



Revus

Journal for Constitutional Theory and Philosophy of
Law / Revija za ustavno teorijo in filozofijo prava

6 | 2006

Modeli pravosodne legitimnosti

Pregled sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice glede pravice do molka

Case Law of the ECHR With Regard to the Right to Remain Silent

Zarja Čibej



Electronic version

URL: <http://journals.openedition.org/revus/1849>

DOI: 10.4000/revus.1849

ISSN: 1855-7112

Publisher

Klub Revus

Printed version

Date of publication: 1 janvier 2006

Number of pages: 123-134

ISSN: 1581-7652

Electronic reference

Zarja Čibej, « Pregled sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice glede pravice do molka », *Revus* [Spletna izdaja], 6 | 2006, Datum spletne objave: 02 février 2013, ogled: 15 septembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revus/1849>

All rights reserved

PREGLED SODNE PRAKSE EVROPSKEGA SODIŠČA ZA ČLOVEKOVE PRAVICE GLEDE PRAVICE DO MOLKA

ZARJA ČIBEJ

1. Uvod

Namen tega prispevka je osvetlitev sodne prakse Evropskega sodišča za človekove pravice (v nadaljevanju: ESČP) glede pravice do molka ter ocena ustreznosti slovenske kazenskopravne ureditve in prakse slovenskih sodišč v luči pravil, ki jih je razvilo ESČP. Ta pravila namreč za države podpisnice Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in svoboščin (v nadaljevanju: Konvencija), med katere sodi tudi Slovenija, predstavljajo minimalne standarde, ki se jih morajo držati pri odločanju glede pravic, ki jih zagotavlja Konvencija.

Konvencija, na podlagi katere ESČP odloča o ustreznosti postopkov in odločitev državnih organov držav podpisnic Konvencije, pravice do molka nikjer izrecno ne omenja oziroma ne zagotavlja. Kljub temu pa je ESČP pravico do molka izpeljalo iz pravice do poštenega postopka, ki jo zagotavlja 6. člen Konvencije.¹ ESČP v svojih odločitvah poudarja, da je pravica do molka kljub te-

¹ (1) Vsakdo ima pravico, da o njegovih civilnih pravicah in obveznostih ali o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično in javno ter v razumnem roku odloča neodvisno in nepristransko z zakonom usta-

mu, da je Konvencija ne omenja izrecno, splošno in mednarodno priznan standard, ki leži v osrčju pojma poštenega sojenja.

2. Splošno o sodni praksi ESČP glede pravice do molka

ESČP je v svojih odločitvah zavzelo stališče, da so dokazna pravila primarno stvar notranje pravne ureditve posamezne države podpisnice Konvencije, zato v pritožbenih postopkih načeloma ocenjuje le poštenost (angl. *fairness*) postopka kot celote in se ne ukvarja s posameznimi dokaznimi pravili oziroma kršitvami takšnih posameznih pravil.

Ker so pravila o dopustnosti dokazov primarno stvar notranjih pravnih ureditev držav podpisnic, je ESČP v eni izmed svojih sodb odločilo, da ESČP na načelni in abstraktni ravni ne more zaključiti, da so nezakonito pridobljeni dokazi na sojenju vedno nedopustni.² Sojenje je po prepričanju ESČP namreč pošteno že, če ima obdolženec na sojenju možnost izpodbijanja uporabe ali pristnosti določenega dokaza. Zato ni presenetljivo, da je za ESČP pri odločanju pomembno tudi dejstvo, ali je bil sporni oziroma nezakonito pridobljeni dokaz edini dokaz, na katerega se je opirala sodba, ali ne.³ Sodišče je do držav podpisnic in njihovih postopkov precej popustljivo v primerih, kjer se sporen dokaz ujema z drugimi dokazi. V primerih, kjer sporni dokaz predstavlja edini ali pa odločilni temelj za obsodbo, pa je ESČP precej manj prizanesljivo.

Že uvodoma lahko torej ugotovimo, da je standard ESČP glede dopustnosti dokazov na sojenju nižji od standarda, ki ga zagotavlja slovenska kazensko-pravna ureditev. Slovenski Zakon o kazenskem postopku⁴ (v nadaljevanju:

novljeno sodišče. Sodba mora biti izrečena javno, toda tisk in javnost sta lahko izločena iz sojenja deloma ali v celoti v interesu morale, javnega reda ali državne varnosti, če to v demokratični družbi zahtevajo koristi mladoletnikov ali varovanje zasebnega življenja strank, pa tudi tedaj, kadar bi po mnenju sodišča zaradi posebnih okoliščin javnost sojenja škodovala interesom pravičnosti. (2) Kdor je obdolžen kaznivega dejanja, velja za nedolžnega, dokler ni v skladu z zakonom dokazana njegova krivda. (3) Kdor je obdolžen kaznivega dejanja, ima naslednje pravice: da ga takoj in natančno seznanijo v jeziku, ki ga razume, z bistvom in vzroki obtožbe, ki ga bremenijo; da ima primeren čas in možnosti za pripravo svoje obrambe; da se brani sam ali z zagovornikom po lastni izbiri ali če ima dovolj sredstev za plačilo zagovornika, da ga dobi brezplačno, če to zahtevajo interesi pravičnosti; da zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obremenilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje razbremenilnih prič ob enakih pogojih, kot veljajo za obremenilne priče; da ima brezplačno pomoč tolmača, če ne razume ali ne govori jezika, ki se uporablja pred sodiščem.

