako kot ESČP v zadevi *Gäfgen*, vzpostavila razlikovanje med izjavami in fizičnimi dokazi, kot sadeži take izjave. Vrhovno sodišče ZDA je odločilo, da uporaba fizičnih dokazov, ki so sadeži izjave, dane prostovoljno, vendar s kršitvijo pravice do pravnega pouka, ne pomeni kršitve privilegija. Cilj privilegija, vsebovanega v petem amandmaju k ameriški ustavi, je namreč, da se zagotovijo verodostojni dokazi, z izločanjem fizičnih dokazov, pa bi izgubili relevantne in verodostojne dokaze.¹⁸¹ Čibejeva meni, da je težko pritrditi stališču, da uporaba fizičnih dokazov, ki so sadeži s kršitvijo (pravice do pouka) pridobljene izjave, na sojenju ne pomeni nobene nevarnosti, da bi bila izjava, sicer izločena,

¹⁷⁵ Sodišča težko izločijo dokaze, ko imamo težko kaznivo dejanje, pri katerem je pritisk javnosti po obsodbi velik. To se vidi v zadevi *Gäfgen*. Glej Thommen, Samadi, *The Bigger the Crime, the Smaller the Chances of a Fair Trial?* (2016), str. 84.

¹⁷⁶ *Gäfgen* proti Nemčiji, tč. 178.

¹⁷⁷ Da je potrebna izločitev dokazov, ki so bili pridobljeni s kršitvijo mučenja ne glede na njihov pomen, jasno pokaže, da je namen izločitve v tem primeru varstvo legitimnosti celotnega postopka. Taki dokazi so namreč prepovedani v vsakem primeru, saj bi njihova uporaba posredno legitimirala moralno nevzdržna ravnanja, katerim so se snovalci 3. člena želeli izogniti. Glej Jackson, Summers, *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE* (2012), str. 188; Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str. 217.

¹⁷⁸ Zanesljivost dokaza ima pri tehtanju težo zlasti pri posegih v zasebnost, prim. Khan proti ZK, tč. 35-7. V dotedanji praksi glede posegov v privilegij, pa kriterij zanesljivosti ni imel osrednje vloge.

¹⁷⁹ Torres Chedraui, *An Analysis of the Exclusion of Evidence* (2010), str. 233.

¹⁸⁰ *US v. Patane*, 542 U.S. 630 (2004).

¹⁸¹ Čibej, *Miranda: ustavna pravica ali ne?* (2005), str. 29.

tudi dejansko uporabljena zoper obdolženca. Izjava res ne bo uporabljena v obliki, v kateri je bila pridobljena, bo pa lahko uporabljena vsebina take izjave.¹⁸² V zadevi *Gäfgen* je tako policija na podlagi izsiljene izjave pritožnika, med drugim, našla truplo dečka. Ta izjava se na sojenju sicer ne sme uporabiti, lahko pa se, po logiki Sodišča, uporabi truplo. Tako v primeru *Gäfgen*, kot *Patane*, zbode v oči dejstvo, da se izjave, ki jih policija pridobi s kršitvijo privilegija, ne smejo uporabiti na sojenju, kar očitno pomeni, da gre za nedopustne dokaze, medtem ko se na podlagi takih nedopustnih dokazov pridobljen dokaz, lahko uporabi na sojenju.¹⁸³

Pri tem velja še izpostaviti, da zgolj načelna ugotovitev, da je bil dokaz res pridobljen s kršitvijo (absolutne) pravice obdolženca, na njegov položaj nima nobenega vpliva, če je hkrati podana še neka utemeljitev, zakaj so taki dokazi dovoljeni. Prav tako ni imela nobenega vpliva izločitev izjave, če so bili nato sprejeti ostali inkriminatorni dokazi. V takem primeru je težko reči, da je obdolženi še imel možnost učinkovite obrambe.¹⁸⁴

Sodišče bi tako dejansko lahko z odločitvijo v zadevi *Gäfgen* zaprlo vrata v sodni postopek vsem inkriminatornim dokazom, pridobljenim s katerokoli od oblik grdega ravnanja, in ne samo izjavam ter tistim materialnim dokazom, pridobljenim z mučenjem. Tako pa je storilo ravno obratno.¹⁸⁵

4.3. Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu

Za uresničitev privilegija zoper samoobtožbo je pomembno tudi spoštovanje pravice do zagovornika. Skozi svojo prakso je ESČP kot pomembne faktorje pri presoji, ali je prišlo do kršitve te pravice, upoštevalo zlasti, ali je osumljenec podal izjavo in ali je bil podvržen pritisku ali sili.¹⁸⁶

¹⁸² Ibid, str. 29-30.

¹⁸³ Ibid, str. 30. Čibejeva pravi, da Vrhovno sodišče ZDA izjave, ki je bila dana s kršitvijo *mirande*, a je bila kljub temu dana prostovoljno, očitno ne šteje za dovolj prostovoljno, da bi jo lahko na sojenju uporabili neposredno, kljub temu pa jo šteje za dovolj prostovoljno, da je lahko vir pridobivanja drugih dokazov.

¹⁸⁴ Združeno ločeno mnenje sodnikov Rozakis, Tulkens in ostalih, tč. 7.

¹⁸⁵ Ibid, tč. 2.

¹⁸⁶ V zadevi *Magee* proti ZK je tako ESČP ugotovilo kršitev, saj je pritožnik v prisilnem in zastrašujočem ozračju med pridržanjem zaradi suma vpletenosti v teroristična dejanja, v odsotnosti zagovornika, podal inkriminatorno izjavo, ki je bila nato na sojenju uporabljena zoper njega. Glej tudi zadevo *Brennan* proti Združenemu Kraljestvu, št. 39846/98, z dne 22. oktober 2001, kjer pa kršitev ni bila ugotovljena, saj pritožnik ni podal inkriminatorne izjave.

