

## KAZENSKOPROCESNE DOKAZNE PREPOVEDI V SODNI PRAKSI EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

**Katarina Bergant,**

*univerzitetna diplomirana pravnica, okrožna državna tožilka na Okrožnem  
državnem tožilstvu v Ljubljani, doktorska kandidatka na Pravni fakulteti  
Univerze v Ljubljani*

### 1. UVOD

Država mora preiskovati kazniva dejanja na način, ki spoštuje temeljne pravice posameznika, in v kazenskih postopkih varovati individualne človekove pravice in človeško dostojanstvo. To lahko doseže le z doslednim spoštovanjem dokaznih prepovedi, ki so odraz demokratičnosti in pravnosti kazenskega postopka. Če posameznik meni, da je bil v kazenskem postopku pred nacionalnim sodiščem obsojen na podlagi nezakonito pridobljenih dokazov, lahko zaradi kršenja dokaznih pravil (pri pridobivanju dokazov) oziroma nedoslednega sankcioniranja kršitev dokaznih pravil (pripustitve dokazov na sojenje) s pritožbo pred Evropskim sodiščem za človekove pravice (v nadaljevanju ESČP) uveljavlja kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljevanju EKČP).<sup>1</sup> Postopek pred ESČP sledi pravnomočno končanemu kazenskemu postopku, zato je presoja ESČP že po definiciji subsidiarna.<sup>2</sup> Ker ESČP ni četrta sodna instanca v kazenskih zadevah, prepušča oceno zakonitosti dokazov presoji nacionalnih sodišč ter z uporabo in razlago določil EKČP presoja le, ali je bil kazenski postopek zaradi uporabe nezakonito pridobljenih dokazov kot celota (ne)pošten. Z razlago konvencijskih pravic ESČP hkrati določa tudi minimalne

<sup>1</sup> Konvencija o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (EKČP), Ur. l. RS, št. 33/94 in 7/94.

<sup>2</sup> Praviloma kazenska sodišča kršitve dokaznih prepovedi pri pridobivanju dokazov sankcionirajo z izločitvijo oziroma ekskluzijo (nezakonito) pridobljenih dokazov. K. Šugman, nav. delo (2001), str. 199–202.

pravne standarde na področju človekovih pravic, s čimer na neki način ustvarja pravo.<sup>3</sup> V prispevku z analizo primerov, v katerih je ESČP zaradi uporabe (zatrjevano) nezakonito pridobljenih dokazov presoja poštenost postopkov, izpeljem merila, ki jih po vsebini lahko razumemo kot kazenskoprocesne dokazne prepovedi. S primerjavo slovenske ureditve procesnih jamstev in dokaznih prepovedi ugotavljam, ali slovenska normativna ureditev dosega pravne standarde dokazovanja in varstva človekovih pravic v kazenskih postopkih, ki jih je v praksi postavilo ESČP.

## 2. OBLIKOVANJE KAZENSKOPROCESNIH DOKAZNIH PREPOVEDI Z RAZLAGO KONVENCIJSKIH PRAVIC V SODNI PRAKSI ESČP

EKČP dokaznih prepovedi ne ureja neposredno ter presoja pridobivanje in uporabo nezakonitih dokazov v kazenskih postopkih predvsem s stališča 6. člena EKČP, ki ureja pravico do poštenega sojenja. Navedeni člen zagotavlja pravico do poštenega sojenja brez določil o dopustnosti pridobivanja in uporabe dokazov, četudi so ti pridobljeni nezakonito.<sup>4</sup> Edino konvencijsko določbo, ki neposredno ureja dokazovanje, je najti v 3.d točki 6. člena, ki ureja pravico do poštenega sojenja kot procesno jamstvo.<sup>5</sup> Vprašanje dopustnosti dokazovanja v kazenskih postopkih je prepuščeno posameznim državam podpisnicam, ki so omejene le z zahtevo po spoštovanju obdolženčeve pravice do poštenosti kazenskega postopka.

ESČP se v praksi pri ocenjevanju zatrjevanih kršitev konvencijskih pravic odloča za dva kriterija ocene uporabe nezakonito pridobljenih dokazov v kazenskih postopkih. Presoja loči vsebinsko na ocenjevanje *postopkov ob pridobivanju dokazov*, pri čemer se osredotoča predvsem na oceno stopnje kršitve pri pridobivanju in na samo *vrednotenje uporabe pridobljenih dokazov*, v smislu njihove dokazne vrednosti. ESČP torej uporablja različne metode za oceno pridobivanja in oceno uporabe nezakonito pridobljenih dokazov. V večini primerov uporablja metodo, ki je v svojem bistvu tehtanje, primerljivo s tehtanjem po utilitarističnem pojmovanju ekskluzije, le da je izvedeno na kakovostno

<sup>3</sup> B. M. Zupančič, nav. delo, str. 11.

<sup>4</sup> S. E. Jebens, nav. delo, str. 219–220.

<sup>5</sup> Vsebina 3. točke so dejansko procesna jamstva oziroma minimalne pravice obdolženca v kazenskem postopku. V 3.d točki je določeno, da lahko obdolženi zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obremenilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje razbremenilnih prič pod enakimi pogoji, kot veljajo za obremenilne priče. Tudi navedena točka se sicer neposredno ne nanaša na dopustnost dokazov, temelji pa na načelu enakosti orožij v kazenskem postopku.

drugačen način, v smislu poštenosti postopka.<sup>6</sup> Pri presoji upošteva (a) *resnost oziroma težo nezakonitosti*, storjenih ob pridobivanju posameznih dokazov, (b) *tip dokazov*, ki so bili pridobljeni na nezakonit način, (c) *upoštevanje procesnih pravic obdolženca*.<sup>7</sup> Razlikuje tudi med *neposrednimi* in *izvedenimi* dokazi. Od vrste in stopnje kršitve človekove pravice pri pridobivanju posameznega (nezakonitega) dokaza je odvisno, ali bo pri presoji uporabilo metodo tehtanja. Nekatere človekove pravice so na vrednostni lestvici tako visoko, da tehtanje niti ni dopustno. To velja za prepoved mučenja iz 3. člena EKČP; odstopanja pri prepovedi uporabe dokaza, pridobljenega z mučenjem, ESČP ne dopušča, zato jo je razumeti kot absolutno dokazno prepoved, medtem ko pri oceni kršitev drugih konvencijskih pravic redno uporablja metodo tehtanja.

Ocena je odvisna tudi od *tipa oziroma vrste dokaza*, in sicer je za izpovedne dokaze ESČP izoblikovalo jasne kriterije, pri materialnih dokazih pa so kriteriji ohlapnejši in odvisni (tudi) od vrednotenja dokazne vrednosti posameznih nezakonito pridobljenih dokazov. To je posledica dejstva, da sodišče postopek pridobivanja izpovedb od osumljenih oseb ocenjuje in presoja z določilom 3. člena EKČP, ki prepoveduje mučenje, nečloveško in ponižujoče ravnanje, medtem ko pridobitev materialnih dokazov (pridobljenih na hišnih preiskavah, z zasegi, s pomočjo prikritih preiskovalnih metod itd.) presoja z uporabo 8. člena EKČP, ki ureja pravico do spoštovanja zasebnega, družinskega življenja, doma in dopisovanja.

### 3. DOKAZNE PREPOVEDI V ZVEZI Z ZASLIŠANJEM OBDOLŽENCA

#### 3.1. Nedovoljene metode zasliševanja, mučenje in podobna ravnanja

Temeljno jamstvo in splošno načelo, iz katerega izhaja ESČP pri oceni ravnanja ob pridobivanju izjav, je 3. člen EKČP, ki prepoveduje mučenje, nečloveško ali ponižujoče ravnanje. Določilo tolmači kot absolutno prepoved, ki varuje fizično in psihično celovitost vsakega posameznika in je tudi edina konvencijska določba, katere absolutnost se kaže v dejstvu, da nima omejitev ali izjem.<sup>8</sup> V primerjavi s 6. členom je določilo 3. člena širše, saj se ne nanaša zgolj na obdolženega, temveč tudi na druge osebe, udeležene v kazenskem postopku,

<sup>6</sup> Za utilitaristično pojmovanje ekskluzije je značilno tehtanje nezakonitosti dokaza s preventivnim vplivom na delo policije. A. Erbežnik, nav. delo, str. 183.

<sup>7</sup> S. E. Jebens, nav. delo, str. 220.

<sup>8</sup> Primerjaj C. Grabenwarter, nav. delo, str. 168.

kot so priče.<sup>9</sup> ESČP tudi pojem izpoved razlaga široko in kot izpoved šteje vse izjave, ki jih je oseba dala v postopkih pred državnimi organi. Pri tem ni nujno, da je šlo za formalni kazenski postopek, saj je izjava lahko dana pred policijo, na tožilstvu v predhodnem ali sodnem postopku.<sup>10</sup>

### 3.1.1. Vrednotenje načina pridobivanja dokazov

ESČP je večkrat jasno poudarilo, da pridobivanja izjav z uporabo mučenja ali drugih podobnih metod ne upravičuje noben, še tako pomemben interes države.<sup>11</sup> Iz obrazložitve sodb *Chahal proti Združenemu kraljestvu*<sup>12</sup> in *Labita proti Italiji*<sup>13</sup> izhaja, da ESČP odstopanj in izjem pri razlagi 3. člena ne sprejema niti v primerih boja proti terorizmu ali organiziranemu kriminalu ter vztraja pri razlagi absolutne prepovedi pridobivanja izjav z mučenjem, nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem tudi v situacijah, v katerih je osebni ali javni interes po odkritju storilca kaznivega dejanja zelo velik, saj takšno ravnanje ni opravičljivo niti v primeru reševanja življenja drugega.<sup>14</sup>

Kakšno mora biti (po kvantiteti in intenzivnosti) ravnanje, da ga ESČP prepozna kot mučenje, trpinčenje oziroma drugačno nečloveško ali ponižujoče ravnanje? Čeprav je ocena ravnanja odvisna od presoje konkretnih okoliščin, načina, trajanja in posledic v vsakem posameznem primeru, je ESČP večkrat poudarilo, da mora takšno ravnanje doseči minimalno raven resnosti kršitve (angl. *minimum level of severity*),<sup>15</sup> zato je ocena ravni resnosti lažja in določnejša pri težjih kršitvah. Opredelitev ravnanja, ki ga ESČP šteje za *mučenje*, izhaja iz številnih sodb<sup>16</sup> in ga lahko razumemo kot vsako hujše fizično ali psihično nasilje, ki osebi, od katere se želi pridobiti določena izjava, povzroča dalj časa trajajoče bolečine.<sup>17</sup> Za *nečloveško ravnanje* ESČP šteje ravnanje, ki pri osebi povzroči fizično ali psihično trpljenje, strah pred takšnim trpljenjem ali

<sup>9</sup> R. Esser, nav. delo, stran 374; V. Warnking, nav. delo, str. 67 in 393.

