



NEKATERI VIDIKI PRIZNAVANJA PRIVILEGIJA ZOPER SAMOOBTOŽBO PRAVNIM OSEBAM¹

Martina Žaucer,

univerzitetna diplomirana pravnica,

odvetnica v odvetniški družbi Kozinc in partnerji o. p., d. o. o., Ljubljana

1. UVOD

Procesna jamstva obdolženca v kazenskem postopku, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo, so skupaj s skupino procesnih jamstev, ki se nanašajo na upravičenje državnih organov za pridobivanje dokazov z dopustnim posegom v komunikacijsko in prostorsko zasebnost, jedro procesnih jamstev v kazenskem postopku.²

Z uveljavitvijo kazenske odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja se je z vsemi tremi sklopi procesnih jamstev soočila tudi sodna praksa ob vprašanju, kako jih obravnavati v primeru, ko je obdolžena pravna oseba.

Bogato sodno prakso Evropskega sodišča za človekove pravice (ESČP) na področju procesnih jamstev, ki izvirajo iz komunikacijske zasebnosti,³ je na primer leta 2007 sodišče dopolnilo tudi z odločitvijo *Wieser in Bicos Beteiligungen*

¹ Prispevek je bil pripravljen na podlagi seminarske naloge z enakim naslovom, ki jo je avtorica pod mentorstvom prof. dr. Zvonka Fišerja pripravila v okviru študijskih obveznosti na podiplomskem študiju kazenskega prava na Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani.

² V prispevku se avtorica ukvarja s položajem obdolženca v kazenskem postopku, pri čemer osrednjo pozornost namenjam relevantnosti odločanja sodišča, tudi kadar uporabi »kriterije Engel« (*Engel in drugi proti Nizozemski* z dne 8. junija 1976) in obravnava položaj stranke primerljivo s položajem obdolženca v kazenskem postopku.

³ Na primer *Klass in drugi proti Nemčiji* z dne 6. septembra 1978, *Malone proti Združenemu kraljestvu* z dne 2. avgusta 1984, *Kruslin proti Franciji* z dne 24. aprila 1990, *Huvig proti Franciji* z dne 24. aprila 1990, *Halford proti Združenemu kraljestvu* z dne 25. junija 1997 in številne druge.

GmbH proti Avstriji,⁴ v kateri se je izreklo o vprašanju, ali lahko pravni osebi prizna enako varstvo kot fizični osebi. Sodišče za to ni prepoznalo posebnih zadržkov in vprašanju niti ni namenilo posebne pozornosti.⁵

Procesna jamstva prostorske zasebnosti pravne osebe je ESČP že obravnavalo v zadevi *Societe Colas Est proti Franciji*.⁶ Pravico do prostorske zasebnosti je najprej priznalo tudi pravni osebi kot pritožnici, nato pa ugotovilo kršitev 8. člena Evropske konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svobod⁷ (EKČP). Tudi Ustavno sodišče RS je z odločbo U-I-40/12-31 z dne 11. aprila 2013 opravilo sorodno presojo in priznalo pravnim osebam tako pravico do komunikacijske kot tudi prostorske zasebnosti.⁸

Drugače velja za procesna jamstva, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo. Na odločitve ESČP o pravici pravne osebe do molka in z njo povezanih pravicah še čakamo. Dosedanje razprave pravne teorije evropskega pravnega prostora in posamezni primeri iz sodne prakse ne dajejo enotnega odgovora.

2. PRIVILEGIJ ZOPER SAMOOBTOŽBO

2.1. Opredelitev kot izhodišče

Privilegij zoper samoobtožbo ni izrecno zapisan ne v 29. členu Ustave RS ne v 6. členu EKČP. V skladu s četrto alinejo 29. člena Ustave RS mora biti obdolžencu kaznivega dejanja ob popolni enakopravnosti zagotovljena pravica, da ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje ali priznati krivde. Sodna praksa Ustavnega sodišča RS določilo četrte alineje 29. člena Ustave RS razlaga kot določilo, ki zagotavlja privilegij zoper samoobtožbo.⁹

Tudi ESČP je že večkrat¹⁰ pojasnilo, da pravica do molka in ne izpovedovati zoper sebe spada v samo bistvo poštenega postopka in je splošno priznan mednarodni standard. Po presoji ESČP je njen smisel med drugim v zaščiti

⁴ *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* z dne 16. oktobra 2007, ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

⁵ *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* z dne 16. oktobra 2007, točka 45.

⁶ *Societe Colas Est proti Franciji* z dne 16. aprila 2002, ESČP je ugotovilo kršitev 8. člena EKČP.

⁷ Ur. l. RS (13. 6. 1994) MP, št. 7-41/94 (RS 33/94).

⁸ Prvi stavek evidenčnega stavka odločbe se glasi: »Tudi pravna oseba, ki je umetna tvorba pravnega reda, uživa ustavno varovano pravico do zasebnosti, ki jo sicer Ustava kot človekovo pravico zagotavlja fizičnim osebam.«

⁹ Prim. US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002, točka 9.

¹⁰ Na primer *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68; *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, točka 44; *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija

obdolženega pred nedopustno silo s strani države in v prispevku k preprečevanju zlorab ter doseganju ciljev 6. člena.¹¹ Po presoji ESČP pravica »ne obremenjevati samega sebe« predpostavlja dokazno breme nosilca obtožbe, ne da bi se ta zatekal k metodam nedopustnega doseganja izjave,¹² v nasprotju z voljo obdolženca. ESČP je v tem smislu prepoznalo povezanost med privilegijem zoper samoobtožbo in domnevo nedolžnosti.¹³

Ustavno sodišče RS je pri opredelitvi privilegija zoper samoobtožbo izhajalo iz 29. člena Ustave RS in poudarilo enak koncept kot ESČP, to je njegovo naravo kazenskega procesnega načela, ki vsebuje posamezne pravice, na prvem mestu pravico do molka.¹⁴ Tako kot ESČP tudi Ustavno sodišče RS bistvo privilegija opredeli v luči prepovedi izsiljenih izpovedb in popolne pasivnosti obdolženega z možnostjo prostovoljnega, zavestnega in razumnega odločanja o morebitnih izjavljanjih. Iz navedenega izpelje dokaznopravne posledice dokaznega bremena nosilca obtožbe, ki ga vidi kot element domneve nedolžnosti, kot jo vsebuje 27. člen Ustave RS, posebej pa poudari nujnost zavesti obdolženega, da lahko molči, ne da bi molk imel zanj škodljive posledice.¹⁵

Privilegij zoper samoobtožbo je torej treba razumeti kot kazensko procesno-pravno načelo, iz katerega izhajajo posamezni instituti z naravo procesnih upravičenj obdolženca. Ti instituti so med seboj tesno povezani¹⁶ in lahko hkrati pomenijo tudi procesno izpeljavo drugih kazenskopravnih načel.

Prva pravica obdolženega, ki izhaja iz privilegija zoper samoobtožbo, je pravica do molka. Pravico do molka izrecno ureja četrta alineja 29. člena Ustave RS. Skladno z njo obdolženi »ni dolžan izpovedati zoper sebe ali svoje bližnje, ali priznati krivdo«.

Kot pravico, povezano s privilegijem zoper samoobtožbo, je po mojem mnenju treba obravnavati še pravico do pravnega pouka o pravici se ne inkri-

2006, točka 101 (v povezavi z ekskluzijskim pravilom); *Weh proti Avstriji* z dne 8. aprila 2004, točka 39 in številne druge.

¹¹ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68; *Funkke proti Franciji* z dne 25. aprila 1993, točka 44; *John Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 8. februarja 1996, točka 45.

¹² Glede pojma nedopustnega doseganja izjave več K. Šugman, nav. delo; str. 174–189, T. Verrel, nav. delo, str. 13–102 (Falle von Zwang zur Selbstbelastung).

¹³ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. decembra 1996, točka 68.

¹⁴ Prim. US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002, točka 10.

¹⁵ Prav tam.

¹⁶ Prim. npr. US RS, Up-627/04-6 z dne 9. oktobra 2006: »Kot izhaja iz prejšnje točke obrazložitve, je bil pritožnik torej poučen o vseh pravicah, ki izhajajo iz privilegija zoper samoobtožbo [poudarila M. Ž.] iz četrte alineje 29. člena Ustave in so s tretjim odstavkom 19. člena Ustave dodatno podkrepljene v primerih, ko je obdolžencu vzeta prostost.«

minirati. Prav tako je treba kot povezano pravico obravnavati še pravico do seznanitve z vsem nosilcu obtožbe znanim obremenilnim *in* razbremenilnim gradivom.

Pravni pouk o pravici ne inkriminirati samega sebe je nujen za njeno učinkovito uresničevanje. Menim, da ima naravo samostojne procesne pravice. Njegov pomen je predvsem to, da zagotavlja učinkovito izvrševanje pravice do molka. Obdolženec mora imeti zagotovljene osnovne možnosti, da lahko v postopku izvršuje izjavljanje po svoji volji. Najosnovnejša predpostavka za zagotavljanje te pravice pa je poučitev prava nekega obdolženca o njenem obstoju.

Pravica do seznanitve s procesnim gradivom je v sodni praksi praviloma izpeljana neposredno iz načela poštenega postopka.¹⁷ Ustavno sodišče RS jo izpeljuje tudi iz pravice do primernih možnosti za obrambo v kazenskem postopku.¹⁸ Menim, da jo je pomembno razlagati tudi v tesni povezavi s privilegijem zoper samoobtožbo.

Procesna dejanja obdolženca so odraz njegove volje. To velja tudi za procesna dejanja, ki po svoji naravi pomenijo izjavo volje obdolženca in so varovana s privilegijem zoper samoobtožbo. Predmet privilegija je voljno izjavljanje obdolženca, njegov namen pa varstvo svobode te volje v razmerju do njenih procesnopравnih učinkov.

Pravilen pravni pouk omogoča obdolžencu zavedanje o pravici do svobodne izbire o izjavljanju. Tako elementarno procesno jamstvo je povsem razvrednoteno, če pravni red ne poskrbi, da obdolženec zanj ve.¹⁹

Pravni pouk tako poskrbi za pravno poučenost obdolženca, ki se zdaj zaveda možnosti, da se lahko svobodno odloči o tem, ali in kaj bo povedal, in da je manipuliranje z njegovo voljo pri tej odločitvi prepovedano.

¹⁷ Prim. *Jasper proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. februarja 2000, *Rowe in Davis proti Združenemu kraljestvu* z dne 16. februarja 2000, *Dowsett proti Združenemu kraljestvu* z dne 24. junija 2003, *Edwards in Lewis proti Združenemu kraljestvu* z dne 27. oktobra 2004.

