

## **SCHENK против ШВАЈЦАРСКЕ**

**Пресуда од 12. јула. 1988.**

### **НЕЗВАНИЧНИ РЕЗИМЕ И ИСТОРИЈАТ ПРЕДМЕТА**

#### ***A. Основне чињенице***

Г. Pierre Schenk, директор компаније, рођен 1912. године, у поступку развода је од 1974. године. Г. Pauty, којем је он повјерио неколико задатака, је 1981. године контактирао са гђом Schenk тврдећи да му је њен муж наложио да је убије. О томе су обавијестили истражног судију Кантона Vaud и он је започео истрагу. Поступајући по молбама за пружање правне помоћи упућеним француским властима, г. Pauty је пружио доказе француској полицији у присуству швајцарског полицијског инспектора, којем је дао касетофон са касетом која је садржала снимак телефонског разговора г. Schenka који је снимљен без његовог знања. Касета је уложена у досије који је отворио истражни судија.

Након што је оптужен за подстицање на убиство, подносилац представке је првобитно ослобођен оптужбе, али је по жалби тужилаштва против њега покренут судски поступак. Окружни кривични суд Rolla је, 13. августа 1982. године, ослањајући се, *inter alia*, на спорни снимак, осудио подносиоца представке на десет година затвора.

Г. Schenk је безуспјешно оспоравао снимање и употребу снимка пред Кривичним жалбеним одјелом Кантоналног суда Vaud, и касније, пред Савезним судом. У децембру 1984. године је дјелимично помилован и пуштен из затвора.

#### ***B. Поступак пред Комисијом за људска права***

Представку, која је уложена 6. марта 1984. године, Комисија је прогласила дјелимично прихватљивом 6. марта 1986. године.

У свом извјештају од 14. маја 1987. године Комисија је утврдила чињенице предмета и изнијела мишљење, са једанаест гласова за и два против, да није повријеђен члан 6 став 1.

*Комисија је предмет упутила Суду 15. јула 1987. године, а Влада Швајцарске Конфедерације 28. јула 1987. године.*

## ИЗВОД ИЗ ПРЕСУДЕ

### ПРАВО

#### I. НАВОДНА ПОВРЕДА ЧЛАНА 6

##### A. Члан 6 став 1

39. Г. Schenk, прије свега, тврди да је снимање његовог телефонског разговора са г. Rautyem, и коришћење тог снимка у доказном поступку, у супротности са чланом 6 став 1, који предвиђа:

“1. Приликом утврђивања грађанских права и обавеза или основаности било какве кривичне оптужбе против њега, свако има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним, законом установљеним судом...”

40. Сходно његовом мишљењу, снимање је обављено на иницијативу швајцарске полиције. Тачно је да је жалбу по члану 8 која се односи на поступак снимања Комисија прогласила неприхватљивом због пропуста да се исцрпе домаћи правни лијекови, али је у циљу оцјене правичности суђења ипак било неопходно да се као основа узму чињенице онако како су се десиле, нарочито тамо гдје је, као у овом случају, укључена одлучујућа околност.

Суд уочава да се жалба коју је Комисија прогласила неприхватљивом односила искључиво на члан 8. Суд није надлежан да ову жалбу испитује као такву, али није спријечен да је разматра у оквиру других чланова, у овом случају члана 6 став 1.

41. Г. Schenk је, такође, изјавио да је коришћење незаконито прибављеног доказа било довољно да ово суђење учини неправичним, те да је његова осуда углавном заснована на том снимку. Он је сматрао заиста потребним да упореди супротне интересе – јавни интерес у утврђивању истине у предмету тешког кривичног дјела и приватни интерес у очувању повјерљивости телефонског разговора – али ово је, сходно његовим наводима, требало да буде прије било каквог телефонског снимања, а не послије тог догађаја, и никада незаконито.

Што се осталог тиче он је дао двије изјаве. Прво се жалио да инспектор Messerli није никада позван да свједочи. Одбрана га, додуше, није позвала као свједока ни током истражног поступка нити на суђењу, али је тај пропуст, наводи подносилац представке, био срачунат због, у првом случају, очекивања ослобађања од оптужбе – које се испунило (в. став 17 горе) а, у другом случају, због чињенице да је г. Messerli био убијеђен у кривицу оптуженог (в. став 15 горе). Друго, г. Schenk је критиковао начин на који је Кривични суд Rollea преслушавао касету. Он је тврдио да су, имајући у виду чињеницу да је он глух, требале да буду инсталисане слушалице па чак и специјални уређаји.