<sup>10</sup> Zato v povezavi s 3. členom Konvencije uporabljam pojem oseba, in ne obdolženi.

<sup>11</sup> N. Greif, nav. delo, str. 200–216.

<sup>12</sup> *Chahal proti Združenemu kraljestvu*, z dne 15. novembra 1996, št. 22414/93, 79. odst., vse sodbe in odločitve ESČP so dostopne na <www.echr.coe.int>.

<sup>13</sup> *Labita proti Italiji*, z dne 6. aprila 2000, št. 26772/95, 119. odst., primerjaj tudi *Jalloh proti Nemčiji*, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00, 76. odst., N. Greif, nav. delo, str. 200–216, S. E. Jebens, nav. delo, str. 221–223.

<sup>14</sup> V. Warnking, nav. delo, str. 75; R. Esser, nav. delo, str. 381–385.

<sup>15</sup> *Irska proti Združenemu kraljestvu*, z dne 18. januarja 1978, št. 5310/71, 162. odst.

<sup>16</sup> Na primer *Irska proti Združenemu kraljestvu*, 167. odst., *Aksoy proti Turčiji*, veliki senat, z dne 18. decembra 1996, št. 21987/93, 63. odst., *Selmouni proti Franciji*, z dne 28. julija 1999, št. 25803/94, 96. odst.

<sup>17</sup> C. Grabenwarter, nav. delo, str. 164; R. Esser, nav. delo, str. 377.

ki osebo na razne načine stigmatizira, pri tem pa ravnanja niso tako intenzivna, da bi jih bilo mogoče označiti za mučenje.<sup>18</sup> Ocena ESČP, ali gre za mučenje ali nečloveško ravnanje, je odvisna od primera do primera ter stopnje intenzivnosti in trajanja ravnanja.<sup>19</sup> V odmevnem primeru *Gäfgen proti Nemčiji*<sup>20</sup> je ESČP že v sami grožnji obdolžencu z mučenjem prepoznalo nečloveško ravnanje.<sup>21</sup> Ponižujoče ravnanje je najblažja kršitev in ne povzroča toliko telesnega in duševnega trpljenja, temveč je ponižujoče predvsem na način, da prizadene človekovo dostojanstvo.<sup>22</sup> Enotne opredelitve, katero ravnanje je mogoče označiti za ponižujoče, ESČP ne ponuja in ocenjuje ravnanja v vsakem primeru posebej. V primeru *Valašinas proti Litvi*<sup>23</sup> je za ponižujočo označilo zahtevo, da se mora zapornik sleči v navzočnosti nadzornika nasprotnega spola in podobno.<sup>24</sup>

Menim, da lahko 3. člen po vsebini in glede na razlago v sodni praksi razumemo kot dokazno prepoved pri pridobivanju izpovednih dokazov.<sup>25</sup> Slovenski ZKP<sup>26</sup> prepovedi mučenja izrecno ne ureja, vendar je kot temeljno ustavno jamstvo urejena v 18. členu Ustave RS<sup>27</sup> in jo v povezavi z ustavnim varstvom človekove osebnosti in dostojanstva iz 21. člena in z drugim odstavkom 18. člena ZKP lahko označimo za absolutno dokazno prepoved.

### 3.1.2. Vrednotenje uporabe izpovednih dokazov

ESČP<sup>28</sup> je v praksi zavzelo ostrejšo stališče glede uporabe dokazov, pridobljenih s kršitvijo 3. člena EKČP, poštenost postopka zaradi uporabe tovrstnih doka-

<sup>18</sup> C. Grabenwarter, nav. delo, str. 165–166.

<sup>19</sup> Na primer *Kudla proti Poljski*, z dne 26. oktobra 2000, 92. odst., *Kalashnikov proti Rusiji*, z dne 15. julija 2002, št. 47095/99, 95. odst., *Rivas proti Franciji*, z dne 1. aprila 2004, št. 59584/00, 37. odst.

<sup>20</sup> *Gäfgen proti Nemčiji*, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05.

<sup>21</sup> Esser poudarja, da sta za takšno opredelitev pomembni tudi neposrednost in resnost grožnje, R. Esser, nav. delo, str. 391.

<sup>22</sup> C. Grabenwarter, nav. delo, str. 167.

<sup>23</sup> *Valašinas proti Litvi*, z dne 24. julija 2001, št. 55558/98, 117. odst.

<sup>24</sup> Primerjaj tudi *Yankov proti Bolgariji*, z dne 11. decembra 2003, št. 39084/97, 104. odst.

<sup>25</sup> V. Warnking, nav. delo, str. 68.

<sup>26</sup> Zakon o kazenskem postopku (ZKP), Ur. l. RS, št. 63/94, 32/07, 68/08, 77/09, 91/01.

<sup>27</sup> Ustava Republike Slovenije (URS), Ur. l. RS, št. 33/91, 42/97, 66/00, 24/03, 69/04, 68/06, 47/13, 47/13.

<sup>28</sup> Na primer *Jalloh proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00, *Harutyunyan proti Armeniji*, z dne 28. junija 2007, št. 36549/03, *Göcmen proti Turčiji*, z dne 17. oktobra 2006, št. 72000/01, *Gäfgen proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05, V. Warnking, nav. delo, str. 77–87, S. E. Jebens, nav. delo, str. 220–234.

zov pa je presojo različno, ob upoštevanju več dejavnikov. Kršitve 3. člena je obravnavalo različno glede na dejstvo, ali gre za pridobivanje izpovedb ali materialne dokaze (*real evidence*). Pri tem je pomembno tudi, ali so pridobljeni materialni dokazi neposredna ali posredna posledica ravnanja, ki ni v skladu s 3. členom. Nadalje je za presojo pomembno tudi, s katero od kršitev so bili pridobljeni dokazi (z mučenjem, nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem).

Za odgovor na vprašanje, na katere pravne probleme je opozorilo ESČP, na kakšen način jih je reševalo in na katerih temeljih je ocenjevalo (ne)dopustnost uporabe nezakonito pridobljenih dokazov, sta pomembni dve odmevnejši sodbi velikega senata ESČP. V primeru *Jalloh proti Nemčiji*<sup>29</sup> je policija za pridobitev materialnega dokaza (vrečke droge, ki jo je pritožnik pogoltnil) uporabila izredno fizično silo (pritožnika so držali štirje policisti, da so mu lahko po cevki skozi nos v trebuh vbrizgali bljuvalo) in tako pridobila dokaz (pritožnik je izbljuval vrečko kokaina). Tožilstvo je vrečko kokaina predložilo kot dokaz, ki ga je nacionalno sodišče pripustilo na sojenje in nanj oprlo obsojilno sodbo v kazenskem postopku. V pritožbi pred ESČP je obdolženi zaradi ponižujočega in nečloveškega ravnanja zatrjeval kršitev določbe 3. člena in v povezavi s tem kršitev pravice do poštenega sojenja in privilegija zoper samoobtožbo, ki jo določa 6. člen EKČP. Veliki senat ESČP je metodo prisilnega vnosa bljuvala prepoznal kot nečloveško in ponižujoče ravnanje, saj bi preiskovalci lahko prišli do dokaza tudi po drugi poti brez uporabe sile (počakali bi na izločitev dokaza »po naravni poti«), čeprav je imela uporabljena metoda pridobivanja dokaza podlago v nemški zakonodaji. Pri oceni metode je bila pomembna tudi okoliščina, da je bil pritožnik le ulični preprodajalec droge, kar je dokazovalo dejstvo, da mu je bila izrečena najnižja možna pogojna kazen.<sup>30</sup>

Postavilo se je vprašanje, ali je bil zaradi uporabe tako pridobljenega dokaza kazenski postopek kot celota nepošten. Pri oceni je ESČP upoštevalo tudi dejstvo, da je bila uporaba dokaza (izbljuvane vrečke s kokainom) ključna za obsojbo obdolženega in da nemško kazensko sodišče za izločitev dokaza (glede na zakonitost uporabljene metode, ki jo je odredil državni tožilec) niti ni imelo pravne podlage. V velikem senatu ESČP je bilo večinsko mnenje, da je bil glede na vse okoliščine kazenski postopek nepošten, ker se dokazi (izpovedni ali materialni), ki so rezultat nasilnega, brutalnega ali drugega ravnanja, ne glede na njihovo dokazno vrednost, ne smejo uporabiti, saj bi drugačna razlaga pomenila posredno legitimacijo nemoralnih in kaznivih ravnanj. ESČP je kot nepoštene ocenilo tudi kazenske postopke v primerih *Harutyunyan proti*

<sup>29</sup> *Jalloh proti Nemčiji*, z dne 11. julija 2006, št. 54810/00.

<sup>30</sup> *Jalloh proti Nemčiji*, 77. odst.

*Armeniji*<sup>31</sup> in *Göcmen proti Turčiji*,<sup>32</sup> v katerih izpovedni dokaz, pridobljen s kršitvijo 3. člena, ni bil odločilen za obsodbo pritožnika.