¹⁸ Prim. npr. US RS, U-I-271/08-19 z dne 24. marca 2011, točka 22: »Če se obdolženec s podatki, ki so pomembni za njegovo obrambo, ne seznani, ker se ti nahajajo v rokah državnih organov in zanje velja dolžnost varovanja tajnosti, jih ne more vključiti v pripravo lastne obrambe. Zato pomeni izpodbijana ureditev poseg v pravico obdolženca iz prve alineje 29. člena Ustave in točke b) tretjega odstavka 6. člena EKČP.«

¹⁹ US RS, Up-134/97-17 z dne 14. marca 2002: »Pri pravici do molka ne gre zgolj za prepoved uporabe prisile ali zvijače, temveč tudi za preprečevanje samoobdolžitve, saj se obdolženec morebiti (zaradi pravne neizobraženosti) ne zaveda, da mu ni treba izpovedati zoper samega sebe. Pravni pouk, v katerem je treba obdolženca opozoriti na to pravico, mora biti takšen, da bo odločitev obdolženca o tem, ali bo izkoristil pravico do molka ali ne, v celoti odvisna od njegove svobodne volje.«

Zdaj pa je treba zagotoviti še, da je obdolžencu omogočeno, da lahko sprejme vsebinsko odločitev o tem, kako bo privilegij udejanjil. Poskrbeti je zato treba, da obdolženec ve, kaj se mu očita in na podlagi česa. Pravica do seznanitve z dokaznopravno relevantnim gradivom omogoča vsebinsko učinkovitost obdolženčeve avtonomne volje. Šele seznanjenost s procesnim gradivom mu omogoči, da avtonomnost njegove volje sploh doseže neki želeni procesni učinek.²⁰

Pravica do pravega pouka in pravica do seznanitve s procesnim gradivom sta tako osnovna pogoja, da se privilegij zoper samoobtožbo v posameznem primeru sploh lahko izvrši. Če obdolženec ni pravno poučen ali če ni seznanjen z očitkom in dokaznopravno relevantnim gradivom, je njegov privilegij zoper samoobtožbo lahko le navidezen.

Kratko naj opozorim še na en vidik privilegija zoper samoobtožbo, ki bo pomemben v nadaljnji razpravi. To je povezanost privilegija zoper samoobtožbo z drugimi načeli kazenskega procesnega prava, zlasti domnevo nedolžnosti in pravico do primernih možnosti za obrambo v kazenskem postopku.

Domneva nedolžnosti je tisto kazenskoprocesno načelo, ki pomeni stičišče pravice do molka in pravila o dokaznem bremenu zastopnika obtožbe.²¹ Dokazno breme nosilca obtožbe je, tako kot velja za razmerje med privilegijem in pravico do molka, le segment procesnopravnih posledic domneve nedolžnosti. ESČP razume domnevo nedolžnosti, ki jo jamči drugi odstavek 6. člena EKČP, kot zahtevo sodišču, da sojenja ne začneja z vnaprej oblikovano idejo o obdolženčevi krivdi, da dokazno breme nosi tožilstvo in da vsak dvom koristi obtoženemu. Prav tako spada v okvire domneve nedolžnosti pravilo, da je tožilstvo tisto, ki mora obdolžencu predstaviti in zoper njega oblikovati in naperiti obtožbo, in to na tak način, da se ta lahko učinkovito brani.²²

²⁰ Prim. P. Gorkič, nav. delo, str. 93.

²¹ Odločba US RS Up-134/97: »Pravica do molka ima tudi izredno pomembno dokaznopravno procesno posledico. Državni tožilec mora dokazovati vse prvine obtožnice in obdolžencu ni treba storiti ničesar v svojo obrambo. S tega vidika je pravica do molka element ustavne pravice iz 27. člena Ustave (domneva nedolžnosti), zato mora tožilec dokazati vse elemente kaznivega dejanja, da prepriča neodvisno sodišče, tudi če ostane obdolženec povsem pasiven.«

²² Barberà, Messegue and Jabardo proti Španiji, točka 77: »77. Paragraph 2 (art. 6-2) embodies the principle of the presumption of innocence. It requires, inter alia, that when carrying out their duties, the members of a court should not start with the preconceived idea that the accused has committed the offence charged; the burden of proof is on the prosecution, and any doubt should benefit the accused. It also follows that it is for the prosecution to inform the accused of the case that will be made against him, so that he may prepare and present his defence accordingly, and to adduce evidence sufficient to convict him.«

Dokazno breme obtožbe je tako neposredna posledica domneve nedolžnosti. Tako kot številna procesna jamstva tudi dokazno breme obtožbe ne učinkuje absolutno – kazensko dokazno pravo pozna dopustne domneve dejstev in pravne domneve,²³ pa tudi »pravo« obrnjeno dokazno breme.²⁴ Ne more biti dvoma, da je povezava med pravico do molka in dokaznim bremenom ključna, vendar prek načela domneve nedolžnosti, ne pa privilegija zoper samoobtožbo.

Ali domneva nedolžnosti za osebo, ki ji privilegija zoper samoobtožbo ne priznamo, še učinkuje, je zahtevno vprašanje.

Tu nanj ne bom poskušala odgovarjati, saj po moji oceni zahteva temeljit preizkus temeljnih konceptualnih idej, na katerih je zasnovan adversarni kazenski postopek. Pri tem izhajam s stališča, da je postopek zasnovan kot tožilčevo aktivno izpodbijanje domneve nedolžnosti prek posameznih stopenj dokaznih standardov, pri čemer pa molk praviloma nima dokaznopравnih posledic. Odprto puščam vprašanje, ali bi obveznost izjavljanja obdolženca nujno pomenila tudi prerazporeditev dokaznega bremena.

Na podobno vprašanje želim opozoriti tudi glede razmerja med pravico do obrambe in privilegijem zoper samoobtožbo. Voljno izjavljanje obdolženca, ki je s privilegijem varovano, je pomemben način izvrševanja pravice do obrambe. Privilegij zoper samoobtožbo definira tudi način obdolženčevega izjavljanja in pravila, po katerih odgovarja na vprašanja. Kako torej pravica molčati vpliva na vsebinsko obrambo? Poglejmo primer. Obveznost obdolženca, da odgovori na vprašanje nasprotne stranke, brez dvoma izrazito poseže na področje obdolženčevega vsebinskega zagovora in strategije obrambe, ni pa jasno, ali tudi v procesna upravičenja, ki jih kratko poimenujemo pravica do obrambe.

Ta razmerja so za odločitev, ali privilegij zoper samoobtožbo pravni osebi priznati ali ne, zelo pomembna.

Nujno je namreč, da bo avtoritativna odločitev o tem vprašanju vsebovala tehten premislek in trdne argumente o tem, ali morebitno odrekanje privilegija pravnim osebam lahko ohrani s konvencijskimi standardi skladno pravico do obrambe in domnevo nedolžnosti.

²³ *Salabiaku proti Franciji* z dne 7. oktobra 1988, točka 28: »*Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law.*«

²⁴ Na tem mestu naj opozorim le na dvoje – da obrnjeno dokazno breme odpira številna vprašanja in da je na precej od njih ESČP že dalo odgovor, npr. *Grayson in Barnham proti Združenemu kraljestvu* z dne 23. septembra 2008.

2.2. Pravica do molka

Privilegij gotovo najbolj zaznamuje procesno jamstvo, ki ga označujemo za pravico do molka. Ustavno sodišče RS jo uvršča med temeljne ustavne procesne pravice obdolženca in opozarja, da je ni mogoče skrčiti na vprašanja prepovedi uporabe prisile ali zvijače. Pravica do molka je pravica, ki preprečuje dokaznopravno relevantno izjavljanje obdolženca v nasprotju z lastnim procesnim interesom.

Pravica obdolženca »do molka« ima zavajajoče ime. S pojmom pravice do molka razumemo razširitev pravice obdolženca kot *subjekta* kazenskega postopka, da v postopku z izpovedovanjem²⁵ sodeluje, kolikor zavestno in prostovoljno hoče, torej *tudi tako*, da molči.²⁶ Primer navedenega pravila je pravica obdolženca do selektivnega odgovarjanja na postavljena vprašanja, možnost, da poda zagovor in da na vprašanja ne odgovarja, in tudi možnost, da (v svoj zagovor) molči, vse brez neposrednih dokaznopravnih posledic, praviloma vključno z dokazno oceno.²⁷

S tem posebej poudarjam vsebinsko razsežnost pravice do molka, ki sega onkraj varstva obdolženca pred potencialno prisilo k izjavi (»ali izpoveduje«) in se kaže v polni avtonomnosti obdolženca, ki naj se svobodno odloča, ali in kako se bo izjavljala (»koliko, o čem, kdaj in kako izpoveduje«).

Bistvo pravice do molka tako ni le v možnosti obdolženega, da na vprašanja ne odgovarja (varstvo pred potencialno silo), temveč se lahko svobodno odloči o tem, ali bo izrazil svojo voljo, kdaj bo izrazil svojo voljo in kako jo bo izrazil, in (tudi) to brez manipulativnega ali prisilnega vpliva države. Pravica molčati se z negativno definicijo lahko opredeli tudi kot odsotnost dolžnosti aktivnega, to je z lastno voljo izraženega ravnanja obdolženega pri (1) razjasnjevanju dejanskega stanu ali (2) ustvarjanju dokaznega gradiva.

Večina poskusov opredeliti bistvo privilegija postavi v njegovo jedro *prepoved* državi, da bi poskušala nedopustno vplivati na voljo obdolženca. Možnost ne izpovedovati zoper sebe in prepoved državi, da poskuša takšno izjavo doseči na nedopusten način, nista dva elementa pravice do molka, temveč komple-

²⁵ Pri uporabi pojma izpovedovanje je potrebno jasno opozorilo – uporaba besede ne pomeni omejevanja predmeta privilegija, saj privilegij zoper samoobtožbo ne zajema le testimonialnega dokazovanja; glej npr. *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, *ZDA proti Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

²⁶ Prim. K. Šugman, nav. delo, str. 166.

