



EVROPSKO SODIŠČE ZA ČLOVEKOVE PRAVICE

ČETRTE ODDELEK

ZADEVA SVETINA proti SLOVENIJI

(pritožba št. 38059/13)

SODBA

STRASBOURG

22. maj 2018

Ta sodba bo postala dokončna v okoliščinah, navedenih v drugem odstavku 44. člena konvencije. Mogoči so uredniški popravki.



V zadevi Svetina proti Sloveniji

Evropsko sodišče za človekove pravice (četrti oddelek) kot senat v sestavi:

Ganna Yudkivska, *predsednica*,

Vincent A. De Gaetano,

Paulo Pinto de Albuquerque,

Iulia Motoc,

Carlo Ranzoni,

Marko Bošnjak,

Péter Paczolay, *sodniki*,

in Marialena Tsirli, *sodna tajnica oddelka*,

po razpravi, zaprti za javnost, ki je bila 27. marca 2018,

izreka to sodbo, sprejeto navedenega dne:

POSTOPEK

1. Zadeva se je začela s pritožbo (št. 38059/13) proti Republiki Sloveniji, ki jo je na podlagi 34. člena Konvencije o varstvu človekovih pravic in temeljnih svoboščin (v nadaljnjem besedilu: konvencija) pri Sodišču 5. junija 2013 vložil slovenski državljani Matjaž Svetina (v nadaljnjem besedilu: pritožnik).

2. Pritožnika je zastopal B. Gvozdić, odvetnik iz Sežane. Slovensko vlado (v nadaljnjem besedilu: vlada) je zastopal L. Bembič, državni odvetnik.

3. Pritožnik je trdil, da sta bila kršena 6. in 8. člen konvencije zaradi preiskave dveh mobilnih telefonov med kazenskim postopkom.

4. Vlada je bila o zgoraj navedenih očitkih obveščena 25. avgusta 2015, preostali del pritožbe pa je bil v skladu s tretjim odstavkom 54. člena Poslovnika Sodišča razglašen za nesprejemljiv.

DEJSTVA**I. OKOLIŠČINE ZADEVE**

5. Pritožnik je bil rojen leta 1982 in živi v Kopru.

A. Okoliščine X-ove smrti in predhodna policijska preiskava

6. Od 4. novembra 2007 pogrešani X je bil 5. novembra 2007 zjutraj najden mrtev ob lokalni cesti Komen–Branik blizu kraja Komen. Bil je večkrat zaboden in porezan z nožem ter nato povožen z avtom. Na kraj dogodka so poklicali policijo ter okrožnega državnega tožilca in dežurno preiskovalno sodnico.

7. Pri preiskavi kraja storitve kaznivega dejanja je bil v X-ovem avtu najden njegov mobilni telefon. Policisti so na kraju dogodka pregledali dohodne in odhodne klice ter besedilna sporočila poslana na X-ovo telefonsko številko in z nje. Glede na izpis telefonskega prometa se zdi, da je X 4. novembra 2007 komuniciral le z osebo, ki je uporabljala določeno številko, s katere je bilo X-u poslano sporočilo z nedvoumno spolno vsebino. Pri preverjanju telefonskega imenika so ugotovili, domnevno policija, da je obravnavani telefon pripadal ženski, ki je bila pritožnikova babica, s katero je pritožnik živel, kot je bilo ugotovljeno na podlagi uradnih evidenc. Ko je okrožni državni

tožilec izvedel, da je bil najden X-ov mobilni telefon, je predlagal dežurni preiskovalni sodnici, da družbi S – mobilnemu operaterju – odredi predložitev izpisa s telefona opravljenih telefonskih klicev in poslanih besedilnih sporočil.

8. Istega dne (5. novembra 2007) je preiskovalna sodnica Okrožnega sodišča v Kopru izdala odredbo za hišno preiskavo X-ovega stanovanja in odredila družbi S, da predloži podatke o komunikaciji, opravljeni prek X-ovega mobilnega telefona. Istega dne je družba S Okrožnemu sodišču v Kopru predložila disk z izpisom prometa na X-ovem telefonu.

9. Policija je 6. novembra 2007 zjutraj ustavila pritožnikov avto in opravila varnostni pregled pritožnika, med katerim je našla nož (domnevno s sledmi snovi, ki bi lahko bila kri) in mobilni telefon v pritožnikovem žepu. Pri preiskavi pritožnikovega telefona so ugotovili, da je uporabil navedeno telefonsko številko, s katere so bili opravljeni navedeni klici in poslano navedeno sporočilo. Predmeta so zasegli in pritožniku odvzeli prostost.

10. Istega dne (6. novembra 2007) je preiskovalna sodnica predvsem na podlagi podatkov, najdenih na X-ovem in pritožnikovem telefonu, ki so kazali na povezavo med X-om in pritožnikom, izdala odredbo za hišno preiskavo pritožnikovega stanovanja in preiskavo avtomobilov, ki jih je uporabljal. Poleg tega je državni tožilec predlagal sodišču, da izda odredbo za pridobitev izčrpnega izpisa prometa na pritožnikovem telefonu.

11. Preiskovalna sodnica je 7. novembra 2007 izdala odredbo, s katero je družbi M – mobilnemu operaterju – naložila predložitev podatkov o izpisu prometa na pritožnikovem mobilnem telefonu. Družba M je istega dne predložila disk z zahtevanimi podatki.

12. Med predhodno preiskavo je preiskovalna sodnica odredila obdukcijo X-a, analizo DNK in primerjavo bioloških sledi, najdenih na pritožnikovih oblačilih in drugih predmetih, zaseženih med hišno preiskavo, s tistimi, najdenimi na X-ovem trupu. Odredila je tudi zdravstveni pregled pritožnika, da bi se ugotovilo, ali ima kakšne poškodbe.

13. Pritožnik, ki ga je zastopal zagovornik, je bil zaslišan 8. novembra 2017 in nato priprt.

B. Sodna kazenska preiskava zoper pritožnika in obtožnica

14. 16. novembra 2007 je preiskovalna sodnica začela sodno kazensko preiskavo zoper pritožnika zaradi kaznivega dejanja kvalificirane oblike umora. Med drugim je odredila, da se opravi rekonstrukcija na kraju storitve kaznivega dejanja; imenovala psihologa in psihiatra, da pregledata pritožnika in pripravita mnenji; odredila forenzičnima izvedencema avtomobilske stroke in za raziskavo prometnih nezgod, da pripravita poročili o posebnih vidikih zadeve; ter znova odredila, da družbi M in S predložita podatke, ki se nanašajo na telefona X-a in pritožnika. Zaslišala je tudi nekaj prič.

15. 29. novembra 2007 je preiskovalna sodnica zaslišala pritožnika na njegovo zahtevo in pritožnik je priznal, da je povozil X-a, vendar dodal, da je bila to le nesreča.

16. 24. decembra 2007 je državni tožilec vložil obtožnico zoper pritožnika zaradi kvalificirane oblike umora, v kateri je bilo navedeno, da je pritožnik ubil X-a, tako da ga je trinajstkrat zabodel in najmanj devetkrat porezal po glavi, vratu, prsih in drugih delih telesa ter ga povozil z avtom.

C. Sojenje

17. Po neuspešnem ugovoru na obtožnico se je začelo sojenje pritožniku za kvalificirano obliko umora. Opravljenih je bilo več zaslišanj, na katerih so bili zaslišani priče in izvedenci, pregledano dokazno gradivo in odrejena različna izvedenska poročila, ki so bila nato prebrana.

18. 10. junija 2008 je Okrožno sodišče v Kopru pritožnika spoznalo za krivega po obtožbi in ga obsodilo na trinajst let zapora.

19. 12. decembra 2008 je Višje sodišče v Kopru po pritožbi pritožnika razveljavilo prvostopenjsko sodbo, ker je ugotovilo, da nižje sodišče ni pojasnilo dejstev glede možnega odtisa čevlja na žrtvinem hrbtu, ki bi lahko kazal na prisotnost tretje osebe na kraju storitve kaznivega dejanja. Zadeva je bila vrnjena Okrožnemu sodišču v Kopru v novo sojenje.

20. V novem postopku je bilo opravljenih več zaslišanj in pritožnik je vložil predlog za izločitev vseh dokazov, od (i) zapisnika o preiskavi kraja storitve kaznivega dejanja do (ii) zapisnika zadnje obravnave v prvem postopku, ker so bili dokazi domnevno obremenjeni z nezakonitima preiskavama njegovega in X-ovega telefona. Trdil je, da sta preiskavi njegovega in X-ovega telefona kršili njegove in X-ove pravice po 37. členu ustave (glej 32. odstavek) in da sta bili ustrezni odredbi sodišča izdani en teden prepozno. Predlagal je tudi, da se s tem v zvezi zaslišijo policisti, ki so ga varnostno pregledali (glej 9. odstavek) in mu odvzeli prostost. Sodišče je oba predloga zavrnilo.

21. 4. septembra 2009 je Okrožno sodišče v Kopru obsodilo pritožnika za kvalificirano obliko umora X-a in mu prisodilo dvanajst let zapor. Glede na (i) izvedenska mnenja o sledovih čevlja na X-ovem hrbtu, ki so privedli do sklepa, da ni mogoče izključiti prisotnosti tretje osebe na kraju storitve kaznivega dejanja pred X-ovo smrtjo, in (ii) dejstvo, da nož, s katerim je bil zaboden in porezan X, ni bil najden, je Okrožno sodišče v Kopru razsodilo, da ni dovolj dokazov, da je pritožnik zabodel in porezal X-a. Vendar je na podlagi sodnomedicinskih dokazov ugotovilo, da je bil X še živ, preden je bil povožen z avtom, in da so poškodbe X-ovih prsnega koša, hrbtenice in aorte, ki so bile neposredni vzrok njegove smrti, nastale, ko ga je pritožnik namerno povozil s svojim avtom. Ugotovilo je tudi, da dokazi na kraju storitve kaznivega dejanja – kot so (i) kos gumijaste cevi, ki je bila sestavni del pritožnikovega avtomobila, (ii) pritožnikove biološke sledi, najdene na X-ovem truplu, (iii) X-ove biološke sledi, najdene med drugim na pritožnikovih oblačilih (ki so bila okrvavljena) in zunanji površini pritožnikovega avta – dokazujejo, da je bil pritožnik nedvomno na kraju storitve kaznivega dejanja in v stiku z X-om. Ob sklicevanju zlasti na ugotovitve izvedencev avtomobilske stroke, ki so opravili rekonstrukcijo na kraju dogodka in preizkusili pritožnikovo različico poteka dogodka, je sodišče zavrnilo možnost, da bi pritožnik X-a povozil po nesreči. Sodišče je tudi ugotovilo, da sta se pritožnik in X poznala, kar so potrjevali pritožnikove izjave, izpis telefonskega prometa in izpovedi prič. Sodišče se je pri določanju časa smrti sklicevalo na izpis telefonskega prometa, skupaj z drugimi dokazi, kot so medicinski dokazi in X-ov račun za bencin, pri čemer je ugotovilo, da je X nedvomno umrl 4. novembra 2007 – verjetno enkrat po 18.24, ko je bil na pritožnikovem telefonu zapisan zadnji klic (neodgovorjen) z X-ovega telefona.

Glede postopkovnih odločitev med postopkom je sodišče obrazložilo:

– Zavrnilo je pritožnikovo zahtevo za dostop do policijskega zapisnika o preiskavi njegovega telefona, ker bi bila vključitev dokazov, pridobljenih brez sodne odredbe, nezakonita.

– Glede na predhodni sklep, da preiskava pritožnikovega telefona ne bi mogla biti vključena v spis, je sodišče zavrnilo pritožnikovo zahtevo za zaslišanje policistov, ki so zasegli njegov telefon (glej 20. odstavek), kot nepotrebno.