Za zagotavljanje učinkovitih in praktičnih pravic, 6. člen EKČP zahteva kot pravilo, da je dostop do zagovornika zagotovljen (vsaj) od prvega zaslišanja dalje, razen če je v luči okoliščin konkretnega primera izkazano, da obstajajo *utemeljeni razlogi* za omejitev te pravice. Četudi so podani taki utemeljeni razlogi, ki izjemoma utemeljijo omejitev pravice do zagovornika, pa ne sme priti do nepopravljivega posega v pravice iz 6. člena. Za nepopravljiv poseg v posameznikove pravice gre načeloma, kadar so obremenilne izjave, ki so bile podane v času policijskega zaslišanja in v odsotnosti zagovornika, uporabljene za obsodbo. Gre za standard, ki ga je v zvezi s policijskim zaslišanjem in pravico do zagovornika ESČP vzpostavilo v zadevi *Salduz*.¹⁸⁷ Sodišče je poudarilo izjemno naravo omejitve te pravice in uvedlo domnevo, da je postopek kot celota nepošten, če so obtožujoče izjave kasneje uporabljene za obsodbo.¹⁸⁸ Obremenilne izjave, ki so bile torej dane na podlagi kršitve pravice do zagovornika, bi torej morale biti izločene iz postopka, da še lahko govorimo o poštenem postopku.

Tako postavljeno stališče je bilo trdno in temu je sledila tudi praksa.¹⁸⁹ Potem pa je prišla zadeva *Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu*. V njej so štirje pritožniki zatrjevali kršitev pravice do poštenega sojenja, saj so bili zaslišani brez prisotnosti zagovornika, tako podane izjave pa so bile uporabljene na sojenju zoper njih.

Odstop od doktrine Salduz?

Zgolj dva tedna po odmevnih terorističnih napadih v Londonu 7. 7. 2005, v katerih je umrlo 52 ljudi, več sto pa je bilo poškodovanih, je prišlo do poskusa novega napada, v katerega so bili vpleteni prvi trije pritožniki. Ti so 21. julija 2005, skupaj s še četrto osebo, ki ni bila pritožnik v postopku pred ESČP, detonirali štiri bombe na treh podzemnih vlakih in avtobusu v centru Londona. Bombe so bile detonirane, vendar zaradi tehnične pomanjkljivosti niso eksplodirale. Dva dni kasneje je bila v parku najdena še peta bomba, zapuščena in še ne detonirana. Na podlagi videoposnetkov se je začel lov na osumljence in vsi štirje so bili konec julija aretirani.¹⁹⁰

¹⁸⁷ Salduz proti Turčiji, tč. 55. V zadevi Salduz je bil mladoletni pritožnik osumljen sodelovanja v neavtoriziranih demonstracijah in na podlagi domače zakonodaje mu je bila omejena pravica do zagovornika. Brez dostopa do zagovornika je podal inkriminatorne izjave pred policijo, tožilcem in preiskovalnim sodnikom, te pa so bile nato uporabljene za obsodbo. ESČP je ugotovilo, da je s tem, ko so bile izjave uporabljene za obsodilno sodbo, prišlo do nepopravljivega posega v pritožnikove pravice po 6. členu. Pri tem je poudarilo, da niti kasnejši dostop do zagovornika niti adversarna narava postopka nista mogli ozdraviti pomanjkljivosti, do katerih je prišlo med policijskim pridržanjem.

¹⁸⁸ Burić, Re-Assessing the Jurisprudence of the European Court (2018), str. 343.

¹⁸⁹ ESČP je v zadevi Dayanan proti Turčiji, št. 7377/03, z dne 13. januar 2010, ugotovilo kršitev pravice do poštenega sojenja, čeprav je pritožnik v policijskem pridržanju molčal.

¹⁹⁰ Ibrahim in ostali proti ZK, tč. 14-17.

V pridržanju so bili podvrženi t. i. varnostnim intervjujem (»*safety interviews*«). Tako zaslišanje omogoči policiji omejitev dostopa do zagovornika, če je to nujno, da se zaščiti življenje ali prepreči resna premoženjska škoda.¹⁹¹ Pritožnikom je bil dostop do zagovornika omejen več ur, saj bi sicer, kot je omejitev utemeljila policija, dostop do zagovornika pomenil zavlačevanje z zaslišanjem, kar bi ogrozilo druge oz. pomenilo premoženjsko škodo, ter da bi pravni nasvet lahko opozoril ostale, še ne aretirane osumljence. Med varnostnimi intervjuji podane izjave so bile nato uporabljene na sojenju, njihova vsebina pa je močno nasprotovala kasnejši obrambi pritožnikov.¹⁹²

Pri četrtem pritožniku je bila situacija drugačna. Ta je bil najprej zaslišan kot priča, nato pa aretiran zaradi pomoči prej omenjenemu četrtemu bombašu, ko je ta bežal pred policijo. Med tem ko je bil zaslišan kot priča, je policija ugotovila, da se je njegov status spremenil iz priče v osumljenca in bi zato moral biti poučen o svojih pravicah. Ne glede na to so, po ukazu nadrejenega, nadaljevali z zaslišanjem priče, na podlagi česar je bil kasneje aretiran. Šele v tem trenutku je bil poučen o svojih pravicah in mu je bil omogočen dostop do zagovornika. Na sojenju je sodišče nato uporabilo obremenilne izjave, ki jih je dal kot priča, in to utemeljilo s tem, da kljub kršitvi postopka ni bilo znakov prisile ter da so bile te izjave kasneje v postopku potrjene (ob spoštovanju pravice do zagovornika).¹⁹³