²⁷ Prim. Š. Horvat, nav. delo; str. 689: »Sodišče ne more izpovedbi obtoženca na glavni obravnavi odreči verodostojnost samo zato, ker je bila spremenjena ...«

mentarni pravica in dolžnost. Obdolženi bo lahko molčal le tako, da se državi *prepove*, da bi ga na nedopusten način od tega skušala odvrniti.²⁸

Pravica do molka *ni absolutna* – ne po vsebini²⁹ ne z vidika uresničevanja,³⁰ njen predmet pa so vsa *voljna razpolaganja, namenjena pridobivanju dokaznega gradiva*, in ne le izjave obdolženega (testimonialni in dokumentarni dokazi).³¹ To pa pomeni tudi, da za primere, ko bo obdolženi vir dokazov, ne da bi moral voljno sodelovati (obdolženec kot objekt kazenskega postopka),³² pravica do molka ni uporabljiva. Po dosednji sodni praksi bo to pravilo veljalo na primer za obdolženčev glas, podobo (videz), telesne tekočine, merjenje.³³ Kot je bilo že povedano, se privilegij ne nanaša na vsa procesna razpolaganja obdolženca, temveč le na voljna razpolaganja, namenjena pridobivanju dokaznega gradiva. Obdolženca je zato dopustno prisiliti k nekaterim procesnim dejanjem; tipičen primer bo udeleževanje kazenskega postopka, pri katerem je avtonomnost obdolženčevega procesnega razpolaganja povsem izključena.

²⁸ Takoj naslednji korak v takšni miselni izpeljavi bi bilo ekskluzijsko pravilo kot po mojem mnenju edina učinkovita sankcija kršitve dokaznih prepovedi, kar (še vedno) najbolj ilustrativno prikaže zgodba Dollree Mapp in njen sodni epilog v (deloma) precedenčnem primeru *Mapp proti Ohio*, 367 U.S. 643 (1961).

²⁹ Prim. *John Murray proti Združenemu kraljestvu* z dne 8. februarja 1996, zlasti točki 47 in 48.

³⁰ Npr. ZKP po stališču slovenske sodne prakse ne dopušča zagovora v pisni obliki (tako na primer Vrhovno sodišče RS, sodba I Ips 287/2007 z dne 22. novembra 2007).

³¹ *Funke proti Franciji* z dne 25. februarja 1993, *ZDA proti Hubbell*, 530 U.S. 27 (2000).

³² US RS, Up-1678/08-13 z dne 14. oktobra 2010. V zvezi z glasom enako kot US RS tudi *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija 2006, drugače P. G. in J. H. proti *Združenemu kraljestvu* z dne 25. decembra 2001.

³³ *Jalloh proti Nemčiji* z dne 11. julija 2006. *Schmerber proti Kaliforniji*, U.S. 757 (1966): »History [384 U.S. 757, 763] and a long line of authorities in lower courts have consistently limited its protection to situations in which the State seeks to submerge those values by obtaining the evidence against an accused through »the cruel, simple expedient of compelling it from his own mouth. ... In sum, the privilege is fulfilled only when the person is guaranteed the right 'to remain silent unless he chooses to speak in the unfettered exercise of his own will.'« Ibid. The leading case in this Court is *Holt v. United States*, 218 U.S. 245. There the question was whether evidence was admissible that the accused, prior to trial and over his protest, put on a blouse that fitted him. It was contended that compelling the accused to submit to the demand that he model the blouse violated the privilege. Mr. Justice Holmes, speaking for the Court, rejected the argument as »based upon an extravagant extension of the Fifth Amendment,« and went on to say: »[T]he prohibition of compelling a man in a criminal court to be witness against himself is a prohibition of the use of physical or moral compulsion to extort communications from him, not an exclusion of his body as evidence when it may be material. The objection in principle would forbid a jury to look at a prisoner and compare his features with a photograph in proof.« 218 U.S., at 252–253.«

2.3. Privilegij zoper samoobtožbo pravne osebe v teoriji in praksi

Ta razprava ne dopušča širšega razpravljanja o tem, kako pravna oseba oblikuje svojo voljo in kako jo izraža. V skladu s prvim odstavkom 30. člena Zakona o odgovornosti pravnih oseb za kazniva dejanja (ZOPOKD)³⁴ v kazenskem postopku zastopa obdolženo pravno osebo zastopnik, ki je upravičen za vsa dejanja, za katera je po zakonu o kazenskem postopku upravičen obdolženec, ki ne more biti, kdor je v isti stvari povabljen za pričo (prvi odstavek 32. člena ZOPOKD) in ni zagovornik pravne osebe (36. člen ZOPOKD). Odgovornost pravne osebe za prekršek urejata določili 13. in 14. člena Zakona o prekrških (ZP-1),³⁵ odgovornost odgovorne osebe pa 15. člen ZP-1, medtem ko zastopanje obdolžene pravne osebe urejata 92. in 93. člen ZP-1.³⁶

Ali pravni osebi kot obdolženki priznati pravice, ki jih združuje privilegij zoper samoobtožbo, sta teorija in praksa skušali opredeljevati na različne načine. Poglejmo nekaj poskusov argumentiranja.

Na prvem mestu je gotovo argument oziroma vprašanje pravne osebe kot nosilca človekovih pravic in temeljnih svoboščin. Đurđevićeva³⁷ in Von Freier³⁸ skušata najti odgovor na obravnavano vprašanje z razlago določil EKČP. Đurđevićeva uporablja tudi jezikovno razlago, oba avtorja pa vsebino določil 34. člena EKČP in prvega odstavka 1. člena Prvega protokola k EKČP.

Člen 34 EKČP določa, da lahko ESČP sprejme pritožbo od katerekoli osebe, nevladne organizacije ali skupine posameznikov, ki zatrjujejo, da so žrtve kr-

³⁴ Ur. l. RS, št. 59/99 (12/00 popr.), št. 50/04, 98/04 – UPB1, 65/08.

³⁵ Ur. l. RS, št. 7/03, 45/04 – ZdZPKG, 86/04, 7/05 Skl.US: U-I-19/05-5, 23/05 – UPB1, 34/05 – Odl.US: U-I-19/05-11, 44/05, 55/05 – UPB2, 40/06 (51/06 popr.), 70/06 – UPB3, 115/06, 139/06 – Odl.US: U-I-69/06-16, 3/07 – UPB4, 29/07 – Odl.US: U-I-56/06-31, 58/07 – Odl.US: U-I-34/05-9, 16/08 – Odl.US: U-I-414/06-7, 17/08 (21/08 popr.), 76/08 – ZIKS-1C, 108/09, 109/09 – Odl.US: U-I-56/08-15, 45/2010 – ZIntPK, 9/11, 10/11 – Odl.US: Up-319/10-14, U-I-63/10-7.

³⁶ Posebej opozarjam na drugi odstavek 93. člena ZP-1, ki določa, da zastopnik obdolžene pravne osebe ne more biti niti odgovorna oseba, zoper katero se vodi postopek za isti prekršek in ki navaja, da je ravnala po nalogu druge odgovorne osebe ali organa upravljanja. Določba je zanimiva, ker uzakonja prepoved zastopanja pravne osebe po osebi, ki s testimonialnim dokazom obremeni pravno osebo in v tistem trenutku v razmerju do obdolžene pravne osebe dobi položaj obremenilne priče, ki jo ima pravna oseba v okviru pravice do obrambe možnost neposredno zaslišati. V določbi pa lahko prepoznamo tudi elemente privilegija zoper samoobtožbo, saj pravne osebe ne more zastopati oseba, katere izvajanje pravice do obrambe bi pomenilo nujno obremenjevanje pravne osebe in tako kolidiralo s privilegijem zoper samoobtožbo.

³⁷ Z. Đurđević, nav. delo.

³⁸ F. Von Freier, nav. delo.

šitev pravic, priznanih s Konvencijo in njenimi protokoli, s strani katerekoli visoke pogodbene stranke. Visoke pogodbene stranke se zavezujejo, da na noben način ne bodo ovirale dejanskega izvajanja te pravice. To določilo ne omenja izrecno pravnih oseb, vendar tudi ne daje podlage za zaključek, da pravne osebe ne uživajo pravnega varstva ESČP. Prvi odstavek 1. člena Prvega protokola k EKČP pa pravne osebe omenja izrecno. To določilo se glasi: »Vsaka fizična ali pravna oseba ima pravico do mirnega uživanja svojega premoženja ...«

Menim, da danes ne more biti več dvoma, da so tudi pravne osebe lahko nosilke človekovih pravic in temeljnih svoboščin. ESČP je v svoji praksi pravnim osebam že priznalo procesna jamstva, ki izvirajo iz 6. člena EKČP.³⁹ Toda 6. člen EKČP je po svoji vsebini izjemno širok in dejstvo, da ESČP pravnim osebam priznava nekatera upravičenja, ki iz njega izvirajo, ne zadošča za sklep, da bo priznalo še druga, torej tudi pravico do molka. Izhodišče, ki lahko nakazuje, kako bo odločalo o pravici pravnih oseb do molka, so odločitve, ki jih je ESČP sprejelo ob presoji, ali pravnim osebam priznati pravico do komunikacijske in prostorske zasebnosti in s tem procesna jamstva, ki iz prostorske zasebnosti izvirajo.

V že citirani zadevi *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji* je ESČP pravnim osebam priznalo pravico komunikacijske zasebnosti. V *Societe Colas Est proti Franciji* je sodišče gospodarski družbi priznalo procesna jamstva, ki izvirajo iz 8. člena EKČP, in ugotovilo njihovo kršitev zaradi kršitve pravice do prostorske zasebnosti.⁴⁰ V odločitvi je na podlagi ekstenzivne razlage pojma dom⁴¹ iz 8. člena EKČP pravica do zasebnosti precedenčno razširjena na pravne osebe.

Sodišče je v prvi vrsti poudarilo, da je EKČP treba razlagati dinamično. Opozorilo je, da je v svoji dosednji praksi že priznalo pravnim osebam pravico do odškodnine za nepremoženjsko škodo zaradi kršitve pravic iz 6. člena EKČP. Na podlagi navedenega, zlasti dinamične razlage konvencije, pa je presodilo,

³⁹ Prim. npr. P.H.P.H.M.C. van Kempen, nav. delo.

⁴⁰ Iz točk 49 in 50: »That being so, even supposing that the entitlement to interfere may be more far-reaching where the business premises of a juristic person are concerned (see, *mutatis mutandis*, Niemietz, cited above, p. 34, § 31), the Court considers, having regard to the manner of proceeding outlined above, that the impugned operations in the competition field cannot be regarded as strictly proportionate to the legitimate aims pursued (see *Funke, Crémieux and Mialhe* (no. 1), cited above, p. 25, § 57, p. 63, § 40, and p. 90, § 38, respectively)...[In] conclusion, there has been a violation of Article 8 of the Convention.«

⁴¹ Prvi odstavek 8. člena EKČP, angl. *home*, prim. Niemietz proti Nemčiji z dne 16. decembra 1992, točka 30.

da je pravnim osebam v določenih okoliščinah treba priznati tudi pravice, ki jih jamči 8. člen ESČP.⁴²

Ocenjujem, da je navedeni argument v konkretni odločitvi ključen z vidika argumentacije, ali pravnim osebam priznavati procesna jamstva ali ne, in to bolj kot sama jezikovna razlaga besedila EKČP. Sodišče je izhajalo iz argumenta družbenega razvoja in presodilo, da družbena dejanskost zahteva širitev procesnih jamstev. Sicer ni pojasnilo, kateri družbeni dejavniki so ga k temu navedli.⁴³ Vendar pa gre za argumentacijo, ki je pri vpraševanju, kako razrešiti priznavanje privilegija pravnim osebam, nikakor ni mogoče prezreti.