– Glede izločitve dokazov (glej 20. odstavek) je sodišče pojasnilo, da je pritožnik postal predmet preiskave po preiskavi podatkov na X-ovem telefonu, ki ni posegala v pritožnikove pravice po 37. členu ustave (glej 32. odstavek). Ugotovilo je tudi, da je preiskava pritožnikovega telefona pomenila kršitev navedene določbe, vendar ni imela nobene dokazne teže, saj je takrat policija že dobila potrebne informacije z X-ovega telefona. Poleg tega je sodišče ugotovilo, da izsledki te preiskave niso bili vključeni v spis in da se sodišče ni opiralo nanje.

D. Pritožbe

23. Pritožnik se je 9. novembra 2009 pritožil in v pritožbi med drugim trdil, da je sodba kršila

njegovo pravico do obrambe. Zlasti je trdil, da bi moralo okrožno sodišče izločiti vse dokaze iz spisa, ker so temeljili na policijskih preiskavah X-ovega in njegovega mobilnega telefona, opravljenih brez potrebne sodne odredbe. V pritožbi je tudi navedeno:

"Pri tem je povsem nepomembno, da policija s [svojim] nezakonitim posegom v [X-ov] GSM aparat ni neposredno kršila pravico pritožnika iz 37. člena Ustave [varstvo tajnosti pisem in drugih občil], saj navkljub temu ostaja dejstvo, da se je policija do takega dokaza (podatkov iz [X-ovega] GSM aparata) dokopala brez odredbe sodišča, torej nezakonito."

24. Pritožnik je tudi zatrjeval, da samo preiskava X-ovega telefona ni dala dovolj dokazov za odvzem njegove prostosti in da je bilo to mogoče šele po preiskavi njegovega telefona. Zato po njegovem mnenju v izpodbijani sodbi ne bi smelo biti sklepa, da je imela preiskava njegovega telefona zanemarljivo dokazno vrednost.

25. 27. januarja 2010 je Višje sodišče v Kopru delno ugodilo pritožnikovi pritožbi in zmanjšalo kazen na devet let zapor. Sodišče se je strinjalo s pritožnikom, da dejanje, za katero je bil obsojen – torej, da je X-a povozil s svojim avtom – samo po sebi ni umor z oteževalnimi dejavniki (torej kvalificirana oblika umora), saj sodišče prve stopnje ni dokazalo, da je bilo X-u povzročeno hudo telesno ali psihično trpljenje. Vse druge pritožbe pritožnika, tudi pritožba v zvezi z nezakonitima preiskavama njegovega in X-ovega mobilnega telefona, so bile zavrjene.

26. Glede preiskave X-ovega telefona je višje sodišče ugotovilo, da je ne glede na to, ali so policisti preiskali X-ov telefon pred izdajo sodne odredbe, ključno dejstvo, da so dobili sodno odredbo za predložitev izpisa telefonskega prometa, preden so določili, kdo je pritožnik in kje je. Zato preiskava X-ovega mobilnega telefona, ki je bila nujen ukrep v policijski preiskavi, ni bila opravljena s kršitvijo z ustavo zagotovljene pravice do varstva komunikacijske zasebnosti. Glede preiskave pritožnikovega mobilnega telefona se je višje sodišče strinjalo z nižjim sodiščem, da "[j]e bil pregled pritožnikovega telefona ... protiustaven, vendar ta kršitev v dokaznem pomenu ni bila bistvena". Višje sodišče je tudi podprlo odločitev nižjega sodišča, da od policije ne pridobi zapisnika preiskave pritožnikovega telefona.

27. 8. aprila 2010 je pritožnik vložil predlog za revizijo, v katerem se je med drugim pritožil zaradi domnevno nezakonitih preiskav X-ovega in njegovega telefona ter ponovil trditve iz svoje pritožbe (glej 23. in 24. odstavek). Zlasti je trdil, da je policija ključne dokaze – to je sporočilo z nedvoumno spolno vsebino – pridobila med preiskavo X-ovega telefona brez sodne odredbe za tako preiskavo in da je njegov odvzem prostosti temeljil na poznejši nezakoniti preiskavi njegovega telefona.

28. 22. decembra 2011 je vrhovno sodišče zavrnilo pritožnikov predlog za revizijo. Prvič, glede policijske preiskave X-ovega mobilnega telefona je vrhovno sodišče opozorilo, da pritožnik niti ni trdil, da je preiskava X-ovega telefona neposredno kršila pritožnikovo pravico do zasebnosti. Ne da bi izključevalo možnost, da bi preiskava telefona mrtve osebe lahko posegala v najintimnejši del njenega dostojanstva, je menilo, da v obravnavani zadevi ni posegla v X-ovo pravico do zasebnosti, saj so osebne pravice s smrtjo prenehale. Po mnenju vrhovnega sodišča se tudi ni poseglo v pritožnikove zagotovljene pravice do zasebnosti, ker preiskava ni razkrila njegove identitete. Poleg tega sta bila okrožni državni tožilec in dežurna preiskovalna sodnica na kraju storitve kaznivega dejanja, ko je policija odkrila telefon v X-ovem avtu, pritožniku pa je bila prostost odvzeta šele po izdaji sodne odredbe za preiskavo X-ovega telefona. Vrhovno sodišče je ugotovilo, da policijska preiskava X-ovega mobilnega telefona ni posegla v pritožnikovo pravico do zasebnosti in da izpodbijana preiskava ni bila vzročno povezana z obremenilnimi dokazi.

29. Drugič, glede policijske preiskave pritožnikovega mobilnega telefona je vrhovno sodišče ugotovilo, da je bila opravljena brez sodne odredbe in se sklicevalo na ugotovitev Višjega sodišča v Kopru, da je bila preiskava neustavna. Vendar bi se po mnenju vrhovnega sodišča neizogibno odkrilo, ali je bilo besedilno sporočilo s spolno vsebino poslano s pritožnikovega telefona (i) s preprostim klicem na številko, s katere je bilo sporočilo poslano, (ii) s pregledom kartice SIM pritožnikovega telefona (za katerega po mnenju vrhovnega sodišča ne bi bila potrebna sodna

odredba) ali (iii) na podlagi sodne odredbe, ki je bila dejansko pozneje izdana. Glede na ta sklep je vrhovno sodišče menilo, da ne glede na to, da je policija preiskala pritožnikov telefon brez sodne odredbe, identifikacija številke pritožnikovega mobilnega telefona kot številke, s katere je bilo poslano obravnavano besedilno sporočilo, ni nedopusten dokaz, ki bi ga bilo treba izločiti iz spisa zadeve.

E. Ustavna pritožba

30. Pritožnik je vložil ustavno pritožbo in ponovil trditve iz svojih prejšnjih pritožb. S sklicevanjem na 37. člen (glej 32. odstavek) je trdil, da sta bili preiskavi njegovega in X-ovega telefona nezakoniti in da je preiskava njegovega telefona kršila navedeno določbo in 8. člen konvencije. S sklicevanjem na 15. člen ustave (glej 32. odstavek) je pritožnik trdil, da bi morala nižja sodišča izločiti nezakonito pridobljene dokaze. Zlasti je glede preiskave X-ovega telefona trdil, da ni "uveljavljal kršitev X-ovih ustavnih pravic do zasebnosti (duševne integritete) in svobode komuniciranja, saj do tega ni upravičen, [... ampak je] izrecno opozoril, da se je zgodila kršitev in da je [prvostopenjsko] sodišče svojo odločitev [da obsodi pritožnika] oprlo na sad te kršitve ...". S tem v zvezi je ob sklicevanju na X-ovo pravico do pietete oporekal stališču vrhovnega sodišča, da je X-ova pravica do zasebnosti prenehala z njegovo smrtjo, in opozoril, da je bila sodna odredba vendarle naknadno izdana. Glede ugotovitve vrhovnega sodišča, da bi bili obravnavani dokazi neizogibno odkriti, je pritožnik trdil, da domača zakonodaja vsebuje strogo pravilo, po katerem je treba izločiti vse dokaze, ki so bili pridobljeni na način, ki krši človekove pravice (izločitveno pravilo domače zakonodaje). Trdil je tudi, da je bil kršen 29. člen ustave (glej 32. odstavek), ker se je prvostopenjsko sodišče odločilo, da ne pridobi zapisnika policije o preiskavi njegovega telefona.

31. Ustavno sodišče je 28. januarja 2013 odločilo, da pritožnikove ustavne pritožbe ne sprejme v obravnavo na podlagi drugega odstavka 55. b člena Zakona o ustavnem sodišču (glej 37. odstavek).

II. UPOŠTEVANA DOMAČA ZAKONODAJA

A. Ustava

32. Ustrezne določbe Ustave Republike Slovenije (Uradni list št. 33/91-I, 42/97, 66/2000, 24/03, 69/04, 68/06) določajo:

"15. člen

(uresničevanje in omejevanje pravic)

Človekove pravice in temeljne svoboščine se uresničujejo neposredno na podlagi ustave.

Z zakonom je mogoče predpisati način uresničevanja človekovih pravic in temeljnih svoboščin, kadar tako določa Ustava, ali če je to nujno zaradi same narave posamezne pravice ali svoboščine.

Človekove pravice in temeljne svoboščine so omejene samo s pravicami drugih in v primerih, ki jih določa ta ustava.

Zagotovljena sta sodno varstvo človekovih pravic in temeljnih svoboščin ter pravica do odprave posledic njihove kršitve."

"26. člen**(pravica do povračila škode)**

Vsakdo ima pravico do povračila škode, ki mu jo v zvezi z opravljanjem službe ali kakšne druge dejavnosti državnega organa, organa lokalne skupnosti ali nosilca javnih pooblastil s svojim protipravnim ravnanjem stori oseba ali organ, ki tako službo ali dejavnost opravlja.

Oškodovanec ima pravico, da v skladu z zakonom zahteva povračilo tudi neposredno od tistega, ki mu je škodo povzročil."

"29. člen**(pravna jamstva v kazenskem postopku)**

Vsakomur, ki je obdolžen kaznivega dejanja, morajo biti ob popolni enakopravnosti zagotovljene tudi naslednje pravice:

...
– da mu je zagotovljeno izvajanje dokazov v njegovo korist; ..."

"37. člen**(varstvo tajnosti pisem in drugih občil)**

Zagotovljena je tajnost pisem in drugih občil.

Samo zakon lahko predpiše, da se na podlagi odločbe sodišča za določen čas ne upošteva varstvo tajnosti pisem in drugih občil in nedotakljivost človekove zasebnosti, če je to nujno za uvedbo ali potek kazenskega postopka ali za varnost države."

B. Zakon o kazenskem postopku

33. Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 8/06), kakor je veljal tedaj, je v 18. členu določal:

"(1) Pravica sodišča in državnih organov, ki sodelujejo v kazenskem postopku, da presojujejo, ali je podano kakšno dejstvo ali ne, ni vezana na nobena posebna formalna dokazna pravila in ne z njimi omejena.

(2) 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."

34. Sodba, ki temelji na nedopustnem dokazu, se lahko izpodbija s pritožbo na podlagi bistvene kršitve določb kazenskega postopka. Glede tega 371. člen ZKP določa:

"(1) Bistvena kršitev določb kazenskega postopka je podana:

...
8) če se sodba opira na dokaz, ki je bil pridobljen s kršitvijo z ustavo določenih človekovih pravic in temeljnih svoboščin ali na dokaz, na katerega se po določbah tega zakona sodba ne more opirati, ali na dokaz, ki je bil pridobljen na podlagi takega nedovoljenega dokaza; ..."