² Glej npr. *Schenk proti Švici* (12. julij 1988), §46.

³ *Schenk proti Švici* (12. julij 1988), § 47–49. Z mnenjem večine pa se pri tej odločitvi niso strinjali sodniki Pettiti, Spielmann, De Meyer in Cerrillo Salcedo, ki so v odklonilnem ločenem mnenju med drugim zapisali, da po njihovem mnenju skladnost z zakonom pri pridobivanju dokazov ni abstraktna in formalistična zahteva, temveč za poštenost sojenja celo najpomembnejša. Nobeno sodišče se ne more brez škode za pravilno izvrševanje sodne oblasti zanesti na dokaze, ki niso bili pridobljeni le z nepoštenimi sredstvi, temveč celo nezakonito. Če take dokaze sprejme, sojenje v smislu Konvencije ne more biti pošteno.

⁴ *Uradni list RS*, št. 8/2006.

ZKP) namreč v 18. členu določa, da »sodišče ne sme opreti sodne odločbe na dokaze, ki so bili pridobljeni s kršitvijo ustavno določenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kot tudi ne na dokaze, ki so bili pridobljeni s kršitvijo določb kazenskega postopka in je zanje v tem zakonu določeno, da se sodna odločba nanje ne more opreti, ali ki so bili pridobljeni na podlagi takega nedovoljenega dokaza«.

Pristop ESČP, da se pri odločanju omejuje samo na presojo poštenosti postopka kot celote, je sicer smiselno, če upoštevamo dejstvo, da Konvencija izrecno zagotavlja »le« pravico do poštenega sojenja. Vendar pa ESČP v svojih odločitvah vedno znova samo pride do zaključka, da pravico do poštenega sojenja dejansko sestavlja več konkretnjših pravic posameznika proti državi – med drugim pravica do molka – zato se v določenih primerih tudi samo spusti v natančno analizo in oceno posameznih dokazov (npr. ali je bilo priznanje izsiljeno). Kljub temu pa je treba opozoriti na dejstvo, da zaradi osnovnega pristopa ESPČ, torej da v pritožbenih postopkih načeloma ocenjuje le poštenost postopka kot celote, ESPČ v svojih odločitvah ne posveča toliko pozornosti tudi posameznim dokaznim pravilom ali dokazom. V tistih odločitvah, v katerih se ESČP s takimi posameznimi pravili ali dokazi vendarle namenoma ukvarja, pa je razvilo bolj kot ne le pravila, ki so uporabljiva le v teh posameznih primerih in iz katerih lahko le s težavo in s tveganjem, da takšno pravilo v naslednjem podobnem primeru ne bo »vzdržalo«, razvijemo bolj abstraktna pravila. Poleg tega pa ESČP v svoji sodni praksi načeloma ne razvija univerzalnih pravil, ki bi veljala za vse države podpisnice Konvencije, saj v posameznih zadevah ocenjuje zgolj ustreznost postopka in postopanja državnih organov posamezne države, zoper katero je bil pritožbeni postopek sprožen. V tistih primerih, v katerih pa je ESČP vendarle razvilo takšne standarde, ki jih tudi samo uporablja v vseh naslednjih podobnih primerih, pa gre za relativno nizke standarde, ki jih mora izpolniti država, kar bomo videli v nadaljevanju.

ESČP v svojih sodbah nadalje poudarja, da garancije šestega člena Konvencije, kljub osnovnemu namenu tega člena, da zagotovi pošteno *sojenje*, pripadajo obdolžencem oziroma osumljencem tudi v fazah pred sojenjem. Garancije šestega člena, predvsem tiste iz tretjega odstavka,⁵ so torej lahko relevantne tudi v času, ko zadeva še ni v fazi sojenja, če in v tolikšni meri, ko-

⁵ Oseba, obdolžena kaznivega dejanja, ima naslednje minimalne pravice: da jo takoj in podrobno seznani v jeziku, ki ga razume, z bistvom in vzroki obtožbe, ki jo bremeni; da ima primeren čas in možnosti za pripravo obrambe; da se brani sama ali z zagovornikom po lastni izbiri ali če nima dovolj sredstev za plačilo zagovornika, da ga dobi brezplačno, če to zahtevajo interesi pravičnosti; da zaslišuje oziroma zahteva zaslišanje obremenilnih prič in da doseže navzočnost in zaslišanje razbremenilnih prič ob enakih pogojih, kot veljajo za obremenilne priče; da ima brezplačno pomoč tolmača, če ne razume ali ne govori jezika, ki se uporablja pred sodiščem.