Sodišče je v nadaljevanju pri presoji omejitve pravice do zagovornika, pod krinko interpretacije doktrine *Salduz*,¹⁹⁴ od te odstopilo. Vzpostavilo je nov dvojni test presoje, po katerem je najprej potrebno oceniti, ali so obstajali utemeljeni razlogi za omejitev pravice do zagovornika.¹⁹⁵ V primeru prvih treh pritožnikov so bili ti podani, saj je bilo to, po oceni Sodišča, nujno potrebno za odvrnitev posledic za življenje, svobodo in telesno integriteto, ter da je bila prioriteta policije v tistem trenutku pridobiti informacije o morebitnih nadaljnjih napadih in ostalih vpletenih osebah.¹⁹⁶

¹⁹¹ Na podlagi *Terrorism Act 2000*, se lahko osebi osumljeni vpletenosti v teroristična dejanja, omeji dostop do zagovornika do 48 ur. Več o tem v sodbi *Ibrahim in ostali proti ZK*, tč. 186-198.

¹⁹² V izjavah med intervjuji so vsi zanikali vpletenost v dejanja, med sojenjem pa je njihova obramba temeljila na tem, da so sicer res izdelali bombe, vendar so te namenoma naredili defektne, da ne bi eksplodirale, vendar le povzročile preplah. *Ibid.*, tč. 58-60, 62-63.

¹⁹³ *Ibid.* tč. 18, 137-152.

¹⁹⁴ Glej ločeno mnenje sodnikov *Sajó* in *Laffranque* v zadevi *Ibrahim*, tč. 3.

¹⁹⁵ *Ibrahim* in ostali proti *ZK*, tč. 257-259. Utemeljeni razlogi obstajajo samo v izjemnih okoliščinah, omejitev mora bitičasne narave, presoja pa opravljena v vsakem konkretnem primeru posebej. Pomembno je tudi, ali ima omejitev podlago v nacionalni zakonodaji.

¹⁹⁶ *Ibid.*, tč. 276 - 277.

V drugem delu testa je potrebno oceniti, kaj omejitev pravice do zagovornika pomeni za pravice obrambe v konkretnem primeru. Bistveno je, da mora sodišče oceniti vpliv omejitve pravice do zagovornika na poštenost postopka kot celote.¹⁹⁷ Sodišče je s tem dejansko zožilo obseg varstva, vzpostavljenega z doktrino *Salduz*.¹⁹⁸ Če je bila s slednjo vzpostavljena domneva, da je potrebno izjave, pridobljene med zaslišanjem v odsotnosti odvetnika, izločiti, je večina v zadevi *Ibrahim* ocenila, da uporaba takih izjav ne pomeni avtomatično nepoštenega postopka.¹⁹⁹ Poudarek je na tem, da je potrebno oceniti poštenost postopka kot celote in ne le vpliv omejitve na posamezne pravice obrambe (npr. kršitev pravice do zagovornika). Taka razlaga sodišča pa ne nudi zaščite za vsako posamezno pravico, ki je del 6. člena EKČP, in dejansko zniža nivo varstva posameznih garancij. S tem se presoja namreč razširi na okoliščine, ki zadevajo celoten postopek, ne le na tiste, ki se tičejo posamezne pravice obrambe, ki je z omejitvijo dejansko prizadeta.²⁰⁰ Če bi sodišče vsakič presojalo, ali je postopek pošten kot celota in ne z vidika posamezne garancije, zagotovljene v 6. členu, potem bi se ta dejansko sesedel v eno samo garancijo »poštenega sojenja«. Posamezne garancije tako postanejo nepotrebne,²⁰¹ zagotovo pa bi lahko rekli, da niso učinkovite in praktične (temveč le teoretične – kar pa, tudi skladno s prakso Sodišča, ni njihov namen).²⁰² Tu lahko povlečemo vzporednico tudi z zadevo *Gäfgen*, kjer je ESČP ravno tako pristopilo k vprašanju uporabe materialnih dokazov z vidika presoje poštenosti postopka kot celote. Pri tem ni v poseben ozir vzelo kršitve privilegija zoper samoobtožbo. V kolikor bi morda ubralo drug pristop, bi ta narekoval drugačen zaključek. Na tem mestu se zato lahko vprašamo, ali ni Sodišče izbralo ta »širši« pristop zaradi javnega interesa v ozadju, saj ta, kot že omenjeno, omogoča presojo več faktorjev, to pa lahko pomeni tudi težjo ugotovitev kršitve.

Zaključek sodbe *Ibrahim* je tako – pri oceni poštenosti postopka se ne zahteva več avtomatična izločitev dokazov, ki pomenijo nepopravljiv poseg v pravice (v tem primeru obtožujočih izjav), ne glede na njihov pomen, ampak je potrebno upoštevati večji nabor faktorjev. Kot sta se izrazila sodnika Sajó in Laffranque, je »načelo nepopravljivega posega v pravice oslabljeno do

¹⁹⁷ Ibid, tč. 257, 260-265. Drugi del testa je potrebno opraviti tudi, če sicer ni podanih utemeljenih razlogov za omejitev pravice do zagovornika.

¹⁹⁸ Tako tudi sodnika Sajó in Laffranque v svojem ločenem mnenju. Glej tudi Goss, *Out of Many, One?* (2017), str. 1137-1150.

¹⁹⁹ Burić, *Re-Assessing the Jurisprudence of the European Court* (2018), str. 352.

²⁰⁰ Več o tem, kako je ESČP pristopilo k vprašanju notranje strukture 6. člena EKČP v Goss, *Out of Many, One?* (2017), str. 1141-1143.