35. Poleg tega 149. b člen v poglavju, ki ureja ukrepe policije med predhodno preiskavo, določa:

"(1) Če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno, da se izvršuje ali da se pripravlja oziroma organizira kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti in je za odkritje tega kaznivega dejanja ali storilca potrebno pridobiti podatke o prometu v elektronskem komunikacijskem omrežju, lahko preiskovalni sodnik na obrazložen predlog državnega tožilca odredi operaterju elektronskega komunikacijskega omrežja, da mu sporoči podatke o udeležencih, okoliščinah in dejstvih elektronskega komunikacijskega prometa, kot so: številka ali druga oblika identifikacije uporabnikov elektronskih komunikacijskih storitev, vrsta, datum, čas in trajanje klica oziroma druge elektronske komunikacijske storitve, količina prenesenih podatkov in kraj, iz katerega je bila elektronska komunikacijska storitev opravljena.

(2) Predlog in odredba morata biti pisna in morata vsebovati podatke, ki omogočajo identifikacijo komunikacijskega sredstva za elektronski komunikacijski promet, utemeljitev razlogov, časovno obdobje, za katero se podatki zahtevajo, ter ostale pomembne okoliščine, ki narekujejo uporabo ukrepa.

(3) Če so podani razlogi za sum, da je bilo storjeno, oziroma da se pripravlja kaznivo dejanje, za katero se storilec preganja po uradni dolžnosti in je za odkritje tega kaznivega dejanja ali storilca potrebno pridobiti podatke o lastniku ali uporabniku določenega komunikacijskega sredstva za elektronski komunikacijski promet, ki niso objavljeni v naročniških imenikih in o času, v katerem je tako sredstvo bilo oziroma je v uporabi, lahko policija od operaterja elektronskega komunikacijskega omrežja zahteva, da ji na njeno pisno zahtevo, tudi brez privolitve posameznika, na katerega se ti podatki nanašajo, sporoči te podatke.

(4) Operater elektronskih komunikacijskih omrežij svoji stranki ali tretji osebi ne sme razkriti, da je ali da bo določene podatke posredoval preiskovalnemu sodniku (prvi odstavek tega člena) ali policiji (prejšnji odstavek)."

C. Obligacijski zakonik

36. Obligacijski zakonik (Uradni list RS, št. 83/2001 s spremembami) vsebuje podrobne določbe o tožbenih zahtevkih za nepremoženjsko škodo zaradi, med drugim, kršitve osebnostnih pravic. Ustrezni deli 148. in 179. člena se glasijo:

"148. člen

(1) Pravna oseba odgovarja za škodo, ki jo njen organ povzroči tretji osebi pri opravljanju ali v zvezi z opravljanjem svojih funkcij ..."

"179. člen

(1) Za pretrpljene telesne bolečine, za pretrpljene duševne bolečine ... okrnitve svobode ali osebnostne pravice ... pripada oškodovancu, če okoliščine primera (zlasti pa stopnja bolečin in strahu ter njihovo trajanje) to opravičujejo, pravična denarna odškodnina neodvisno od povračila premoženjske škode, pa tudi če premoženjske škode ni.

(2) Višina odškodnine za nepremoženjsko škodo je odvisna od pomena prizadete dobrine in namena te odškodnine, ne sme pa podpirati teženj, ki niso združljive z njeno naravo in namenom."

D. Zakon o ustavnem sodišču

37. Drugi odstavek 55. b člena Zakona o ustavnem sodišču (Uradni list RS, št. 15/94 s spremembami) določa:

"(2) Ustavna pritožba se sprejme v obravnavo:

– če gre za kršitev človekovih pravic ali temeljnih svoboščin, ki je imela hujše posledice za

pritožnika,
ali

– če gre za pomembno ustavnopravno vprašanje, ki presega pomen konkretne zadeve."

PRAVO

I. ZATRJEVANA KRŠITEV PRVEGA ODSTAVKA 6. ČLENA KONVENCIJE

38. Pritožnik se je pritožil, da je uporaba dokazov, pridobljenih s preiskavama X-ovega in njegovega mobilnega telefona, v kazenskem postopku kršila njegovo pravico do poštenega sojenja po prvem odstavku 6. člena konvencije, ki se glasi:

"Vsakdo ima pravico, da ... o kakršnihkoli kazenskih obtožbah zoper njega pravično ... odloča ... sodišče ..."

A. Sprejemljivost

39. Sodišče ugotavlja, da ta del pritožbe ni očitno neutemeljen po točki a tretjega odstavka 35. člena konvencije. Prav tako ugotavlja, da ni nesprejemljiv niti iz katerih koli drugih razlogov. Torej ga je treba razglasiti za sprejemljivega.

B. Utemeljenost

1. Trditve strank

40. Pritožnik je trdil, da so bili dokazi, na katerih je temeljila njegova obsodba, pridobljeni brez sodne odredbe (in s tem nezakonito) in bi jih bilo zato treba izločiti iz spisa. Domača sodišča so ravnala v nasprotju z izločitvenim pravilom iz domače zakonodaje (glej 30. odstavek), ko niso izločila dokazov, pridobljenih na podlagi nezakonitih preiskav. Pritožnik je tudi ponovil trditve, ki jih je navedel v vlogah v domačih postopkih (glej 23., 24., 27. in 30. odstavek).

41. Vlada je trdila, da je imel pritožnik pošteno sojenje, saj napake policije niso imele nobenega vpliva na zakonitost dokazov, na katere so se opirala sodišča. Postopek kot celota ni bil nepošten.

2. Presoja Sodišča

(a) Splošna načela

42. Sodišče znova poudarja, da čeprav prvi odstavek 6. člena zagotavlja pravico do poštenega sojenja, ne določa nobenih pravil glede dopustnosti dokazov kot takih, ker se to ureja predvsem v domači zakonodaji (glej *Schenk proti Švici*, 12. julij 1988, 46. odstavek, serija A, št. 140, in *Lhermitte proti Belgiji* [VS], št. 34238/09, 83. odstavek, ESČP 2016).

43. Zato vloga Sodišča ni načeloma določati, ali je neka vrsta dokazov – na primer dokazi, pridobljeni nezakonito z vidika domače zakonodaje – dopustna in celo, ali je pritožnik kriv ali ne. Vprašanje, na katero je treba odgovoriti, je, ali je bil postopek kot celota, vključno z načinom pridobitve dokazov, pošten. To vključuje preučitev obravnavane "nezakonitosti" in kadar gre za kršitev še kakšne pravice po konvenciji, vrste ugotovljene kršitve (glej *Bykov proti Rusiji* [VS],

št. 4378/02, 89. odstavek, 10. marec 2009, in *Prade proti Nemčiji*, št. 7215/10, 33. odstavek, 3. marec 2016).

44. Pri ugotavljanju, ali je bil postopek kot celota pošten, je treba preveriti, ali je bila spoštovana pravica do obrambe. Zlasti je treba ugotoviti, ali je imel pritožnik priložnost izpodbijati pristnost dokazov in nasprotovati njihovi uporabi. Poleg tega je treba preučiti tudi kakovost dokazov, vključno s tem, ali okoliščine, v katerih so bili pridobljeni, vzbujajo sum o njihovi zanesljivosti ali resničnosti. Čeprav ni nujno, da nastane vprašanje nepoštenosti, kadar so pridobljeni dokazi nepodprti z drugim gradivom, lahko ugotavljamo, da je potreba po podpornih dokazih šibkejša, če so pridobljeni dokazi močni in ni tveganja, da bi bili nezanesljivi (glej *Bykov*, 90. odstavek).

(b) Uporaba navedenih načel v tej zadevi

45. Pri ugotavljanju, ali je bilo pritožnikovo sojenje pošteno glede na navedena načela, bo Sodišče najprej preučilo "nezakonitost" zbiranja dokazov v pritožnikovi zadevi (glej *Prade*, 36. odstavek).

46. Domača sodišča so ugotovila, da policijska preiskava X-ovega telefona ni bila nezakonita (glej 22., 26. in 28. odstavek). Še več, pritožnik ni trdil – niti v domačih postopkih niti v postopku pred Sodiščem – da je preiskava X-ovega telefona posegla v njegove pravice po 8. členu (glej 23., 24., 27., 28., 30. in 58. odstavek). Zato ob upoštevanju razlage domačih sodišč o domači zakonodaji in njihovo presojo trditve strank, ki ni bila ne arbitrarna ne nerazumna, Sodišče ne more sklepati, da je bila preiskava X-ovega telefona nezakonita z vidika domače zakonodaje.

47. Glede preiskave pritožnikovega telefona Sodišče ugotavlja, da sta sodišči prve in druge stopnje priznali, da ni bila opravljena v skladu z domačo zakonodajo in je kršila pritožnikovo pravico do zasebnosti (glej 22., 26. in 29. odstavek). Vrhovno sodišče ni ovrгло tega sklepa, je pa menilo, da so bili dokazi, ki jih je pritožnik skušal izločiti kot obremenjene zaradi nezakonite preiskave, dopustni, ker bi bili neizogibno odkriti (glej 29. odstavek). Čeprav je drugi odstavek 18. člena slovenskega Zakona o kazenskem postopku (glej 33. odstavek) vseboval strogo pravilo, ki prepoveduje domačim sodiščem, da se opirajo med drugim na dokaze, pridobljene s kršitvijo človekovih pravic, ni naloga Sodišča, da presoja, ali so domača sodišča v obravnavani zadevi upoštevala to pravilo. Njegova naloga je ugotoviti, ali je opiranje na dokaze, pridobljene s kršenjem pritožnikove zasebnosti, spodkopalo poštenost postopka, zagotovljeno po 6. členu konvencije.

48. Sodišče s tem v zvezi ugotavlja, da je že v več zadevah, pri katerih preiskovalni ukrepi, ki so posegali v pravice iz 8. člena, niso bili "v skladu z zakonodajo", ugotovilo, da dopustitev tako pridobljenih podatkov kot dokaz v okoliščinah posameznih zadev ni bila v nasprotju z zahtevami poštenosti, zagotovljenimi v prvem odstavku 6. člena (glej *Schenk*, 45.–49. odstavek; *Khan proti Združenemu kraljestvu*, št. 35394/97, 34.–40. odstavek, ESČP 2000-V; *P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, št. 44787/98, 76.–81. odstavek, ESČP 2001-IX). Odločilno vprašanje je, ali je bil postopek kot celota pošten (glej 43. odstavek).

49. V obravnavani zadevi je pritožnik lahko izpodbijal zakonitost preiskave njegovega mobilnega telefona in dopustnost povezanih dokazov v kontradiktornem postopku pred sodiščem prve stopnje in v svojih pritožbenih razlogih. Njegove trditve so domača sodišča obravnavala in zavrgla v utemeljenih odločbah. Pritožnik se ni pritožil glede postopka, v katerem so sodišča odločila o dopustnosti dokazov (glej *Bykov*, 95. odstavek). Jedro njegove pritožbe je nestrinjanje s pravno presojo domačih sodišč o dopustnosti dokazov (glej 40. odstavek), ki v bistvu temelji na stališču, da se dokazi, ki so bili sicer dobljeni z nezakonito preiskavo, a bi bili neizbežno odkriti tudi brez take preiskave, lahko vključijo v kazenski spis (glej 29. odstavek). To nestrinjanje pa se nanaša na razlago domače zakonodaje, kar je zadeva, ki jo morajo rešiti predvsem domača sodišča. Zato sodišče ne sklepa o skladnosti "doktrine neizogibnega odkritja" z zahtevami konvencije.

50. Sodišče tudi ugotavlja, da so podatki, ki so bili nezakonito pridobljeni s pritožnikovega mobilnega telefona, morda res imeli vlogo na začetku postopka, ki je privedel do pritožnikovega

odvzema prostosti, vendar niso bili uporabljeni kot dokaz v sojenju. Ugotavlja, da je pritožnikova obsodba temeljila na več drugih obremenilnih dokazih, nepovezanih z nezakonito pridobljenimi podatki, kot so (i) njegovo priznanje, da je povozil X-a, (ii) izidi rekonstrukcije dogodkov, opravljene za preizkus pritožnikove različice poteka dogodkov, (iii) biološke sledi, najdene na pritožniku, njegovem avtu in X-u, (iv) materialni dokazi, kot je gumijasta cev s pritožnikovega avta, najdena na kraju storitve kaznivega dejanja, ter (v) izpovedi prič (glej 15., 21., 25. in 28. dostavek; za podobno obrazložitev glej *Schenk*, 48. odstavek; *Bykov*, 96.–98. odstavek; ter *Siništaj in drugi proti Črni gori*, št. 1451/10 in 2 drugi, 178. odstavek, 24. november 2015).