42. Влада је сматрала потребним да се направи разлика између случаја када власти користе незаконита средства како би прибавили или припремили доказе који ће касније да се користи на суду и случаја незаконите радње појединца који преда доказе властима. Додала је да интереси који су у питању треба да буду упоређени, и да, штавише, снимак није био једини доказ; позвали су се при том на одлуке судова донесене у овом предмету.

43. Влада није спорила да је снимак прибављен на незаконит начин. И швајцарски судови, који су се бавили овим предметом, су признали исто.

Кривични суд Rollea је, на примјер, нашао да снимање “нису наредиле нити одобриле надлежне власти” (в. став 20 горе).

Кривично касационо одјељење Кантоналног суда Vaud је навело: “Може да се призна подносиоцу жалбе да, чак и у недостатку било какве тужбе, приватно снимање Pautyevog телефонског разговора са оптуженим само по себи представља прекршај” (в. став 28 горе).

На крају, Савезни суд је нашао да “би могло да буде прихваћено да су, што се тиче спорног снимања, постојала обиљежја бића кривичног дјела предвиђеног чланом 179 Кривичног закона” (в. став 30 горе).

44. Сва три суда су, упркос свему, прихватила снимак као доказни материјал.

Кривични суд Rollea је закључио, *inter alia*, “да је у сваком случају садржај снимка могао да буде уврштен у предмет, било због тога што је истражни судија имао Pautyev телефон прислушкиван или једноставно због тога што је било довољно да се као доказ прибави изјава Pautya о садржају снимка” те би “пријем образложења оптуженог довело до нужног искључивања великог дијела доказа у кривичном поступку” (в. став 20 горе).

Кривично касационо одјељење Кантоналног суда Vauda је навело да “спорни снимак није сам по себи представљао забрањен доказ”, и да “ако је требала да се цијени равнотежа између интереса и права која су у питању, разлика између овлашћеног прислушкивања и неовлашћеног снимања није сама по себи довољна да оправда придавање веће важности заштити приватности у односу на јавни интерес откривања лица кривог за тешко кривично дијело” и да су “средства коришћена у овом предмету остала у оквиру граница које су прихватљиве у борби против криминала” (в. став 28 горе).

Савезни суд је сматрао да је “јавни интерес који се састојао у утврђивању истине у предмету кривичног дјела које се тиче убиства (био изнад) интереса Schenka у очувању повјерљивости телефонског разговора што ни на који начин није нарушило његову приватност” (в. став 30 горе).

45. У складу са чланом 19 Конвенције, дужност је Суда да обезбиједи надгледање обавеза које су државе уговорнице преузеле према Конвенцији. Прецизније, није улога Суда да се бави грешкама у чињеницама или закону које су, наводно, учинили домаћи судови сем уколико, и у мјери у којој су оне могле, да доведу до кршења права и слобода заштићених Конвенцијом.

46. Мада члан 6 Конвенције гарантује право на правично суђење, нису постављена никаква правила која се тичу прихватљивости доказа као таквих, која су, сходно томе, првенствено ствар регулисања у оквиру домаћег закона.

Суд, дакле, не може да принципијелно и генерално искључи да су незаконито прибављени докази ове врсте могли да буду прихватљиви. Суд може да установи само да ли је суђење г. Schenku било правично у цјелини.

47. Прије свега, Суд је, као и Комисија, уочио да права на одбрану нису била занемарена.

Подносиоцу представке није било непознато да је снимање на које се он жалио било незаконито јер га није наредио надлежни судија. Он је имао могућност – коју је и искористио – да оспорава његову вјеродостојност и коришћење, након што се на почетку сложио да оно треба да се чује (в. став 18 горе). Није од значаја чињеница да су његови покушаји остали безуспјешни.

Сем тога, г. Schenk је на почетку судске истраге тражио и издејствовао испитивање г. Pautya (в. став 16 горе).

Штавише, адвокат подносиоца представке је могао да испита г. Pautya – који је био позван као свједок – у току суђења пред Кривичним судом Rollea (в. став 22 горе).