likor je lahko kasneje poštenost sojenja resno omajana zaradi neskladnosti ravnanja z določbami Konvencije v začetnih fazah kazenskega postopka. V primeru *John Murray* je ESČP izrazilo mnenje, da je navkljub dejstvu, da šesti člen normalno zahteva, da ima obdolženec zagotovljeno pomoč zagovornika že v fazah pred sojenjem, lahko ta pravica zaradi dobrega razloga izpostavljena omejitvam. Bistveno pri tem pa je vedno vprašanje, ali je v luči okoliščin celotnega postopka takšna omejitev obdolženca prikrajšala za pošteno zaslišanje.⁶

ESČP v svojih odločitvah pogosto poudarja, da sta pravica do molka in privilegij zoper samoobtožbo splošno in mednarodno priznana standarda, ki ležita v osrčju pojma poštenega sojenja, čeprav ju Konvencija ne omenja izrecno. Zlasti privilegij zoper samoobtožbo predpostavlja, da oblasti dokazujejo resničnost svojih obtožb brez fizičnega nasilja ali psihološkega pritiska na obdolženo osebo. Pri presoji ESČP upošteva stopnjo prisile, ki ji je bil obdolženec izpostavljen; grozeča denarna in zaporna kazen⁷ pri pridobivanju izjav ali dokazov v nasprotju z obvezno zaprisego na sojenju pri tem nedvomno predstavljata takšen pritisk, ki ni združljiv z nameni Konvencije.

Iz odločb ESČP sicer ne izhaja jasno, kakšna naj bi bila razlika med privilegijem zoper samoobtožbo in pravico do molka. Privilegij zoper samoobtožbo po mnenju ESČP primarno zadeva pravico do molka in se razteza na vse izjave, tudi na tiste, ki so (na prvi pogled) videti nedolžne. Privilegij zoper samoobtožbo pa se ne razteza na pridobivanje telesnih tekočin in tkiv. Njun namen je zaščita obdolženca zoper nedovoljen pritisk s strani oblasti, njun primarni namen pa sta spoštovanje odločitve obdolženca, da molči, ter predpostavka, da tožilstvo v kazenskih postopkih zbere dokaze brez zvijače ali prisile zoper obdolženca in na način, ki ne nasprotuje obdolženčevi volji. Pri tem ESČP presoja predvsem naravo in stopnjo pritiska, obstoj ustreznih jamstev v postopku in način uporabe tako pridobljenih dokazov, vendar pa pridobivanje izjav z zvijačo ali pod pretvezo ni dovoljeno pod nobenim pogojem.⁸

V nadaljevanju predstavljam najzanimivejše in najbolj tipične odločbe ESČP glede pravice do molka.

⁶ Zarja Čibej, *Dokazno kazensko pravo v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice*, diplomatska naloga, Ljubljana, 2004, 61. Glej tudi *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996), §63; *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §41.

⁷ Glej npr. *J.B. proti Švici* (3. maj 2001), *Heaney in McGuinness proti Irski* (21. december 2000) in *Quinn proti Irski* (21. december 2000).

⁸ *Allan proti Združenemu kraljestvu*, §44 (5. november 2002). Podobno že v sodbah *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996), §45; *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996), §68–69; *Heaney in McGuinness proti Irski* (21. december 2000), §54–55.

3. Izjave, pridobljene v drugih postopkih, ki niso kazenski postopki

V primerih *Saunders*⁹ ter *I.J.L., G.M.R. in A.K.P.*¹⁰ je ESČP presojalo, ali je bila uporaba izjav, ki so jih od pritožnikov pridobili finančni inšpektorji v upravnih postopkih, kasneje v kazenskem postopku zoper pritožnike skladna s Konvencijo. ESČP je poudarilo, da je pri njihovem odločanju posebnega pomena vprašanje, ali so bili pritožniki pri pridobivanju dokazov (izjav) podvrženi prisili¹¹ in ali je uporaba teh izjav na sojenju kršila pravico do poštenega sojenja, katere tvorni element je tudi privilegij zoper samoobtožbo.

