

## Resnica in pravica v anglo-saškem kazenskem postopku\*

Boštjan M. Zupančič\*\*

### Uvod

Pričujoči sestavek se deli v dva dela. V prvem, splošnem delu bomo prikazali **teorijo o adjudikaciji**, t. j. sojenju. Iz te teorije bomo sklepali na neizbežnost disjunkcije, t. j. ločitve procesnih strank v vsakem sistemu pravnega razreševanja sporov. Brez take ločitve sistem ne more biti sebi dosleden in zato ne legitimen. Pri tem bomo izhajali iz predpostavke, da je pravo kot celota v prvi vrsti nadomestilo za uporabo sile med spornimi strankami. Kot pravijo v angleščini: *right, rather than might*, torej pravica in ne sila! Tudi za kazenski proces velja, da vmešavanje države v osebnostno integriteto obdolženca ni logično dopustno.

V drugem delu sestavka bomo na vrsti posamičnih primerov iz ameriškega kazenskega postopka in ustavnega prava prikazali, do kakšnih tehničnih težav prihaja pri poskusu dosledne izpeljave tega načela v praksi. Videli bomo, da je dialektično protislovje med načelom iskanja **resnice** ter načelom **disjunkcije** (procesnih strank, da bi se preprečila uporaba sile) motor razvoja anglo-saškega postopka.

Pri izpeljavi teorije bomo torej izhajali iz tega splošnega **načela disjunkcije**. Potem ga bomo posamično razložili v pravnih primerih, ki za kontradiktorni postopek porajajo značilne tehnične uganke. Velja pa poudariti, da je do ugotovitev, ki slede, mogoče priti na izkustven način. Ameriško procesno pravo, ki sicer v celoti izhaja iz četrtega, petega in šestega amandmaja k ameriški utavi, se namreč poraja v sodbah ameriškega vrhovnega sodišča, ki ugotavlja skladnost posamičnih procesnih določb držav z omenjenimi amandmaji zvezne ustave. Ob študiju teh sodb postane kmalu jasno, to pa v zvezi s konkretnimi tehničnimi vprašanji, da pravzaprav obstaja zgolj eno temeljno **protislovje med resnico in procesno pravičnostjo**. Ta sintetični skupni imenovalac, ki se kot leitmotiv v Wagnerjevih operah ponavlja v vrsti tehničnih različic, sicer privzema različne oblike. Toda naj gre za vprašanje utemeljenega suma za odvzem prostosti, vprašanje agents provacateurs in prisluškovanja z elektronskimi napravami, vprašanje

soglasja osumljenca k preiskavi njegove osebe ali stvari, vprašanje policijskega zasliševanja, identifikacije in omejenega odvzema prostosti, povsod najdemo isto protislovje med potrebo po iskanju resnice ter zahtevo po ločitvi procesnih strank.

Omenjeni induktivni pristop omogoča dejstvo, da ima anglo-saški pravni sistem za razliko od kontinentalnega, svoj spomin; pravne odločbe, mnenja sodišč in konkretne rešitve pravnih problemov, ki v kontinentalnem pravu pogosto poniknejo v t. i. oralno pravno tradicijo, se tam kopičijo v tiskanih zbirnih poročilih in tako postajajo ter ostajajo del sistema. S tem se sicer v veliki meri briše razlika med zakonodajno in sodno funkcijo — načelo stare *decisis* je vsaj v ameriškem sistemu pretežno mit —, je pa zato zagotovljen stalni povratni učinek dejanskosti na abstraktno normo. Zaradi tega je seveda veliko manj mehničnega pravnega pozitivizma in formalizma in veliko več teleološkega (namenškega) razlaganja. Celotni pravni sistem postane organski proces, ki se — glede na naravo tistih, ki v njem sodijo — giblje dosledno k svoji temeljni istovetnosti, ali pa stran od nje. V kazenskem postopku šestdesetih in sedemdesetih let se je kazala očitna težnja k notranji doslednosti. To je omogočila osredotočenost na omenjeno protislovje med disjunkcijo procesnih strank in načelom iskanja resnice.