Čeprav se je v primeru *Jalloh* ESČP z oceno ravnanja, ki je bilo v nasprotju s 3. členom, že opredelilo do vprašanja poštenosti postopka, je posebej obravnavalo tudi pritožnikovo zatrjevanje kršitve njegovega privilegija zoper samoobtožbo in posledično kršitve pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Za izhodišče je uporabilo oblikovano stališče sodne prakse,<sup>33</sup> da privilegij zoper samoobtožbo varuje predvsem obdolženčevo temeljno pravico do molka oziroma njegovo pravico do (ne)izjavljanja,<sup>34</sup> zato praviloma ne velja za pridobivanje materialnih (realnih) dokazov, ki imajo »samostojnost« in so neodvisni od obdolženčeve volje.<sup>35</sup> Kljub načelnemu stališču glede obsega veljave privilegija je ESČP opozorilo na tri elemente primera, zaradi katerih je ravnanje policije pri pridobivanju materialnega dokaza ocenjevalo tudi s stališča morebitne kršitve privilegija zoper samoobtožbo.<sup>36</sup> Prvi element je dejstvo, da je bil nasilen vnos bljuvala v pritožnikovo telo potreben ravno zaradi njegovega nasprotovanja posegu. Drugi element je intenziteta uporabljene sile pri posegu, ki je sprožila patološko reakcijo pritožnikovega telesa in bi lahko celo ogrozila njegovo zdravje (drugače kot v primerih, v katerih je policija telesni dokaz pridobila z majhnim posegom, brez nevarnosti za preiskovančevo zdravje, na primer bris sluznice ali odvzem lasu za preiskavo DNK). Tretji element je predhodna ugotovitev, da je poseg kršil pritožnikovo pravico iz 3. člena.

ESČP je zatrjevani poseg v pritožnikov privilegij presoјalo na podlagi štirih dejavnikov.<sup>37</sup> Glede (1) narave in stopnje prisile, ki je bila uporabljena za pridobitev dokaza, je ocenilo, da je bila uporabljena sila tako močna, da je posegla tako v fizično kot tudi v mentalno (psihično) sfero obdolženega.<sup>38</sup> (2) Stopnja javnega interesa za preiskavo kaznivega dejanja in obsodbo obdolženega je bila nizka, saj je bil obdolženi manjši ulični preprodajalec droge (angl. *street dealer*), zato tako invaziven poseg ni bil upravičen.<sup>39</sup> Presojalo je še (3) obstoj relevantnih procesnih varoval pri odreditvi posega, odrejenega na zakonski podlagi, ki pogojuje odreditev s predhodnim zdravniškim posegom in oceno,

<sup>31</sup> *Harutyunyan proti Armeniji*, z dne 28. junija 2007, št. 36549/03, 64. odst.

<sup>32</sup> *Göcmen proti Turčiji*, z dne 17. oktobra 2006, št. 72000/01, 55. odst.

<sup>33</sup> *Saunders proti Združenemu kraljestvu*, z dne 17. decembra 1996, št. 19187/91, 69. odst.

<sup>34</sup> *Jalloh proti Nemčiji*, 102. odst.

<sup>35</sup> S. E. Jebens, nav. delo, str. 222; D. Spielmann, nav. delo, str. 297–300.

<sup>36</sup> Navedena sodba, 116. odst.

<sup>37</sup> Prav tam, 117. odst.

<sup>38</sup> Prav tam, 118. odst.

<sup>39</sup> Prav tam, 119. odst.

da ni nevarnosti za preiskovančevo zdravje, vendar ga je pritožnik v sklicevanju na svojo pravico do molka v polomljeni angleščini odklonil.<sup>40</sup> Poleg tega je bilo pozorno na (4) pomen dokaza za obsodbo pritožnika, ki ga je obdolženi na sojenju izpodbijal, čeprav nemško sodišče za izločitev ni imelo pravne podlage.<sup>41</sup> Glede na vse navedene okoliščine primera je izrazilo pripravljenost, da uporabo navedenega dokaza na sojenju razume tudi kot poseg v pritožnikov privilegij zoper samoobtožbo, zaradi česar kazenski postopek kot celota ni bil pošten.<sup>42</sup> Kljub pomembnosti sodbe za nadaljnjo sodno prakso ESČP v primeru *Jalloh* ni dalo jasnega odgovora, ali uporaba dokazov, pridobljenih z nečloveškim in ponižujočim ravnanjem (kot blažjih oblik »mučenja«), avtomatično pomeni nepošten postopek.<sup>43</sup>

Tudi v primeru *Gäfgen proti Nemčiji*<sup>44</sup> je policija pri zaslišanju pritožnika uporabila nedovoljene metode. Pritožnik je pod vplivom grožnje z mučenjem priznal kaznivo dejanje umora in vodil policijo do drugih materialnih dokazov, uporabljenih v kazenskem postopku, v katerem mu je bila izrečena do smrtne zaporna kazen. Veliki senat ESČP je presojal zatrjevani kršitvi 3. in 6. člena EKČP. Opozoril je na *problem dopustnosti uporabe posredno pridobljenih materialnih dokazov*, ki so bili posledica obdolženčeve izjave, pridobljene z ravnanjem, ki ga je sodišče prepoznalo kot nečloveško ravnanje, s tem pa priznalo kršitev 3. člena oziroma dometa doktrine sadežev zastrupljenega drevesa.<sup>45</sup> Nemško sodišče je namreč izločilo (prvotno obremenilno) izjavo obdolženega, ne pa tudi materialnih dokazov, pridobljenih na podlagi te izjave. ESČP je sicer zavzelo stališče, da bi bilo treba skladno s 6. členom dokaze (načeloma) izločiti, a hkrati poudarilo, da je pritožnik na zadnjem zaslišanju v navzočnosti svojega odvetnika dejanje ponovno in povsem prostovoljno priznal, zaradi česar med prvim (izsiljenim) in drugim (prostovoljnim) priznanjem ni bilo vzročne zveze.

Materialni dokazi, ki jih je uporabilo nemško sodišče, so po oceni ESČP imeli dopolnilno naravo (angl. *of an accessory nature*) in naj bi se kot taki uporabili zgolj za preverjanje verodostojnosti drugega, prostovoljnega obdolženčevega

<sup>40</sup> Prav tam, 120. odst.

<sup>41</sup> Prav tam, 121. odst.

<sup>42</sup> Prav tam, 122. odst.

<sup>43</sup> V. Warnking, nav. delo, str. 78.

<sup>44</sup> *Gäfgen proti Nemčiji*, veliki senat, z dne 30. junija 2008, št. 22978/05, V. Warnking, nav. delo, str. 80–82, S. E. Jebens, nav. delo, str. 224–225, A. Tratnik, nav. delo, str. 32–33.

<sup>45</sup> Doktrina sadežev zastrupljenega drevesa (angl. *fruit of the poisonous tree*) izhaja iz pravnega sistema *common law* in pomeni širitev ekskluzije dokazov z dokazov, ki so bili neposredno pridobljeni na nezakonit način, tudi na dokaze, ki so bili pridobljeni na podlagi vednosti o teh dokazih ali ki posledično izhajajo iz nezakonito pridobljenih dokazov, četudi sami po sebi niso bili nezakonito pridobljeni. K. Šugman, nav. delo (1999), str. 382.

priznanja. Ker se je obdolženi z naknadnim priznanjem obremenil sam in ker je nacionalno sodišče imelo tudi druge dopolnilne dokaze, ki niso bili v neposredni povezavi s prvotnim, izsiljenim priznanjem, pritožniku po mnenju ESČP dodatni materialni dokazi niso škodovali. Za ESČP je bilo dovolj, da izsiljena izjava (zaradi izločitve) ni bila upoštevana (ne glede na to, da je bila vsebinsko enaka drugi, »prostovoljno« podani izjavi in da so na podlagi prve izjave policisti prišli do pomembnih obremenilnih materialnih dokazov) in da je imel obdolženi možnost ugovarjati dopustnosti dokazov v domačem kazenskem postopku.<sup>46</sup>

Katere smernice lahko razberemo iz navedenih poudarkov analiziranih sodb?

Prva ugotovitev je nedvomno, da uporaba *izjav* in materialnih dokazov, ki so *neposredna posledica mučenja* (v ožjem pomenu besede), ne glede na njihovo dokazno vrednost, vedno avtomatično pomeni, da je bil kazenski postopek nepošten. Glede na stališče ESČP v primerih *Jalloh* in *Harutyunyan* lahko 3. člen razumemo kot absolutno prepoved in izpeljemo zaključek, da je bil kazenski postopek po merilih iz 6. člena nepošten. Drugače je v primerih, ko so dokazi pridobljeni z lažjima oblikama grdega ravnanja, torej z nečloveškim ali ponižujočim ravnanjem, kot v primeru *Jalloh*, v katerem uporaba *materialnih dokazov*, pridobljenih z nečloveškim in ponižujočim ravnanjem, ni avtomatično vodila do takšnega zaključka. Ocena poštenosti kazenskega postopka bo odvisna od okoliščin vsakega posameznega primera, predvsem dokazne vrednosti dokaza za obsodbo, obdolženčeve možnosti izpodbijanja dokaza in teže očitane kaznivega dejanja. Če gre za odločilen dokaz za obsodbo, brez možnosti obdolženega, da bi ga po domači zakonodaji pred nacionalnim kazenskim sodiščem lahko izpodbijal, ter pomanjkljiv javni interes za obsodbo, se tak dokaz ne sme uporabiti.<sup>47</sup>

Navedeni primer lahko označimo za presenetljiv odstop od razlage absolutne dokazne prepovedi uporabe obdolženčevih izjav, pridobljenih z ugotovljeno kršitvijo 3. člena v primeru uporabe *materialnih dokazov na podlagi izjave, pridobljene z grožnjo z mučenjem*. ESČP je namreč nesporno ugotovljeno kršitev 3. člena pri pridobivanju priznanja zrelativiziralo s precej trhlimi argumenti, da je priznanje služilo le preverjanju točnosti in verodostojnosti drugih dokazov, da je obdolženi dokaze v postopku lahko izpodbijal in da bi se mu krivda lahko dokazala tudi brez dokazov, ki bi morali biti izločeni. Z nepriznanjem

<sup>46</sup> Da obrazložitev velikega senata ni povsem nesporna, potrjuje tudi dejstvo, da ni bila sprejeta soglasno, saj je bilo šest sodnikov, ki so glasovali proti, povsem diametralnega mnenja.