Po mnenju ESČP privilegij zoper samoobtožbo primarno zadeva pravico do molka, privilegij pa se ne razteza na uporabo tistega dokaznega materiala v kazenskih postopkih, ki se ga od obdolženca lahko pridobi preko izvajanja zavezujočih predpisov in ki je pridobljen neodvisno od volje obdolženca. Primeri takih dokaznih materialov so listine, pridobljene v skladu z odredbo, sapa, vzorci krvi in urina ter telesna tkiva, namenjena za testiranje DNK.¹² ESČP je še poudarilo, da privilegij zoper samoobtožbo ne more biti omejen samo na izjave o priznanju očitane kršitve ali opazke, ki so za obdolženca neposredno obremenilne.¹³ Tudi izjave, ki na prvi pogled izgledajo kot nedolžne, na primer razbremenilne izjave ali zgolj informacije o dejstvih, se lahko namreč kasneje v kazenskem postopku razvijejo v korist tožilstva oziroma škodo obrambe ter tako lahko nasprotujejo in vzbujaajo dvom v izjave in dokaze obdolženca ter izpodbijajo njegovo verodostojnost.¹⁴ Ker država ni prerekala dejstva, da so bile izjave pridobljene pod prisilo, saj je vlagateljem v primeru molka pred inšpektorji grozila denarna oziroma celo

⁹ *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996).

¹⁰ *I.J.L., G.M.R. in A.K.P. proti Združenemu kraljestvu* (19. september 2000).

¹¹ Primerjaj 227/VIII ZKP: *Proti obdolžencu se ne smejo uporabiti sila, grožnja ali druga podobna sredstva, da bi se dosegla kakšna njegova izjava ali priznanje.*

¹² *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996), §69. Primerjaj tudi 149/II ZKP: *Policija sme fotografirati tistega, za katerega so razlogi za sum, da je storil kaznivo dejanje, vzeti njegove prstne odtise in bris sluznice ...*, in 266/I in II ZKP: *Telesni pregled obdolženca se opravi tudi brez njegove privolitve, če je treba dognati dejstva, ki so pomembna za kazenski postopek. Telesni pregled drugih oseb se sme opraviti brez njihove privolitve samo tedaj, če je treba dognati, ali je na njihovem telesu določena sled ali posledica kaznivega dejanja. Odvzem krvi in druga zdravniška dejanja, ki se po pravilih zdravniške znanosti opravijo zaradi analize in ugotovitve drugih dejstev, pomembnih za kazenski postopek, se smejo opraviti tudi brez privolitve tistega, ki se pregleda, razen če bi zaradi tega nastala škoda za njegovo zdravje.*

¹³ Primerjaj 27/I/IV Ustave RS: *Vsakomur, ki je obdolžen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zagotovljene tudi naslednje pravice: ... da ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje, ali priznati krivde, ter 227/II ZKP: [Obdolženca] se pouči, da se ni dolžan zagovarjati ali odgovarjati na vprašanja, če se zagovarja, pa ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ali priznati krivde ...*

¹⁴ *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996), §71.

zaporna kazen,¹⁵ je ESČP odločilo, da je uporaba odgovorov, ki so bili pridobljeni s prisilo v izvensodni preiskavi in ki so bili kasneje v kazenskem postopku uporabljeni zoper avtorje izjav, kršila privilegij zoper samoobtožbo in s tem tudi Konvencijo.¹⁶

Na zadevo *Saunders* se je sklicevalo tudi slovensko Vrhovno sodišče v svoji sodbi I Ips 72/2004 z 21. aprila 2005, v kateri je skladno z odločbo ESČP ugotovilo, da so se nižja sodišča pravilno sklicevala na listine, ki so jih od obdolženca pridobili davčni inšpektorji. Sodbi nižjih sodišč sta se namreč opirali na ugotovitve v inšpekcijskem zapisniku Agencije za plačilni promet v povezavi z ugotovitvami računskega sodišča in finančne izvedenke, ne pa na izjave, ki bi jih podal obdolženec in bi morale biti izločene iz spisa. Nauk zadeve *Saunders* je torej v tem, da sodišča sodbo lahko oprejo na *listine* obdolženca, ki so bile pridobljene s prisilo, ne smejo pa je opreti na *izjave* obdolženca, ki so bile pridobljene s prisilo.

V zadevi *Funke*¹⁷ se je vlagatelj pritožil zaradi obsodbe in kazni, ker je zavrnil predložitev določenih finančnih dokumentov in listin, kar naj bi bilo po njegovem mnenju v nasprotju s privilegijem zoper samoobtožbo. ESČP je ugotovilo, da so se domače oblasti zavzele za tako obsodbo z namenom pridobiti določene listine, za katere so verjele, da so obstajale, čeprav o tem niso bile popolnoma prepričane. Zaradi nezmožnosti ali nepripravljenosti pridobiti listine na drug način so tako poskušale prisiliti vlagatelja samega, da bi jim priskrbel dokaze glede prestopkov, ki naj bi jih domnevno zagrešil. ESČP je ugotovilo kršitev Konvencije.

V eni izmed svojih najnovejših odločb, *Shannon*, pa je ESČP poudarilo, da za kršitev privilegija zoper samoobtožbo ni potrebno, da bi se obremenilni dokazi, pridobljeni z neupravičeno prisilo, dejansko tudi uporabili v kazenskem postopku. Za kršitev tako sploh ni potrebno, da se kazenski postopek uvede.¹⁸

¹⁵ *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996), §70-72; *I.J.L., G.M.R. in A.K.P. proti Združenemu kraljestvu* (19. september 2000), §82-83.