Nedvomno gre sicer za varstvo različnih pravnih dobrin. Na eni strani je privilegij iz 6. člena EKČP, na drugi zasebnost iz 8. člena EKČP. Navedene odločbe pa vendarle kažejo, da sodišče pravnim osebam priznava procesna jamstva, ki presegajo pravico do obrambe. *Societe Colas Est proti Franciji* kaže tudi na standard procesnih jamstev v kazenskih in z njimi primerljivih postopkih. Prav tako pa ne gre prezreti, da ima privilegij zoper samoobtožbo kot temeljno načelo poleg pravice do obrambe in domneve nedolžnosti temeljno mesto v konceptu sodobnega razumevanja poštenega kazenskega postopka v smislu 6. člena EKČP.

ESČP se v omenjenih primerih z okoliščino, da je pritožnik pravna, in ne fizična oseba, ni posebej ukvarjalo. V obrazložitvi namreč ni mogoče zaslediti razlogov, ki bi se nanašali na vprašanja razlikovanja upravičenj konvencijske narave, ki bi izhajala iz same narave subjekta. Menim, da bi lahko bilo v primeru pravice do molka drugače.

⁴² Besedilo celotne 41. točke citiram v celoti: »*The Court reiterates that the Convention is a living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions (see, mutatis mutandis, Cossey v. the United Kingdom, judgment of 27 September 1990, Series A no. 184, p. 14, § 35 in fine). As regards the rights secured to companies by the Convention, it should be pointed out that the Court has already recognised a company's right under Article 41 to compensation for non-pecuniary damage sustained as a result of a violation of Article 6 § 1 of the Convention (see Comingersoll v. Portugal [GC], no. 35382/97, §§ 33–35, ECHR 2000-IV). Building on its dynamic interpretation of the Convention, the Court considers that the time has come to hold that in certain circumstances the rights guaranteed by Article 8 of the Convention may be construed as including the right to respect for a company's registered office, branches or other business premises (see, mutatis mutandis, Niemietz, cited above, p. 34, § 30).*«

⁴³ V razmislek naj navedem okoliščino, da je presojalo preiskavo organa za varstvo konkurence, ki je opravljalo izjemno obsežno preiskavo poslovnih prostorov gospodarske družbe, ki je bila pritožnica. Iz obrazložitve sama sklepam, da je razloge iskati v dejstvih, da je šlo za specifično področje prava, ki primarno v svoji kaznovalni sankciji zadeva pravne osebe, hkrati pa sta zanj značilna izrazita invazivnost in obseg pooblastil organa izvršilne veje oblasti. Prav v tem je sodišče prepoznalo tudi razlog za ugotovitev kršitve 8. člena EKČP, glej točki 48 in 49.

K temu stališču me najprej napeljuje praksa Sodišča Evropske unije (SEU), ki privilegij pravnih oseb zoper samoobtožbo kategorično zavrača.⁴⁴ Procesna obramba pravnih oseb v konkurenčnopravnih zadevah pred SEU se pogosto posveča procesnim jamstvom pravnih oseb iz naslova privilegija in prostorske zasebnosti (preiskave poslovnih prostorov in izjave pravnih oseb v postopku) ter je predmet številnih razprav⁴⁵ o razmerju med SEU in ESČP.⁴⁶

3. SUBJEKTIVNA, OBJEKTIVNA IN TEORIJA KRIVDE

3.1. Izhodišča

V sodni praksi in pravni teoriji je mogoče najti številne poskuse odgovora na vprašanje, ali pravnim osebam priznati privilegij zoper samoobtožbo ali ne. Med seboj se razlikujejo tako po izhodiščih kot po pristopih in interpretacijah institutov, ki se pri argumentaciji uporabljajo. Uvodoma naj zato najprej poskusim postaviti pravilno vprašanje.

Sprašujem se, kakšen je (1) *namen* privilegija zoper samoobtožbo v (2) *kazenskem* postopku zoper (3) *posameznika s položajem obdolženca*. Moje izhodišče je torej namenska razlaga instituta. Pri tem pa me zanima, ali je za priznavanje privilegija zoper samoobtožbo odločilno dejstvo, da je v kazenskem postopku obdolžena fizična oseba, ali pa privilegij zoper samoobtožbo definirajo neke druge okoliščine.

⁴⁴ F. Von Freier, nav. delo, str. 123: »Die Argumente des EuGH zielen unverhohlen auf die Effektivität der Wettbewerbskontrolle. Könnte man sich mit einem solchen Effektivitätsargument begnügen, wäre das Nemo-Tenetur-Prinzip zu verabschieden.« In še str. 124: »Das halbherzige Zugeständnis des EuGH an die Verteidigungsrechte vermag schon in sich nicht zu überzeugen ...«

⁴⁵ O problemu procesnih jamstev iz naslova privilegija in pravice do obrambe v konkurenčnopravnih zadevah več P. Berghe, A. Dawes, nav. delo, str. 407–423.

⁴⁶ V zadevi *Roquette Freres proti Komisiji* je SEU odstopilo od stališča v zadevi *Hoechst* in se uskladilo s prakso ESČP s stališčem, da je treba pravico do zasebnega in družinskega življenja razširiti tudi na poklicne dejavnosti in poslovne prostore. Navedeni primer je kot primer doslednega spoštovanja varstva človekovih pravic in temeljnih svoboščin v postopkih pred SEU navedel predsednik SEU Vassilios Skouris v govoru pred Ustavnim sodiščem RS: »... najpomembneje je, da je SEU izkazalo tudi pripravljenost spremeniti svojo prakso, da bi jo uskladilo s prakso ESČP, eden od novejših primerov te prakse je sodba v zadevi *Roquette Freres proti Komisiji*.« »Sprejetje zavezujočega kataloga pravic za Evropsko unijo: je sožitje treh vzporednih sistemov varstva temeljnih pravic mogoče?«, govornik na slovesnosti ob dnevu ustavnosti je bil predsednik Sodišča Evropske unije prof. dr. Vassilios Skouris dne 18. decembra 2009 na <www.us-rs.si/aktualno/novice/ustavno-sodisce-praznuje-dan-ustavnosti-5556/>.

Sklepam torej, da če je neka specifična, razlikovalna značilnost *fizične* osebe (glede na pravno osebo) tista okoliščina, ki privilegij definira in zaradi katere učinkuje, ga moramo pravni osebi odreči. Če je razloge zanj mogoče najti onkraj lastnosti fizične osebe kot nosilke človekovih pravic in temeljnih svobod, pa statusna oblika obdolžene osebe ne more imeti konstitutivnega učinka v razmerju do privilegija zoper samoobtožbo.

Za analizo po moji oceni ključnih argumentov bom izhajala iz Von Freierjeve⁴⁷ razprave. Navedeni avtor skuša odgovor na zastavljeno vprašanje poiskati z oblikovanjem argumentov in zaključkov v okviru treh samostojnih teorij.

Prva je *subjektivna teorija*.⁴⁸ Ta izhaja iz stališča, da je privilegij namenjen varstvu osebnostnih pravic obdolženca in kot tak namenjen obdolžencu zato, *ker* je fizična oseba. Njeni zagovorniki pravni osebi praviloma odrekajo pravico do molka, ker menijo, da pravna oseba nima osebnostnih pravic, ki bi jih privilegij lahko varoval.

Izhodišče druge teorije je, da je privilegij procesno jamstvo v kazenskem postopku, ki funkcionira samo zase, objektivno in neodvisno od subjekta kazenskega postopka. Skupaj z domnevo nedolžnosti in pravico do obrambe ga ta teorija obravnava kot temeljno in povsem objektivizirano načelo z izvorom v načelu pravne države. Imenujem ga *objektivna teorija*.⁴⁹

Tretja, t. i. teorija krivde je metodološko zasnovana nekoliko drugače, zato najprej pogledjmo natančneje subjektivno in objektivno teorijo.

3.2. Subjektivna teorija

Sodna praksa, ki jo bom v nadaljevanju podrobneje predstavila, je pravnim osebam privilegij doslej odrekala z argumentom, ki privilegij razume kot varstvo obdolženca pred posegom v njegove osebnostne pravice.⁵⁰ S tem postane privilegij subjektivna kategorija, namenjena varstvu dobrine, ki je pridržana le fizičnim osebam.

Takšno subjektivno razumevanje privilegija zoper samoobtožbo naj bi se opiralo na njegovo zgodovinsko razlago. V središče namena privilegija je postavljena ideja varstva fizične osebe pred silo države kot nesorazmerno močnejše

⁴⁷ F. von Freier, nav. delo, str. 126.

⁴⁸ F. von Freier, nav. delo, str. 126; avtor uporablja izraz *subjektiv-personalistische Perspektive*.

⁴⁹ F. von Freier, nav. delo, str. 126; avtor uporablja izraz *objektiv-rechtliche, genuin verfahrensbezogene Argumente*.

⁵⁰ F. von Freier, nav. delo, str. 126.

stranke v kazenskem postopku. V nadaljevanju bom predstavila tudi nekaj primerov takšne argumentacije v sodni praksi.

Opisano zgodovinsko razlago privilegija je treba nekoliko dopolniti, saj menim, da ni pravilna. Privilegij zoper samoobtožbo se je razvil v sedemnajstem stoletju kot odziv na uporabo fizične sile (mučenja) zoper posameznike, ki so jih obdolžili kaznivih dejanj, leta 1791 pa je bil sprejet kot del ustavne ureditve ZDA v okviru V. amandmaja.⁵¹

Tudi razvoj instituta privilegija zoper samoobtožbo v ameriški sodni praksi v prvi polovici dvajsetega stoletja so zaznamovali predvsem primeri fizičnega nasilja⁵² nad obdolženci v kazenskem postopku.⁵³ Šele kasneje se je vsebinsko oblikoval v institut varstva avtonomne volje obdolženega v kazenskem postopku, kot ga razumemo danes.

Ne morem se strinjati s stališčem, da je privilegij zoper samoobtožbo nastal kot varstvo pred fizičnim nasiljem. Nastal je zaradi fizičnega nasilja države, ki je bilo usmerjeno zoper voljo posameznika v kazenskem postopku.⁵⁴ Namen države, da vpliva na osumljenca in ga s prisilo pripravi do priznanja, se je osredotočal na prisilno vplivanje na posameznikovo voljo. Privilegij zoper samoobtožbo je po mojem mnenju vse od svojega nastanka varoval svobodno voljo osumljenca, ne njegove telesne integritete. Cilj sile nista bila mučenje posameznika in s tem prizadevanje trpljenja, temveč je bil cilj sile zoper obdolženca prek fizičnega nasilja doseči izjavljanje »po volji«, to je priznanje kaznivega dejanja.