51. Glede zanesljivosti ali resničnosti dokazov Sodišče ugotavlja, da pritožnik ni izpodbijal resničnosti podatka, da je bilo sporočilo z očitno spolno vsebino X-u poslano s pritožnikovega telefona na dan umora; to je bilo najprej potrjeno z izpodbijano preiskavo. Zato ni ničesar, kar bi vzbujalo dvom o zanesljivosti ali resničnosti obravnavanih dokazov (nasprotno *Lisica proti Hrvaški*, št. 20100/06, 57. odstavek, 25. februar 2010).

52. Glede drugih jamstev Sodišče ugotavlja, da zapisnik policije o izpodbijani preiskavi ni bil vključen v spis (glej 22. in 26. odstavek) in da so bile naknadno izdane sodne odredbe, ki so dovolile pridobitev podatkov o prometu, na katere se je oprlo sodišče prve stopnje pri obsodbi pritožnika (glej 11. in 14. odstavek).

53. V teh okoliščinah in ob upoštevanju značilnosti nezakonitosti ukrepa Sodišče ugotavlja, da postopek v pritožnikovi zadevi kot celota – vključno z načinom pridobitve dokazov – ni bil v nasprotju z zahtevami poštenega sojenja.

54. Torej prvi odstavek 6. člena konvencije ni bil kršen.

II. ZATRJEVANA KRŠITEV 8. ČLENA KONVENCIJE

55. Pritožnik se je pritožil, da je preiskava njegovega telefona kršila njegovo pravico do spoštovanja njegovega zasebnega življenja. 8. člen se glasi:

"1. Vsakdo ima pravico do spoštovanja svojega zasebnega in družinskega življenja, svojega doma in dopisovanja.

2. Javna oblast se ne sme vmešavati v izvrševanje te pravice, razen če je to določeno z zakonom in nujno v demokratični družbi zaradi državne varnosti, javne varnosti ali ekonomske blaginje države, zato da se prepreči nered ali zločin, da se zavaruje zdravje ali morala ali da se zavarujejo pravice in svoboščine drugih ljudi".

Sprejemljivost

56. Vlada je ugovarjala, da pritožnik ni izčrpal notranjopravnih sredstev. Trdila je, da bi moral pritožnik vložiti tožbo na civilno sodišče, če je bil nezadovoljen z ugotovitvami vrhovnega sodišča o nezakonitosti preiskave njegovega mobilnega telefona. Kazensko sodišče se je ukvarjalo z ugotavljanjem krivde pritožnika in je sproženo vprašanje presojalo z vidika dopustnosti dokazov. Vlada je dodala, da kazensko sodišče ni bilo pristojno za določanje, ali je bila kršena pravica do zasebnosti, razen kadar je to vplivalo na dopustnost dokazov. Vlada je tudi trdila, da je tožbeni zahtevek zoper državo in njene zaposlene po 148. členu Obligacijskega zakonika in 26. členu ustave (glej 32. in 36. odstavek) nedvomno učinkovito pravno sredstvo, s katerim se lahko terjaja odškodnina za nepremoženjsko škodo zaradi zatrjevané kršitve.

57. Pritožnik je trdil, da je bila kršena njegova pravica do spoštovanja njegovega zasebnega življenja zaradi nezakonite policijske preiskave njegovega telefona. Oporekal je trditvi vlade, da bi lahko zahteval odškodnino v domačih postopkih. Trdil je, da bi se kršitev njegove zasebnosti lahko odpravila le z izločitvijo dokazov, pridobljenih na podlagi nezakonite preiskave njegovega

telefona, iz spisa zadeve. Izjavil je tudi, da ker se je kazensko sodišče oprlo na dokaze, pridobljene z nezakonito preiskavo njegovega telefona, v civilnem postopku ne bi mogel uspešno zatrjevati, da je policija ravnala nezakonito, kar je potrebna sestavina odškodninskega zahtevka.

58. Sodišče je seznanjeno z ugovorom vlade o neizčrpanju notranjepravnih sredstev. Poudarja, da prvi odstavek 35. člena določa pravilo o izčrpanju notranjepravnih sredstev, namen katerega je državam pogodbenicam zagotoviti možnost, da preprečijo ali odpravijo zatrjevane kršitve, preden se te trditve predložijo Sodišču. Pravilo temelji na domnevi, izraženi v 13. členu – ki je tesno povezana z njim – da je v zvezi z zatrjevano kršitvijo pravic posameznika iz konvencije na voljo učinkovito notranjepravno sredstvo. Tako je to pravilo pomemben vidik načela, da je s konvencijo vzpostavljeni sistem zaščite podrejen domačim sistemom varovanja človekovih pravic (glej *Brincat in drugi proti Malti*, št. 60908/11 in 4 druge, 55. odstavek, 24. julij 2014).

59. Sodišče tudi ugotavlja, da ima na podlagi 26. člena slovenske ustave vsakdo pravico do povračila škode, storjene "v zvezi z opravljanjem službe ... državnega organa, organa lokalne skupnosti ... s ... protipravnim ravnanjem" (glej 32. odstavek). Obligacijski zakonik določa dodatno pravno podlago za odškodninske zahtevke za nepremoženjsko škodo pri kršitvi osebnostnih pravic (glej 36. odstavek).

60. S tem v zvezi Sodišče ugotavlja, da se od obsojene osebe, kadar v kazenskem postopku neuspešno zahteva izločitev dokazov na podlagi domnevne kršitve zasebnosti, ne zahteva vedno, da sproži pravdni postopek, ker se odvisno od okoliščin zadeve lahko šteje, da nima razumne možnosti za uspešen odškodninski zahtevak. Vendar je obravnavana zadeva glede tega izjema, ker sta Okrožno sodišče v Kopru in Višje sodišče v Kopru priznali, da je bila preiskava pritožnikovega telefona brez sodne odredbe neustavna in torej v nasprotju z zakonom – te ugotovitve vrhovno sodišče ni ovrгло (glej 22., 26. in 29. odstavek). Res je, da so domača sodišča ob sklicevanju na zanemarljiv vpliv nezakonite preiskave na izid postopka in neizogibnost odkritja izpodbijanih dokazov (glej 22., 26. in 29. odstavek) zavrnila pritožnikov predlog za izločitev dokazov (glej 57. odstavek). Vendar je Sodišče preučilo to vprašanje po prvem odstavku 6. člena in ugotovilo, da poštenost kazenskega postopka proti pritožniku ni bila spodkopana (glej 53. odstavek). Glede zatrjevane kršitve 8. člena Sodišče ugotavlja, da so domača sodišča v kazenskem postopku ugotovila, da je bila preiskava pritožnikovega telefona nezakonita, vendar niso imela možnosti prisoditi pritožniku odškodnino za kakršno koli nepremoženjsko škodo, ki mu je bila morda povzročena zaradi tega. Če je pritožnik menil, da mu je bila povzročena taka škoda, bi moral zanjo zahtevati odškodnino v civilnem postopku. S tem v zvezi Sodišče poudarja, da samo dvom o pričakovanem uspehu posameznega pravnega sredstva, ki ni očitno neučinkovito, ni utemeljen razlog za to, da se ta ne uporabi (glej med številnimi drugimi zadevami *Gherghina proti Romuniji* (sklep) [VS], št. 42219/07, 86. odstavek, 9. julij 2015).

61. Ob upoštevanju navedenega in odsotnosti prepričljivih argumentov pritožnika, ki bi pokazali, da bi bilo pravno sredstvo, na katero se je sklicevala vlada, neučinkovito, Sodišče glede na posebne okoliščine obravnavane zadeve ugotavlja, da je pritožba po 8. členu nesprejemljiva po prvem odstavku 35. člena konvencije zaradi neizčrpanja notranjepravnih sredstev.

IZ TEH RAZLOGOV SODIŠČE SOGLASNO

1. *razglaša*, da je pritožba po prvem odstavku 6. člena konvencije sprejemljiva, preostali del pritožbe pa nesprejemljiv;
2. *razsoja*, da prvi odstavek 6. člena konvencije ni bil kršen.

Sestavljeno v angleškem jeziku in 22. maja 2018 poslano v skladu z drugim in tretjim odstavkom 77. člena Poslovnika Sodišča.

Marialena Tsirli
sodna tajnica

Ganna Yudkivska
predsednica

V skladu z drugim odstavkom 45. člena konvencije in drugim odstavkom 74. člena Poslovnika Sodišča je k tej sodbi priloženo ločeno mnenje sodnika Pinta de Albuquerqueja.

PRITRDILNO LOČENO MNENJE SODNIKA PINTA DE ALBUQUERQUEJA

Uvod

1. Strinjam se z večino, da 6. člen evropske Konvencije o človekovih pravicah (konvencija) ni bil kršen, predvsem zato, ker je bil pritožnik obsojen na podlagi dokazov, ki "niso bili povezani z nezakonito pridobljenimi podatki"¹. Vendar pišem ločeno mnenje, da se zapiše moje nestrinjanje z doktrino "neizogibnega odkritja", na katero so se sklicevala domača sodišča.

2. Slovensko vrhovno sodišče je priznalo nezakonitost preiskave pritožnikovega mobilnega telefona, a je razsodilo, da bi se v njej pridobljeni dokazi kljub temu lahko uporabili v sojenju, ker "bi bilo odkritje podatkov neizogibno"². Večina se je odločila, da ne bo sklepala o skladnosti te doktrine s konvencijo.³ Menim, da bi moralo Evropsko sodišče za človekove pravice (Sodišče) izkoristiti to priložnost za izjavo, da doktrina "neizogibnega odkritja" ni v skladu s konvencijo in sodno prakso Sodišča. Načeloma sodba ne bi smela temeljiti na nezakonito pridobljenih dokazih, zlasti s kršenjem konvencijske pravice, kot se je zgodilo v obravnavani zadevi. Niti nezakonitih primarnih dokazov niti obremenjenih sekundarnih dokazov⁴ ni mogoče rešiti le z domnevo, da bi bili neizogibno odkriti.

3. V zadevi *Giifgen* je Sodišče navedlo edini izjemi od izločitvenega pravila, ki sta sprejemljivi po konvenciji. Po eni strani je Sodišče sprejelo dokaze, ki so bili "zagotovljeni neodvisno" od nezakonito pridobljenih dokazov.⁵ Po drugi strani pa je trdilo, da se dokazi lahko sprejmejo, če je "vzročna veriga od prepovedanih preiskovalnih metod do pritožnikove obsodbe in kazni pretrgana"⁶. Take okoliščine ustrezajo temu, čemur v ameriški doktrini pravijo izjemi "neodvisnega vira"⁷ in "zbledelega madeža"⁸. Menim, da bi bilo treba ohraniti to stanje sodne prakse Sodišča in da se ne bi smele dodajati nove izjeme od izločitvenega pravila.

Izvor doktrine "neizogibnega odkritja"

4. Doktrino "neizogibnega odkritja" je oblikovalo Vrhovno sodišče Združenih držav (vrhovno sodišče) v zadevi *Nix proti Williamsu*⁹. Dejstva zadeve so dramatična. Na božični večer leta 1968 je v Des Moinesu v Iowi izginila desetletna deklica. Po izpovedi priče je policija pridobila nalog za prijetje osumljenca Roberta Williamsa in začela obsežno iskanje otrokovega trupla na območju, kjer so mislili, da je. Williams se je 26. decembra predal policiji v Davenportu. Njegovi odvetniki in policija so sklenili dogovor, da ne bo zaslišan med prevozom nazaj v Des Moines.