²⁰¹ Ibid.

²⁰² Glej tudi ločeno mnenje sodnikov Sajó in Laffranque, tč. 16.

te mere, da ni več absolutna zahteva, temveč je zdaj le eden od elementov splošne presoje poštenosti«. ²⁰³

Pri tem velja opozoriti, da ESČP v okviru presoje poštenosti sploh ni upoštevalo samega namena varnostnih intervjujev. Ti so namreč izvedeni z namenom preprečitve, torej z namenom pomoči policiji pri preprečevanju nadaljnjih napadov in identifikaciji vseh vpletenih. Pravica do zagovornika je tako omejena z namenom, da se doseže ta, niti najmanj zanemarljiv cilj. Vseeno uporaba izjav, danih v takih okoliščinah (torej pridobljenih z namenom preventivnega in hitrega ukrepanja), kasneje za namen kazenskega pregona pusti občutek nepravčnosti. ²⁰⁴ Odločitev, da je postopek kot celota pošten, je zato težko sprejeti tudi iz tega vidika. Sodišče je tako nakazalo, da je lahko omejitev pravice v imenu nujnega in preventivnega ukrepanja dejansko instrument za doseg obsodbe v imenu javnega interesa. ²⁰⁵

V imenu javnega interesa?

V primeru prvih treh pritožnikov je Sodišče ocenilo, da je bil postopek kot celota pošten in tako ni prišlo do kršitve 6. člena EKČP. ²⁰⁶ Pri tej oceni je, kot omenjeno, upoštevalo več faktorjev, med drugim tudi pomen javnega interesa po preiskavi in kaznovanju dejanja. ²⁰⁷ Sodišče sicer najprej poudari pomen pravice do poštenega sojenja, ki se je ne sme zožiti le zaradi dejstva, da je posameznik osumljen terorističnih dejanj. Še več – poudari, da je ravno v današnjih časih še posebnega pomena spoštovanje človekovih pravic in vladavine prava, med drugim tudi garancij, ki izhajajo iz 6. člena. Nato pa takoj nadaljuje, da je pri presoji poštenosti postopka kot celote javni interes lahko upoštevajoči faktor (seveda, če ne izniči samega bistva pravice), pri čemer se sklicuje na zadevo *Jalloh*. Pravice do poštenega sojenja, po mnenju ESČP, namreč ne smemo razlagati na način, da bi nesorazmerno oteževala delo policije v boju zoper terorizem ali druga resna kazniva dejanja. ²⁰⁸

²⁰³ Ločeno mnenje sodnikov Sajó in Laffranque, tč. 11.

²⁰⁴ Burić, *Re-Assessing the Jurisprudence of the European Court* (2018), str. 349-350.

²⁰⁵ Tudi sodnika Sajó in Laffranque ne razumeta, kako je lahko postopek v takem primeru še pošten.

²⁰⁶ Ibrahim in ostali proti ZK, tč. 280- 294. Sodišče pri tem podari, da je bil v konkretni zadevi prisoten močan javni interes po preiskovanju in kaznovanju ter da je tak odziv še posebej utemeljen pri dejanjih takih razsežnosti (tč. 293).

²⁰⁷ ESČP je podalo nezaključen seznam dejavnikov, ki vplivajo na poštenost postopka kot celote, med njimi npr. upoštevanje domače zakonodaje, možnost izpodbijanja dokaza v domačem postopku, kvaliteta dokaza, nezakonitost dokaza, druga procesna jamstva, teža javnega interesa in predpisana kazen (tč. 274).

²⁰⁸ Ibid, tč. 252.

Pri tem je večina, kot opozarja Goss, upoštevala pomen javnega interesa dvakrat. Sodišče je tako upoštevalo javni interes v obeh fazah dvojnega testa, najprej pri oceni obstoja utemeljenih razlogov²⁰⁹ in nato še pri presoji poštenosti postopka kot celote. Tako je dvojni test, vzpostavljen v zadevi *Ibrahim*, dejansko test, ki olajša argumente oblasti, da javni interes omili oz. odtehta posege v pravice zagotovljene s 6. členom.²¹⁰

Sodba je dejansko ustvarila več prostora za tehtanje pravic poštenega postopka nasproti zasledovanju javnega interesa.²¹¹

Četrty pritožnik - svetla točka sobe *Ibrahim*?

Za razliko od prvih treh pritožnikov je ESČP v primeru četrtega pritožnika ugotovilo kršitev, tako prvega odstavka kot točke c. tretjega odstavka 6. člena. Ta je bil v času zaslišanja obravnavan kot priča in je zatrjeval, da mu namenoma ni bil podan pouk o njegovih pravicah. Tako podane obremenilne izjave so bile uporabljene zoper njega na sojenju kot ključen dokaz, zaradi česar naj bi prišlo do kršitve privilegija zoper samoobtožbo ter pravice do zagovornika.²¹² Sodišče je tudi tu uporabilo dvodelni test in najprej presojalo, ali so podani utemeljeni razlogi za omejitev pravice do zagovornika, nato pa še poštenost postopka kot celote.²¹³ Ocenilo je, da v tem primeru utemeljenih razlogov ni bilo.²¹⁴ Sodišče je nato po enakem postopku kot v primeru prvih treh pritožnikov, presojalo še poštenost postopka kot celote in zaključilo, da je prišlo do kršitve 6. člena.²¹⁵

Četrty pritožnik ni bil poučen o privilegiju, pravici do molka in pravici do zagovornika. Izjave, pridobljene v takih okoliščinah, so bile osrednji dokaz na sojenju in ne moremo oporekati Sodišču, da gre tu za kršitev pravice do poštenega sojenja – ugotovitev kršitve (vsaj) pri tem pritožniku je (morda celo edina) svetla točka zadevne sodbe. Malo manj svetla ta točka postane, ko pogledamo način, na katerega je Sodišče prišlo do tega zaključka. Kljub temu, da je bila situacija v primerjavi s prvimi tremi pritožniki drugačna, se je Sodišče presoje lotilo na enak

²⁰⁹ Na tej točki na prevelik pomen upoštevanja javnega interesa opozorita tudi Sajó in Laffranque, ko pravita, da močan javni interes po kaznovanju ne sme izničiti konvencijske garancije. Če je namreč interes po kaznovanju tako močan utemeljen razlog, kakšna je potem sploh vloga vseh teh garancij?