<sup>47</sup> V. Warnking, nav. delo, str. 83.

kršitve 6. člena se je hkrati izreklo tudi proti široki razlagi učinka 3. člena in s tem dometa doktrine sadežev zastrupljenega drevesa.

Če razlage konvencijskih pravic v analiziranih sodbah velikega senata ESČP razumemo kot smernice priporočene ureditve minimalnih standardov človekovih temeljnih pravic oziroma dokaznih prepovedi v kazenskih postopkih držav podpisnic EKČP, lahko ugotovimo, da jih slovenska ureditev dosega in presega. Ustavna prepoved mučenja, nečloveškega ali ponižujočega ravnanja (18. člena URS), ki štiti obdolženčevo osebnost in dostojanstvo (21. člen URS), je absolutna, saj obdolženi v mučenje niti ne more privoliti.<sup>48</sup> Ureditev dosledne ekskluzije dokazov v slovenskem kazenskem procesnem pravu (drugi odstavek 18. člena ZKP) je izrazito garantistična in kot takšna slovenskega sodnika zavezuje tudi k izločitvi materialnih dokazov, pridobljenih samostojno ali na podlagi izjave, pridobljene s kršitvijo ustavnih pravic, kot je bilo v primerih *Gäffen in Jalloh*.

#### **4. DOKAZNE PREPOVEDI V ZVEZI Z DOKAZI, PRIDOBLENIMI S PRIKRITIMI PREISKOVALNIMI METODAMI**

Danes si preiskovanja organiziranega kriminala, terorizma, hujših kaznivih dejanj in korupcije brez uporabe prikritih preiskovalnih metod ni mogoče predstavljati. Dokazi, pridobljeni s prikritimi metodami, so za obdolžence navadno obremenilni, zato so predlogi za njihovo izločitev v kazenskih postopkih zelo pogosti. Posledično so pogoste tudi pritožbe pred ESČP, v katerih obdolženi zatrjujejo kršitev pravice do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz 8. člena in pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. ESČP pri obravnavi pritožb ločeno presoja postopek pridobivanja dokazov, ki ga ocenjuje s kriterijem morebitne kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena, medtem ko se pri uporabi dokazov osredotoča na oceno morebitne kršitve pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP.

##### **4.1. Dokazne prepovedi, ki se nanašajo na telefonsko prisluškovanje in drugo prestrezanje telekomunikacij**

Prestrezanje telekomunikacij posega v pravico do spoštovanja zasebnega in družinskega življenja iz prvega odstavka 8. člena, ki vsakomur zagotavlja pravico do »spoštovanja njegovega zasebnega in družinskega življenja« (angl. *private and family life*) ter doma in dopisovanja (angl. *correspondence*). Razla-

<sup>48</sup> P. Gorkič, nav. delo, str. 806–807.

ga pojma *correspondence* je glede na sodno prakso EKČP široka in zajema vse sodobne oblike komuniciranja, od komunikacije po telefonu (angl. *telephone conversation*),<sup>49</sup> postopka *metering* (registriranje številke, časa in dolžine klica z določenega telefona brez same vsebine),<sup>50</sup> pozivnika (angl. *pager*)<sup>51</sup> do drugih oblik elektronskega sporočanja, kot so e-pošta, SMS-sporočila, faksiranje.<sup>52</sup> Upravičenci do pravice do zasebnosti so uporabniki kateregakoli od naštetih komunikacijskih sredstev, v pravico do zasebnosti pa lahko posegajo tako organi odkrivanja in pregona kot telekomunikacijske družbe (po navodilih državnih organov).<sup>53</sup>

Po drugem odstavku 8. člena EKČP sme javna oblast v posameznikovo zasebnost posegati le, če je poseg določen (skladen) z zakonom in nujen v demokratični družbi iz taksativno navedenih razlogov oziroma zaradi legitimnih ciljev, ki so: državna varnost, javna varnost ali ekonomska blaginje države, preprečevanje neredov ali kaznivih dejanj, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi. Ocen o upravičenosti posega v komunikacijsko zasebnost opravi ESČP z uporabo tristopenjskega testa, ki je sestavni del obrazložitve ESČP. Ta test vključuje presojo: (1) določenosti oziroma skladnosti (posega) z zakonom (angl. *must be in accordance with the law*),<sup>54</sup> (2) legitimnosti cilja posega in (3) nujnosti v demokratični družbi. Ob ugotovljeni nezakonnosti legitimnih ciljev in nujnosti oziroma proporcionalnosti (sorazmernosti) posega praviloma ne preverja.

ESČP pojem določenost v zakonu (angl. *in accordance with the law*) razlaga v materialnem smislu. Poleg zakonov, sprejetih v zakonodajnem postopku v parlamentu, v ta pojem uvršča tudi nepisano običajno pravo. V primeru *Halford* je bila odločilni dejavnik pri presoji določenosti v zakonu združljivost oziroma kompatibilnost določenega (ne)napisanega pravila z načelom pravne države.<sup>55</sup> Za razlago pojma skladnosti (določenosti) z zakonom je pomemben tudi primer *Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*<sup>56</sup> (v katerem se je sicer

<sup>49</sup> *Malone proti Združenemu kraljestvu*, z dne 2. avgusta 1984, št. 8691/79, 64. odst., *Halford proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. junija 1997, št. 20605/92, 44. odst.

<sup>50</sup> *Malone proti Združenemu kraljestvu*, 83. odst.

<sup>51</sup> *Taylor-Sabori proti Združenemu kraljestvu*, z dne 22. oktobra 2002, 17. odst.

<sup>52</sup> S. Trechel, nav. delo, str. 542.

<sup>53</sup> Glej primer *Valenzuela Contreras proti Španiji*, z dne 30. julija 1998, št. 5/1997/84271048, 14. odst., v katerem je preiskovalni sodnik nacionalni telefonski družbi odredil nadzor pritožnikovega telefona, in primer *P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. januarja 2001, št. 44787/98, 42. odst.

<sup>54</sup> *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst.

<sup>55</sup> *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst.

<sup>56</sup> *Sunday Times proti Združenemu kraljestvu*, z dne 26. aprila 1979, št. 6538/74, 49. odst.

ukvarjalo s kršenjem pravice do svobode izražanja), v katerem je ESČP zavzelo stališče, da je kot zakon mogoče šteti tudi običajno pravo, pod pogojem, da je (1) dovolj dostopno (angl. *accessible*), da ima lahko državljani ustrezen napotek glede okoliščine pravnih pravil, ki se uporabljajo v konkretnem primeru,<sup>57</sup> in da je (2) dovolj predvidljivo (angl. *foreseeable*), da lahko vsak posameznik predvidi posledice svojega ravnanja v primeru, da se odloči za ravnanje, ki ni v skladu s to normo.<sup>58</sup>

ESČP prepušča oceno določenosti posega z zakonom in interpretacijo posameznega zakona nacionalnim sodiščem vsake posamezne države in se s tem vprašanjem praviloma ne ukvarja.<sup>59</sup> Drugače je v primerih, da posamezen ukrep ni imel podlage v nacionalni zakonodaji ali da je bil izveden v nasprotju z zakonodajo. Prav tako ne zadostuje, da je določen ukrep zgolj zakonsko normiran, saj je pomembna tudi kakovost zakona ali predpisa, ki mora vsebovati varovala zoper zlorabe zakona<sup>60</sup> in biti v skladu z ustavno ureditvijo države.<sup>61</sup>

V primerih *Kruslin*, *Huvig* in *Lambert* (vsi trije proti Franciji)<sup>62</sup> je ESČP postavilo minimalne standarde pričakovane zakonske ureditve nadzora telefonskih komunikacij oziroma prisluškovanja (angl. *telephone tapping*): (a) določljivost kroga oseb, ki se jim lahko prisluškuje, (b) določitev vrste kaznivih dejanj, pri preiskovanju katerih se lahko uporabi ukrep prisluškovanja (ESČP ne omenja kataloga oziroma kataloških kaznivih dejanj, zadostuje navedba potrebne teže kaznivega dejanja ali višina zagrožene kazni), (c) določitev trajanja ukrepa, (d) določitev postopka obveznega poročanja o ukrepu (ki omogoča kasnejšo preverljivost ukrepa sodniku in obrambi) in (e) odreditev uničenja posnetkov. Ugotovimo lahko, da je ESČP postavilo nižje standarde pričakovane ureditve kot slovenski zakonodajalec, saj jih ZKP v celoti dosega, s katalogom kaznivih dejanj v drugem odstavku in izrecno omejitvijo na kazniva dejanja s predpisano kaznijo nad osem let zapor v tretjem odstavku 150. člena pa celo presega.

ESČP je v praksi večkrat opredelilo tudi pojem nujnost posega v demokratični družbi (angl. *necessity in a democratic society*), ki ga pogojuje z razlo-

<sup>57</sup> Navedena sodba, 49. odst.

<sup>58</sup> Prav tam.

<sup>59</sup> *Kopp proti Švici*, nav. sodba, 59. odst.

<sup>60</sup> R. Esser, nav. delo, stran 151; V. Warnking, nav. delo, str. 185.

<sup>61</sup> *Halford proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 49. odst., *Kopp proti Švici*, nav. sodba, 55. in 64. odstavek, *Valenzuela Contreras proti Španiji*, nav. sodba, 46. odst.