Anglo-saški sistem pa nekako ni sposoben poplošiti nakopičene kazuistike in abstraktno opojmiti protislovja, s katerim je obremenjen. Ker sistem ni sposoben preseči svoje ad hoc dojete kazuistike in konceptualizirati načela, ki se latentno sicer ves čas — preko intuitivnega tolmačenja sodnikov — pojavljajo v posamičnih pravnih primerih, je za kontinentalnega teoretika prava zlata jama. V njej lahko s svojo privzgojeno sintetično in deduktivno metodo — tako značilno za kontinentalno pravno miselnost sploh in še posebej za kontinentalni pozitivizem — nakoplje obilico prav presenetljivih spoznanj. V kontinentalnem sistemu kodifikacij ustvarjajo pravo s kvalitativnimi skoki. Za anglo-saški sistem pa je značilna kvalitativna evolucija. Ta svojo revolucionarnost pogosto prikriva, ali pa je ni sposobna spoznati, ker vidi drevesa, ne pa gozda v celoti.

Z drugo besedo, pričujoči sestavek je v veliki meri sintetičen sad analitičnega sistema, dedukcija, ki se hrani v induktivnem sistemu.

\* Pričujoči sestavek je predelan in razširjen tekst preskusnega habilitacijskega predavanja na Pravni fakulteti v Ljubljani, dne 9. januarja 1984.

\*\* Boštjan M. Zupančič, doktor pravnih znanosti, izredni profesor prava na Seton Hall University, School of Law, Newark, New Jersey, ZDA.

stvenosti in neponovljivosti dogodkov eksperiment enostavno ni dostopen.

Dokler so se spori med ljudmi razreševali z merjenjem sedanje moči — kakor to še zdaj velja v vojnem »pravu« — je govora o samopomoči. Samopomoč je eksperimentalno testiranje moči spornih strank. Preskuša nekaj, kar obstaja danes in tukaj. Pravo, ki (po Hobbesu) nadomešča tak bellum omnium contra omnes, pa preskuša obstoj nekega preteklega dogodka, ki ga ni mogoče ponoviti. Odprava samopomoči torej vodi k sklicevanju na historični dogodek, za katerega je primerna historična epistemološka metoda, pri kateri je ugotavljanje resnice časovno odmaknjeno in posredno, ne neposredno.

Procesne norme imajo za nalogo vzpostaviti vzdušje za objektivno ugotavljanje resnice o tem neponovljivem preteklem dogodku. Proces sam naj nima nobenega vpliva na končni rezultat: procesni vpliv je pravno nebistven, obstoj dogodka, npr. kaznivega dejanja, pa bistven. Kelsen zato popolnoma pravilno imenuje procesno pravo »adjektivno«, saj služi »substancialnemu« pravu kot dekla, ancilla. V eksperimentu je postopek **avtonomen**, v pravu je praviloma **ancilaren**. Če povzamem: epistemološke težave prava, ki izhajajo iz historičnosti pravno relevantnih dogodkov, navsezadnje slede iz dejstva, da je eksperiment samopomoči kot sredstvo razreševanja sporov prepovedan.

Za ilustracijo bi tu omenili vprašanje torture. Tortura je sredstvo inkvizitornega ancilarnega kazenskega postopka, v katerem služi epistemološko neoporečnemu ugotavljanju resnice o preteklem dogodku. S tega stališča (in samo s tega stališča) je sprejemljiva. Toda tisti trenutek, ko obdolženka pod torturo prizna, da je čarovnica, je rezultat postopka (obsodba) posledica samega postopka in ne resnice. S tem se postopek iz skrajne ancilarnosti sprevrže v skrajno avtonomnost, ker je sedaj obsodba posledica procesa samega, ne pa nekega preteklega dogodka. Rezultat, z drugo besedo, je posledica merjenja moči med strankama. Ne govorimo več o pravu, temveč o fizičnem obračunavanju.