¹ 50. odstavek sodbe.

² 29. odstavek sodbe.

³ 49. odstavek sodbe.

⁴ V tem mnenju so primarni dokazi tisti, odkriti med nezakonito preiskavo, ki jo je opravila država, in sekundarni (ali posredni) dokazi tisti, pridobljeni na podlagi nezakonito pridobljenih primarnih dokazov.

⁵ *S. Giifgen proti Nemčiji* [VS], št. 22978/05, 179. odstavek, ESČP 2010.

⁶ Prav tam, 180. odstavek.

⁷ *Segura proti Združenim državam*, 468 U. S. 796 (1984). Vrhovno sodišče je prvič oblikovalo to doktrino v zadevi *Silverthorne Lumber Co. proti Združenim državam*, 251 U. S. 385, 392 (1920), ko je izjavilo, da kadar so dokazi pridobljeni z nezakonitim ravnanjem policije, "to ne pomeni, da tako pridobljena dejstva postanejo nedotakljiva in nedostopna. Če se informacije o njih pridobijo iz neodvisnega vira, se lahko dokažejo kot katera koli druga ...". Glej tudi *Murray proti Združenim državam*, 487 U. S. 533, 537 (1988).

⁸ *Wong Sun proti Združenim državam*, 371 U. S. 471 (1963). To je znano tudi kot izjema pojemanja, prvič izražena v zadevi *Nardone proti Združenim državam*, 308 U. S. 338, 341 (1939): "Zapleteni argumenti lahko dokažejo vzročno povezavo med informacijami, pridobljenimi z nezakonitim prestrežanjem telefonskih pogovorov, in dokazom vlade. Vendar, če presojava po pameti, ta zveza lahko postane tako oslABLJENA, da se madež razprši."

⁹ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 431 (1984).

Med vožnjo v Des Moines pa je eden od detektivov prepričal Williamsa, da razkrije, kje je skrito truplo, da bi deklčina družina deklico lahko krščansko pokopala. Na koncu so Williamsa prepričali in policijo je pripeljal do trupla.

Obtoženec je bil obsojen za umor prve stopnje, vendar je vrhovno sodišče njegovo obsodbo razveljavilo v zadevi *Brewer*¹⁰ z obrazložitvijo, da je temeljila na obtoženčevih izpovedih zoper sebe, ki jih je nezakonito izzvala policija.¹¹ Kljub temu je sodna večina v zadevi *Brewer* nakazala nadaljnji postopek. V pisni izjavi za večino 4 : 3 je sodnik Stewart v opombi pod črto predlagal, da bi se dokazi, ki jih je dal Williams, še vedno lahko uporabili v sojenju:

"Čeprav sama Williamsova izpoved zoper sebe in kakršno koli pričevanje, ki opisuje njegovo vodenje policije do žrtvinega trupla, ne moreta biti ustavno vključena med dokaze, bi bili dokazi o tem, kje je bilo najdeno truplo in v kakšnem stanju je bilo, prav lahko dopustni na podlagi teorije, da bi bilo truplo vsekakor odkrito, tudi če iz Williamsa ne bi izvabili obremenilnih izjav ... Če se sproži novo sojenje, bodo morala državna sodišča prve stopnje določiti, ali se posamezni dokazi lahko dopustijo."¹²

V novem sojenju je sodnik odločil, da se žrtvino truplo vključi med dokaze, ker je razsodil, da čeprav je bilo najdeno s kršitvijo pravice do zagovornika, bi bilo vsekakor odkrito v iskalni akciji policije, ki je takrat potekala na območju. Vrhovno sodišče je podprlo to utemeljitev in zapisalo:

"Če tožilstvo lahko ugotovi na podlagi prevladujočih dokazov, da bi bile informacije na koncu ali neizogibno odkrite z zakonitimi sredstvi ... je podlaga za utemeljitev odvrčanja tako majhna, da bi bilo treba dokaze sprejeti. Karkoli drugega bi bilo v nasprotju z logiko, izkušnjami in zdravo pametjo."¹³

5. Znanstveniki so hitro kritizirali "nevarnost za temeljno ustavno zaščito, ki jo prinaša tak neomejeni način obravnave" v zadevi *Nix*, v kateri je bilo odločeno na način, "ki omogoča in skoraj vabi zlorabo".¹⁴ Čeprav vrhovno sodišče ni nikoli več odločalo o izjemi "neizogibnega odkritja" od izločitvenega pravila, so jo zvezna sodišča razširila "prek obsega, ki si ga je prvotno zamislilo vrhovno sodišče v zadevi *Nix* in ... ta razširitev je resno vplivala na učinkovitost izločitvenega pravila in zahtevo po nalogu iz četrtega amandmaja".¹⁵

¹⁰ *Brewer proti Williamsu*, 430 U. S. 387 (1977). Glede sodne prakse zveznih sodišč pred to zadevo glej B. Connelly in E. Murphy, "Inevitable Discovery: The Hypothetical Independent Source Exception to the Exclusionary Rule" (1976) 5 *Hofstra Law Review* 1.

¹¹ Ta sklep je temeljil na precedensu *Massiah proti Združenim državam*, 377 U. S. 201 (1964).

¹² To je znamenita opomba 12 iz mnenja večine. Ta argument je bil prvič uporabljen v odklonilnem mnenju sodnikov Whitea in Douglasa v zadevi *Fitzpatrick proti New Yorku*, 414 U. S. 1050, 1051 (1973), po katerem "... je pomembno ustavno vprašanje, ali izjema "neodvisnega vira" od nedopustnosti sadežev ... poleg dejanskega zajema tudi hipotetični neodvisni vir."

¹³ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 444. Opomba izpuščena.

¹⁴ S. Grossman, "The Doctrine of Inevitable Discovery: A Plea for Reasonable Limitations" (1988) 92 *Dickinson Law Review* 313–361, 314. Glej prve kritike R. Lamberth, "Comment, The Inevitable Discovery Doctrine: Procedural Safeguards to Ensure Inevitability" (1988) 40 *Baylor Law Review* 129; R. Hendrix, "The Inevitable Discovery Exception to the Exclusionary Rule: *Nix v. Williams*" (1986) 54 *University of Cincinnati Law Review* 1087; E. Macon, "Nix v. Williams: The Inevitable Discovery Exception to the Exclusionary Rule" (1985) 19 *University of Richmond Law Review* 353; L. Marshall in S. Webb, "Case Note, Constitutional Law – The Burger Court's Warm Embrace of an Impermissibly Designed Interference with the Sixth Amendment Right to the Assistance of Counsel – The Adoption of the Inevitable Discovery Exception to the Exclusionary Rule: *Nix v. Williams* (1985) 28 *Howard Law Journal* 945; Wasserstrom in W. Mertens, "The Exclusionary Rule on the Scaffold: But Was It a Fair Trial?" (1984) 22 *American Criminal Law Review* 85; in W. Cohn, "Sixth Amendment - Inevitable Discovery: A Valuable but Easily Abused Exception to the Exclusionary Rule" (1984) 75 *Journal of Criminal Law & Criminology* 729.

¹⁵ R. Bloom, "Inevitable Discovery: An Exception Beyond the Fruits" (1992) 20 *American Journal of Criminal Law* 79, 81. Za nedavni povzetek kritik glej T. Golden, "The Inevitable Discovery Doctrine Today: The Demands of the Fourth Amendment, *Nix*, and *Murray*, and the Disagreement Among the Federal Circuits" (2013) 13 *Brigham Young University Journal of Public Law* 97; D. Hansen, "The Inevitable Discovery Rule – Justice Served or Justice Thwarted? – *People v. Pinckney*" (2012) 28 (3) *Touro Law Review* 715; L. Epstein, "Limits of the Inevitable Discovery Doctrine in *United States v. Young*: The Intersection of Private Security Guards, Hotel Guests, and the Fourth

Pomanjkanje jasnosti v zadevi *Nix*

6. Očitno je, da je bila doktrina "neizogibnega odkritja" premetena pravna domislica, uporabljena za to, da se zaobidejo precedens zadeve *Massiah* in njegove posledice, ko se je zadeva tako imenovanega "krščanskega pogreba" vrnila na vrhovno sodišče.¹⁶ Ker so bili primarni dokazi (Williamsova izpoved zoper samega sebe, ki je policijo pripeljala do žrtvinega trupla) izločeni iz sojenja, bi morali biti pozneje pridobljeni sekundarni dokazi (žrtvino truplo) prav tako izločeni v skladu z doktrino "sadežev zastrupljenega drevesa"¹⁷. Vendar so bili ti sekundarni dokazi ključni za zagotovitev obsodbe obtoženca. Te obremenjene dokaze je bilo mogoče rešiti le z domnevo, da bi bili pridobljeni, tudi če ne bi bilo nepravilnega ravnanja države. Stališče sodnikov vrhovnega sodišča, ki je odražalo njihovo izjemno občutljivost za to, kako brutalno je bilo kaznivo dejanje, da je storilec nevaren in da je bila prva sodba na očeh javnosti, je bilo očitno oblikovano s kaznovalno potrebo zadeve, to je s potrebo zagotoviti, da gre Williams v zapor kljub kršitvi njegove pravice do zagovornika.¹⁸ Vrhovno sodišče je z namenom zagotoviti, da bi bila nova izjema od izločitvenega pravila še bolj usmerjena v učinkovitost, uporabilo preizkus prevladovanja pri določanju "neizogibnega" odkritja nezakonito pridobljenih dokazov.¹⁹

7. Glede na to je nejasnost zadeve *Nix* že očitna.²⁰ Neizogibno odkritje dokazov bi se moralo

Amendment" (2010) 40 *Golden Gate University Law Review* 331; T. McInnis, "Nix v. Williams and the Inevitable Discovery Exception: Creation of a Legal Safety Net" (2009) 28 *St. Louis University Public Law Review* 397; J. Coren, "The potential abuse of the subpoena power under the inevitable discovery doctrine" (2009) 11 (3) *Journal of Constitutional Law* 755; B. Shively, "The inevitable Discovery Doctrine: Indiana as the Exception, Not the Rule" (2008) 43 *Valparaiso University Law Review* 407; D. Stuart, "Note, A Sign-Post Without Any Sense of Direction: The Supreme Court's Dance Around the Inevitable Discovery Doctrine and the Exclusionary Rule in *Hudson v. Michigan*" (2007) 27 *Pace Law Review* 503; in J. Liljestrom, "Note, Lawful to the World Protecting the Integrity of the inevitable Discovery Doctrine" (2006) 58 *Hastings Law Journal* 177.

¹⁶ Če se izrazim z besedami sodnika Stevensa, je bila sodba v zadevi *Nix* "ad hoc odziv na pritiske, nastale zaradi posebnih dejstev zadeve" (*Nix proti Williamsu*, 167 U. S. 452). Glede okoliščin zadeve glej P. Johnson, "The Return of the Christian Burial Speech Case" (1983) 32 *Emory Law Journal* 349.

¹⁷ V zadevi *Silverthorne Lumber Co. proti Združenim državam*, 251 U. S. 385 (1920), je vrhovno sodišče izjavilo: "Bistvo določbe, ki prepoveduje pridobivanje dokazov na določen način, ni le to, da se tako pridobljeni dokazi ne smejo uporabiti na sodišču, ampak to, da se sploh ne smejo uporabiti." To je pomenilo, da če naj bi izločitveno pravilo imelo kakšen pomen, bi bilo treba izločitev uporabiti ne le za neposredni rezultat nezakonitega ravnanja države, ampak tudi za njegove posredne posledice. Doktrina je pozneje dobila ime doktrina "sadeža zastrupljenega drevesa" (*Nardone proti Združenim državam*, 308 U. S. 338, 341 (1939)). Kakor je pričakoval Pitler: "Logika 'neizogibnega' odkritja ima neko privlačnost, vendar je v nasprotju s temeljnim namenom izločitvenega pravila. Če vrhovno sodišče sprejme izjemo neizogibnega odkritja, bo to pomenilo ostro ocepitev od zaved *Silverthorne*, *Nardone* in *Wong Sun*. Ohranitev izločitvenega pravila kot učinkovitega sredstva za odvratanje nezakonitih dejavnosti policije zahteva osredotočenje 'na dejansko in ne na verjetno'" (Pitler, "The Fruit of the Poisonous Tree Revisited and Shepardized" (1968) 56 *California Law Review* 579, 630).