<sup>62</sup> *Kruslin proti Franciji*, z dne 24. aprila 1990, št. 11801/85, *Huvig proti Franciji*, z dne 24. aprila 1990, št. 11105/84, *Lambert proti Franciji*, z dne 24. avgusta 1998, št. 23618/94.

gi varovanja državne ali javne varnosti in s preprečitvijo neredov in kaznivih dejanj,<sup>63</sup> ki se mora odražati tudi v prepričljivi družbeni potrebi in sorazmernosti ukrepa.<sup>64</sup> ESČP uporablja pojem proporcionalnost, ki je v svojem bistvu sorazmernost, saj od nacionalnih sodišč pričakuje uporabo testa, »ali je bil cilj sorazmeren z uporabljenimi ukrepi za doseg tega cilja«. <sup>65</sup> V primeru *Klass in drugi proti Nemčiji* je proporcionalnost posega s prisluškovanjem vezalo na predhodni obstoj suma, da oseba načrtuje izvršitev, da izvršuje ali da je izvršila določeno hujše kaznivo dejanje.<sup>66</sup>

Če se do zahteve opredelimo v jeziku kazenskega prava, lahko zatrdimo, da je ESČP odreditvi ukrepa prisluškovanja določilo dokazni standard, bistvo katerega je upoštevanje kriterija predhodnosti, saj je upravičenost posega treba podkrepiti pred odreditvijo ukrepa. Tudi prvi odstavek 150. člena ZKP je glede tega nedvoumen, saj poleg višjega dokaznega standarda utemeljenih razlogov za sum, da je oseba izvršila, izvršuje ali bo izvršila kaznivo dejanje, zahteva še obrazložitev utemeljenega suma uporabe (tele)komunikacijskega sredstva v povezavi s kaznivim dejanjem. S pogojevanjem utemeljenosti sklepa, da brez odreditve ukrepa ne bi bilo mogoče zbrati dokazov ali da bi njihovo zbiranje pomenilo grožnjo življenju in zdravju ljudi, sledi tudi zahtevi po obrazložitvi družbene potrebe in sorazmernosti odreditve ukrepa.

ESČP<sup>67</sup> s sorazmernostjo povezuje tudi obstoj zakonskih varoval, ki preprečujejo zlorabe ukrepa prisluškovanja in ki zagotavljajo, da je ukrep prisluškovanja po obsegu, časovno in vsebinsko omejen, kar vse je tudi poudarek odločbe Ustavnega sodišča RS U-I-25/95, ki je bila podlaga za spremembe ureditve prikritih preiskovalnih ukrepov v ZKP.<sup>68</sup>

ESČP pri oceni kršitev konvencijskih pravic (zaradi prestrežanja telekomunikacij) uporablja dva kriterija presoje in loči presojo morebitne kršitve pravice do zasebnosti pri pridobivanju dokaza od presoje morebitne kršitve pravice do poštenega sojenja zaradi uporabe pridobljenih dokazov. Zaradi vsebinsko

<sup>63</sup> *Gillow proti Združenemu kraljestvu*, z dne 24. novembra 1986, št. 9063/80, 55. odst., *Leander proti Švedski*, z dne 26. marca 1987, št. 9248/81, 58. odst.

<sup>64</sup> *Gillow proti Združenemu kraljestvu*, nav. sodba, 55. odst.

<sup>65</sup> M. Macovei, nav. delo, str. 29–34.

<sup>66</sup> *Klass in drugi proti Nemčiji*, z dne 6. septembra 1978, št. 5029/71, 51. odst.

<sup>67</sup> *Klass in drugi proti Nemčiji*, nav. sodba, 50. odst., S. Trechsel, nav. delo, str. 551.

<sup>68</sup> Ustavno sodišče RS je v 41. odstavku odločbe U-I-25/95 z dne 27. novembra 1997 opredelilo štiri temeljne pogoje za ustavno dopustne posege v posameznikovo zasebnost: (1) specifično opredelitev in določenost posega v zakonu, (2) izdajo odločbe, s katero se dovoli poseg, (3) časovno omejenost izvajanja ukrepa in (4) nujnost posega za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali varnost države, pri čemer se nujnost oceni z načelom sorazmernosti.

ločene presoje je ocena skladnosti uporabe dokazov s konvencijsko določbo 6. člena samostojna in neodvisna od ugotovitve kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena pri pridobivanju dokaza.

V primeru *Schenk proti Švici* je pritožnik zaradi uporabe zanj obremenilnega posnetka uveljavljal kršitev pravice do zasebnosti iz 8. člena. ESČP uporabe posnetka kot dokaza ni presojalo s stališča zatrevane kršitve pravice do zasebnosti iz 8. člena, temveč z določilom 6. člena EKČP z obrazložitvijo, da je preizkus zatrevane kršitve zasebnosti že »konzumiran« v presoji poštenosti postopka, v katerem je bil takšen dokaz uporabljen. Za veliki senat ESČP je bilo temeljno vprašanje, ali je bil kazenski postopek zoper pritožnika zaradi uporabe dokaza, pridobljenega s prestrezanjem telekomunikacij, kot celota pošten. Pri tem je upoštevalo več dejavnikov: kontradiktornost kazenskega postopka, ali je imel pritožnik možnost izpodbijati avtentičnost posnetka, ali se je obdolženi med podajanjem izjave (ki je bila prestrežena in posneta) lahko prosto odločal o tem, da bo nekaj izjavil, in pomen dokaza za obsodbo pritožnika (ali je bil posnetek edini dokaz za obsodilno sodbo).<sup>69</sup> Ker je ocenil, da *Schenku* pravica do obrambe ni bila kratena, da mu je bila v postopku dana možnost izpodbijanja avtentičnosti posnetka (ki jo je izkoristil), da se je sam strinjal s predvajanjem posnetka ter da posnetek ni bil edini in odločilni dokaz za obsodbo, je veliki senat razsodil, da je bil kazenski postopek zoper pritožnika kot celota pošten.

Iz navedenega lahko zaključimo, da je ocena ESČP, ali je bila pritožniku z uporabo (nezakonitega) dokaza, pridobljenega s prikritimi preiskovalnimi ukrepi, kršena pravica do poštenega postopka: (a) neodvisna od predhodne ugotovitve kršitve pravice do zasebnosti ob pridobivanju dokaza in da (b) se pri presoji ne osredotoča le na posamezen dokaz, temveč na vodenje kazenskega postopka kot celote. Enake kriterije uporablja ESČP tudi pri oceni pridobivanja in uporabe dokazov, pridobljenih z uporabo drugih prikritih tehničnih metod in sredstev (zvočno in slikovno snemanje v stanovanjih in drugih prostorih, videonadzor prostorov itd.).<sup>70</sup>

<sup>69</sup> *Schenk proti Švici*, z dne 12. julija 1988, št. 10862/84, 46. do 48. odst., *Khan proti Združenemu kraljestvu*, z dne 12. maja 2000, št. 35394/97, 37. odst.

<sup>70</sup> *Malone proti Združenemu kraljestvu*, z dne 2. avgusta 1984, št. 8691/79, *Halford proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. junija 1997, št. 20605/92, *P. G in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, z dne 25. septembra 2001, št. 44787/98, *Chalkley proti Združenemu kraljestvu*, z dne 12. junija 2003, št. 63831/00, *Elahi proti Združenemu kraljestvu*, z dne 20. junija 2006, št. 30034/04.

## 4.2. Dokazne prepovedi glede dokazov, pridobljenih z vključitvijo tajnih preiskovalcev (agentov)

Metoda vključevanja oziroma infiltracije tajnih agentov (delavcev policije) v kriminalne združbe velja za eno najučinkovitejših metod v preiskovanju organiziranega kriminala, še posebej kaznivih dejanj trgovine z drogami, trgovine z orožjem in korupcije. Ker delovanje agentov ni več klasično »pasivno« preiskovanje storjenega dejanja, temveč proaktivno delovanje<sup>71</sup> v fazi samega izvrševanja kaznivega dejanja preiskovane osebe, odpira številna pravna in moralna vprašanja. Delovanje policije (države) oziroma njenih (so)delavcev namreč lahko označimo za neke vrste zvijačo, zato je meja med dovoljenim in nedovoljenim, zakonitim in nezakonitim, med preiskovanjem in provokacijo dejanja najtanjša. Policija z velikim posegom v zasebnost posameznika navadno pridobi ključni dokaz o storitvi kaznivega dejanja. Če deluje preveč aktivno, govorimo o policijski provokaciji<sup>72</sup> – zanjo je v anglosaškem sistemu uveljavljen izraz *entrapment*,<sup>73</sup> ki ga za označevanje delovanja, ki izzove kriminalno dejavnost, uporablja tudi ESČP.

ESČP je v sodni praksi v primerih zatrjevanih kršitev konvencijskih pravic zaradi pridobitve in uporabe dokazov, pridobljenih z vključitvijo tajnih agentov, poudarilo dve vprašanji, ki sta temelj odločitve v vseh obravnavanih primerih: (1) kdaj je delovanje tajnega preiskovalca (agenta) mogoče pripisati državi in (2) kdaj dovoljena vključitev agenta v tajno preiskovanje preraste v provokacijo kaznivega dejanja. Na podlagi navedenega sprva loči agenta države od zasebnikov, nato pa agenta države, ki deluje skladno s pravom (angl. *undercover agent*), in agenta države, ki s svojim delovanjem izzove kriminalno dejavnost (fr. *agent provocateur*).

### 4.2.1. Agent države (*undercover agent*)

ESČP pojem *undercover agent* v praksi sicer smiselno uporablja za tajne delavce policije<sup>74</sup> in za zasebnike,<sup>75</sup> vendar je presoja morebitnih kršitev konvencijskih pravic prvenstveno odvisna od ocene, ali je delovanje tajnega preiskovalca mogoče pripisati državi. Delovanje se pripisuje državi v primerih, ko je agent

<sup>71</sup> Na primer ponujanje podkupnine, prodaja drog, orožja in podobno.

<sup>72</sup> G. Klemenčič, nav. delo, str. 1044–1045; B. Kečanović, nav. delo, str. 636.

<sup>73</sup> Doktrina *entrapment*, znana iz pravnih sistemov *common law*, se tesno povezuje z delovanjem agenta provokatorja (fr. *agent provocateur*) in obdolžencu v kazenskem postopku omogoča ugovor spodbujene oziroma izzvane kriminalne dejavnosti oziroma obrambo na podlagi tega. I. H. Dennis, nav. delo, str. 326–333, S. McKay, nav. delo, str. 764–774.

<sup>74</sup> *Teixeira de Castro proti Portugalski*, z dne 9. junija 1998, št. 25829/94.

<sup>75</sup> *Sequeria proti Portugalski*, z dne 6. maja 2003, št. 73557/01.

deloval po usmeritvah, navodilih ali pod vodstvom države oziroma njenih organov.<sup>76</sup> Če ESČP posameznika prepozna kot agenta države, njegovo delovanje pri pridobivanju dokazov obravnava enako kot delovanje policije. To pomeni, da pridobivanje dokazov presoja s stališča morebitne upravičenosti posega v pravico do zasebnosti iz drugega odstavka 8. člena,<sup>77</sup> v nadaljevanju pa še uporabo dokazov s stališča kršitve do poštenega postopka iz 6. člena EKČP.