И најзад, г. Schenk није позвао инспектора Messerlia да се појави, иако је он био задужен за истрагу и одговоран за прикупљање доказа проведних у Француској према захтјеву за правну помоћ швајцарских власти (в. став 12 горе).

48. Суд, такође, придаје значај чињеници да снимак телефонског разговора није био једини доказ на којем је осуда била заснована. Кривични суд Rollea је одбио да прогласи касету неприхватљивом као доказ јер би било довољно да се саслуша г. Pautya као свједока у вези са садржајем снимка (в. став 20 горе). Саслушано је и неколико других свједока, које је суд по сопственом нахођењу позвао под пријетњом казне – као што је г. Schenk – или су позвани на захтјев одбране (в. став 22 горе). Пажљиво је наведено на више мјеста у пресуди да је суд своју одлуку засновао и на другим доказима а не само на снимку, а они су потврдили закључке о кривици г. Schenka изведене из снимка. Са овим у вези је од нарочите важности одломак који слиједи:

“Мишљење суда је дјелимично засновано на снимку телефонског разговора од 26. јуна 1981. године...Али ту су и други докази: невјероватно разрађена опрезност коју је предузео оптужени; чињеница да је оптужени годинама морао да плаћа новчану помоћ својој жени упркос њеној злоупотреби, које је подносилац жалбе био свјестан али није могао да је докаже, што би вјероватно довело до другачје процјене стања; чињеница да је споразум о споредним питањима требао да потврди то стање; крајња је несврсисходност што неко жели да пошаље човјека, који тврди да је бивши члан Легије странаца и коме недостаје обуке, културе и способности, на Хаити, а затим у Швајцарску, како би прибавио релативно неважне информације које су у сваком случају од сумњивог значаја у поступку развода; чињеница да након неуспјеха (ХР) задатка и задатка на Хаитију – са којег се од Pautya очекивало да се врати барем са информацијом да ли је или није Josette Schenk имала изграђену кућу – није било разлога за слање Pautya у Швајцарску, гдје он није имао веза; чињеница да је оптужени потрошио више од 10.000 швајцарских франака како би прибавио (ако је његова верзија прихватљива) изузетно неважне информације; и, на крају, чињеница да оптужени никада није предузео никакве кораке како би поднио тужбу због злонамјерне оптужбе.” (в. став 26 горе)

Из овог одломка јасно произилази да је кривичини суд, прије извођења закључака, узео у обзир доказе у цјелини.

49. У закључку, коришћење спорног снимка као доказ није подносиоца представке лишило правичног поступка, тако да није прекршен члан 6 став 1.

#### В. Члан 6 став 2

50. Г. Schenk је такође тврдио да, због коришћења незаконито прибављеног снимка, његова кривња није била доказана “по закону”. Сходно његовим поднесцима, није примијењен принцип презумпције невиности, гарантован чланом 6 став 2, који предвиђа:

“Свако ко је оптужен за кривично дјело сматра се невиним док се његова кривица по закону не докаже.”

Влада је оспоравала ове наводе.

Сходно мишљењу Комисије, жалба у ствари спада у оквир концепта правичног суђења. Позивање на члан 6 став 2 је била посљедица погрешног тумачења. На саслушању пред Судом представник Комисије је додао да је у овом предмету оптужени био сматран невиним док се није доказала кривица по закону, јер су швајцарски судови сматрали да је суђење било у цијелости потпуно законито, упркос пропусту да буде усклађено са “кривичном одредбом”.

51. По мишљењу Суда, записник са претреса од 9. до 13. августа и пресуда од 13. августа 1982. године (в. ставове 19-23 и 26 горе) не садрже ништа што би могло да доведе до закључка да је Кривични суд Rollea поступао са г. Schenkom као да је сматран кривим прије него што га је осудио. Само укључивање касете у доказни материјал није довољно да потврди наводе подносиоца представке, што резултује закључком да ни овдје није прекршена Конвенција.

## II. НАВОДНА ПОВРЕДА ЧЛАНА 8

52. На крају, г. Schenk тврди да је био жртва повреде права на поштивање његовог приватног живота и преписке, права које обухвата право на повјерљивост комуникације телефоном. Он се ослања на члан 8 Конвенције који предвиђа:

"1. Свако има право на поштивање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.