V opisanih ugotovitvah pa tiči protislovje. Na eni strani pravo lastna prepoved samopomoči neizbežno vodi k sklicevanju na nek pretekli dogodek, kot **edino** pravo merilo zmage v sporu. Na drugi strani pa s tem samopomoč — kot del postopka samega, npr. kot tortura, — še ni ipso facto izključena. Ali je torej logično upo-

rabiti torturo kot obliko samopomoči v postopku, katerega namen je navsezadnje odprava te iste samopomoči? Ali je logično uporabiti samopomoč kot sredstvo ugotavljanja resnice o preteklem historičnem dogodku, če je sklicevanje na ta dogodek **po svojem bistvu** surogat nasilja?

Odgovor na to vprašanje je verjetno negativen. Pri tem pa ni bistvena sama odurnost torture kot nehumanega postopka itd. Nasilje predstavlja spodnašanje prvotnega namena vsega, ne le procesnega prava. Do tega protislovja prihaja, in to ne le v obliki torture, temveč tudi v vsakovrstnih pritiskih in zvijačah, katere policija izvaja nad osumljencem. To gre navsezadnje pripisati še bolj temeljni ugotovitvi, da je odprava nasilja v družbi vedno navsezadnje temeljila na vrhovnem nasilju države. Premočna država pa se kot procesna stranka v sporu s posameznikom nasilju ne bo tako zlepa odrekla.

Vzpostavitev materialnih in procesnih meril kazenske odgovornosti pomeni vzpostavitev pravnosti, načela zakonitosti ter procesnih garancij med državo in posamezniki. Ti so osumljeni, obdolženi ali obtoženi storitve kakega kaznivega dejanja. Od Beccarije dalje velja torej za odnos med državo in posameznikom v kazenskem pravu **načelo adjudikacije**. To enostavno pomeni, da posegi v osebnost posameznika niso dopustni. Izjemo predstavlja ugotovljena kazenska odgovornost. Niti v postopku tega ugotavljanja in tudi ne za namen tega ugotavljanja nasilje torej enostavno ne more biti legitimno.

Iz te navidez nedolžne pogrošne resnice pa izhaja načelo, katerega do sedaj še noben pravni sistem ni dosledno izvedel. To načelo smo imenovali **načelo adjudikacije**.

Če je namen kazenskega materialnega in procesnega prava preprečevati samopomoč s strani države, potem logično sledi, da je vsaka samopomoč, to je vsaka uporaba sile proti obdolžencu-obtožencu, pred koncem sojenja, prepovedana.

Tu ne gre za predpostavko nedolžnosti. Gre čisto enostavno za to, da je uporaba prisile s strani države, ki je nosilka vse prisile, nelogično, dokler ni ugodeno merilom materialnega kazenskega prava. Stiki med policijo in obdolžencem so v tem pogledu seveda najbolj kritični. Namen teh stikov — od aretacije pa do pripora — je pripraviti obdolženca do tega, da bo postal

Ta citat poraja zgodovinski pravni vir t. i. načela zoper samoobtožbo (t. i. »privilege against self-incrimination«), ki se nahaja tudi v petem amandmaju k ameriški ustavi: nihče ne more biti prisiljen pričati zoper samega sebe. Iz tega načela, ki je pravno povsem vzpostavljeno v anglo-saškem sistemu, čeprav ga pogosto ozko tolmačijo, logično izhaja tudi pravilo, da morajo biti dokazi, pridobljeni s kršenjem tega načela, izključeni pri končnem obravnavanju primera (t. i. »exclusionary rule«). To teorijo sem razvil leta 1980 in je bila objavljena v članku v *Arizona Law Review*, vendar do sedaj nisem zasledil, da bi se kako sodišče nanjo tudi sklicevalo.

Vendar nas tu ne zanima samo vprašanje samoobtožbe. Slednje je namreč le izraz globljega načela adjudikacije, ki prepoveduje samopomoč med procesnima strankama, če je tudi namen te samopomoči sicer legitimno ugotavljanje resnice v kazenskem postopku.