V primeru *Bykov proti Rusiji*<sup>78</sup> je bil v kazenskem postopku uporabljen posnetek pogovora med pritožnikom in tajnim agentom države, v katerem se je pritožnik obremenil, na podlagi tega pa je bil obsojen zaradi napeljevanja k kaznivemu dejanju umora.<sup>79</sup> Pritožnik je zaradi pridobitve izjave s »tajnim prenosom« in njene obremenjujoče vsebine zatrjeval kršitev pravice do zasebnosti iz 8. člena, kršitev privilegija zoper samoobtožbo in posledično kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Veliki senat ESČP je poseg v pritožnikovo pravico do zasebnosti pri pridobivanju dokaza ocenjeval z oblikovanimi kriteriji drugega odstavka 8. člena (določenosti v zakonu in nujnosti v demokratični družbi). Ker je ugotovil, da je bil postopek preiskovanja z uporabo skritega radijskega oddajnika<sup>80</sup> zakonsko nedoločno opredeljen »preiskovalni eksperiment« (brez ustreznih zaščitnih ukrepov pred možnimi zlorabami)<sup>81</sup> oziroma nezakonit, je razsodil, da poseg v pritožnikovo pravico do zasebnosti ni bil v skladu s pravom, kot to zahteva drugi odstavek 8. člena EKČP.

<sup>76</sup> Warnkingova navaja, da 1. člen Konvencije veže državne organe oziroma policijo, da v okviru svojih pristojnosti spoštujejo človekove pravice. V. Warnking, nav. delo, str. 223–224. Takšnega mnenja je tudi Grabenwarter, ki delovanje zasebnikov označi kot konvencijsko nevtrarno, zaradi česar se morebitne prepovedi izpeljejo iz drugih določil Konvencije. C. Grabenwarter, nav. delo, str. 103.

<sup>77</sup> V primeru *M. M. proti Nizozemski*, z dne 8. aprila 2003, št. 39339/98, je ESČP dejanje pripisalo državi zaradi skupnega delovanja z zasebnikom v pripravljalni fazi preiskovanja, v primeru *A. proti Franciji*, z dne 23. februarja 1993, št. 14838/89, pa zaradi pomembne tehnične podpore v zaključni fazi pridobivanja dokaza.

<sup>78</sup> *Bykov proti Rusiji*, z dne 10. marca 2009, št. 4378/02.

<sup>79</sup> Pritožnik je najel človeka za umor njegovega bivšega poslovnega partnerja, ta pa je o tem obvestil policijo. Tožilec je odredil preiskavo s prikritimi metodami. Policija je uprizorila naročeni »umor« in o najdbi trupla obvestila javnost. Po »opravljenem« delu se je najeti »morilec« po navodilih policije in tožilstva, opremljen s skritim radijskim oddajnikom, sestal z naročnikom umora – pritožnikom na njegovem domu. V pogovoru je bil pritožnik prepričan, da je bil umor opravljen, podal je zase obremenjujoče izjave, ki jih je policija posnela.

<sup>80</sup> Ukrep oziroma preiskovalno tehniko je sodišče (glede na naravo in intenzivnost posega) izenačilo s telefonskim prisluškovanjem (angl. *telephone tapping*). *Bykov proti Rusiji*, nav. sodba, 79. odst.

<sup>81</sup> Navedena sodba, 82. odst.

Ločeni obravnavi (morebitnih kršitev pri pridobivanju dokaza in kršitev pravic zaradi uporabe oziroma neizločitve dokazov) je tudi mogoče pripisati dejstvo, da ugotovljena nezakonitost dokaza oziroma kršitev 8. člena pri pridobivanju dokaza na nadaljnjo presojo poštenosti postopka ni vplivala, saj je ESČP razsodilo, da pritožniku v kontekstu vseh ravnanj ni bila kršena pravica do poštene postopka. Obrazložitev je temeljila na dejstvu, da se obdolženi glede uporabe dokaza v postopku na nacionalnih instancah ni pritožil in da posnetek ni bil edini in odločilni dokaz zoper njega. ESČP je zaradi obstoja in uporabe drugih varoval v postopku kljub ugotovljeni nezakonitosti načina pridobitve dokaza in kršitve obdolženčeve pravice do zasebnosti razsodilo, da kazenski postopek kot celota ni bil nepošten. Ker pritožnik samoobremenjujoče izjave ni dal pod pritiskom, prisilo ali zaradi uporabe sile, mu tudi ni bil kršen privilegij zoper samoobtožbo.

Iz primera *Bykov* in podobnih izhaja, da se ESČP pri presoji poštenosti postopkov večinoma sklicuje na konkretne okoliščine vsakega posameznega primera, v katerem so bili uporabljeni nezakoniti dokazi, pri čemer je nezakonitost pridobljenega dokaza le eden od elementov pri presoji poštenosti postopka.<sup>82</sup> Eden najpomembnejših kriterijev pri presoji poštenosti postopka, v katerem je bil uporabljen nezakonit dokaz, je predvsem ugotovitev, ali je obdolženi na sojenju lahko izpodbijal uporabo nezakonito pridobljenih dokazov.

#### 4.2.2. Agent provokator (*agent provocateur*)

ESČP je tudi določilo kriterije, na podlagi katerih loči med dovoljenim preiskovanjem z vključitvijo tajnega agenta in nedovoljeno provokacijo kaznivega dejanja (angl. *entrapment operation*) s strani agenta provokatorja.

Kot vodilni primer velja primer *Teixiera de Castro proti Portugalski*,<sup>83</sup> v katerem je ESČP razvilo kriterije Teixeira (angl. *Teixiera principles*). Policista pod krinko sta od pritožnika želela kupiti 20 gramov heroína. Pritožnik je po določenem času prodajo droge prek dveh posrednikov tudi uredil, ob predaji droge policistoma pa je bil aretiran in nato v kazenskem postopku zaradi kaznivega dejanja preprodaje drog obsojen. V pritožbi pred ESČP je zatrjeval, da sta ga agenta (policista v civilu) napeljala k storitvi kaznivega dejanja (*entrapment*), zaradi česar je bil kazenski postopek zoper njega nepošten.

<sup>82</sup> Kot že navedeno, naloga ESČP ni ugotavljanje pravilnosti uporabe dokaza, ki je bil po notranji zakonodaji države pridobljen nezakonito, temveč, ali je bil postopek, vključno z načinom pridobitve dokaza, kot celota pošten. Nav. sodba, 89. odst. Sodniki, ki se s tem niso strinjali, so menili, da je zakonitost predpostavka poštenosti.

<sup>83</sup> *Teixiera de Castro proti Portugalski*, z dne 9. junija 1998, št. 25829/94.

ESČP je ocenjevalo predvsem, ali je delovanje policistov agentov pod krinko preseglo dovoljeno mejo preiskovanja, in presodilo, da sta agenta to mejo prestopila in pritožnika spodbudila k storitvi kaznivega dejanja. To je utemeljilo z dejstvom, da policija ni imela razloga za sum zoper pritožnika, ki ni imel kazenske kartoteke, zoper njega ni bila vodena nobena preiskava, niti policiji ni bil znan kot izvrševalec kaznivih dejanj. Drugo dejstvo je bilo, da pritožnik droge ni imel, temveč jo je moral šele priskrbeti prek drugih. Zahtevo lahko po vsebini označimo kot merilo predhodne ocene, da je posameznik vpleten v obstoječo kriminalno dejavnost, oziroma predhodni subjektivni test, ki ga mora po določilu ZKP pred odreditvijo opraviti tudi slovenski tožilec.<sup>84</sup> Navedena dejstva po razlagi ESČP dokazujejo, da se policista pri delu pod krinko nista omejila na preiskovanje kazenske odgovornosti pritožnika na pasiven način, temveč sta ga z aktivnim vplivom spodbudila k storitvi kaznivega dejanja. S stališča ureditve ZKP ravnanje policije ni prestalo objektivnega testa, s katerim se po ZKP z naknadno sodno presojo preverja, ali bi povprečni posameznik, ki se ravna po pravnem redu, kaznivo dejanje storil tudi brez napeljevanja policije.

Ob upoštevanju dodatnega dejstva, da je bil pritožnik obsojen predvsem na podlagi izjav policistov, je ESČP razsodilo, da je bil zaradi vseh naštetih okoliščin kazenski postopek zoper pritožnika kot celota nepošten.

Izoblikovane kriterije (*Teixiera principles*) v navedenem primeru lahko označimo kot temelj za razmejevanje med dovoljenim delovanjem preiskovalcev in policijsko provokacijo oziroma razlikovanje med agentom države in agentom provokatorjem, na katere ESČP v nadaljnji sodni praksi<sup>85</sup> opira oceno poštenosti kazenskih postopkov. Ti kriteriji zajemajo: (a) oceno obsega vpliva tajnega agenta na preiskovano osebo, (b) pomanjkljivost stopnje suma, da preiskovana oseba izvršuje določeno kaznivo dejanje, (c) nagnjenost preiskovane osebe k izvrševanju kaznivih dejanj, (d) (ne)obstoje sodne kontrole ukrepa in (e) oceno, ali je bil dokaz, ki ga je pridobil tajni agent, odločilen za obsodbo preiskovane osebe. Razen zadnjega kriterija (pomena dokaza za obsodbo) se obstoj policijske provokacije oziroma izzvane kriminalne dejavnosti presoja tudi po določilih ZKP. Tehtanje pomena nezakonito pridobljenega dokaza za obsodbo obdolženega v slovenskem sistemu dosledne ekskluzije nezakonito ali protiustavno pridobljenih dokazov namreč ni dopusten. Postavi se le še vprašanje, ali ESČP pri oceni morebitne policijske provokacije in s tem poštenosti postopka vedno uporablja vseh pet kriterijev. Odgovor je negativen, saj presoja ESČP večinoma

<sup>84</sup> B. Kečanović, nav. delo, str. 631, G. Klemenčič, nav. delo, str. 1045.