¹⁸ Ko je bil Williams drugič pred vrhovnim sodiščem, je sodnika Stewarta zamenjal sodnik O'Connor, vsi drugi sodniki pa so bili prisotni pri odločanju v zadevi *Brewer*. V zadevi *Brewer* je vrhovni sodnik Burger izjavil, da je "Williams kriv okrutnega umora majhnega otroka; noben član sodišča temu ne oporeka". Sodnik Marshall je dodal, da je Williams "nevaren zločinec", in sodnik White, da je Williams "duševno prizadeti ubijalec, katerega krivda ni vprašljiva", sodnik Blackman je dodal, da "so dokazi o Williamsovi krivdi silni" in celo sodnik Stevens je omenil Williamsovo verjetno krivdo. Predvsem pa je vrhovni sodnik doktrino neizogibnega odkritja, potem ko jo je v zadevi *Brewer* (430 U. S., 416) označil za "neverjetno teorijo", podprl v zadevi *Nix*.

¹⁹ Ta preizkus prevladovanja je kritiziral sodnik Brennan, ki se je strinjal, da izjema neizogibnega odkritja obstaja, a trdil, da bi dokazno breme morali biti "jasni in prepričljivi dokazi". Temu stališču so se pridružili drugi, na primer J. Fishkin, "Comment, *Nix v. Williams: An Analysis of the Preponderance Standard for the Inevitable Discovery Exception*" (1985) 70 *Iowa Law Review* 1369, 1377 (ki pravi, da preizkus prevladovanja ne podpira zadovoljivo utemeljitve odvratanja); in "The Supreme Court, 1983 Term, Exclusionary Rule – inevitable Discovery Exception" 98 *Harvard Law Review* 118, 129 (ki pravi, da je preizkus prevladovanja "nepriemerno popustljiv").

²⁰ Zvezna sodišča so celo zapisala, da v zadevi *Nix* ni navedeno, kaj je "neizogibno" odkritje po doktrini (*Združene države proti Satterfieldu*, 743 F.2d 827, 846 (11. okrožje, 1984). Glej tudi *Združene države proti Cherryju*, 759 F.2d

zgoditi kmalu po nepravilnem ravnanju države in ti bi morali biti v "v glavnem enakem stanju", kot so bili dejansko najdeni dokazi²¹, vendar je ostalo nejasno, kako hitro naj bi to bilo in koliko se lahko stanje morebitnih prihodnjih najdb razlikuje od stanja dejansko odkritih dokazov. Dejanski preudarki, ki so posebni za vsako zadevo, bi lahko privedli do tega, da bi različna sodišča razlikovala med stopnjami "neizogibnosti" na podlagi arbitrarnih dejanskih razlik.

8. Končno sodišče v zadevi *Nix* ni naložilo zahteve dobre vere, kot je to storilo pritožbeno zvezno sodišče,²² ker bodo policisti "redko, če sploh kdaj, v položaju, ko bi morali ugotavljati, ali bodo iskani dokazi neizogibno odkriti"²³. Kljub vsemu to ni preprečilo poznejšega sprejetja izjeme dobre vere kot samostojne izjeme od izločitvenega pravila²⁴ z utemeljitvijo, da se od policistov ne pričakuje, da bodo dvomili o sodnikovi določitvi utemeljenega suma ali njegovi presoji, da oblika naloga tehnično zadošča, in da "je izločitveno pravilo namenjeno odvratanju policije od nepravilnega ravnanja, in ne kaznovanju napak sodnikov".

Nevarni sad zadeve *Nix*

9. Zadeva *Nix* je vključevala dejstva, ki so obravnavala izločitev sekundarnih dokazov, pridobljenih s kršitvijo obtoženčeve pravice do zagovornika. Čeprav je bila utemeljitev zadeve *Nix*, ki jo je gnal predvsem pregon in po kateri tožilstvo ne bi smelo biti v slabšem položaju le zaradi nepravilnega ravnanja organov odkrivanja in pregona,²⁵ osredotočena na upravičenost sekundarnih dokazov (žrtvinega trupla), ni izključila utemeljenosti primarnih in sekundarnih obremenjenih dokazov in pozneje so jo s to razširitvijo uporabila nižja sodišča.²⁶ Prav tako je v zadevi *Nix* neizogibno odkritje sicer odobreno, da se prepreči prepoved dokazov, pridobljenih s kršitvijo šestega amandmaja, vendar njena utemeljitev ni izključila uporabnosti izjeme pri kršitvah četrtega in petega amandmaja, kar je potrdila poznejša praksa nižjih sodišč.²⁷

10. Poleg tega ni bilo odločeno, ali bi v času nepravilnega ravnanja države morala potekati neodvisna preiskava ali celo aktivno iskanje. Ni bilo jasno, ali naj bi se analiza osredotočila na "kaj je storila" ali "kaj bi storila" policija ali celo "kaj bi lahko storila".²⁸ Tudi če domnevamo, da je bila potreba po neodvisni preiskavi, ki se je že opravljala, vključena v obrazložitev vrhovnega sodišča, bi bilo glede na dejstva zadeve²⁹ mogoče to zahtevo uporabiti v zelo različnih stopnjah, kar se je pozneje zgodilo v sodni praksi zveznih sodišč.³⁰ Iz zadeve *Nix* celo ni mogoče z gotovostjo

1196, 1204 (5. okrožje, 1985).

²¹ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 431.

²² Argument pritožbenega zveznega sodišča je bil, da če ni zahteve za odsotnost slabega namena, bi bila "skušnjava za tveganje namernih kršitev ... prevelika in odvratilni učinek izločitvenega pravila preveč oslavljen."

²³ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 444-5.

²⁴ *Združene države proti Leonu*, 468 US 897 (1984): "... dokazi, ki so jih policisti pridobili z utemeljenim zanašanjem na nalog za preiskavo, ki ga je izdal neodvisni in nevtralni sodnik in za katerega se je na koncu ugotovilo, da je neveljaven". Glede usodnega učinka te doktrine glej, med številnimi drugimi, W. Merten in S. Wasserstrom, "The Good Faith Exception to the Exclusionary Rule: Deregulating the Police and Derailing the Law" (1981) 70 *Georgetown Legal Journal* 365.

²⁵ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 443.

²⁶ R. Bloom, 87-93.

²⁷ T. Golden, 102-108; R. Bloom, 94-102; in J. Forbes, "The Inevitable Discovery Exception, Primary Evidence, and the Emasculation of the Fourth Amendment" (1987) 55 *Fordham Law Review* 1221.

²⁸ Pozneje je sodnik Breyer v svojem odklonilnem ločenem mnenju v zadevi *Hudson proti Michiganu* obrazložil: "Pravilo [neizogibnega odkritja] se ne nanaša na odkritje, ki bi se zgodilo, če bi bilo obravnavano ravnanje policije (v nasprotju z dejstvi) zakonito. Doktrina tistega, kar *bi se hipotetično lahko* zgodilo, če bi policija ravnala zakonito, ne obravnava kot kritično ... Treba je izkazati, da *'bi se z zakonitimi sredstvi neizogibno odkrili'* isti dokazi. 'Kaj bi človek lahko storil, ni prav nič enako temu, kar *bi storil'*" (*Hudson proti Michiganu*, 547 U. S. 586, 616, sklici izpuščeni).

²⁹ Ko je Williams govoril s policisti na poti v Des Moines, so že iskali truplo žrtve in iskalna akcija se je že bližala kraju, kjer je bilo pozneje najdeno.

³⁰ Glede "pomembnega razhajanja" med okrožji o vprašanju, ali mora v času ustavne nezakonitosti potekati ločena in neodvisna preiskava, glej E. Shapiro, "Active Pursuit, Inevitable Discovery, and the Federal Circuits: The Search for

sklepati, da bi bilo treba v primerih, ko nepravilno ravnanje države ni edini vzrok za odkritje dokazov, te dokaze dopustiti, ne glede na to, ali je v času nepravilnega ravnanja države potekalo aktivno iskanje.³¹

11. Če povzamem, upravičevanje dokazov, pridobljenih z nepravilnim ravnanjem države, v zadevi *Nix* se jasno razlikuje od izjeme neodvisnega vira, potrjene v sodbi v zadevi *Segura*³². V prvem primeru izjema temelji na hipotetični vzročni povezavi, o kateri se sklepa s prednostjo spoznanj, pridobljenih po dogodkih. V drugem primeru pa izjema temelji na dejanskem poteku dogodkov, kolikor je povezan s tem, da so morali biti obremenjeni dokazi dejansko odkriti prek vira, ki ni bil povezan z nepravilnim ravnanjem države. V nasprotju s trditvijo vrhovnega sodišča³³ ni "funkcionalne podobnosti" med doktrinama neodvisnega vira in neizogibnega odkritja. Nejasnost in posledična arbitrarnost pri tem, kako je bila izjema "neizogibnega odkritja" prvotno oblikovana v zadevi *Nix* in kako se je pozneje razvijala v zadevah, ki so izhajale iz zadeve *Nix*, sta očitni kot tudi dejstvo, da dostop vlade do sicer nezakonito pridobljenih dokazov skokovito narašča. Prav zaskrbljujoče je, da se nižja sodišča ne zdijo preveč vznemirjena zaradi tega, da država krši zakone, če je to cena, ki jo je treba plačati, da se z ulic umaknejo domnevni kršitelji. Jaz pa trdim, da so dodatni logični, etični in praktični razlogi za popolno opustitev te izjeme.

Gotovost s poznejšimi spoznanji

12. Že z logično analizo opredelitve izjeme "neizogibnega odkritja" se pokažejo njene napake. Kaj bi lahko pomenilo to, da bi se sporni dokaz "neizogibno odkril z zakonitimi sredstvi"? Beseda "neizogibno" je dodana besedi "bi", tako da doktrina ne zahteva enostavno le možnosti, da bi se dokazi "lahko" odkrili: prav glede na opredelitev pravila mora biti povsem gotovo, da bi se dokazi našli (in seveda v istem stanju glede ustreznih dokaznih lastnosti) z drugimi, zakonitimi sredstvi. Ta druga sredstva so že po opredelitvi deloma hipotetična, saj če bi bila dejansko uporabljena in bi neodvisno privedla do dokazov, bi šlo za izjemo "neodvisnega vira", ki je v skladu s konvencijo. Z drugimi besedami, gotovost, ki jo zahteva izjema "neizogibnega vira", je povsem navidezna.

Vsi vemo, da ljudje radi menimo, da so bili dogodki neizogibni, ko enkrat vemo, da so se dejansko zgodili, in pravne institucije se že dolgo zavedajo tega dejstva. Kot je zapisalo angleško sodišče iz devetnajstega stoletja, "nič ni tako lahko, kot je biti pameten po dogodku"³⁴. V angleščini temu včasih pravimo "kritiziranje tekme na ponedeljkovo jutro" (angl. "Monday morning quarterbacking"), kar ustreza dobro dokumentiranemu pojavu, ki mu psihologi pravijo *retrospektivna pristranskost* (ali bolj slikovito "ves čas sem vedel"). Kadar smo retrospektivno pristranski "ne le, da radi štejemo tisto, kar se je zgodilo, za neizogibno, štejemo tudi, da se je zdelo

Manageable Limitations Upon an Expansive Doctrine" (2003) 39 *Gonzaga Law Review* 295; in S. Hessler, "Establishing Inevitability Without Active Pursuit: Defining the Inevitable Discovery Exception to the Fourth Amendment Exclusionary Rule" (2000) 99 *Michigan Law Review* 238.