Gre torej spet za načelo disjunkcije premočne države od nemočnega obdolženca.

V nadaljevanju bom prikazal obstoj in erozijo tega načela na sledečih tehničnih področjih kazenskega procesa:

1. vprašanje odvzema prostosti;
2. vprašanje preiskave — osebne in hišne;
3. vprašanje soglasja obdolženca;
4. vprašanje elektronskega prisluškovanja;
5. vprašanje policijskega zasliševanja;
6. vprašanje identifikacije;
7. vprašanje omejenega odvzema prostosti.

Če začnemo z vprašanjem aretacije, takoj ugotovimo, da že sama ameriška ustava v svojem četrtem amandmaju dovoljuje aretacijo kot provizoričen ukrep na podlagi »utemeljenega suma« (»probable cause«). Sum mora biti utemeljen predhodno in ga ni mogoče vzpostaviti ex post facto. Kljub temu je nelogično dovoliti poseg tožeče stranke, države, v integriteto državljana, če njegova kršitev ni bila predhodno potrjena s strani neodvisnega sodišča. Že tu prihaja do začetnega kršenja načela disjunkcije procesnih strank. To načelo je sicer podprto z zahtevno omenjenega četrtega amandmaja, da mora preiskovalni in aretacijski nalog izdati pristojni sodnik, kar pa ne omaja ugotovitve, da je celo tak nalog izdan ex parte, to je brez zaslišanja druge stranke. Drug očitok četrtemu amandmaju je ta, da dovoljuje gotov poseg v integriteto zgolj na podlagi verjetnosti, da je bilo storjeno kaznivo dejanje.

Podobne ugotovitve veljajo za preiskave, osebne in hišne. Po četrtem amandmaju velja tudi

tukaj, da mora biti podan utemeljen sum (»probable cause«) in da mora sodnik ex parte izdati nalog za preiskavo na podlagi dovolj točno določene stopnje verjetnosti. V primeru **Warden v. Hayden**, 387 U.S. 294 (1967) je sicer napredni sodnik Brennan popolnoma potvoril t. i. »mere evidence rule«, ki izhaja iz starega angleškega primera **Entick v. Carrington**, 19 How. St.Tr. 1029, in načela, ki je bilo relativno dosledno izpeljano v ameriških primerih **Boyd v. U.S.**, 116 U.S. 616, ter **Gouled v. United States**, 255 U.S. 298. Po tem pravilu je veljalo, vsaj pred primerom **Hayden**, da nima država nobene pravice na dokaze v posesti in lastnini obdolženca-obtoženca, razen če je šlo za instrumenta sceleris, producta sceleris ali kontraband, to je, če je šlo za situacijo, v katerih je imela krona ali vlada pravico zaplembe iz lastninskega, ne kazensko-pravnega naslova.

V primeru **Schneklath v. Bustamonte**, 412 U.S. 218 (1973) je Vrhovno sodišče obravnavalo vprašanje soglasja, ki ga obdolženec dá k preiskavi (v tem primeru je šlo za preiskavo avtomobila). Čeprav je že od rimskega prava dalje jasno, da je soglasje mogoče potvoriti bodisi vi, se pravi s silo, bodisi clam, to je z zvijačo, se je sodišče postavilo na stališče, da policiji ni treba obdolženca poučiti o njegovi pravici, da ne dá soglasja za preiskavo. Kljub temu pa sedaj velja, da mora obtožba dokazati, da je bilo soglasje prostovoljno. To je po svoje značilna rešitev za anglo-saški sistem — namreč procesna rešitev materialne opredelitve soglasja.

Za vprašanje elektronskega prisluškovanja in agents provocateurs sta značilna dva primera. Prvi je **On Lee v. U.S.** 747 (1952), v katerem je znani sodnik Jackson izsmejaval trditev, da so informacije pridobljene z zvijačo tudi predmet četrtega amandmaja in načela disjunkcije. Drugi primer je **Katz v. U.S.**, 389 U.S. 347 (1967), v katerem je sodnik Stewart postavil znano pravilo, da »četrta amandma varuje ljudi, ne prostorov«, t. j., da načelo disjunkcije varuje osebno, ne prostorsko integriteto. Primeri, ki so sledili, so zaradi kasnejšega bolj represivnega razpoloženja sodnikov imenovanih s strani predsednika Nixona potvorili to težnjo.