Privilegij zoper samoobtožbo tudi ob svojem nastanku ni prepovedoval telesnega nasilja, temveč fizično prisiljevanje k izpovedovanju zoper sebe. Tako po

⁵¹ *Brown v. Walker*, 161 U.S. 591, 596–597 (1896): »*The maxim nemo tenetur seipsum accusare had its origin in a protest against the inquisitorial and manifestly unjust methods of interrogating accused persons, which [have] long obtained in the continental system, and, until the expulsion of the Stuarts from the British throne in 1688, and the erection of additional barriers for the protection of the people against the exercise of arbitrary power, [were] not uncommon even in England.*«

⁵² *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966).

⁵³ *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966): »*From extensive factual studies undertaken in the early 1930's, including the famous Wickersham Report to Congress by a Presidential Commission, it is clear that police violence and the 'third degree' flourished at that time. 5 [384 U.S. 436, 446] In a series of cases decided by this Court long after these studies, the police resorted to physical brutality – beating, hanging, whipping – and to sustained and protracted questioning incommunicado in order to extort confessions. 6 The Commission on Civil Rights in 1961 found much evidence to indicate that 'some policemen still resort to physical force to obtain confessions'; 1961 Comm'n on Civil Rights Rep., Justice, pt. 5, 17. The use of physical brutality and violence is not, unfortunately, relegated to the past or to any part of the country.*«

⁵⁴ *Miranda proti Arizoni*, 384 U.S. 436 (1966).

mojem mnenju privilegij zoper samoobtožbo ni niti nastal niti kadarkoli funkcioniral kot varstvo osebnostnih pravic posameznika, temveč kot instrument (učinkovitega) varstva volje posameznika, obdolženega kaznivega dejanja, ki se je s fizično silo skušala zlomiti in na tak način doseči priznanje kaznivega dejanja.

Menim, da zgodovinska razlaga privilegija zoper samoobtožbo subjektivne teorije ne podpira.

Tudi sicer subjektivna teorija vzdrži zgolj na teoretični ravni. Ne pojasni na primer, kako pristopiti k sili zoper zastopnika obdolžene pravne osebe. V takem primeru je sila dejansko naperjena zoper fizično osebo z namenom obremenitve pravne osebe kot obdolženca, saj zastopnik pravne osebe ni obdolženec.

V takem primeru privilegija pravni osebi ne bomo priznali, ker ne bo usmerjen zoper obdolženega, temveč zoper njegovega zastopnika. Tako argumentacijo odklanjam. Če privilegij že razlagamo kot varstvo pred potencialno silo zoper obdolženega, potem je treba najmanj pojasniti, zakaj bi jo dopustili zoper zastopnika obdolženega. Zdi se neprepričljivo, da institut najprej opredelimo kot pravno varstvo pred silo, nato pa njegove učinke odrečemo *zato*, ker je sila usmerjena zoper tistega, *ki voljo* oblikuje in ima hkrati lastno subjektiviteto.

Von Freier subjektivno teorijo odklanja, ker ocenjuje, da velja le ob domnevi krivde. Ob predpostavki, da bi oseba pod prisilo izpovedala po resnici, pa kaznivega dejanja ni izvršila, Von Freier zaključuje, da argument ne vzdrži. V tem primeru namreč posledica prisile ne bi bila kazenska sankcija.

Kot je bilo povedano, subjektivne teorije ne sprejemam, vendar na podlagi prej navedenega zgodovinskega argumenta. Menim namreč, da Von Freierjev argument ni pravilen, saj prezre, da se kazensko izpovedovanje nikoli ne bo osredotočilo le na izpovedovanje neposredno pravotvornih dejstev. Neko dejstvo bo v nekih okoliščinah na primer lahko razbremenilno, v drugih okoliščinah obremenilno in v tretjih nevtravno. Učinkuje namreč v odvisnosti od zbranega procesnega gradiva, in ne od absolutne materialne resnice kot hipotetičnega stanja. Menim, da ni dvoma, da lahko oseba, ki ni izvršila kaznivega dejanja, izpoveduje objektivno resnična obremenilna dejstva.

Von Freier⁵⁵ še opozarja, da subjektivna teorija niti ni združljiva s konceptom izjemoma dopustnega obremenilnega molka obdolženega niti je ni mogoče dosledno izpeljati ob sodobnem razumevanju sile, ki vključuje tudi prevaro in zvijačo. Z navedenim se v celoti strinjam.

⁵⁵ F. Von Freier, nav. delo, str. 130.

Zvijača v slovenskem pravnem prostoru ni dovoljena že po Ustavi RS.⁵⁶ Razlog za prepoved uporabe zvijače in prevare pri zaslišanju obdolženca je prav v zagotavljanju popolnosti elementa volje ob razpolaganju v nasprotju s t. i. lastnim procesnim interesom.⁵⁷ Če sprejmemo privilegij kot varstvo telesne integritete obdolženega, potem bi bili prevara in zvijača dopustni. Tudi ta primer kaže, da se ni mogoče ogniti stališču, da je predmet varstva privilegija avtonomna obdolženčeva volja (pri dokaznopravno relevantnem izjavljanju) in nič drugega.

Proti subjektivni teoriji govori tudi pomislek, povezan z argumentom osebnostnih pravic. Von Freier kot primer navede varstvo časti in svobode ravnanja. Jadek Pensa⁵⁸ definira predmet varstva osebnostnih pravic »*kot posameznikovo bistvo, celoto njegovih sposobnosti ... [ki] ga oblikuje v samo njemu lastno podobo in mu obenem omogoča delovanje in nadaljnji razvoj osebnosti*«; osebnostne pravice povzema po Finžgarju.⁵⁹ Če sprejmemo privilegij kot institut, namenjen varstvu obdolženčevih osebnostnih pravic, potem bi ga bilo treba razlagati neprepričljivo selektivno – kot varstvo pred fizično silo in njenimi posledicami na telesu obdolženca (varstvo pravice do življenja, zdravja in telesne integritete), ne pa na časti in dobrem imenu.⁶⁰

Subjektivna teorija po moji oceni ni skladna niti z razumevanjem predmeta privilegija zoper samoobtožbo. Uvodoma sem navedla, da privilegij zoper samoobtožbo obsega le testimonialno in dokumentarno dokazovanje, ne pa tudi odvzema telesnih tekočin, bioloških sledi, posnetka glasu in fotografiranja. Prisilnega odvzema telesnih tekočin obdolžencu po mojem mnenju ni mogoče razložiti drugače kot dopustno silo za potrebe pridobivanja dokazov zoper obdolženca. Če bi bil izključni namen (in s tem kriterij) privilegija varstvo obdolženca pred ponižujočim ravnanjem države za potrebe pridobivanja obremenilnega dokaznega gradiva, bi bil njegov predmet gotovo tudi odvzem telesnih tekočin kot izrazito invaziven poseg v telesno celovitost obdolženca. Posegi v obdolženčevo telo za pridobivanje dokaznega gradiva so za obdolženca ponižujoči, a dovoljeni. Ni namreč izkazan opredeljitveni element privilegija, to je voljno ravnanje obdolženega.⁶¹

⁵⁶ Boštjan M. Zupančič, v: L. Šturm (ur), nav. delo, str. 319.

⁵⁷ Prav tam.

⁵⁸ Dunja Jadek Pensa, v: N. Plavšak in drugi, nav. delo, str. 777.

⁵⁹ A. Finžgar, nav. delo, str. 65–136.

⁶⁰ F. Von Freier navaja, da je nemška sodna praksa s sprejemom subjektivnega koncepta varovala človekovo dostojanstvo (*die Menschenwürde*), str. 127 in naslednje.

⁶¹ Prim. *Saunders proti Združenemu kraljestvu* z dne 17. december 1996, *Schmerber proti Kaliforniji*, 384 U.S. 757 (1966).

3.3. Objektivna teorija

Objektivna teorija temelji na pomenu, ki ga ima privilegij za pošten kazenski postopek, z izvorom v ideji pravne države, a v čistem procesnem smislu.

Von Freier to nazorno prikaže s stališčem, da bi prisila s samoobdolževanjem v tem smislu pomenila *poseg v procesno avtonomijo* obdolženca kot subjekta kazenskega postopka.⁶² Takšna krnitev se bo najizraziteje manifestirala kot oženje vsebinske možnosti materialne obrambe in tudi taktike obrambe. Objektivno razumevanje namena privilegija je izrazito procesno in se ukvarja s procesnimi posledicami privilegija.

Objektivna teorija najprej obravnava razmerje med privilegijem in domnevo nedolžnosti. Sprašujemo se, ali je izpoved, dosežena s silo ali zvijačo, združljiva z domnevo nedolžnosti.

Prisila obdolženca k izjavi nujno izhaja iz predpostavke, da je obdolženec lahko vir informacije o kaznivem dejanju. Predpostavka nameravane prisilivitve k izpovedbi je stališče, da nam bo morda od zasliševanca uspelo s silo pridobiti obremenilno izjavo. S tem hkrati predpostavljamo, da nam torej lahko pove *o sebi kot storilcu* kaznivega dejanja, s čimer predpostavljamo, da je kaznivo dejanje tudi izvršil.⁶³

Če za osebo, pri kateri je nastopila osredotočenost suma, nujno velja domneva nedolžnosti, potem nujno velja, da država o njej z določeno stopnjo verjetnosti predpostavlja, da je izvršila kaznivo dejanje. S tem se vzpostavi zainteresiranost, da od nje dobi informacije v zvezi s kaznivim dejanjem. Hkrati pa mora predpostavljati tudi, da ni storilec kaznivega dejanja, dokler *dokazi* ne pokaže drugače.

In ker je treba z osumljencem ravnati kot z nedolžnim, dokler mu ni dokazano nasprotno, ni dopustno predpostavljati, da ve izpovedati o sebi kot storilcu kaznivega dejanja.⁶⁴ Po objektivni teoriji prisila k izpovedbi ni združljiva z domnevo nedolžnosti. Objektivna teorija privilegija obravnava še vpliv pravice do molka na materialno obrambo obdolženca. Prej sem že navedla, da je procesna posledica pravice do molka tudi dokazno breme zastopnika obtožbe.

⁶² F. Von Freier, nav. delo, str. 133.

⁶³ Sicer ga ne bi želeli slišati kot obdolženca, temveč na primer kot pričo, ki jo k izjavi lahko prisilimo. Več Katja G. Šugman, nav. delo, str. 167.