2. Јавна власт се не мијеша у вршења овог права, осим ако је такво мијешање предвиђено законом и ако је то неопходна мјера у демократском друштву у интересу националне безбједности, јавне безбједности, економске добробити земље, спречавања нереда или спречавања злочина, заштите здравља и морала или заштите права и слобода других."

Он наводи је Комисија прогласила неприхватљивом једино онај дио жалбе који се односи на сачињавање спорног снимка. Он је, сходно томе, затражио од Суда да у оквиру члана 8 испита употребу касете као доказа и да донесе одлуку да је то било у супротности и са овом одредбом. Он износи сљедеће елементе: предаја касете полицији и њена употреба; достављање касете истражном судији и њено преслушавање; просљеђивање предмета главном јавном тужиоцу, а затим и Одјелењу за оптужбе; достављање адвокатима поштом; доступност великом броју људи, као на примјер, службеницима писарне; прикључивање касете досијеу предмета пред Кривичним судом Rollea и њено преслушавање током суђења.

Влада је сматрала завршеном дискусију о жалбама у вези са чланом 8 и упутила на извјештај Комисије.

53. Суд уочава да је у својој одлуци од 6. марта 1986. године Комисија прогласила неприхватљивом, због неисцрпљивања домаћих правних лијекова, једино "жалбу која се односила на спорни поступак снимања" (в. став 37 горе). Будући да је тако, ништа не спречава Суд да размотри питање коришћења снимка. Ово, међутим, није потребно у овом предмету, с обзиром да је ово питање обухваћено питањем коришћења снимка у истражном поступку и касније у току суђења (које већ размотрено у оквиру члана 6).

## ИЗ ОВИХ РАЗЛОГА, СУД

1. *Одлучује*, са тринаест гласова за и четири против, да није повријеђен члан 6 став 1 Конвенције.
2. *Одлучује*, једногласно, да није повријеђен члан 6 став 2.
3. *Одлучује*, са петнаест гласова за и два против, да није потребно да се испитује предмет у оквиру члана 8.

Пресуда је сачињена на енглеском и француском језику и објављена на јавној расправи у Згради људских права у Strasbourg 12. јула 1988. године.

Rolv RYSSDAL  
Предсједник

За регистрара

Jonathan L. SHARPE  
Руководилац одјељења у регистру суда

У складу са чланом 51 став 2 Конвенције и правилом 52 став 2 Правила Суда, овој пресуди су приложена слjedeћа издвојена мишљења;

- (a) заједничко супротно мишљење г. Pettitia, г. Spielmanna, г. De Meyera и г. Carrillo Salcedoa;
- (b) заједничко супротно мишљење г. Pettitia и г. De Meyera;
- (c) супротно мишљење г. De Meyera.

R. R.

J. L. S.

## **ЗАЈЕДНИЧКО СУПРОТНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈА PETTITIA, SPIELMANNA, DE MEYERA И CARRILLO SALCEDOA**

Већина у Суду је сматрала да члан 6 Конвенције не поставља никаква правила која се тичу “прихватљивости доказа као таквих, која су, сходно томе, првенствено ствар регулисања у оквиру домаћег закона”. Суд је закључио да није могао да “принципијелно и генерално искључи да су незаконито прибављени докази ове врсте могли да буду прихватљиви” и да Суд треба да “установи само да ли је суђење било правично у цјелини”<sup>1</sup>.

Суд је, додуше, ограничио обим своје пресуде на поједине чињенице, али је, по нашем мишљењу, био обавезан да се осврне на проблем незаконитости доказа.

На наше велико жаљење, не можемо да дијелимо мишљење већине, с обзиром да, по нашем мишљењу, поступање по закону, када је у питању прикупљање доказа, није апстрактан нити формалистички захтјев. Напротив, сматрамо да је то од основне важности за правичност кривичног суђења.

Ниједан суд се не може, без штете по правилно функционисање правосуђа, ослонити на доказе који су прибављени не само неправичним средствима већ, прије свега, незаконито. Ако се то и деси, суђење не може да буде правично према значењу у Конвенцији.

У предметном случају, није спорно да је “снимак прибављен на незаконит начин”<sup>2</sup>.