Najbolj znano je seveda vprašanje policijskega zasliševanja. Tu prideta nasprotni stranki v kazenskem procesu v neposreden stik, ki slabo kaže za eno od obeh. Namen policijskega zaslišanja je lahko samo eden, namreč pripraviti obdolženca, da dá od sebe dokaze, katere bo kasneje mogoče uporabiti za njegovo obsodbo.

je povsem logično, ker ni nobenega teoretičnega razloga za pravico ene stranke, da si s silo prisvaja dokazne predmete v lasti druge stranke. Danes je predpogoj utemeljenega suma, ki mora biti podan tudi za hišno preiskavo, razlagam tako, da se utemeljenost suma ne nanaša več na storitev dejanja, marveč na vprašanje, »ali je utemeljeno verjeti, da je osumljenec v posesti želenih dokaznih predmetov«. Še več. V primeru **Zurcher v. Stanford Daily** je bila hišna preiskava naperjena na uredništvo študentskega časopisa na stanfordski univerzi v Kaliforniji. Čeprav fotografije, za katere se je zanimala policija, niso bremenile samih urednikov, temveč bi služile identifikaciji pobudnikov študentskih nemirov na omenjeni univerzi, je Vrhovno sodišče poseg dovolilo.

Skratka »daj-dam« logika, ki je botrovala četrtemu amandmaju — da je namreč poseg v integriteto posameznika mogoč le na podlagi utemeljenega suma, da je ta posameznik s svojim kaznivim dejanjem posegal v integriteto države — je bila podrta, ko je pričalo veljati, da je hišna preiskava lahko naperjena tudi zoper pričo, ki per definitionem ni posegla v interese države. Do primera **Zurcher** je namreč veljalo, da se materialno dokazno gradivo od prič pridobiva izključno na podlagi »**writ of subpoena**«, to je na podlagi enostavne pismene zahteve, da priča predloži zahtevane dokazne predmete, listine itd. Podrta je še ena pregrada med procesnima strankama. Dovoljena je samopomoč na podlagi enostavnega suma, da ima oseba dokaze v svoji posesti.

V omenjenem primeru **Schneklath** pride do izraza problem soglasja osumljenca h posegu v njegovo integriteto. V kontradiktornem postopku seveda stranka samoostojno razpolaga s svojimi procesnimi pravicami. Če se jim prostovoljno odreče s tem, da dovoli kakršenkoli poseg, se vprašanje procesnega varstva več ne zastavlja. Seveda pa ima vsako soglasje svoj intelektualni in svoj volitivni moment. Oba sta podvržena policijskim pritiskom. Če osumljenec ne ve, da ima pravico odreči soglasje npr. k preiskavi avtomobila, tedaj je glede tega v zmoti. Težko je govoriti o njegovi prostovoljnosti. Po drugi strani pa gre tu tudi za nerazrešen filozofski problem determinizma. Sodnik Vrhovnega sodišča Frankfurter je nekje zapisal, da je soglasje obdolženca amfibijska žival, ker lahko po eni strani velja, da po sine qua non logiki že samo vprašanje policije: »Ali lahko pregledamo vaš avto?«, predstavlja vzrok posega, po dru-

gi strani pa je celó soglasje pod torturo navsezadnje tudi »prosta« izbira med torturo in priznanjem. No, primer **Miranda** je na to vprašanje vsaj delno odgovoril, ko je postavil zahtevo, da policija osumljenca pouči o njegovi pravici, da ne soglaša z zasliševanjem. S tem je nekako zadovoljen vsaj intelektualni predpogoj legitimnosti soglasja, čeprav volitivni pritiski s strani policije seveda še vedno obstajajo. **Miranda** pa seveda velja zgolj za zasliševanje. Pri osebnih in hišnih priskavah policija ni dolžna osumljenca obvestiti o njegovi pravici, da soglasje odreče. Sistem gradi na osumljenčevi nevednosti in pri tem briskira vprašanje legitimnosti tako pridobljenega »soglasja«.