³¹ Ta sklep bi lahko izpodbijali glede na dvoumno obravnavo vrhovnega sodišča: "... ne bomo sprejeli nikakršnega pravila kot takega ali 'če ne bi' (angl. 'but-for') ... Niti eno dejstvo ne prispeva k razrešitvi. Delovanje človeškega uma je prezapleteno in možnosti za nepravilno ravnanje preveč raznolike ... da bi uporabili tak čaroben preizkus ..., vplivajoče okoliščine ... in zlasti namen in brezsravnost uradnega nepravilnega ravnanja so vsi pomembni" (*Brown proti Illinoisu*, 422 U. S. 590, 620 (1975)). Prav tako proti utemeljevanju "če ne bi" (angl. "but-for"), glej *Wong Sun proti Združenim državam*, 371 U. S. 471, 487–88 (1963).

³² *Segura proti Združenim državam*, 468 U. S. 796 (1984).

³³ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 443–44: "Med doktrinama [neodvisnega vira in neizogibnega odkritja] je funkcionalna podobnost, in sicer v tem, da bi izločitev dokazov, ki bi bili neizogibno odkriti, postavila vlado v slabši položaj, ker bi policija ta dokaz pridobila, tudi če ne bi bilo nepravilnega ravnanja."

³⁴ Zadeva *Corman proti The Eastern Counties Railway Co.*, navedena v J. Rachlinski, "A Positive Psychological Theory of Judging in Hindsight" (1998) 65 *The University of Chicago Law Review* 571, 571.

sorazmerno neizogibno, preden se je zgodilo".³⁵ Ta pojav so zgodovinarji že opazili³⁶ in se stalno empirično potrjuje.³⁷ Izkazalo se je tudi, da je retrospektivno pristranskost zelo težko odpraviti iz človekovega razmišljanja.³⁸

13. Zelo blizu retrospektivni pristranskosti je dobro znan pojav, ki mu včasih pravimo "prekletstvo znanja"³⁹: ko je nekaj odkrito, se je zelo težko spomniti, kakšen je bil svet pred tem. Zaradi tega pojava težko presojava, ali bi nekaj izvedeli, če tega ne bi dejansko vedeli. Poglejmo na primer pogovor iz knjige *Srebrni blisk* Arthurja Conana Doylea, potem ko Sherlock Holmes inšpektorju pokaže blatno voščeno vžigalico:

"Ne vem, kako sem jo mogel spregledati', je dejal inšpektor z nejevoljnim obrazom.

'Bila je nevidna, zakopana v blatu. Videl sem jo le, ker sem jo iskal.'

"Kaj! Pričakovali ste, da jo boste našli?"

'Menil sem, da to ne bi bilo neverjetno.'

Kakor se je izrazil znanstvenik v pripombi o tem odlomku: "To, kar je skrito, se razkrije, ko veš, da mora biti tam, ko si domneval, da je njegovo odkritje neizogibno".⁴⁰

14. Verjetnostne presoje so tudi obremenjene s tem, čemur psihologi pravijo "motivirano sklepanje", to je težnja ljudi, "da pridejo do sklepov, do katerih želijo priti", tudi če to pomeni zanašanje na ista dejstva za "dostop do različnih prepričanj in pravil pri različnih usmerjevalnih ciljnih [in celo] upravičevanje ... nasprotnih sklepov ob različnih priložnostih".⁴¹ Zanimivo je, da je bil ta učinek empirično preizkušen prav v zvezi z izjemo "neizogibnega odkritja". V poskusu so dve skupini prosili, da presodita v izmišljeni zadevi, ali bi bilo treba dokaz (droga, najdena med nezakonito preiskavo avtomobila) izločiti iz sojenja ali obdržati na podlagi izjeme "neizogibnega odkritja". Eni skupini so rekli, da je obtoženec prodajal marihuano neozdravljivo bolnim, drugi pa, da je prodajal heroin odvisnikom. Prav nič presenetljivo je bila verjetnost ugotovitve, da je bilo odkritje dokaza "neizogibno", večja pri skupini, ki je obravnavala zadevo s heroinom (in bila bolj motivirana, da kaznuje obtoženca).⁴² Ne glede na to, koliko menimo, da je poskus splošno veljaven,⁴³ res pokaže, kako krhke so verjetnostne sodbe.

³⁵ B. Fischhoff, "For those condemned to study the past: Heuristics and biases in hindsight", v D. Kahneman et al. (eds.), *Judgment under uncertainty: Heuristics and biases*, Cambridge: Cambridge University Press, 1982, str. 341.

³⁶ "Težnja po determinizmu je nekako nakazana v metodi presojanja preteklosti. Ko se spominjamo preteklosti, se zdi, da dojemamo logiko dogodkov, ki potekajo na običajen ali linearen način v skladu s prepoznavnimi vzorci z domnevno notranjo nujno. Tako da imamo vtis, da se res ni moglo zgoditi drugače" (G. Florovsky, "The study of the past", in R. H. Nash (ed.), *Ideas of history* (Vol. 2), New York: Dutton, 1969, str. 369 (navedel Fischhoff, supra, str. 341).

³⁷ Psihološka literatura o tem je obsežna, a če navedem le nekaj primerov, ki omenjajo retrospektivno pristranskost v pravnem odločanju, glej K. Kamin in J. Rachlinski, "Ex Post ≠ Ex Ante: Determining Liability in Hindsight" (1995) 19 (1) *Law and Human Behavior* 89; J. Rachlinski et al., "Probable Cause, Probability, and Hindsight" (2011) 8 *Empirical Legal Studies* 72; in D. Teichman, "The Hindsight Bias and the Law in Hindsight", v E. Zamir in D. Teichman, *The Oxford Handbook of Behavioral Economics and the Law*, Oxford University Press: Oxford, 2014.

³⁸ "Na žalost se je retrospektivna pristranskost izkazala za zelo odporno na večino tehnik odpravljanja pristranskosti. Poskusi odpravljanja učinka retrospektivne pristranskosti s strategijami, ki se opirajo na motivacijo, kot je spodbujanje k večjemu trudu, povečanje osebne pomembnosti naloge in nagrajevanje za nepristranske odzive, so se izkazali za neučinkovite" (Kamin in Rachlinsky, 92, sklici izpuščeni).

³⁹ C. Camerer et al., "The Curse of Knowledge in Economic Settings: An Experimental Analysis" (1989) 97 (5) *The Journal of Political Economy* 1232. Avtorji pokažejo, da "bolje obveščeni zastopniki ne morejo zanemariti zasebnih informacij, tudi kadar je to v njihovo korist". Čeprav je bil poskus narejen za tržni položaj, to zlahka razširimo na druge vrste razmišljanj.

⁴⁰ P. Brooks, "Inevitable Discovery- Law, Narrative, Retrospectivity" (2003) 15 *Yale Journal of Law and the Humanities* 82.

⁴¹ Z. Kunda, "The Case for Motivated Reasoning" (1990) 108 *Psychological Bulletin* 480.

⁴² A. Sood, "Cognitive Cleansing: Experimental Psychology and the Exclusionary Rule" (2015) 103 *Georgetown Law Journal* 1543, 1580–1581.

⁴³ Avtorica poskusa pripominja, da so bili sodelujoči v poskusu nestrokovnjaki, medtem ko o izločanju dokazov običajno odločajo poklicni sodniki. Domneva pa, da to kognitivno lastnost lahko prenesemo tudi na poklicne sodnike (prav tam, 1583).

15. Če povzamem, doktrina "neizogibnega odkritja" domneva gotovost, ki je psihološko nedosegljiva in torej pravno nedostopna. Ni splošnih pravil o vrsti dejstev, potrebnih za tak dokaz neizogibnosti. Tudi v primerih, ki se nam zdijo najjasnejši, je zelo težko, morda celo nemogoče, odmisлити to, kar dejansko vemo, da bi se odločili, kaj bi se zgodilo, če tega ne bi vedeli.

Ni odvrčanja

16. Najpogostejši razlog, uporabljen za upravičevanje izločitvenega pravila v Združenih državah⁴⁴ in na tem Sodišču⁴⁵, je, da je izločitev nezakonito pridobljenih dokazov učinkovito sredstvo, ki državne organe, zlasti organe odkrivanja in pregona, odvrča od nezakonitega pridobivanja dokazov. Dovoljevanje vključitve nezakonito pridobljenih dokazov z uporabo izjeme "neizogibnega odkritja" zelo spodkopava odvrčilni učinek izločitvenega pravila. To lahko pokaže temeljita analiza uporabe doktrine v Združenih državah.

17. Prvič, pogledjmo zadevo, pri kateri je bilo odkritje dokazov sprejeto kot neizogibno, ker bi bili najdeni pri rutinskem postopku, ki se vedno uporabi v okoliščinah zadeve.⁴⁶ Kadar je na primer veliko zakonito pridobljenih znakov, da bi oseba lahko skrivala prepovedano snov v svoji hiši, policijski postopek lahko napoti na hišno preiskavo po pridobitvi sodnega naloga. Vendar policija preskoči pridobitev naloga in takoj preišče hišo, pri čemer najde prepovedano snov. Ko se dokaz izpodbija na sodišču, tožilstvo lahko uveljavlja doktrino "neizogibnega odkritja" in trdi, da bi bilo v okoliščinah zadeve za nalog zaproseno in ta pridobljen ter bi bil dokaz v vsakem primeru najden. Tudi če priznamo, da je to res, navidezno samodejna uporaba te doktrine v takih zadevah ne daje policiji nobene spodbude, da dejansko zaprosi za nalog.⁴⁷ Bolj splošno: bolj ko je policija prepričana, da bo v rutinskem postopku našla, kar išče, bolj verjetno je, da bo prekinila uradni postopek, in manj verjetno je, da bo ravnala zakonito. Če poenostavim, doktrina močno spodbuja preračunljivega policista, da namerno krši pravila postopka in še zlasti pravico do obrambe.

18. V nasprotnem primeru je problem podoben. Kadar postopek, ki bi zakonito lahko privedel do odkritja dokaza, ni rutinski postopek, ampak postopek, odvisen od morebitne ocene dejstev, ki jih je policija poznala, bi policija lahko štela, da bo pozneje težje uveljavljati "neizogibno odkritje" na sodišču. Vendar bi nad to težavnostjo prevladala vzporedna težavnost dejanske poznejše pridobitve dokazov z zakonitimi sredstvi. V takem položaju "zdaj ali nikoli" bi policija prav lahko tvegala in zagotovila dokaze, ki se zdijo na voljo, v upanju, da bodo tako pridobljene informacije zagotovile verjetno zgodbo, ki bo pokazala, da je do odkritja moralo priti.

19. Ta problem je bolj jasen, če pri analizi upoštevamo časovni dejavnik. Kakor sem že omenil, je v doktrini "neizogibnega odkritja" spregledano minevanje časa. Pogledjmo na primer zadevo *Nix*. V tej zadevi je vrhovno sodišče trdilo, da bi bilo truplo najdeno v vsakem primeru, saj je potekalo obsežno iskanje na tistem območju. Vendar v odločbi ni razprave o tem, *kdaj* bi bilo truplo najdeno, torej v kakšnem stanju bi bilo.⁴⁸ Prav lahko bi bilo, da bi truplo moralo biti najdeno

⁴⁴ "Čeprav so bili v zadevi *Mapp* [proti *Ohio*, 367 U. S. 643 (1961)] predlagani drugi razlogi za izločitveno pravilo ... je odvrčanje postalo edina utemeljitev, na katero se sklicuje to [1992] sodišče" (R. Bloom, 79).