²¹⁰ Goss, *Out of Many, One?* (2017), str. 1148.

²¹¹ Tako tudi Goss, *ibid.*

²¹² *Ibrahim* in ostali proti ZK, tč. 239-242.

²¹³ *Ibid.*, tč. 296-297.

²¹⁴ *Ibid.*, tč. 299-300. Izpostavilo je, da v tem primeru ni bilo pravne podlage za omejitev pravice, saj ni bil podan pravni pouk; da bi lahko tudi v tem primeru ravnali enako, kot pri prvih treh pritožnikih, in izvedli postopek varnostnega intervjuja, pa niso; in da ni bila omogočena naknadna presoja teh ravnanj.

²¹⁵ *Ibid.*, tč. 301-311.

način – torej z uporabo dvojnega testa in preko presoje omejitve pravice do zagovornika. Odsotnost zagovornika pri zaslišanju je položaj četrtega pritožnika res še poslabšala, vendar je Sodišče s tem, ko se je omejilo na presojo kršitve pravice do zagovornika,²¹⁶ zanemarilo posebnost situacije – in sicer, da privilegij zoper samoobtožbo ni bil kršen le posredno preko kršitve pravice do zagovornika, temveč neposredno (saj so bile na sojenju uporabljene izjave, podane brez predhodnega pravnega pouka).

ESČP je samo poudarilo pomen privilegija in reklo, da glede na naravo privilegija in pravice do molka načeloma velja, da ne moremo utemeljiti odsotnosti pouka o pravicah.²¹⁷ Nato je bilo to dejstvo, da je bil pritožnik »zaveden o svoji temeljni procesni pravici«, potisnjeno v ozadje z uporabo dvojnega testa. Namesto da bil to osrednji del presoje Sodišča pri tem, ali je bila podana kršitev privilegija, je to upoštevalo le kot enega izmed elementov pri presoji, ali so podani utemeljeni razlogi za omejitev pravice do zagovornika. Že samo dejstvo, da je bil zaveden o svoji procesni pravici z namenom pridobitve obremenilne izjave, ki je bila nato uporabljena zoper njega, zadostuje za nepoštenost postopka.²¹⁸

Sodišče bi moralo tako namesto uporabe dvojnega testa presoditi, ali so okoliščine takšne, da je prišlo do kršitve privilegija zoper samoobtožbo. Na podlagi dotedanje sodne prakse bi tako moralo v okviru presoje vzeti naravo in stopnjo prisile, obstoj drugih procesnih varovalk ter obremenilno težo dokaza.²¹⁹

Epilog

ESČP je z *novo interpretacijo* doktrine *Salduz* in presojo vpliva na postopek kot celoto dejansko znižalo raven zaščite garancij, ki jih zagotavlja 6. člen, in to »brez razloga in s tem izničilo leta truda za zagotovitev visoke ravni procesnih pravic.«²²⁰ Nivo varstva je znižalo tudi z načinom presoje v primeru četrtega pritožnika. Tu lahko – podobno kot v zadevi *Jalloh* – zaključimo, da je Sodišče sicer prišlo do pravega rezultata, vendar po napačni poti. S svojo razlago oz. uporabljeno metodo presoje je izbralo pot, ki širi možnost omejitev pravic na eni strani oz. oži konvencijske garancije na drugi.

²¹⁶ Ibid, tč. 297.

²¹⁷ Ibid, tč. 273.

²¹⁸ Tako tudi Burić, Re-Assessing the Jurisprudence of the European Court (2018), str. 347-348, 350-351. Po mnenju avtorja, si je težko predstavljati neko procesno varovalko, ki bi spremenila tak položaj v poštenega.

²¹⁹ Tudi kriteriju teže dokaza ESČP ni dalo zadostnega pomena, temveč ga je upoštevalo le kot eno izmed več okoliščin pri presoji poštenosti postopka kot celote.

²²⁰ Tako Sajó in Laffranque v svojem ločenem mnenju, tč. 2-3.

Ostaja občutek, da je v zadevi *Ibrahim* večina spregledala pomen pravic 6. člena in omogočila, da javni interes (boja proti terorizmu) pretehta nad posameznimi pravicami poštenega sojenja; občutek da je, kot v zadevi *Gäfgen*, javni interes glavno vodilo odločitve Sodišča, pri čemer ta to želi zapakirati v neke druge argumente (v dvojni test in poudarjanje poštenosti postopka kot celote). In ostaja občutek, da je Sodišče naredilo korak nazaj, saj so ravno primeri, kot je tudi boj proti terorizmu, tisti, kjer je spoštovanje pravic sicer najtežje utemeljiti, ampak najbolj ključno spoštovati.²²¹

5. ZAKLJUČEK ali kako visoko (še) vrednotimo privilegij?

Privilegij zoper samoobtožbo lahko predstavlja veliko oviro pri iskanju materialne resnice in učinkovitosti pregona. Vendar med tem ko lahko privilegij na eni strani predstavlja vrata, skozi katera se lahko izmuznejo krivi, na drugi predstavlja branik, ki pred posegi oblasti varuje nedolžne.²²²

Tudi kadar bi težko govorili o varstvu konkretne nedolžne osebe, ko krivdo podpirajo trdni in zanesljivi dokazi, privilegij varuje vrednote, na katerih stoji kazenski postopek. Predstavlja tisto garancijo, skozi katero se v kazenskem postopku uresničujejo načela enakosti orožij, domneva nedolžnosti ter ideja vladavine prava. Varuje tisti interes družbe, ki ni le v golem zasledovanju cilja učinkovitosti postopka.