Veliko hujše kršenje načela ločitve procesnih strank je očitno pri vprašanju elektronskega prisluškovanja. V omenjenem **On Lee** primeru, je sodnik Jackson zastopal stališče, da prisluškovanje, pa naj bo elektronsko ali navadno, sploh ni krito v 4. amandmaju, da namreč ne gre za preiskavo in zaseg, ker je predmet zasega tu beseda, ne kak predmet. To doktrino je podrl primer **Katz** in je nekaj časa veljal kriterij t. i. »expectation of privacy«,\* ki naj bi nadomestil teritorialne kriterije iz 4. amandmaja.

Namen primera **Katz** je bil seveda razširiti procesno pravno varstvo, vendar se je pri zamenjavi sodnikov izkazalo, da je nedoločno merilo »expectation of privacy« dvorezen meč. Sodnik Rehnquist in pa predsednik sodišča Burger (oba je imenoval Nixon) se namreč sedaj dosledno postavljata na stališče, da ljudje ne pričakujejo procesnoppravnega varstva, kar zadeva npr. notranjost kabine avtomobila, vprašanj beleženja klicanih telefonskih števil (»pen register«) itd. Za elektronsko prisluškovanje velja, da je pod relativno strogimi pogoji dovoljeno, če nalog izda sodnik: gre pač za poslovanje, ki mutatis mutandis velja za hišne in osebne preiskave. Za te mora, kot omenjeno, tudi izdati nalog sodnik, če je le podan utemeljen sum. Zanimivo je seveda, da je kršitev tega pravila mogoče ex post facto popraviti z izključitvijo protipravno pridobljenih dokazov v hišni, osebni preiskavi, kakor tudi s prisluškovanjem.

Šesti amandma k ustavi govori o pravici obtoženca do zagovornika. Ko pa je bila formalistična distinkcija med preiskavo in obravnavo enkrat presežena v primeru **Powell v. Alabama**,

\* Gre za subjektivno zanašanje na meje zasebnosti, v katerih posameznik ohranja svojo integriteto.

niškega kazenskega prava in pa prava, ki zadeva prisilno hospitalizacijo duševnih bolnikov. Na obeh področjih je prišlo do ponovnega vzpostavljanja kontradiktornosti, ker se je »parens patriae« doktrina izkazala za nerealistično. Zaen-

krat torej velja, da se bomo še naprej zatekali k pravnemu varstvu posameznika pred državo in ambivalentno izbirali med materialno-pravnim iskanjem resnice ter procesno-pravno pravičnostjo.

UDC 343.131.2

## Truth and Justice in the Anglo-Saxon Criminal proces

Zupančič dr. Boštjan M., Associate Professor of Law, Seton Hall University, School of Law, Newark, New Jersey

In his inaugural lecture the author aims to portray the built-in antinomy of the accusatorial Anglo-Saxon criminal process. If the purpose of all law is to disjoin the antagonistic parties, otherwise likely to resort to self-help leading to Hobbes' war of everybody against everybody, then the accusatorial criminal procedure, too, must keep the government away from the defendant. This **principle of disjunction** of the procedural parties, however, is not compatible with rather compulsive tendency towards the **truthfinding** characteristics of the criminal process. The reason for this incompatibility lies in the fact that the dis-junction of the parties makes it im-

possible for the government to use the defendant as a source of evidence against himself. Even so the American Supreme Court has attempted to carry out the idea of separating the government from the defendant in investigation as well as during the trial. Given, however, that the defendant is still the most important source of evidence, the disjunction of the parties was not carried out consistently at all. Nevertheless, the author maintains that a legitimate criminal process must in all cases prevent the use of force or guile as against a defendant in all phases of the criminal process.