¹⁶ Enako je ESČP odločilo tudi v zadevi *Kansal proti Združenemu kraljestvu* (27. april 2004), kjer so se v kazenskem postopku uporabile pritožnikove izjave, ki jih je bil prisiljen dati v stečajnem postopku.

¹⁷ *Funke proti Franciji* (25. februar 1993).

¹⁸ *Shannon proti Združenemu kraljestvu* (4. oktober 2005), §34. Primerjaj z odločitvijo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Chavez proti Martinez*, 538 U.S. 760 (2003), v kateri je sodišče odločilo, da se prisila lahko uporabi, če s prisilo pridobljeni dokazi kasneje niso uporabljeni na sojenju. Uporaba prisile namreč še ne pomeni kršenja ustavno zagotovljenega privilegija zoper samoobtožbo. Tako pridobljene izjave se sicer nikakor ne smejo uporabiti zoper obdolženca na sojenju, vendar pa do kršitve privilegija pride samo, če so take izjave tudi dejansko uporabljene na sojenju, saj je privilegij zoper samoobtožbo v osnovi pravica, ki obdolžencu pripada na sojenju. Več o tem glej v Zarja Čibej, *Miranda* – ustavna pravica ali ne?, *Revus* (2005) 5, 7-35.

4. Izsiljene izjave

V zadevi *Magee*¹⁹ se je vlagatelj pritožil, ker naj bi bil prisiljen obdolžiti samega sebe, preden je bil deležen kakršnegakoli pravnega nasveta, ter ker naj bi mu bilo dovoljeno posvetovati se z zagovornikom šele, ko je policija pridobila njegovo podpisano priznanje. Pritožnik je poudaril, da je sporno priznanje predstavljalo edini dokaz zoper njega, ter izpostavil zastrašujoče okolje, v katerem je bil izoliran in izpostavljen dolgotrajnemu zaslišanju s strani izmenjujočih se parov kriminalistov kljub dejstvu, da je že prvi dan pridržanja jasno izrazil, da želi uveljavljati pravico do molka.²⁰

ESČP je uvodoma ugotovilo, da se je pritožnik odločil prekiniti svoj molk po svoji volji, pred tem pa zaradi molka zanj niso izhajale nobene škodljive posledice, zato ESČP ni želelo ugibati, ali bi pritožnik vztrajal pri molku, če bi imel možnost posveta z zagovornikom v katerikoli fazi zaslišanja pred šestim intervjujem, v katerem se je začelo njegovo priznanje. Sodišče je bilo zato mnenja, da je bilo v tem primeru osrednje vprašanje, ali je bil pritožnik zaradi sovražnega okolja in prikrajšanja za nasvet zagovornika prisiljen v priznanje.²¹

ESČP je poudarilo, da kljub osnovnemu namenu šestega člena Konvencije, da zagotovi pošteno *sojenje*, iz tega ne izhaja, da garancije tega člena niso uporabljive tudi v fazah pred sojenjem. Garancije šestega člena, predvsem tiste iz tretjega odstavka, so torej lahko relevantne tudi v času, ko zadeva še ni v fazi sojenja, če in v tolikšni meri, kolikor je lahko kasneje poštenost sojenja resno omajana zaradi neskladnosti ravnanja z določbami Konvencije v začetnih fazah kazenskega postopka. ESČP je mnenja, da je lahko pravica do zagovornika navkljub dejstvu, da imajo obdolženci na podlagi šestega člena Konvencije načeloma zagotovljeno pomoč zagovornika že v fazah pred sojenjem, zaradi dobrega razloga izpostavljena omejitvam. Bistveno pri tem pa je vedno vprašanje, ali je v luči okoliščin celotnega postopka takšna omejitev prikrajšala obdolženca za pošteno zaslišanje.²²

V obravnavanem primeru je bil pritožnik izpostavljen zaslišanju več kot 48 ur brez dostopa do zagovornika. Po nekaj manj kot 24 urah je začel v šestem intervjuju priznavati očitano mu kaznivo dejanje, dokončno pa je priznanje podpisal po 26 urah. Pred priznanjem je bil pritožnik zaslišan petkrat in dvakrat pregledan s strani zdravnika. ESČP je nadalje ugotavljalo, da so okolišči-

¹⁹ *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000).

²⁰ *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §34–35.

²¹ *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §39–40.