⁴⁵ Zadeve *Khan proti Združenemu kraljestvu*, št. 35394/97, ESČP 2000–V, delno pritrtilno, delno odklonilno ločeno mnenje sodnika Loucaidesa; *P. G. in J. H. proti Združenemu kraljestvu*, št. 44787/98, ESČP 2001–IX, delno odklonilno ločeno mnenje sodnika Tulkensa, 5. odstavek; *Bykov proti Rusiji* [VS], št. 4378/02, 10. marec 2009, delno odklonilno ločeno mnenje sodnika Spielmana, ki so se mu pridružili sodniki Rozakis, Tulkens, Casadevall in Mijović, 12. odstavek; in *Dragoş Joan Rusu proti Romuniji*, št. 22767/08, 31. oktober 2017, skupno delno pritrtilno ločeno mnenje sodnikov Pinta de Albuquerqueja in Bošnjaka, 4. odstavek.

⁴⁶ Podoben vzorec dejstev v zadevi *Združene države proti Hornu* 970 F.2d 728 (10. okrožje, 1992) je spodbudil okrožno sodišče, da je potrdilo dejanje policije po doktrini "neizogibnega odkritja". Glej tudi *Združene države proti Whitehornu*, 829 F.2d 1225 (2. okrožje, 1987). Za več primerov in znanstveno obrazložitev posledic doktrine "neizogibnega odkritja" za zahtevo za nalog v Združenih državah glej R. Bloom, 94–98.

⁴⁷ Anthony J. Girese, "They Would Have Found It Anyway: *United States v. Eng* and the 'Inevitable Subpoena'" (1993) 59 *Brooklyn Law Review* 461, 492–502.

⁴⁸ V zgodnjih fazah postopka je bilo zatrjevano, da bi bilo truplo zaradi zelo nizke temperature na območju in dejstva,

enkrat v prihodnosti, ampak bi bilo, če ne bi bilo nezakonitega ravnanja, tako razpadlo, da ne bi moglo biti uporabljeno kot dokaz. Če posplošim, lahko bi trdili, da vnema, da se dokazi najdejo, preden razpadejo ali se uničijo, ustvarja še eno vrsto položaja "zdaj ali nikoli". Ko so dokazi najdeni, bi policija zlahka ustvarila zgodbo, ki bi kazala na neizogibnost odkritja, pri tem pa zanemarila dejstvo, da bi se v tem času dokazi morda uničili. Hipotetično preiskave sodišča ne bi utemeljevalo nič kaj drugega kot pričevanje policista. Zdaj, tako kot vselej, je ključno, da razmislimo o tem, kakšen bi bil kazenski postopek, ki bi temeljil na taki policijski zlorabi.

Integriteta sodstva

20. Rad bi poudaril, da odvracanje ni edina utemeljitev izločitvenega pravila, saj je pravilo tudi "nujno za integriteto sodstva"⁴⁹. To je jasno, na primer, v Rimskem statutu, ki predvideva izločitev dokazov, "pridobljenih s kršitvijo ... mednarodno priznanih človekovih pravic ..., če bi sprejetje dokazov nasprotovalo verodostojnosti postopka ali bi jo resno ogrozilo"⁵⁰. Nasprotno od izjem "zbledelega madeža" in "neodvisnega vira" izjema "neizogibnega odkritja" pomeni opravičevanje kršitve konvencijskih pravic, ki se je *dejansko* zgodila, in sprejetje dokazov, ki so bi *dejansko* pridobljeni s kršitvijo konvencijskih pravic, na podlagi drugačnega, hipotetičnega poteka dogodkov. To nepopravljivo škoduje verodostojnosti postopka in je samo po sebi nesprejemljivo. Skladnost izjeme "neizogibnega odkritja" s konvencijo tako ni merjena z nepredvidljivostjo časa odkritja dokazov, ampak s tem, kako državni organi, vključno s sodnimi organi, upoštevajo omejitve svojih pooblastil pri postavljanju kršiteljev pred sodišče. Kakor kažejo zadeva *Nix* in druge iz nje izhajajoče zadeve *ex abundantia*, tesna povezanost doktrine "neizogibnega odkritja" in doktrine "neškodljive napake"⁵¹ daje "čezmerno pravico presoje o tem, kako se kršitve osnovnih postopkovnih pravic ... tehtajo glede na druge interese postopka"⁵² in se zato temeljna jamstva kazenskega postopka podrejajo tožbenim interesom. Pri površnem usklajevanju cene izločitve nezakonito pridobljenih dokazov za družbo in odvracilnega učinka, ki ga bo prepoved dokazov imela na nepravilno ravnanje države, utemeljitev v zadevi *Nix* preceni prve in podceni drugega.⁵³

21. Ob upoštevanju napetosti med ustavnimi in konvencijskimi pravicami državljana in vloge sodstva v doseganju pravice ne ponuja izhoda za sklicevanje na poštenost postopka, v katerem so bili pridobljeni nezakoniti dokazi, kot celote. Večina v tej sodbi utemeljuje, da je "odločilno vprašanje [za presojo, ali dokazi, pridobljeni s kršitvijo 8. člena, vključujejo kršitev

da je bilo pokrito s snegom, dobro ohranjeno ob času njegovega hipotetičnega odkritja.

⁴⁹ Kakor navaja Vrhovno sodišče ZD v zadevi *Elkins proti Združenim državam*, 364 U. S. 206, 222 (1960). Glej tudi *Brown proti Illinoisu*, 422 U. S. 590, 599 (1975); *Mapp proti Ohio*, 367 U. S. 643, 659 (1961); *Olmstead proti Združenim državam*, 277 U. S. 438, 470 (1928) Holmes, J., odklonilno; in *Weeks proti Združenim državam*, 232 U. S. 383, 393 (1914).

⁵⁰ Rimski statut, sedmi odstavek 69. člena.

⁵¹ *Chapman proti Kaliforniji*, 386 U. S. 18, 22 (1967). Glede doktrine "neškodljive napake" in vpliva strukturnih napak na poštenost kazenskega postopka glej 16.–20. odstavek skupnega pritrtilnega ločenega mnenja sodnikov Kalaydjieva, Pinta de Albuquerqueja in Turkovića v zadevi *Dvorski proti Hrvaški* [VS], št. 25703/11, ESČP 2015. Glede razmerja med doktrino "neškodljive napake" in doktrino "neizogibnega odkritja" glej L. Epstein, "Limits of the Inevitable Discovery Doctrine in United States v. Young: The Intersection of Private Security Guards, Hotel Guests, and the Fourth Amendment" (2010) 40 *Golden Gate University Law Review* 331, 338.

⁵² 20. odstavek skupnega pritrtilnega ločenega mnenja sodnikov Kalaydjieva, Pinta de Albuquerqueja in Turkovića, navedenega v prejšnji opombi.

⁵³ Lahko bi uporabili močne besede sodnikov Brennana in Marshalla v odklonilnem mnenju v zadevi *Združene države proti Leonu*, 468 U. S. 897, 949 (1984), ko omenjata utemeljitev večine za sprejetje izjeme dobre vere od izločitvenega pravila: "Tako se v tem delu sodne odrske umetnosti scena včasih zamenja, a igralci imajo vedno isto besedilo. Glede na ta dobro naučeni vzorec človek s precejšnjo gotovostjo lahko napove, kako bo zadeva potekala. Po ritualnem naštevanju 'znatne družbene cene' izločitvenega pravila se izda skoraj vnaprej določen sklep, da glede na zanemarljive koristi uporaba pravila v okoliščinah zadeve ni upravičena. Vendar po analizi tak izid ne more biti upravičen niti pod lastnimi pogoji sodišča."

6. člena], ali je bil postopek kot celota pošten"⁵⁴. V deloma pritrdilnem ločenem mnenju v drugi zadevi sva s sodnikom Bošnjakom utemeljevala, da bi moralo Sodišče znova obravnavati svojo sodno prakso glede dopustnosti dokazov, kadar so bili pridobljeni z nezakonitimi sredstvi (zlasti s sredstvi, ki kršijo 3. ali 8. člen konvencije).⁵⁵ Ni potrebe, da bi ponavljal najine utemeljitve. Bistvo najinega mnenja v zadevi *Rusu* velja tudi v obravnavani zadevi: načeloma sojenje, ki sprejme dokaze, pridobljene s kršitvijo konvencije, že po opredelitvi ne more biti pošteno. Kršitev postopkovnih pravil, ki varujejo konvencijske pravice, ne more biti odpravljena s "splošno poštenostjo postopka kot celote", kot to napačno razsoja večina v obravnavani zadevi. Skupek konvencijskih vrednot, ki je temelj omejitve uporabe izjeme "neizogibnega odkritja" v državah, se ne bi smel goljufivo obiti s priročno skrajšano oceno splošne poštenosti postopka.

Nepravilna uporaba zadeve *Nix* na vrhovnem sodišču

22. Podpiram to sodbo, ker ne podpira izjeme "neizogibnega odkritja". Prvostopenjsko sodišče je obsodilo pritožnika na podlagi dokazov, ki niso bili povezani s kršitvijo pritožnikove pravice do zasebnosti. Kakor je prvostopenjsko sodišče pravilno izjavilo, je bila nezakonita policijska preiskava pritožnikovega telefona brez odredbe opravljena, ko je policija že imela potrebne informacije, dobljene z zakonito preiskavo žrtvinega telefona.⁵⁶ Z drugimi besedami, preiskava žrtvinega telefona je bila neodvisni zakoniti vir dokazov. Zato je bil zapis komunikacije med pritožnikom in žrtvijo zakonito pridobljeni sekundarni dokaz, dopusten pri sojenju.

23. Poleg tega tudi če predpostavimo, da je preiskava pritožnikovega telefona prispevala k odkritju obremenjenih dokazov (izpis telefonske komunikacije med pritožnikom in žrtvijo), bi lahko trdili, da je bila napaka v zvezi s preiskavo telefona pozneje odpravljena zaradi pritožnikovega priznanja, ki ga je dal po svoji volji, da je žrtev poznal in povozil.⁵⁷ Zato bi se torej lahko uveljavljala izjema "zbledelega madeža" od izločitvenega pravila, nikakor pa ne izjema "neizogibnega odkritja". Vrhovno sodišče jo je uporabilo napačno tako z vidika konvencije kot z vidika dejstev zadeve.⁵⁸

Sklep

24. Iskanje pravice, zlasti v kazenskih zadevah, ne upravičuje uporabe vseh sredstev, kot so na primer izsiljena priznanja. Doktrina "neizogibnega odkritja" s tem, ko upravičuje uporabo nezakonitih sredstev, zato da se doseže zaželeni kaznovalni cilj, ne spoštuje konvencijske zaščite, ki je zelo pomembna za evropske državljane. Še huje, to prikladno pravno sredstvo za izogibanje izločitvenemu pravilu odpre vrata vsem vrstam nepravilnega ravnanja države na podlagi praktično nedosegljivega in dejansko neomejenega hipotetičnega sklepanja. Izjema neizogibnega odkritja se uporablja ne glede na to, kako nezaslišana je morda bila kršitev obtoženčevih pravic, saj sta vrsta in stopnja nepravilnega ravnanja države nepomembni pri določanju "neizogibnosti". Glede na očitne nevarnosti, ki so povezane s to doktrino, menim, da bi Sodišče moralo skrbno upoštevati nasvet sodnika Stevensa v pritrdilnem ločenem mnenju v zadevi *Nix*:

"Večina se sklicuje na 'družbeno ceno' izločitve dokazov z dokazno vrednostjo ... Po mojem mnenju je bolj pomembna cena, ki jo družba plača zaradi policistov, ki se odločijo ubrati postopkovne bližnjice, namesto da bi spoštovali zakon".⁵⁹

⁵⁴ 48. odstavek sodbe.

⁵⁵ Zadeva *Dragoş Ioan Rusu*.

⁵⁶ Primerjaj 22. odstavek sodbe s 7. odstavkom.

⁵⁷ 15. odstavek sodbe.

⁵⁸ 29. odstavek sodbe.

⁵⁹ *Nix proti Williamsu*, 467 U. S. 431, 457 (1984).