Legitimnost postopka, enakost strank in spoštovanje vladavine prava pa se nam lahko kaj hitro zdijo še kako preveč abstraktne in postranskega pomena, ko imamo na drugi strani storilca hudega kaznivega dejanja (kot je npr. umor otroka in teroristični napad) in bi spoštovanje teh vrednot v končni posledici pomenilo, da bi lahko tak storilec ostal nekaznovan. Zato se logično postavi vprašanje potrebe po sorazmernosti med spoštovanjem privilegija na eni strani in težo kaznivega dejanja na drugi. Logično pridemo do zaključka, da, kadar gre zgolj za neko bagatelo, poseg v privilegij ne more biti upravičen, med tem ko je v primeru težjega kaznivega dejanja podan javni interes, ki poseg upravičuje oz. je lahko potemtakem na mestu tudi zaključek, da hujše kot je kaznivo dejanje, hujši poseg v privilegij bo upravičen.

²²¹ Glej tudi Scott, A lift in a burning building? (2016), URL: <https://ukhumanrightsblog.com/2016/09/19/a-lift-in-a-burning-building-grand-chamber-rules-on-terrorist-article-6-claims/>.

²²² "The privilege, while sometimes »a shelter to the guilty«, is often »a protection to the innocent«"; Murphy v. Waterfront Commission of New York Harbor, 387 U.S. 52, 55 (1964).

Kot izhaja iz obravnavane sodne prakse, je tej logiki bolj ali manj sledilo tudi ESČP. V zadevi *Jalloh* je, v primeru bagatele, očitno videlo potrebo po vpeljavi novega kriterija presoje, ali je bil kršen privilegij – kriterija javnega interesa oz. teže kaznivega dejanja. S tem je Sodišče odstopilo od predhodne izrecne prakse, da je privilegij pravica, ki je dana vsakemu (!), ne glede na težo očitane dejanja. Kljub majhnemu javnemu interesu v konkretni zadevi je Sodišče očitno videlo potrebo po vpeljavi tega kriterija, ki bo lahko odtehtal poseg v privilegij v primeru, ko pa bo javni interes res prisoten. Tak primer je predstavljal *Gäfgen* – težko si je namreč zamisliti dejansko stanje, ko bi bil javni interes po kaznovanju storilca tako visok (upoštevaje »človeški faktor« pri dejanju ugrabitve in umora otroka v primerjavi s pregonom gospodarskega in organiziranega kriminala, kljub njuni sicer veliki razsežnosti). Tako se je v tej zadevi dokončno pokazala potreba po opredelitvi jasnih kriterijev glede varstva privilegija in upoštevanja nasprotujočega javnega interesa.

Sodišče pa te priložnosti ni izkoristilo. Posledica tega je sodba, ki pusti občutek, da je javni interes glavno vodilo odločitve kljub temu, da se Sodišče na to ne opre izrecno – kot da se zaveda, da je javni interes okoliščina, ki ne more odtehtati tako hudih posegov v privilegij posameznika. In namesto da bi to jasno začrtalo in zamejilo nadaljnje kršitve, Sodišče tako ravnanje v imenu javnega interesa implicitno »požegna« s tem, ko neobstoj kršitve zapakira v neke druge argumente (konkretno pretrganje vzročne zveze). Privilegiju pa ni v podporo niti stališče v zadevi *Ibrahim*, ki gre prav tako v smeri vse bolj ohlapne presoje konvencijskih pravic.

Skozi prakso Sodišča je tako viden odmik od strogega zanikanja pomena javnega interesa k upoštevanju le-tega. Namesto da bi Sodišče opozorilo na nepremakljive meje visokega varstva privilegija, je te samo premaknilo nivo nižje. Pri garanciji, ki je dana vsakemu in ki varuje voljo obdolženca, do razlikovanja na podlagi teže kaznivega dejanja ne bi smelo priti. Četudi je varstvo procesnih garancij lahko v imenu javnega interesa v določenih primerih omejeno, npr. v primeru pravice do zasebnosti, to ne more veljati tudi v primeru privilegija. Ta je namreč tista garancija, ki v svojem bistvu varuje osebo obdolženca in mu zagotavlja položaj subjekta; tista garancija, ki ga varuje pred prisilo oblasti.

Zato si sam privilegij zasluži visoko stopnjo varstva tudi v primeru, ko mu nasproti stoji močan interes žrtve ali celotne družbe po kaznovanju storilca. Namreč, ravno v takih trenutkih je še toliko bolj pomembno, da spoštujemo temeljne vrednote naše družbe, zahteve vladavine prava

in varstva človekovih pravic. Ko enkrat odpremo možnost upoštevanja izjem v imenu javnega interesa, ki je kot *carte blanche*, je korak do tega, da taka izjema postane pravilo, zelo majhen.

6. VIRI IN LITERATURA

Monografije in članki:

Ashworth, Andrew: Self-Incrimination in European Human Rights Law – A Pregnant Pragmatism, v: *Cardozo Law Review*, 30 (2008), str. 751-774.