²² *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §41; *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996), §63.

ne in razmere, v katerih je bil pritožnik priprt, ter izoliranost predstavljali psihološko prisilo in bili namenjeni zlomu začetne zaveze k molku. V luči teh okoliščin je ESČP zavzelo mnenje, da bi moral biti pritožniku v imenu poštenosti v postopku zagotovljen dostop do zagovornika v času zaslišanj ter da je zanikanje pravice do zagovornika za tako dolgo dobo v situaciji, v kateri so bile pravice obrambe nepopravljivo okrnjene, neskladno s šestim členom Konvencije. ESČP je pri odločanju izpostavilo tudi dejstvo, da je priznanje, pridobljeno v času zaslišanj, predstavljalo ključni obremenilni dokaz.²³

5. Pravica do molka ni absolutna pravica

Pravica do molka v praksi ESČP sicer ni absolutna pravica. Če so dokazi dovolj tehtni, da zahtevajo odgovor obdolženca, se molk lahko razlaga v njegovo škodo. Dokazni standard, ki ga mora doseči tožilstvo, da povzroči prenos dokaznega bremena na obrambo, je *prima facie*. Tudi molk pred policijo lahko škodi, če okoliščine primera zahtevajo obrazložitev obdolženca, razen v primeru, če ima obdolženec za molk upravičen razlog, npr. labilno duševno stanje, ki ga povzroči odvisnost od drog,²⁴ kar je sodišče utemeljilo predvsem v zadevah *John Murray*,²⁵ *Averill*²⁶ in *Telfner*.²⁷

V zadevi *John Murray* je policija vlagatelja ob aretaciji poučila: »Ničesar vam ni treba povedati, razen če vi tako želite, vendar vas moramo opozoriti, da če pozabite omeniti kakšno dejstvo, na katero bi se zanašala vaša obramba na sodišču, bo vaša napaka izkoristiti priložnost govora na sodišču obravnavana kot podpora relevantnim dokazom proti vam. Če želite kaj povedati, se bo izrečeno obravnavalo kot dokaz.«²⁸ Na podlagi mnenja policijskega inšpektorja, da bi zagovornik oviral zbiranje informacij o terorističnih dejanjih oziroma otežil preprečitev terorističnih dejanj, je bil vlagatelju dostop do zagovor-

²³ *Magee proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §42–46.

²⁴ Glej npr. *Condron proti Združenemu kraljestvu* (2. maj 2000), kjer so bili vlagatelji odvisniki od heroina. Zarja Čibej, *Dokazno kazensko pravo v praksi Evropskega sodišča za človekove pravice*, diplomatska naloga, Ljubljana, 2004, 48–49.

²⁵ *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996).

²⁶ *Averill proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000).

²⁷ *Telfner proti Avstriji* (20. marec 2001). Primerjaj z odločitvijo Vrhovnega sodišča ZDA v zadevi *Griffin proti Kaliforniji*, 380 U.S. 609 (1965), v kateri je sodišče odločilo, da niti tožilstvo niti sodišče ne sme komentirati obdolženčeve odločitve, da molči, niti ne sme porota takšne odločitve obdolženca pri odločanju upoštevati v njegovo škodo.

²⁸ Opozorilo je bilo dano na podlagi Zakona o preprečevanju terorizma in Uredbe o dokazih v kazenskem postopku na Severnem Irskem iz leta 1988. Glej *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996), §27.

nika odložen za 48 ur. Na kasneje zastavljena vprašanja policije vlagatelj ni odgovarjal, čeprav je bil ob tem opozorjen na pravilo, da lahko sodišče, sodnik ali porota iz zavrnitve odgovora sklepajo na pravilnost obtožujočih trditev. Na sojenju vlagatelj ni niti predložil nobenih dokazov v svojo obrambo niti ni pričal, čeprav ga je sodnik opozoril, da se lahko sodišče pri odločanju o krivdi opre na zavrnitev odgovarjanja na vprašanja. Vlagatelj je bil spoznan za krivega pomoči pri protipravnem odvzemu prostosti, pred ESČP pa se je skliceval na kršitev pravice do molka in privilegija zoper samoobtožbo.

ESČP je razpravljalo predvsem o tem, ali sta omenjeni pravici absolutne narave ali ne. Po eni strani je ESČP menilo, da je očitno, da sta omenjena privilegija nezdružljiva z obsodbo, ki bi bila oprta izključno oziroma pretežno na obdolženčev molk, po drugi strani pa je očitno, da privilegija ne moreta preprečiti upoštevanja obdolženčevega molka pri oceni prepričljivosti predloženih dokazov tožilstva v primerih, ko ti jasno kličejo po razlagi s strani obdolženca. Domača sodišča lahko tako iz obdolženčeve odločitve o molku med kazenskim postopkom v določenih okoliščinah izpeljejo za obdolženca negativne posledice. Pri odločanju o tem, ali izpeljava neugodnega sklepa krši šesti člen Konvencije, je treba upoštevati vse okoliščine primera, predvsem je treba v vsakem posameznem primeru presoditi, ali je dokaz, predložen s strani tožilstva, dovolj tehten, da zahteva odgovor obrambe. Državna sodišča namreč ne morejo zaključiti, da je obdolženec kriv samo zato, ker se je odločil za molk. Le če dokazi kličejo po pojasnilu in obrazložitvi, ki bi ju obdolženec moral podati, pa ju ne, se kot razumna dovoli izpeljava zaključka, da je obdolženec kriv. Le če imajo dokazi tožilstva tako majhno dokazno vrednost, da ne zahtevajo nobenega odgovora, odsotnost tega ne opraviči sklepa o krivdi.²⁹