Чак и ако су се судови који су утврдили оптужбу против подносиоца жалбе ослонили на, како је то наведено у пресуди, “друге доказе а не само на снимак, али да су ти докази потврдили закључке изведене из снимка о кривици (лице које је у питању)”<sup>3</sup>, остаје истина да су они “укључили снимак у доказе”<sup>4</sup> и да је њихова одлука била “дијелом”<sup>5</sup> заснована на спорној касети.

Из ових разлога смо закључили да је у овом предмету дошло до повреде права на правично суђење које је гарантовано чланом 6 Конвенције.

## **ЗАЈЕДНИЧКО СУПРОТНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈА PETTITIA И DE MEYERA**

Мишљења смо да је Суд требао да размотри чињенице у оквиру члана 8 као и у оквиру члана 6 Конвенције.

---

<sup>1</sup> Став 46 пресуде.

<sup>2</sup> Став 43 пресуде.

<sup>3</sup> Став 48 пресуде.

<sup>4</sup> Став 44 пресуде.

<sup>5</sup> Ставови 26 и 48 пресуде.

Вјероватно би нас ово двоје довело до закључка да су оба ова члана Конвенције повријеђена.

### СУПРОТНО МИШЉЕЊЕ СУДИЈЕ DE MEYERA

По мом мишљењу, чињенице које су установљене у пресуди откривају, и у односу на поступак спорног снимања и коришћења снимка у судском поступку, повреду права на повјерљивост комуникације телефоном, као и права на правично суђење подносиоцу представке.

Тачно је да је Комисија прогласила жалбу неприхватљивом у мјери у којој се она односила на сачињавање снимка.

Али “предмет”<sup>6</sup> нам је био прослијеђен, и управо због те чињенице су нам, дакле, прослијеђена и “сва чињенична или правна питања” која се појаве у току његовог разматрања<sup>7</sup>.

Надаље, поступак снимања и коришћење спорног снимка је било “директно повезано”<sup>8</sup> једно са другим: то двоје је чинило цјелину која је тешко могла да се раздвоји како правно тако и чињенично. Сачињавање снимка је био неопходан предуслов за његову употребу, једнако као што је његова употреба била у исто вријеме сврха и “наставак”<sup>9</sup> његовог сачињавања. Оба су била узрок жалбама које не само да су биле очигледно повезане<sup>10</sup> и “присно повезане”<sup>11</sup> већ у суштини исте.

---

<sup>6</sup> Члан 45 Конвенције.

<sup>7</sup> Пресуда од 18. јуна 1971. г. у предмету De Wilde, Ooms и Versyp, серија А бр. 12, стр. 29, став 49, в. такође пресуду од 7. децембра 1976. г. у предмету Handyside серија А бр. 24, стр. 20, став 41, и пресуду од 6. септембра 1978. г. у предмету Klass и остали серија А бр. 28, стр. 17., став 32.

<sup>8</sup> Пресуда од 10. новембра 1969. г. у предмету Stögmüller серија А бр. 9, стр. 41, став 7, и пресуда у предмету Matznetter од истог датума, серија А бр. 10, стр. 31, став 5.

<sup>9</sup> Претходно цитирану пресуду у предмету Stögmüller, loc. cit., и претходно цитирану пресуду у предмету Matznetter, стр. 32, став 5, и такође пресуду од 2. марта 1987. г. у предмету Weeks, серија А бр. 114, стр. 21, став 37, и пресуду од 24. марта 1988. г. у предмету Olsson, серија А бр. 130, стр. 28-29, став 56-

<sup>10</sup> слједеће пресуде: пресуда од 17. јануара 1970. у предмету Delcourt, серија А бр. 11, стр. 20, став 40; пресуда од 24. октобра 1979. г, серија А бр. 33, стр. 28, став 72; пресуда од 6. маја 1985. г, серија А бр. 92, стр. 17, став 37; и пресуда од 21 фебруара 1986. г. у предмету James и остали, серија А бр. 98, стр. 46, став 8.

<sup>11</sup> претходно цитирана пресуда у предмету Delcourt, loc. cit, и претходно цитирана пресуда у предмету Winterwerp, loc. cit.

Није, сходно томе, било разлога због којег нисмо требали да посматрамо процес у цјелини. Све је указивало на чињеницу да је у обе своје фазе овај процес довео до повреде два фундаментална права која су у питању.

---

**КЉУЧНЕ РИЈЕЧИ:**

Правично суђење

Испитивање свједока

Презумпција невиности

Приватност

Поштивање преписке