Ast, Stephan: The Gäfgen Judgment of the European Court of Human Rights: On the Consequences of the Threat of Torture for the Criminal Proceedings, v: *German Law Journal*, 11 (2010) 12, str. 1393-1405.

Bergant, Katarina: Kazenskoprocesne dokazne prepovedi v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice, v: *Pravnik: revija za pravno teorijo in prakso*, 69 (2014) 9/10, str. 651-674.

Bloom, Robert M.; Fentin, David H.: A More Majestic Conception?: The Importance of Judicial Integrity in Preserving the Exclusionary Rule, v: *University of Pennsylvania Journal of Constitutional Law*, 13 (2010) 1, str. 47-80.

Bradley, Craig M.: Is the Exclusionary Rule Dead?, v: *Journal of Criminal Law and Criminology*, 102 (2012) 1, str. 1-24.

Burić, Zoran: Re-Assessing the Jurisprudence of the European Court of Human Rights on Police Interrogation – Case of Ibrahim and Others v. the United Kingdom, v: *EU and Comparative Law Issues and Challenges Series*, 2 (2018), str. 338-354.

Choo, Andrew: *THE PRIVILEGE AGAINST SELF-INCRIMINATION AND CRIMINAL JUSTICE*, Hart Publishing, Oxford 2013.

Croquet, Nicolas A.J.: *THE ROLE AND EXTENT OF A PROPORTIONALITY ANALYSIS IN THE JUDICIAL ASSESSMENT OF HUMAN RIGHTS LIMITATIONS WITHIN INTERNATIONAL CRIMINAL PROCEEDINGS*, Brill Nijhof, Leiden 2015.

Čibej, Zarja: Miranda: ustavna pravica ali ne?, v: *Revus: revija za evropsko ustavnost*, (2005) 5, str. 7-35.

Dežman, Zlatko; Erbežnik, Anže: *KAZENSKO PROCESNO PRAVO REPUBLIKE SLOVENIJE*, GV Založba, Ljubljana 2003.

Erbežnik, Anže: Vprašanje ekskluzije: Primerjava Evropskega sodišča za človekove pravice ter slovenskega in hrvaškega sistema, v: *Revus: revija za ustavno teorijo in filozofijo prava*, (2009) 11, str. 183-208.

Ervo, Laura: The hidden meanings in the case law of the European Court for Human Rights, v: *Semiotica*, 209 (2016), str. 209-230.

Gorkič, Primož: Načelo sorazmernosti in izločanje nezakonitih dokazov: v slovenskem pravu?!, v: *Pravna praksa*, 28 (2009), št. 42, str. 6-8.

Goss, Ryan: Out of Many, One? Strasbourg's *Ibrahim* Decision on Article , v: *Modern Law Review*, 80 (2017) 6, str. 1137-1150.

Greer, Steven: Should Police Threats to Torture Suspects Always be Severely Punished? Reflections on the Gäfgen Case, v: *Human Rights Law Review*, 11 (2011) 1, str. 67-89.

Hsieh, Kuo-Hsing: THE EXCLUSIONARY RULE OF EVIDENCE IN THE UNITED KINGDOM, UNITED STATES AND CHINA, University of Edinburgh (doktorsko delo), 2011.

Jackson, John: Re-Conceptualizing the Right of Silence as an Effective Fair Trial Standard, v: *International & Comparative Law Quarterly*, 58 (2009) 4, str. 835-861.

Jackson, John D.; Summers, Sarah J.: THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE, Cambridge University Press, Cambridge 2012.

Lamberigts, Stijn: The Privilege Against Self-Incrimination: A Chameleon of Criminal Procedure, v: *New Journal of European Criminal Law*, 7 (2016) 4, str. 418-438.

Maffei, Stefano; Sonenshein, David: The Cloak of the Law and Fruits Falling from the Poisonous Tree: A European Perspective on the Exclusionary Rule in the Gäfgen Case, v: *Columbia Journal of European Law*, 19 (2013) 21, str. 200-242.

Redmayne, Mike: Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, v: *Oxford Journal of Legal Studies*, 27 (2007) 2, str. 209-232.

Ross, Jacqueline: Do Rules of Evidence Apply (Only) in the Courtroom? Deceptive Interrogation in the United States and Germany, v: Oxford Journal of Legal Studies, 28 (2008) 3, str. 443-474.

Sauer, Heiko, Trilsch, Mirja: Gäfgen v. Germany, v: American Journal of International Law, 105 (2011) 2, str. 313-319.

Sundby, Scott E.: Everyman's Exclusionary Rule: The Exclusionary Rule and the Rule of Law (or Why Conservatives Should Embrace the Exclusionary Rule), v: Ohio State Journal of Criminal Law, 10 (2013) 2, str. 393-417.

Šugman, Katja: DOKAZNE PREPOVEDI V KAZENSKEM POSTOPKU: MEJE (SAMO)OMEJEVANJA DRŽAVE (za objavo prirejena doktorska disertacija), Bonex, Ljubljana 2000.

Šugman, Katja: Meje omejevanja uporabe prisile in grožnje v kazenskem postopku, v: Zbornik znanstvenih razprav, 60 (2000) 1, str. 239-258.

Šugman, Katja; Gorkič, Primož: DOKAZOVANJE V KAZENSKEM POSTOPKU, GV Založba, Ljubljana 2011.

Thommen, Marc; Samadi, Mojan: The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial? Evidence Exclusion in Serious Crime Cases Under Swiss, Dutch and European Human Rights Law, v: European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 24 (2016), str. 65-86.

Torres Chedraui, Ana Maria: An Analysis of the Exclusion of Evidence Obtained in Violation of Human Rights in the Light of the Jurisprudence of the European Court of Human Rights, v: Tilburg Law Review, 15 (2010), str. 205-234.