Tudi v zadevi *Averill* je vlagatelj molčal pred policijo, kasneje na sojenju pa vseeno spregovoril, iz česar so sledile zanj negativne posledice, vendar ESČP tudi v tem primeru ni ugotovilo kršitve Konvencije. Vlagatelj je namreč šele na sojenju podal svoj alibi in razlago, zakaj so bile na njegovih oblačilih najdene sledi smodnika, ESČP pa je pri tem ugotovilo da so obremenilni dokazi klicali po razlagi obdolženca že v času zaslišanja pred policijo.³⁰

²⁹ *John Murray proti Združenemu kraljestvu* (8. februar 1996), §45-50. Podobno tudi v sodbah *Averill proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §45; *Condrón proti Združenemu kraljestvu* (2. maj 2000), §56; *Heaney in McGuinness proti Irski* (21. december 2000), §40; *Beckles proti Združenemu kraljestvu*, §57-58 (8. oktober 2002); *Saunders proti Združenemu kraljestvu* (17. december 1996), §68; *Quinn proti Irski* (21. december 2000), §47. Sodišče je na ta način v določenih primerih prevladalo dokazno breme na obdolženca. Enako Katja G. Šugman, *Dokazne prepovedi v kazenskem postopku: meje (samo)omejevanja države*, Ljubljana, Bonex, 2000, 168.

³⁰ *Averill proti Združenemu kraljestvu* (6. junij 2000), §49-51. Primerjaj z zadevo *Telfner proti Avstriji* (20. marec 2001), v kateri je bil obdolženec obtožen kaznivega dejanja povzročitve lažje telesne poškodbe, in sicer naj bi z avtom zadel neko peško, ki pa glede voznika ni znala povedati niti, ali je bil možki ali ženska.

6. Zaključek oziroma ali je novela ZKP-E skladna s Konvencijo

Namen tega prispevka ni zgolj osvetlitev sodne prakse ESČP glede pravice do molka, temveč tudi ocena ustreznosti slovenske kazenskopravne ureditve in prakse slovenskih sodišč v luči pravil, ki jih je razvilo ESČP. S tem želim slovenskim sodiščem pa tudi policiji in drugim državnim organom, ki pri svojem postopanju in odločanju potencialno vstopajo v področje človekovih pravic, olajšati njihovo delo, predvsem pa jim v čim bolj pregledni obliki predstaviti tiste minimalne standarde, ki jih zagotavlja Konvencija in ki jih morajo upoštevati pri svojem delu s posamezniki.

Na splošno lahko ugotovim, da sta glede na standarde, ki jih je razvilo ESČP, slovenska kazenskopravna ureditev in dosedanja sodna praksa slovenskih sodišč ustrezni. Ob tem pa bi vendarle želela izpostaviti oziroma opozoriti na za prakso trenutno eno od najbolj zanimiv vprašanj, in sicer na skladnost novele ZKP-E³¹ s standardi ESČP.

ESČP je uporabljivost standarda poštenega sojenja in pravic, ki tvorijo ta relativno širok standard, raztegnilo tudi na fazo predkazenskega postopka, torej na fazo postopka pred sojenjem, ki ga v slovenski praksi in teoriji najpogosteje imenujemo kot predkazenski postopek. S tem je ESČP posameznikom v predkazenskem postopku vsaj v nekaterih primerih zagotovilo tudi pravico do pomoči zagovornika. Ali je pomoč zagovornika v predkazenskem postopku nujno potrebna za zagotovitev poštenosti sojenja oziroma ali prikrajšanje posameznika za pomoč zagovornika v predkazenskem postopku predstavlja nedopustne omejitve pravic, ki jih zagotavlja Konvencija, je namreč odvisno od tega, ali v luči okoliščin celotnega primera takšno postopanje predstavlja nedopustno kršitev pravice do poštenega sojenja. ESČP kakšnih bolj konkretnih smernic od tega, da je treba zaslišanje posameznika brez zagovornika presojati glede na to, ali so bile zaradi okoliščin zaslišanja posameznikove izjave