⁶⁴ Z vidika organov pregona je procesni položaj skrajno dvoličen. Na eni strani za določeno osebo izkazujejo določeno stopnjo suma, da je storila kaznivo dejanje, s čimer se njihov sum osredotoči, in želijo od te osebe informacije, hkrati pa ravno od subjekta, za katerega so pravkar zaključili, da je za preiskovanje najzanimivejši, ne morejo nujno dobiti podatkov. Prim. prav tam.

Von Freier poudarja, da niti objektivna koncepcija dejansko ne more povsem obiti subjektivnih elementov, saj ima avtonomija procesnega razpolaganja skoraj enako vsebino kot splošna svoboda ravnanja. Menim, da je tak argument vsebinsko manj relevanten. Ustavno sodišče RS je namreč že presodilo,⁶⁵ da gre svoboda ravnanja tudi pravnim osebam. Zaključevanje, da je avtonomno procesno razpolaganje osebnostna pravica, ki učinkuje v objektivnem kriteriju, je podobno že opisani nekonsistentnosti subjektivnega kriterija, ki ne more pojasniti priznavanja nekaterih pravic pravnih oseb z izrazitim izvorom v varstvu osebnosti fizične osebe.

Objektivno-procesni pogled na privilegij sam ne daje odgovora, temveč se zdi, da bolj opozarja na to, kako privilegij zoper samoobtožbo v sistemu procesnih jamstev funkcionira. Po mojem mnenju je pomemben zaradi vidika, ki bi ga avtoritativno določanje pri priznavanju privilegija pravnim osebam nujno moralo upoštevati: to je dilema, ali je pravni osebi privilegij sploh mogoče odreči, ne da bi s tem nujno odrekli tudi domnevo nedolžnosti in pravico do obrambe.

3.4. Teorija krivde

Teorija krivde poleg subjektivnega in objektivnega koncepta ponuja še en pogled na privilegij, ki bi lahko dal odgovor na zastavljeno vprašanje. Ta izhaja iz narave razmerja med materialnopravnim načelom krivde in privilegijem zoper samoobtožbo.⁶⁶

Von Freier izhaja iz kazenskega prava kot orodja za ponovno vzpostavitev pravnega stanja v skupnosti. Teorijo krivde razvija ob dveh izhodiščih. Prvo izhodišče je, da je kazenskopravno razmerje med posameznikom in državo refleksija procesa, v katerem država po storitvi kaznivega dejanja v kazenskem postopku skuša prek kaznovanja vzpostaviti s kaznivim dejanjem porušeno pravno stanje.

Drugo izhodišče je stališče, da se storilec kaznivega dejanja kot posameznik znajde v dvojni vlogi. Je del skupnosti, ki ji je ponovna vzpostavitev prava namenjena. V tem smislu je zainteresiran za izid kazenskega postopka z vzposta-

⁶⁵ US RS, U-I-290/96 z dne 11. junija 1998: »19. Kot temeljna svoboščina je svoboda ravnanja zagotovljena vsakomur, ne glede na to, ali je fizična ali pravna oseba. Da so nosilci ustavnih pravic tudi pravne osebe, kolikor se posamezne pravice glede na svojo naravo nanašajo tudi nanje, je Ustavno sodišče že odločilo (glej npr. sklep št. Up-10/93 z dne 20. 6. 1995 – OdlUS IV, 164).«

⁶⁶ V zvezi z načelom krivde posebej opozarjam, da je predmetna predstavitev le povzetek, in za njeno izčrpnjšo razlago napotujem na Von Freierjev tekst, str. 138, ki se temeljiteje posveti filozofskim izhodiščem dvojnosti odnosa obdolženega do obsodbe in konceptu samoobsodbe kot idejni podstatii t. i. teorije krivde.

vitvijo prava – obsodbo in kaznovanje zaradi izvršenega kaznivega dejanja, ki je pravno stanje porušilo. Hkrati pa tak izid postopka morda ni skladen z njegovim individualiziranim procesnim interesom. Storilec je sicer del skupnosti, ki je proces legitimizirala in ga s tem vnaprej sprejela, vendar pa je v konkretnem postopku njegov dejanski procesni interes praviloma nasproten interesu vzpostavitve prava. Kazensko pravo mora zato proces vzpostavitve pravnega urejati tako, da kazensko obsodbo kot legitimno sprejme tudi obdolženec. Normativno urejanje kazenskega prava je orodje, s katerim skupnost posameznikov, ki so potencialni obdolženci, sama vnaprej pove, kdaj se ji lahko odreče npr. pravica do svobode. Kazensko pravo mora zato kazensko obsodbo vnaprej opredeliti kot samoobsodbo, kot posameznikovo vnaprejšnjo zavestno opredelitev pogojev za njegovo lastno kazensko obsodbo.

Procesno pravo pri ponovnem vzpostavljanju »pravnega« varuje avtonomnost obdolženega, ki ga njegov lastni procesni interes postavi nasproti skupnosti. Namen kazenskega procesnega prava pa je preprečevanje samouresničitve kazenskega materialnega prava. Še drugače – namen kazenskega procesnega prava je varstvo legitimitete učinkov kazenskega materialnega prava.

Von Freier⁶⁷ meni, da mora v tem procesu obdolženec sodelovati z avtonomno voljo. Procesna vzpostavitve prava ni mogoče legitimno dosežati drugače kot ob popolnem spoštovanju avtonomije obdolženčeve volje.

Legitimnost kazenske obsodbe pred začetkom konkretnega kazenskega postopka temelji na konsenzu skupnosti o pogojih kaznovanja.

Legitimnost kazenske obsodbe po storitvi konkretnega kaznivega dejanja oziroma z začetkom kazenskega postopka pa je odvisna tudi od avtonomije volje obdolženega, ki se z njemu morebiti nasprotnim interesom skupnosti sooči.

Na kakšen način bo to storil, mora biti njegova svobodna odločitev. To njegovo samouresničevanje, samodialog, samospraševanje v položaju obdolženega mora biti iz istega razloga varovano pred prisilnimi posegi skupnosti, ki bi jemali legitimiteto kazenske obsodbe in s tem ponovne vzpostavitve prava.⁶⁸

In tukaj Von Freier vidi bistvo privilegija zoper samoobdolžitev. Presoditi je treba, ali se v dvojnosti obdolženčeve samorefleksije v kazenskem postopku lahko znajde tudi pravna oseba. Von Freierjev odgovor je nikalen.

Pravna oseba nima možnosti samoopredeljevanja prek skupnosti in nima možnosti normativnega opredeljevanja svojih bodočih položajev. Ne more se prostovoljno vnaprej odreči svojim pravicam tako, da si to sama predpiše, zato

⁶⁷ F. Von Freier, nav. delo, str. 139.

⁶⁸ Prav tam.

tudi ne more stremeti k legitimiteti svoje morebitne obsodbe, ker je nima iz česa črpati.⁶⁹ Ilustrativen se zdi argument, da privilegija nima iz istega razloga, kot nima volilne pravice.

Von Freier privilegij pravni osebi odreče zato, ker meni, da ta nima pravice do legitimne obsodbe, zato tudi ne more uživati varstva svoje volje kot pogoja za doseganje legitimne obsodbe. Pravna osebe ne opredeljuje normativnih pogojev lastne kazenske obsodbe, ker te pravice nima.

3.5. Objektivna, subjektivna in teorija krivde v sodni praksi

Pred analizo teorije krivde pogledimo, kako so vse tri navedene poglede na to vprašanje obravnavala sodišča.

Argumentacijo teorije krivde zasledimo v starejši odločbi Vrhovnega sodišča ZDA, ki je v zadevi *Hale proti Henkel*⁷⁰ že leta 1906 pravnim osebam ali bolje njihovim predstavnikom odreklo pravico iz V. amandmaja k Ustavi ZDA.

Sodišče je menilo, da je Edwin F. Hale⁷¹ dolžan odgovarjati na vprašanja v postopku zoper pravno osebo *MacAndrews and Forbes Company*, ker gre za tretjo osebo, tudi če je njen zastopnik ali pooblaščenec. Sodišče je V. amandma najprej razlagalo tako, da se lahko nanj sklicuje le konkretno tista oseba, zoper katero postopek teče.⁷² Nato je pojasnilo, da se zastopnik pravne osebe ne more sklicevati na privilegij, ker zoper njega ne teče postopek, obdolženi subjekt pa le zastopa.⁷³ Pomembnejši del odločbe pa izhaja iz elementov, ki močno spominjajo na Von Freierjevo razlogo privilegija s teorijo krivde.⁷⁴ Po razlogih

⁶⁹ Teorija krivde, kot jo predstavlja Von Freier, ima podobnosti s »teorijo privolitve«, v skladu s katero posameznik vnaprej privoli v kaznovanje in ki tako kot teorija krivde močno spominja na družbeno pogodbo. Glej M. Pavčnik, nav. delo, str. 199.

⁷⁰ *Hale proti Henkel*, 201 U.S. 43 (1906) 201 U.S. 43 z dne 12. marca 1906.

⁷¹ Sodišču je pojasnil, da je pri pravni osebi *Tresurer*.

⁷² Točka 3: »The amendment is limited to a person who shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself; and if he cannot set up the privilege of a third person, he certainly cannot set up the privilege of a corporation.«

⁷³ Točka 3: »As the combination or conspiracies provided against by the Sherman antitrust act can ordinarily be proved only by the testimony of parties thereto, in the person of their agents or employees, the privilege claimed would practically nullify the whole act of Congress. Of what use would it be for the legislature to declare these combinations unlawful if the judicial power may close the door of access to every available source of information upon the subject?«

⁷⁴ »(He) [tj. fizična oseba, dodala M. Ž.] owes no duty to the state or to his neighbors to divulge his business, or to open his doors to an investigation, so far as it may tend to criminate him. He owes no such duty to the state, since he receives nothing therefrom, beyond the protection of his life and property. His rights are such as existed by the law of the land long antecedent to the organization of the state, and can only be taken from him by due process of

sodbe je fizična oseba originaren subjekt, ki zmore položaj dvojnosti v odnosu do države, do skupnosti, v kateri biva, saj jo hkrati opredeljuje in ji kot obdolženec nasprotuje. Pravice fizične osebe so zato neodtujljive in obstajajo same zase – nihče jih fizični osebi ne more podeliti in nihče odvzeti, če ustava (torej tudi on sam) ne določa drugače. Pravna oseba je derivativna oseba in nastane, ker država tako dovoli. Domneva se, da obstaja, ker družbi koristi, zato lahko obstaja le po volji družbe, dokler obstaja v skladu s pravom. Tako ne more imeti neodtujljivih pravic, kot jih imajo fizične osebe.