Tratnik, Andreja: Sadež zastrupljenega drevesa ni bil dovolj strupen, v: Pravna praksa, 29 (2010) št. 24-25, str. 32-34.

Trechsel, Stefan: HUMAN RIGHTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS, Oxford University Press, Oxford, New York 2005.

Tuner, Jenia I.: The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law, v: SMU Law Review, 67 (2014) 821, str. 821-833.

Wierenga, Wubbo; Wirtz, Sabrina: Case of Gafgen versus Germany, v: Maastricht Journal of European & Comparative Law, 16 (2009) 3, str. 365-370.

Wu, Wei: Interrogational Fairness under the European Convention on Human Rights, v: International Journal of Law Crime and Justice, 39 (2011) 1, str. 37-59.

Zupančič, Boštjan M.: Minervina sova (3. del): O kralju in kriminalcu: privilegij zoper samoobtožbo, v: Odvetnik, glasilo Odvetniške zbornice Slovenije, 17 (2015) 1, str. 6-14.

Zupančič, Boštjan M.: Minervina sova (4. del): Pravila o izločitvi dokazov – drugi obraz privilegija zoper samoobtožbo, v: Odvetnik, glasilo Odvetniške zbornice Slovenije, 17 (2015) 3, str. 6-11.

Internetni viri:

Scott, David: A lift in a burning building? – Grand Chamber rules on terrorist Article 6 claims (2016), URL: <https://ukhumanrightsblog.com/2016/09/19/a-lift-in-a-burning-building-grand-chamber-rules-on-terrorist-article-6-claims/> (24. marec 2019).

Simonsen, Natasha: 'Is torture ever justified?': The European Court of Human Rights decision in Gäfgen v Germany (2010), URL: <https://www.ejiltalk.org/'is-torture-ever-justified'-the-european-court-of-human-rights-decision-in-gafgen-v-germany/> (20. marec 2019).

Smet, Stijn: Gäfgen v. Germany: threat of torture to save a life? (2010), URL: <https://strasbourgobservers.com/2010/07/06/389/> (20. marec 2019)

Pravni viri:

Evropska konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (ESČP), Ur. l. RS, MP, št. 33/94.

Konvencija prot mučenju in drugim krutim, nečloveškim ali poniževalnim kaznim ali ravnanju, Ur. l. RS, MP, št. 7/93.

Ustava RS (URS), Ur. l. RS, št. 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99 in 75/16 – UZ70a.

Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 32/12, 47/13, 87/14, 8/16 - odl. US, 64/16 - odl. US, 65/16 - odl. US, 16/17 - odl. US, 66/17, 1/19 - skl. US, 22/19.

Sodna praksa Ustavnega sodišča RS:

U-I-92/96, 28. marec 2002.

Up 134/97, 14. marec 2002.

Sodna praksa Vrhovnega sodišča ZDA:

Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)

Elkins v. United States, 364 U.S. 206 (1960)

Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009)

Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)

Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)

Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)

Murphy v. Waterfront Commission, 387 U.S. 52, 55 (1964)

Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)

Powell v. Alabama, 287 U.S. 45 (1932)

Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952)

US v. Patane, 542 U.S. 630 (2004)

Sodna praksa ESČP:

Allan proti Združenemu Kraljestvu, št. 48539/99, z dne 12. november 2002.

Averill proti Združenemu Kraljestvu, št. 36408/97, z dne 20. junij 2000.

Brennan proti Združenemu Kraljestvu, št. 39846/98, z dne 22. oktober 2001.

Bykov proti Rusiji, št. 4378/02, z dne 10. marec 2009.

Dayanan proti Turčiji, št. 7377/03, z dne 13. januar 2010.

Funke proti Franciji, št. 10828/84, z dne 25. februar, 1993.

Gäfgen proti Nemčiji, št. 22978/05, z dne 1. junij 2010.

Göçmen proti Turčiji, št. 72000/01, z dne 17. oktober 2006.

Harutyunyan proti Armeniji, št. 36549/03, z dne 28. junij 2007.

Heaney in McGuinness proti Irski, št. 34720/97, z dne 21. marec 2001.

Heglas proti Češki, št. 5935/02, z dne 8. avgust 2011

Ibrahim in ostali proti Združenemu Kraljestvu, št. 50541/08, 50571/08, 50573/08 in 40351/09, z dne 13. september 2016.

Irska proti Združenemu Kraljestvu, št. 5310/71, z dne 18. januar 1978.

Jalloh proti Nemčiji, št. 54810/00, z dne 11. julij 2006.

J.B. proti Švici, št. 31827/96, z dne 3. avgust 2001.

John Murray proti Združenemu Kraljestvu, št. 18731/91, z dne 8. februar 1996.

Khan proti Združenemu kraljestvu, št. 35394/97, z dne 12. maj 2000.

Labita proti Italiji, št. 26772/95, z dne 6. april 2000

Levinta proti Moldaviji, št. 17332/03, z dne 16. december 2008.

Magee proti Združenemu Kraljestvu, št. 28135/95, z dne 20. junij 2000.

O'Halloran in Francis proti Združenemu kraljestvu, št. 15809/02, 25624/02, z dne 29. junij 2007.

Quinn proti Irski, št. 36887/97, z dne 21. marec, 2001.

Salduz proti Turčiji, št. 36391/02, z dne 27. november 2008.

Saunders proti Združenemu Kraljestvu, št. 19187/91, z dne 17. december 1996.

Schenk proti Švici, št. 10862/84, z dne 12. julij 1988.

Selmouni proti Franciji, št. 25803/94, z dne 28. julij 1999.

Teixeira de Castro proti Portugalski, št. 25829/94, z dne 9. junij 1998.