Domače sodišče se je pri obsodbi zanašalo predvsem na policijsko poročilo, ki je vsebovalo podatek, da je bil obdolženec najpogosteje voznik spornega avtomobila ter da v noči nesreče ni spal doma. Obdolženec je na sojenju izjavil samo, da ni vozil omenjenega avtomobila, sicer pa uveljavljal pravico do molka. ESČP je poudarilo, da je dokazno breme na tožilstvu ter da se morajo dvomljive stvari razlagati v korist obdolženca. Domneva nedolžnosti je torej kršena, kadar je dokazno breme preloženo na obrambo, kljub temu pa ni nedopustno izpeljevati (za obdolženca negativnih) zaključkov na podlagi njegovega molka, kot je ESČP prvič odločilo že v sodbi *John Murray*. Vendar pa se je obravnavani primer po mnenju ESČP razlikoval od slednjega, saj je tam tožilstvo uspelo primer predstaviti tako, da je *prima facie* dokazalo krivdo obdolženca. V takih primerih okoliščine kličejo po razlagi obdolženca in takrat domača sodišča iz molka obdolženca lahko povlečejo zanj negativne zaključke. Po mnenju ESČP v obravnavanem primeru iz predstavljenih dokazov ni izhajala zahteva po obdolženčevi razlagi dogodkov in obremenilnih dokazov. Ko so domača sodišča od njega zahtevala razlago, čeprav tožilstvu *prima facie* ni uspelo predstaviti dokazov zoper njega, so s tem dokazno breme neupravičeno preložila na obrambo in s tem kršila Konvencijo.

³¹ Uradni list RS, št. 56/2003.

dejansko izsiljene ali ne oziroma ali je prišlo do kršitve pravice do molka ali ne, v svoji sodni praksi vsaj zaenkrat še ni razvilo. Pomembna pa je že sama ugotovitev, da skladno s Konvencijo pomoč zagovornika v predkazenskem postopku ni obvezna v vseh primerih.

Zadnja ugotovitev je posebej pomembna za presojo ustreznosti novele ZKP-E, na podlagi katere mora policija osumljencu, preden od njega začne zbirati obvestila, povedati, katerega kaznivega dejanja je osumljen in kaj je podlaga za sum zoper njega ter ga poučiti, da ni dolžan ničesar izjaviti in odgovarjati na vprašanja; če se bo zagovarjal, da ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ali priznati krivde in da ima pravico do zagovornika, ki si ga svobodno izbere in ki je lahko navzoč pri njegovem zaslišanju, ter da se bo lahko vse, kar bo izpovedal, na sojenju uporabilo zoper njega. Če si osumljenec po danem pouku vzame zagovornika, ga lahko policija po 148.a členu ZKP formalno zasliši, če tega ne stori ali če izbrani zagovornik ne pride v roku, ki ga je določila policija, pa policija v skladu s pogoji iz šestega odstavka 148. člena ZKP sestavi uradni zaznamek o osumljenčevi izjavi.

Iz teh določb izhaja, da lahko policija opravi razgovor z osumljencem tudi brez prisotnosti zagovornika v dveh primerih; (i) če osumljenec ne izjavi, da si bo vzel zagovornika, ali (ii) če zagovornik ne pride pravočasno. Iz ZKP ne izhaja jasno, ali se lahko tako pridobljene izjave uporabijo na glavni obravnavi in ali se lahko na glavni obravnavi uporabijo dokazi, ki so bili pridobljeni na podlagi takšnih izjav, vendar pa je stališče Vrhovnega sodišča RS³² glede teh vprašanj popolnoma jasno; uradni zaznamek se lahko uporabi kot dokaz na sojenju, poleg tega se lahko na njegovi podlagi zbira tudi druge dokazne.³³

Takšna ureditev je načeloma skladna s standardi, ki jih je razvilo ESČP. Obveznost zagovornika pri zaslišanju v predkazenskem postopku namreč ni obvezna v vseh primerih. Kljub temu pa to ne sme zavesti slovenskih državnih organov. Ne glede na to, da pomoč zagovornika posamezniku v predkazenskem postopku ni obvezna, se morebitna nujnost takšne pomoči presoja glede na okoliščine celotnega posameznega primera. Dosedanja sodna praksa ESČP kot okoliščine, ki bi zahtevale pomoč zagovornika, izpostavlja predvsem dvojje: (i) dejstvo, da so tako pridobljene izjave edini oziroma temeljni dokaz, na katerega se sodna odločba opira, ter (ii) narava takšnega zaslišanja. Če gre namreč pri zaslišanju za sovražno in zastrašujoče okolje, ki se presoja po dol-

³² I Ips 114/2005 z dne 26. maja 2005.

³³ Več o tem glej v Zarja Čibej, *Miranda* – ustavna pravica ali ne?, *Revus* (2005) 5, 7–35.

žini zaslišanja, obnašanju zasliševalcev in podobnem in ki posameznika vodi v prisiljeno priznanje, mora biti na tak način pridobljen dokaz izločen.

Načeloma torej lahko ugotovimo, da je novela ZKP-E skladna s standardi ESČP in Konvencije, vendar pa lahko posamezni primeri, v katerih bo policija postopala po njenih določbah, kljub temu sprožijo vprašanje skladnosti s Konvencijo. Ob tem pa naj še enkrat opozorim na ugotovitev, o kateri sem obširno pisala v prejšnji številki te revije, namreč da lahko postopanje po noveli ZKP-E v nekaterih primerih pomeni kršitev Ustave Republike Slovenije.