Po mojem mnenju je Vrhovno sodišče ZDA naredilo še korak dlje kot Von Freier. Originarnost fizične osebe, ki naj bi jo upravičevala do avtonomnega nasprotovanja obsodilni sodbi v interesu njej lastne skupnosti, povzdigne na naravnopravno raven. Hkrati pa z opisanim argumentom sporoča, da lahko neodtujljive pravice uživa le fizična oseba, s čimer tudi zgolj fizična oseba upravičeno odklanja poseg države vanje. Vrhovno sodišče ZDA je privilegij zoper samoobtožbo pravnim osebam odreklo tudi v več novejših odločitvah.⁷⁵

Za povsem drugačen pristop, a za enako odločitev se je odločilo tudi Ustavno sodišče RS. O pravici pravne osebe do privilegija se je namreč že izreklo, vendar ob obravnavanju davčnega, ne pa kazenskega postopka, pri tem pa se je oprlo (v po mojem mnenju nosilnem argumentu) na *subjektivni koncept* privilegija.

V odločbi U-I-108/99-14 z dne 20. marca 2003 je zavzelo stališče, da pravnim osebam odreka pravice iz četrte alineje 29. člena Ustave RS,⁷⁶ izhajajoč iz namenske razlage predmeta varstva. Posebej je poudarilo, da »*prepoved samoobdolžitve izvira iz zahteve po spoštovanju človekovega dostojanstva v kazenskem postopku in z njim povezanih preiskovalnih postopkih*«. ⁷⁷ S tem je izhodišče svoje argumentacije zastavilo docela subjektivno in argumentacijo nadgradilo z izpostavljanjem obveznosti države, da obdolženca pusti svobodno oblikovati voljo v kazenskem postopku, kot bistva privilegija.

Prvi argument je v skladu s subjektivistično koncepcijo, medtem ko je drugi nevtralen in ne pritrjuje nujno predhodnemu, saj se nanaša na samo definicijo privilegija, in ne toliko na vprašanje, ali je namen privilegija res v varstvu človeškega dostojanstva ali ne. Morda bi lahko v zadnjem delu argumenta videli

law, and in accordance with the Constitution. Among his rights are a refusal to incriminate himself, and the immunity of himself and his property from arrest or seizure except under a warrant of the law.»

⁷⁵ Prim. *Bellis proti Združenim državam*, 417 U.S. 85 (1974) z dne 28. maja 1974, in *Andersen proti Marylandu*, 427 U.S. 463 (1976) z dne 29. junija 1976.

⁷⁶ Prim. točko 10.

⁷⁷ Prav tam.

tudi nastavke teorije krivde, ki v svoji izpeljavi po Von Freierju vodi do enakega zaključka, vendar ga sodišče ni natančneje razdelalo.

Ustavno sodišče RS je svojo odločitev utemeljilo tudi s sklicevanjem na ustaljeno presojo ESČP in njegovo stališče, da prepoved samoobdolžitve primarno zadeva spoštovanje volje obdolženca, da molči, in da je njen namen »v varstvu obdolženca pred nedopustno prisilo s strani oblastnih organov. Organi pregona naj dokažejo obtožbo, ne da bi se sklicevali na dokaze, pridobljene s silo ali s pritiski na obdolženčevo voljo.«

Ti argumenti imajo naravo nekakšnih izhodišč oziroma pojasnil in za oblikovanje odločitve sodišča niso bili odločilni. Pomislek imam glede argumenta »varstva obdolženca pred prisilo«, ki preveč poudarja varstvo obdolženca pred silo in ne upošteva zadosti okoliščine, da gre za varstvo volje, ne osebe. Tak argument preveč spominja na najbolj nekonsistentne argumente subjektivne teorije.

Sodišče v tej odločbi opozarja še na jezikovno razlago četrte alineje 29. člena Ustave RS in opozori, da ima »bližnje« lahko le fizična oseba. Po mojem mnenju ta argument ne prepriča. Gre za dikcijo ustavodajalca, s katero se po mojem mnenju ni hotel izraziti v smeri, kot to razlaga Ustavno sodišče RS.

Zdi se, da se Ustavno sodišče RS glede na to, da je obravnavalo skladnost davčnega postopka z Ustavo RS, ni želelo izreči o vprašanju privilegija pravnih oseb v kazenskem postopku, saj je v 13. točki temu vprašanju pustilo »odprta vrata« za ločeno presojo.⁷⁸ V tem smislu, zlasti glede na globino problematike, je po mojem mnenju dovolj prostora za prepričljiv predlog Ustavnemu sodišču RS, da ob svojem odločanju preizkusi tudi druge argumente v prid privilegiju zoper samoobtožbo pravnih oseb in proti njemu.

4. PRIMERJAVA SUBJEKTIVNE, OBJEKTIVNE IN TEORIJE KRIVDE

Subjektivni koncept privilegija zoper samoobtožbo je tisti, ki privilegij zoper samoobtožbo pravnim osebam odklanja. Menim, da je njegova bistvena pomanjkljivost, da v osrčje argumentacije postavlja preprečevanje sile nad obdolžencem. Varstvo obdolženega pred potencialno silo države pri siljenju k dokazno relevantnemu izpovedovanju ni *kriterij* in varstvo osebnostnih pravic

⁷⁸ Točka 13 se glasi: »Četudi bi bilo pravico iz četrte alineje 29. člena ustave iz razloga, navedenega v prejšnji točki, mogoče uporabiti, pa določba ni uporabljiva iz razloga, ker se nanaša na kazenski postopek, izpodbijani 27. člen ZDavP pa ureja ravnanje oseb v davčnem inšpekcijskem postopku.«

ni *predmet* privilegija. Ta koncept je preozek in pojasnila sem številne elemente privilegija, ki jih z njim ne moremo pojasniti.

Tudi čisti procesno-objektivni vidik privilegija ima večjo težo kot opozorilo avtoritativni odločitvi o večrazsežnosti njegovih učinkov v zvezi z domnevo nedolžnosti ter pravico do obrambe. Ni mogoče dovolj poudariti, kako pomembno je, da Ustavno sodišče RS in ESČP ob presoji obravnavanega vprašanje presodita tudi vpliv privilegija na drugi dve temeljni procesni načeli. Nikakor se ne bi smelo pripetiti, da bi sodna praksa z odrekanjem privilegija pravnim osebam nekritično posegla v druga procesna jamstva, ki jih pravne osebe nedvomno uživajo. Mednje, kot je bilo uvodoma že navedeno, na prvo mesto uvrščam pravico do učinkovite obrambe v kazenskem postopku. Jasno se je treba zavedati, da odrekanje privilegija na povsem teoretični ravni v realnosti kazenskega postopka pomeni prisilitev obdolžene pravne osebe in s tem njenih zastopnikov k izjavljanju ter posledično denarno kaznovanje zaradi opustitve samoobdolževanja.

Von Freier poskusi s teorijo krivde podati celovit odgovor. Sama menim, da sicer daje teoretično konsistenten odgovor, zlasti če jo absolutiziramo v smislu odločbe *Hale proti Henkel*, vendar pa je ne sprejemam kot argumentacijsko sprejemljivo.

Teorija krivde predpostavlja, da je posameznik upravičen do varstva avtonomne volje zato, ker le tako družba lahko doseže legitimnost ponovne vzpostavitve prava. Pri tem izhaja s stališča, da ta pravila vnaprej sprejme skupnost, ki jo sestavljajo potencialni obdolženci v kazenskem postopku. Ti se tako avtonomno odrečejo svoji svobodi (v najširšem smislu) – legitimno vnaprej, in to svojo voljo udejanjijo z normami, to je kazenskim materialnim in procesnim pravom. Ker pravna oseba te konstitutivne moči nima, nima niti pravice legitimizirati izid svoje kazenske obsodbe.

Ista skupnost fizičnih oseb pa kljub temu v zadnjih desetletjih s svojo normativno močjo podeljuje osebam, ki jih je prek nje ustvarila, to je pravnim osebam, pravico legitimizirati kazensko obsodbo s priznavanjem človekovih pravic z naravo procesnih jamstev.

Če naj pravna oseba kot derivativni subjekt ne bi imela originalne pravice legitimizirati samoobsodbo, potem ni mogoče pojasniti, zakaj fizične osebe prek normativne dejavnosti to svoje originalno upravičenje vendarle podeljujejo tudi pravnim osebam.⁷⁹

⁷⁹ Res je, da bi bila ta dilema bolj upravičeno naperjena v smeri argumentacije odločbe *Hale proti Henkel* in manj zoper teorijo krivde. Slednja namreč legitimizacijo utemeljuje izključno z avtonomnim voljnim razpolaganjem in vprašanje, ali bi lahko enako zaključili tudi za obrambo, vendarle ostaja brez odgovora.

Geneza procesnih jamstev, ki se kaže v obravnavanih odločbah vse do *Societe Colas Est* in ne nazadnje *Wieser in Bicos Beteiligungen GmbH proti Avstriji*, ni sama zase nič posebnega, vprašanje pa je, kaj je njeno gonilo. Kaj je tisto »nezapisano«, kar se manifestira v stališčih ESČP, ki pravni osebi priznava procesna jamstva? In najpomembneje – ali je to razlog, ki bi lahko bil odločilen, ko se bo odločalo o »priznavanju« privilegija osebi, ki ga morebiti originarno nima?

Ni dvoma, da je privilegij zoper samoobtožbo po svojem izvoru varstvo posameznika pred potencialnim dokaznopравnim razpolaganjem, ki bi nasprotovalo njegovemu procesnemu interesu. Danes v svojem procesnem smislu funkcionira drugače, kot načelo kazenskega postopka, ne kot individualiziran procesni institut. Ni pa se spremenilo samo bistvo privilegija, to je varovanje pred potencialno silo države pri pridobivanju dokaznopравno relevantnega izjavljanja od obdolženega, četudi se je, kot rečeno, to bistvo razprostrlo vse do prave procesne avtonomije obdolženega subjekta.

Če se vrnem k teoriji krivde, po mojem mnenju Von Freier ne upošteva dejstva, da legitimeteta kazenske obsodilne sodbe ni odvisna le od vnaprejšnjega konsenza potencialnih obdolžencev k njenemu učinkovanju, če se izpolnijo dogovorjeni pogoji.

Kazensko procesno pravo, kot sam ugotavlja, preprečuje materialnemu, da bi se samouresničevalo z zagotavljanjem popolne avtonomije obdolženca. Vendar pa tudi tako, da varuje voljo kot podstat avtonomnega razpolaganja pred nedopustnim vplivanjem države v konkretnem postopku.

Von Freier priznava potrebo po pravi in popolni avtonomnosti obdolženca in tudi nujnost avtonomne volje obdolženega za doseganje legitimnosti kazenske obsodbe. Z navedenim se lahko strinjam.