<sup>85</sup> Primerjaj *Vanyan proti Rusiji*, z dne 15. decembra 2005, št. 53203/99, *Khudobin proti Rusiji*, z dne 26. oktobra 2006, št. 59696/00.

temelji na treh kriterijih: na oceni obsega vpliva agenta na preiskovano osebo, na preverljivi stopnji suma glede kriminalne dejavnosti preiskovane osebe in na oceni odločilnosti pomena dokaza za obsodbo preiskovane osebe.<sup>86</sup>

S kriteriji v primeru Teixeira je ESČP postavilo tudi ločnico med policijsko provokacijo (*entrapment operation*) in privatno provokacijo kaznivega dejanja (angl. *private entrapment*) v primerih tajnega delovanja oseb, ki delujejo neodvisno od države, med katere se uvrščajo zasebniki in preiskovalni novinarji.

#### 4.3. Dokazne prepovedi v zvezi z dokazi, ki so jih pridobili zasebniki ali preiskovalni novinarji

ESČP je večkrat presojalo poštenost kazenskih postopkov tudi v primerih, ko so dokaze s »tajnim« delovanjem pridobile osebe, ki jim ni mogoče pripisati sodelovanja z državo. V primeru *Turquin proti Franciji*<sup>87</sup> je žena obdolženca (s katerim je bila v civilnem postopku zaradi ugrabitve skupnega otroka) brez njegove vednosti in soglasja posnela njune telefonske in druge pogovore, v katerih je obdolženec posredno priznal umor njunega sina, in posnetke predala sodniku. Po preverbi avtentičnosti posnetkov so bili posnetki uporabljeni kot dokaz v kazenskem postopku, v katerem je bil pritožnik obtožen naklepneга umora. Pritožnik je zaradi nezakonite pridobitve posnetkov s kršitvijo njegove pravice do zasebnosti zatrjeval kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Izhodišče presoje zatrjevane kršitve pravice iz 6. člena je bila ocena ESČP, da so bili posnetki pridobljeni brez kakršnegakoli vpliva ali navodila državnih organov oziroma da ravnanja ni bilo mogoče pripisati državi. ESČP ni ugotovilo kršitve 6. člena in je poudarilo, da zgolj obstoj okoliščine, da francoska kazenska procesna zakonodaja (tako kot slovenska) vprašanj glede dopustnosti dokazov, ki so jih pridobili zasebniki, izrecno ne ureja, sama po sebi ne pomeni, da je bil kazenski postopek nepošten. Odločitev je utemeljevalo tudi z dejstvi, da obdolženi v kazenskem postopku nikoli ni izpodbijal ali zanikal vsebine posnetka, da je bila avtentičnost posnetka ugotovljena z izvedencem in da posnetek ni bil edini dokaz za obsodbo obdolženega.

V zadevi *Shannon proti Združenemu kraljestvu*<sup>88</sup> je ESČP ocenjevalo poštenost postopka zaradi uporabe dokazov, ki jih je zoper pritožnika pridobil preiskovalni novinar. Ker so metode, ki jih v prikritih preiskavah uporabljajo preiskovalni novinarji, primerljive z metodami organov odkrivanja in pregona, sta se

<sup>86</sup> V. Warnking, nav. delo, str. 245–246.

<sup>87</sup> *Turquin proti Franciji*, z dne 24. januarja 2002, št. 43467/98.

<sup>88</sup> *Shannon proti Združenemu kraljestvu*, z dne 6. aprila 2003, primerjaj tudi H. H. Kühne, str. 532–558, V. Warnking, str. 272–273.

v praksi ESČP v zvezi s tem uveljavila izraza zasebni agent provokator in zasebna provokacija (*private entrapment*). Kljub podobnemu poimenovanju ESČP položaja preiskovalnih novinarjev ne enači s položajem uradnih preiskovalcev, ampak njihovo delovanje primerja z delovanjem zasebnikov, ki jih ni mogoče povezati z delovanjem države.

V navedenem primeru so novinarji tabloida *News of the world* po prejemu anonimnega obvestila, da v Angliji zelo priljubljeni igralec Shannon z drogo oskrbuje kroge šovbiznisa, pod krinko od igralca kupili drogo in nakup slikovno in zvočno posneli. Novinarji so po objavi članka o pritožnikovem trgovanju z drogami pridobljeni dokazni material predali policiji. Na podlagi tega gradiva je bil Shannon v kazenskem postopku obsojen na zaporno kazen.

ESČP je poudarilo, da se *entrapment operation* v primeru *Teixiera de Castro v. Portugal*,<sup>89</sup> ki se nanaša na primere delovanja države in agentov države, ter zasebni *entrapment*, s strani zasebnikov oziroma drugih oseb, ki so delovale povsem neodvisno od države, razlikujeta. Poudarilo je, da v primeru *Shannon* država nikakor ni sodelovala pri pridobivanju dokazov, temveč (s prevzemom dokazov od novinarja in predložitvijo dokazov sodišču) le pri njihovi »uporabi«. Čeprav se je novinar ukvarjal z raziskovanjem trgovanja z mamili in s prikritim delovanjem že večkrat priskrbel pomembne dokaze za obsodbe v kazenskih postopkih, ga ESČP (zaradi odsotnosti povezave z državo v fazi pridobivanja dokazov) ni štelo za agenta države.<sup>90</sup>

Kljub temu da se novinar v nobenem od predhodnih primerov zaradi prikritih preiskovalnih metod ni znašel v kazenskem postopku pred angleškimi sodišči, to po oceni ESČP še ne pomeni, da zaradi uporabe tako pridobljenih dokazov pod določenimi pogoji kazenski postopek v smislu 6. člena ne bi mogel biti nepošten. Za tako oceno je bilo pomembno: (1) da je angleško sodišče pred odločitvijo o uporabi dokazov (z zaslišanji prič, med katerimi so bile tudi priče, ki jih je predlagal obdolženi, in z navzkrižnim zaslišanjem obdolženca) temeljito preverilo vse okoliščine glede njihovega pridobivanja, (2) da je pripustitev in uporabo dokazov na sojenju nacionalni sodnik obrazložil s tem, da obdolženi ni bil napeljan k storitvi kaznivega dejanja, temveč se je za prodajo mamil odločil povsem prostovoljno in brez kakršnegakoli novinarjevega pritiska, (3) da ni šlo za provokacijo, ker je bil igralec sposoben v pičlih 15 minutah organizirati prodajo mamila, in (4) da v kazenskem postopku nikoli ni izpodbijal avtentičnosti avdio- in videoposnetkov. Glede na vse navedene okoliščine je

<sup>89</sup> *Teixiera de Castro v. Portugal*, z dne 9. junija 1998.

<sup>90</sup> Za novinarje tabloida je bil to 89. postopek, v katerem je bila oseba obsojena zaradi izsledkov njihovih preiskav.

bil kazenski postopek zoper pritožnika pred nacionalnim sodiščem kot celota pošten.

Iz navedenih primerov izhaja, da je ESČP ocenjevanje kršitve konvencijske pravice do poštenega postopka opravilo le z vrednotenjem njihove uporabe, in ne z vrednotenjem samega načina pridobivanja dokazov. Menim, da je to posledica dejstva, da ravnanja zasebnikov in preiskovalnih novinarjev pri pridobivanju dokazov zelo jasno loči od ravnanj države. Zato bo od predhodne ugotovitve samostojnosti posameznikovega delovanja (brez napotil, nasvetov, vodstva ali okrilja države) odvisno, ali bo ESČP vrednotilo tudi sam postopek pridobivanja dokaza ali ne. Če posameznikovo delovanje poveže z državo, bo tako kot ravnanje policije ocenjevalo tudi stopnjo kršitve pravice do zasebnosti, kar je storilo v primeru *Schenk proti Švici*,<sup>91</sup> v katerem je bil sporen dokaz, ki ga je zasebnik posnel po navodilih policijskega inšpektorja. Največjo nevarnost, da bi bil kazenski postopek, v katerem bodo uporabljeni dokazi, ki jih je pridobil zasebnik, ocenjen kot nepošten, bo po mojem mnenju pomenila ugotovljena »zasebna provokacija«.

S stališča slovenske ureditve se postavi vprašanje, kakšen pomen imajo lahko merila, ki jih je postavilo ESČP pri uporabi dokazov, ki jih je pridobil zasebnik, v slovenskem sistemu dosledne ekskluzije dokazov. ZKP namreč v drugem odstavku 18. člena med dokazi, pridobljenimi s kršitvijo določb kazenskega postopka ali ustavno določenih pravic, ne dela razlike pri tem, kdo jih je kršil – država ali posameznik. Čeprav v ZKP ni izrecnih določil glede (ne)dopustnosti uporabe dokazov, ki jih pridobijo zasebniki (saj jih za preiskovanje ne pooblašča), je uporaba tako pridobljenih dokazov v slovenskem kazenskem pravu mogoča. V praksi jih slovenska kazenska sodišča vrednotijo v dveh fazah.<sup>92</sup> V prvi fazi s testom sorazmernosti vrednotijo težo samega posega z namenom in ciljem posega v pravico do zasebnosti drugega. Tehtajo med dvema ustavno varovanima pravicama, ki sta med seboj v koliziji. Če zasebnik pridobi dokaz z namenom varovanja lastnih pravic, pravica do zasebnosti drugega zaradi (nesorazmernosti) posega ne bo kršena. Če poseg v pravico do zasebnosti ne bo čezmeren, sodišče pridobljenega dokaza ne bo izločilo. Poznavanje kriterijev, ki jih v navedenih primerih uporablja ESČP, je pomembno, saj bi se v primeru obsodilne sodbe na podlagi dokaza, ki ga je pridobil zasebnik, tudi slovenski primer lahko znašel pred ESČP.

<sup>91</sup> *Schenk proti Švici*, z dne 12. julija 1998, št. 10862/84.

<sup>92</sup> Vrhovno sodišče, I Ips 43776/2010-50 z dne 13. septembra 2012, I Ips 375/2007 z dne 15. maja 2008, I Ips 5909/2011 z dne 18. julija 2013, I Ips 6335872010-170 z dne 4. oktobra 2012.