Ne strinjam pa se z njegovo izpeljavo, da je odveč varovati voljna dokaznopравna razpolaganja pravne osebe, ker ta ne more stremeti k legitimni kazenski obsodbi.

Zupančič meni, da je »privilegij zoper samoobtožbo ... temeljni sine qua non racionalnega kazenskega postopka v čistem pravno-tehničnem in logično-doslednem smislu te besede. Če pravo dopusti reverzijo k sili, kot sredstvu za izpovedbo zoper samega sebe v pravnem postopku (kazenskem ali pravnem), je to subverzija osnovnega namena vsega pravnega, katerega namen je prav nasproten.«⁸⁰

Zupančičevo stališče pokaže procesni vidik nujne legitimetete kazenske (ob)sodbe, ki temelji na prepovedi zatekanja države k očitnemu nepravu z na-

⁸⁰ B. M. Zupančič, v: L. Šturm, nav. delo, str. 318.

menom, da doseže kazensko obsodbo. Reverzija k sili zoper voljo obdolženca je prepovedana enako – ne glede na subjekt, zoper katerega je sila usmerjena.

Interes legitimnega kazenskega procesa in sodbe *ni (le) individualiziran interes obdolženca* v konkretnem kazenskem postopku, temveč interes skupnosti, ki, kot navaja Zupančič, odklanja reverzijo k sili kot fundamentalno zanikanje prava. Takšen interes bo za posameznika značilen, preden bo zoper njega naperjena kazenska obtožba, kasneje pa ga bo izrinil opisani individualizirani procesni interes po oprostilni ali zavrnilni sodbi.

Zaključek, da je obsodba pravne osebe lahko posledica prisilnega oziroma neavtonomnega izjavljanja v kazenskem postopku, ker pravna oseba nima pravice do legitimne samoobsodbe, zato ne prepriča. Legitimnost kazenske obsodbe, ki se dosega z zagotavljanjem popolne avtonomnosti dokaznopravno relevantnih procesnih razpolaganj obdolženca, je interes skupnosti fizičnih oseb, ki ne more privoliti v kaznovanje kot posledico manipuliranja z voljnim izjavljanjem obdolženega, ne glede na to, kdo obdolženec je.

Še drugače – subverzija k sili zoper voljo obdolženega mora biti prepovedana zaradi interesa skupnosti, da kogarkoli kaznuje po postopku, v katerem je bila njegova volja predmet prisiljenja ali manipulacije. Praktično to pomeni razumevanje privilegija kot objektiviziranega standarda, ki ne varuje obdolženca zoper silo, temveč varuje voljo vsakega obdolženega subjekta v postopku z naravo kazenskega postopka *zaradi kolektivnega interesa skupnosti*. Namen varstva s privilegijem pa je, da se zagotovi izid kazenskega postopka, ki ni oprt na prisilno ali manipulativno vplivanje na obdolženi subjekt. Le tak interes je po moji oceni sprejemljiv kolektivni interes skupnosti, ki procesna jamstva z naravo človekovih pravic v kazenskem postopku sprejema kot civilizacijski dosežek.

5. SKLEP

Odrekanje privilegija zoper samoobtožbo pravni osebi bi v praksi pomenilo nič drugega kot dopustitev sile zoper eno ali več fizičnih oseb, ki bodo zastopniki pravne osebe v kazenskem postopku in bodo le njena fizična manifestacije varovane volje v kazenskem postopku, npr. z režimom zaslišanja priče. Posebej se obravnavajo⁸¹ različni položaji z vidika pravil zastopanja pravnih oseb glede na možne kombinacije procesnih položajev v kazenskem postopku.

Morebitna presoja Ustavnega sodišča RS in odločitev ESČP bosta za slovenski pravni prostor podali končno avtoritativo odločitev. Po mojem mnenju je

⁸¹ Z. Đurđević, nav. delo, str. 760 in 761.

ključno dvojje. Prvič, nujno bi morali presojuditi vprašanje priznavanja privilegija pravnim osebam tudi z vidika vpliva na pravico do obrambe ali natančneje, ali pravica do obrambe ob odrečenem privilegiju sploh lahko obstaja v smislu standardov 29. člena Ustave RS in 6. člena ESČP. In drugič, z visoko stopnjo občutljivosti ter predvsem kritičnosti in odkritosti je treba razmisliti, koliko stališča o obravnavanem vprašanju zaznamuje večja dojemljivost za bolj »civilizirane« oblike sile, kot sta na eni strani denarno kaznovanje in na drugi odtujenost od posledic sile, ker je ta naperjena zoper abstrakten subjekt, kot je pravna oseba.

Ta dva argumenta manj opazno zaznamujeta razpravljanje o obravnavanem vprašanju in morebiti povzročata tudi občutek, da lahko argumentacija kaj hitro postane orodje utemeljevanja že oblikovanega stališča, ki ga narekuje želja po »učinkovitosti pregona«.

Literatura

- Pascal Berghe in Anthony Dawes: Little Pig, Little Pig, Let Me Come In: An Evaluation of the European Commission's Powers of Inspection in Competition Cases, v: *European Competition Law Review*, 30 (2009) 9, str. 407–423.
- Zlata Đurđević: Pravna osoba kao okrivljenik: temeljna prava i predstavljanje, v: *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, 12 (2005) 2.
- Alojzij Finžgar: Osebnostne pravice. Slovenska akademija znanosti in umetnosti, Ljubljana 1985.
- Primož Gorkič: Razpravna sposobnost obdolženca v kazenskem postopku, v: *Zbornik znanstvenih razprav, GV. Založba*, Ljubljana 2011, letnik LXXI.
- Štefan Horvat: *Zakon o kazenskem postopku s komentarjem*. GV. Založba, Ljubljana 2004.
- P.H.P.H.M.C. van Kempen, Human Rights and Criminal Justice Applied to Legal Persons. Protection and Liability of Private and Public Juristic Entities under the ICCPR, ECHR, ACHR and AfChHPR, *Electronic Journal of Comparative Law*. 14.3 (2010) <www.ejcl.org/143/art143-20.pdf> (27. 5. 2013).
- Nina Plavšak (ur.) in drugi: *Obligacijski zakonik s komentarjem*, 2. knjiga. GV. Založba, Ljubljana 2003.
- Marijan Pavčnik: *Teorija prava – prispevek k razumevanju prava*, 2. izdaja. Cankarjeva založba, Ljubljana 2001.
- Vassilios Skouris: Sprejetje zavezujočega kataloga pravic za Evropsko unijo: je sožitje treh vzporednih sistemov varstva temeljnih pravic mogoče?, govor z dne 18. decembra 2009.
- Lovro Šturm: *Komentar Ustave Republike Slovenije*. Fakulteta za podiplomske državne in evropske študije. Brdo 2002.
- Katja Šugman Stubbs: *Dokazne prepovedi v kazenskem postopku*. Bonex, Ljubljana 2002.
- Torsten Verrel: *Die Selbstbelastungsfreiheit im Strafverfahren. Ein Beitrag zur Konturierung eines überdehnten verfahrensgrundsatzes*. C. H. Beck, München 2001.
- Friedrich von Freier: Selbstbelastungsfreiheit für Verbandspersonen?, v: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 122 (2010) 1, str. 117.

Izvirni znanstveni članek

UDK: 343.144

ŽAUCER, Martina: Nekateri vidiki vprašanja priznavanja privilegija zoper samoobtožbo pravnim osebam**Pravnik, Ljubljana 2013, let. 68 (130), št. 5-6**

Avtorica se v prispevku ukvarja z vprašanjem priznavanja procesnih jamstev, ki izvirajo iz privilegija zoper samoobtožbo, pravnim osebam. Pri tem izhaja iz narave privilegija zoper samoobtožbo kot kazenskega procesnega načela in uvodoma opredeli njegov predmet in razsežnost. Na zastavljeno vprašanje skuša odgovoriti z analizo strokovnih razprav, ki so se v zadnjih letih pojavljale v evropskem pravnem prostoru, ter se opredeliti do sprejemljivosti argumentacijskih pristopov. Najprej predstavi t. i. subjektivno teorijo, ki privilegij razlaga kot pravno varstvo pred potencialno silo zoper obdolženega z namenom varovati njegove osebnostne pravice. Nato se posveti analizi objektivne teorije, ki privilegij zoper samoobtožbo razume kot popolno objektivizirano procesno načelo. V nadaljevanju analizira t. i. teorijo krivde, ki jo v nemški teoriji zastopa Friedrich Von Freier, pri čemer z avtorjem obsežneje polemizira o pomanjkljivostih, ki jih razbere v tej teoriji. Ključno pri tem je vprašanje priznavanja človekovih pravic pravni osebi kot t. i. derivativnemu subjektu. Pri tem se opira na stališča Evropskega sodišča za človekove pravice, ki je že odločalo o priznavanju procesnih jamstev, izvirajočih iz ambientalne in komunikacijske zasebnosti pravnim osebam, ter analizira tudi odločbo Ustavnega sodišča RS U-I-108/99-14 z dne 20. marca 2003. Svoje stališče avtorica strne v samostojen poskus odgovora kot alternativo tako objektivnemu in subjektivnemu pristopu kot tudi teoriji krivde.

Original Scientific Article

UDC: 343.144

ŽAUCER, Martina: Certain Aspects Regarding Recognition of the Privilege against Self-Incrimination to Legal Entities*Pravnik, Ljubljana 2013, Vol. 68 (130), Nos. 5-6*

In the article the author deals with the question of recognizing procedural safeguards arising from the privilege against self-incrimination to legal entities. The author bases her article on the nature of the privilege against self-incrimination as a principle of the criminal procedure and she initially defines its subject and scope. The author attempts to answer the question stated by analyzing professional debates which have emerged in the European legal area in the recent years and establish a position on acceptability, argumentation of the approaches. In the beginning she elaborates on the so-called subjective theory which states that the privilege is a type of legal protection against potential force for the accused, the purpose of which is to protect its personal rights. Then she moves to the analysis of the objective theory which explains the privilege against self-incrimination as a completely objective procedural principle. The author then analyses the so-called guilt theory which in German theory Friedrich Von Freier argues for, then she polemicizes with the author about the shortcomings of the guilt theory. The key question is whether human rights should be recognized to a legal entity as a so-called derivative entity. In doing so the author relies on positions of the European Court of Human Rights which has already decided on procedural safeguards arising from ambient and communicational privacy to legal entities and also analyses the Constitutional Court of the Republic of Slovenia Decision U-I-108/99-14 of 20 March 2003. The author sums up her positions in an attempt to provide an answer which would represent an alternative to the objective as well as the subjective approach and to the guilt theory.