## 5. SKLEP

Iz analiziranih primerov izhaja, da je za ESČP najpomembnejši kriterij pri presoji ocene kršitve pravice iz 6. člena EKČP zaradi neizločitve nezakonito pridobljenega dokaza pravna relevantnost (nezakonito pridobljenega) dokaza za obsodbo. V primerih, ko dokaz ni bil odločilen za obsodbo ali ko je sodišče oprlo sodbo tudi na druge, od nezakonito pridobljenega dokaza neodvisne dokaze, je ESČP večinoma presodilo, da je bil kazenski postopek kot celota pošten. Absolutna dokazna prepoved (ne glede na relevantnost dokaza) velja le v primeru pridobivanja obdolženčeve izjave z mučenjem. Menim, da lahko to zatrdim ne glede na to, da v sodni praksi ESČP nisem našla primera, v katerem bi se to sodišče izrecno opredelilo do morebitne dokazne vrednosti z mučenjem pridobljene obdolženčeve izjave za njegovo obsodbo.

Da ESČP pri oceni poštenosti postopka izhaja iz pravne relevantnosti dokaza, je mogoče pripisati tudi dejstvu, da njegova presoja vedno sledi pravnomočni obsodbi, zato lahko naknadno oceni pomen posameznega dokaza za obsodilno sodbo. Z upoštevanjem navedenega lahko v sodni praksi ESČP izoblikovana merila oziroma dokazne prepovedi (razen v primeru izjav, pridobljenih z mučenjem) razumemo kot relativne dokazne prepovedi. Čeprav je EKČP na podlagi 8. člena URS v Sloveniji neposredno uporabno pravo, je neposredna uporaba izoblikovanih meril v slovenskem kazenskem postopku težje izvedljiva iz dveh razlogov. Prvi je, da mora slovensko sodišče ocenjevati dopustnost dokaza na podlagi predhodno normiranih dokaznih prepovedi v ZKP in procesnih jamstev v URS, ki veljajo splošno, in ne na podlagi kriterijev razsodbe, ki jih je določilo ESČP pri razsojanju posameznega primera. Drugi razlog je, da se načina presoje, ki ju uporabljajo ESČP in slovenska sodišča, razlikujeta. ESČP večinoma (razen pri absolutni dokazni prepovedi) uporablja metodo tehtanja, pri kateri ima pomen dokaza za obsodbo veliko težo, slovenska sodišča pa je v sistemu ureditve dosledne ekskluzije dokazov ne morejo uporabljati. Nedvomno pa lahko pomagajo sodiščem pri utemeljevanju in obrazložitvi sodnih odločb.

Kljub navedenemu je poznavanje kriterijev, ki jih je v praksi izoblikovalo ESČP, še posebej pomembno za zakonodajalca, saj jih je treba razumeti kot minimalne pravne standarde na področju varovanja človekovih pravic v kazenskem postopku. Čeprav ESČP odloča na podlagi posameznikove pritožbe, je treba sodbe razumeti tudi kot oceno zakonske ureditve in izvajanja kazenske procesne zakonodaje v praksi. Sklenem lahko, da slovenska ureditev na področju dokaznih prepovedi pri pridobivanju dokazov (v predstavljenih primerih, ki so v praksi sodišč najpogostejši) v praksi ESČP postavljene standarde dosega ali celo presega.

## Literatura

- Ian H. Dennis: *The law of evidence*. Tretja izdaja, Sweet & Maxwell, London 2007.
- Anže Erbežnik: 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.
- Robert Esser: *Auf dem Weg zu einer europäischen Strafverfahrensrecht: Die Grundlagen im Spiegel der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) in Strasbourg*. De Gruyter Recht, Berlin 2002.
- Primož Gorkič: Odpoved procesnim jamstvom v kazenskem postopku: vprašanje njihove razpoložljivosti, v: *Pravnik*, 65 (2010) 11-12, str. 793–814.
- Christoph Grabenwarter: *Europäische Menschenrechtskonvention*. Druga izdaja, C. H. Beck, München 2005.
- Nicholas Greif: *Case Analysis: The Exclusion of Foreign Torture Evidence, A qualified Victory for the Rule of Law*, v: *European human rights law revue*, (2006) 2, str. 200–216.
- Sverre Erik Jebens: *Illegally obtained evidence in criminal cases: an analysis on the basis of three Grand chamber judgments*, v: *The European Convention on Human rights, a living instrument*, v: *Essays in honour of Christos L. Rozakis, Dean Spielmann, Marialena Tsirli, Panayotis Voyatzis* (ur.). Bruylant, Bruselj 2011, str. 219–234.
- Bećir Kečanović: *Policijska provokacija pri korupcijskih deliktih – hudičev o seme sadežev zastrupljenega drevesa?*, v: *Pravnik*, 56 (2001) 9-10, str. 626–642.
- Goran Klemenčič: *Procesne dileme pri korupcijskih kaznivih dejanjih – policijska provokacija*, v: *Podjetje in delo*, XVI (2000) 6-7, str. 1041–1050.
- Hans Heiner Kühne: *Strafprozessrecht, Eine systematische Darstellung des deutschen und europäischen Strafverfahrensrechts*. Osmo, prenovljena in razširjena izdaja, C. H. Müller, Heidelberg 2010, 4. poglavje, str. 532–558.
- Monica Macovei: *Freedom of expression – a guide to the implementation of article 10 of the European Convention on Human Rights*, v: *Human right handbooks*, (2004) 2, str. 29–34.
- Simon McKay: *Entrapment: competing views on the effect on the Human Rights Act on English criminal law*, v: *European human rights law review*, (2002) 6, str. 764–774.
- Dean Spielmann: *Article 6 ECHR in Criminal Proceedings, Recent Developments*, v: *New Journal of European Criminal Law*, prva izdaja (2010) 3, str. 297–304.

- Katja G. Šugman: Ekskluzija dokazov in doktrina sadežev zastrupljenega drevesa, v: Zbornik znanstvenih razprav Pravne fakultete Univerze v Ljubljani, LIX (1999), str. 377–396.
- Katja G. Šugman: Kritična predstavitev ureditve izločanja dokazov po Zakonu o kazenskem postopku, v: Pravniki, 56 (2001) 4-5, str. 199–216.
- Andreja Tratnik: Sadež zastrupljenega drevesa ni bil dovolj strupen, v: Pravna praksa, 29 (2010) 24-25, str. 32–33.
- Stefan Trechsel (s pomočjo Sarah J. Summers): Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford 2005.
- Vera Warnking: Strafprozessuale Beweisverbote in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte und ihre Auswirkungen auf das deutsche Recht. Peter Lang, Frankfurt na Majni 2009.
- Boštjan M. Zupančič: O razlagi sodnih precedensov in sodb ter posebej sodb Evropskega sodišča za človekove pravice, v: Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava, (2004) 2, str. 9–27.

*Pregledni znanstveni članek*

UDK: 343.14: 342.7:341.645.5(4)

**BERGANT, Katarina: Kazenskoprocesne dokazne prepovedi v sodni praksi Evropskega sodišča za človekove pravice****Pravnik, Ljubljana 2014, let. 69 (131) št. 9-10**

V pravičnem kazenskem postopku sta si obdolženec in država enaka, kar se lahko doseže le z doslednim spoštovanjem procesnih jamstev in dokaznih prepovedi. V primeru nesankcioniranja kršitev dokaznih prepovedi lahko (obsojeni) posameznik s pritožbo pred ESČP uveljavlja kršitev pravice do poštenega sojenja iz 6. člena EKČP. Čeprav EKČP dokaznih prepovedi ne ureja neposredno in vprašanja dopustnosti dokazovanja v kazenskih postopkih prepušča posameznim državam, je iz sodne prakse ESČP mogoče razbrati konvencijska merila oziroma kriterije ocene poštenosti postopka kot »konvencijske dokazne prepovedi«. ESČP presojo vsebinsko loči na oceno postopkov pridobivanja, pri čemer se osredotoča na oceno stopnje kršitve pri pridobivanju dokazov, in na oceno uporabe dokazov, pri kateri ne presoja posameznega dokaza, temveč poštenost kazenskega postopka kot celote. Ocena je odvisna tudi od vrste in stopnje kršitve človekove pravice pri pridobivanju dokaza, tipa oziroma vrste dokaza, upoštevanja pritožnikovih procesnih pravic in neposrednosti ali posrednosti pridobitve. Glede na navedeno članek ločeno obravnava dokazne prepovedi v zvezi z zaslišanjem obdolženca in v zvezi z dokazi, pridobljenimi s prikritimi preiskovalnimi sredstvi in metodami.

*Review Article*

UDC: 343.14: 342.7:341.645.5(4)

**BERGANT, Katarina: Evidentiary Prohibition in Criminal Procedure in the Case-law of the European Court of Human Rights***Pravnik*, Ljubljana 2014, Vol. 69 (131), Nos. 9-10

In fair criminal proceedings, the accused person and the state are equal. This can only be achieved by strict observance of procedural guarantees and rules concerning illegally obtaining and exclusion of illegally obtained evidences. If the breach of this rules is not sanctioned (the accused) person may lodge an application before the European Court of human rights (ECtHR) alleging a violation of his right of fair trial under Article 6 of the European Convention on Human Rights (ECHR). The fact is that ECHR does not directly govern the rules concerning obtaining and use of evidence. Despite the questions of admissibility of evidence in criminal proceedings are left to individual states, it is possible to discern the convention criteria of assessment of the fairness of the proceedings from the case law of ECtHR. ECtHR divided assessment in substances on the assessment on the proceedings of the obtaining the evidence and the assessment of the use of evidence. Where examines the level of violation while obtaining the evidences, where it does not examine each evidence, but the fairness of a criminal proceeding as a whole. The assessment depends also of the nature and the level of the violation of human rights done while obtaining the evidence, type or nature of evidence, respect of dependence of procedural rights, and direct or indirect manner of obtaining the evidence. Therefore, the article separately examines the case-law relating to the examination of the manner of the statements of accused and that relating to evidence obtained by secret investigative means and methods.