

PREDMET *DŽALOH protiv NEMAČKE*  
(Predstavka br. 54810/00)

PRESUDA  
Strazbur 11. jul 2006.

*Ova presuda je konačna ali može biti predmet redakcijskih izmena.*

**U predmetu Džaloh protiv Nemačke,**

Evropski sud za ljudska prava, zasedajući u Velikom veću sastavljenom od sledećih sudija:

g. L. VILDHABER (*WILDHABER*), *predsednik Suda,*

g. C. L. ROZAKIS (*ROZAKIS*),

ser NIKOLAS BRACA (*BRATZA*),

g. B. M. ZUPANČIČ (*ZUPANČIČ*),

g. G. RES (*RESS*),

g. G. BONELO (*BONELLO*),

g. L. KAFLIŠ (*CAFLISCH*),

g. I. KABRAL BARETO (*CABRAL BARRETO*),

g. M. PELONPA (*PELLONPÄÄ*),

g. A. B. BAKA (*BAKA*),

g. R. MARUSTE (*MARUSTE*),

gđa S. BOTUČAROVA (*BOTOUCHAROVA*),

g. J. BOREGO BOREGO (*BORREGO BORREGO*),

gđa E. FURA-SANDSTROM (*FURA-SANDSTRÖM*),

gđa A. GIJULUMIAN (*GYULUMYAN*),

g. K. HADŽIJEV (*HAJIYEV*),

g. J. ŠIKUTA (*ŠIKUTA*), *sudije,*

i g. T. L. ERLI (*EARLY*), *sekretar odeljenja,*

posle većanja na sednicama zatvorenim za javnost 23. novembra 2005. i 10. maja 2006.

Izriče sledeću presudu, donetu poslednjeg pomenutog dana:

## POSTUPAK

1. Predmet je formiran na osnovu predstavke (br. 54810/00) protiv Savezne Republike Nemačke koju je Sudu na osnovu člana 34 Konvencije o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: 'Konvencija') podneo državljanin Sijera Leonea, g. Abu Baka Džaloh (*Abu Bakah Jalloh*) (u daljem tekstu: podnosilac predstavke), 30. januara 2000. godine.

2. Podnosioca predstavke je zastupao g. U. Buš (*U. Busch*), advokat koji ima kancelariju u Ratingenu. Nemačku državu (u daljem tekstu: Država) je predstavljao njen zastupnik, g. K. Stoltenberg (*K. Stoltenberg*), a potom i gđa A. Wittling-Vogel (*A. Wittling-Vogel*).

3. Podosilac predstavke je tvrdio da prisilno davanje emetika radi pribavljanja dokaza o krivičnom delu u vezi s drogama predstavlja nečovečno i ponižavajuće postupanje zabranjeno članom 3 Konvencije. Dalje je tvrdio da se upotrebom ovih nezakonito pribavljenih dokaza na suđenju prekršilo njegovo pravo na pravično suđenje koje jamči član 6 Konvencije.

4. Predstavka je poverena Trećem odeljenju Suda. Odlukom od 26. oktobra 2004. veće tog odeljenja ju je proglasilo delimično prihvatljivom. Veće je sastavljeno od sledećih sudija: g. I. Kabral Bareto, *predsedavajući*, g. Dž. Res, g. L. Kafliš, gđa M. Caca-Nikolovska (*M. Tsatsa-Nikolovska*), i gđa A. Giulumian (*A. Gyulumian*), i g. V. Berger, sekretar odeljenja.

5. Veće je ustupilo nadležnost u korist Velikog veća 1. februara 2005, na šta nijedna strana nije imala prigovor (čl. 30 Konvencije i pravilo 72 Poslovnika Suda).

6. Sastav Velikog veća je određen saglasno odredbama člana 27, stavovi 2 i 3 Konvencije i pravila 24 Poslovnika Suda. G. Dž. Res, čiji je mandat istekao 31. oktobra 2004. nastavio je da zaseda u predmetu (čl. 23 st. 7 Konvencije i pravilo 24 st. 4 Poslovnika Suda). G. Ž.-P. Kosta, g. R. Turmen i gđa M. Caca-Nikolovska, koji nisu mogli da učestvuju u postupku, zamenjeni su g. A. B. Bakom, g. G. Bonelom i g. J. Šikutom (pravilo 24 st. 2(a) i 3). Na poslednjoj raspravi, gđa S. Botučarova, sudija zamenik, zamenila je gđu L. Mijović, koja nije bila u mogućnosti da učestvuje u daljem razmatranju predmeta (pravilo 24 st. 3).

7. Podnosilac predstavke i država su podneli komentare u vezi sa suštinom predmeta.

8. Rasprava je bila javna i održana je u zgradi Suda u Strazburu, 23. novembra 2005. (pravilo 59 st. 3 Poslovnika Suda).

Pred Sudom su se pojavili:

(a) *U ime Države:*

gđa A. Vitling-Vogel (*A. WITTLING-VOGEL*), zastupnik,

g. H. Brukner (*H. BRÜCKNER*),

gđa K. Kreis (*C. KREIS*),

g. J. Klas (*J. KLAAS*),

g. K. Pušel (*K. PÜSCHEL*),

profesor (*Institut za sudsku medicinu Hamburg*),

g. H. Korner (*H. KÖRNER*), savetnici;

(b) *U ime podnosioca predstavke:*

g. U. Buš (*U. BUSCH*), advokat,

g. A. Buš (*A. BUSCH*), savetnik.

Sud je saslušao obraćanja g. A. Buša i gđe A. Vitling-Vogel, njihove odgovore i odgovor g. K. Pušela na pitanja koja su im postavljena.

## ČINJENICE

### I. OKOLNOSTI SLUČAJA

9. Podnosilac predstavke je rođen 1965. i živi u Kelnu (Nemačka).

10. Činjenice predmeta, koje su podnele stranke, mogu se sažeti na sledeći način.

#### *A. Istražni postupak*

11. Četiri policajca u civilu su 29. oktobra 1993. primetila da je podnosilac predstavke u najmanje dva različita navrata izvadio malu plastičnu vrećicu (tzv. „mehur“) iz svojih usta i predao je licu u zamenu za novac. Verujući da te vrećice sadrže drogu policijski službenici su pošli da uhapsu podnosioca predstavke, na šta je on progutao drugu vrećicu koja mu je još uvek bila u ustima.

12. Policijski službenici nisu našli drogu kod podnosioca predstavke. Pošto je dalje odlaganje moglo poremetiti vođenje istrage, javni tužilac je naložio da lekar da emetike (*Brechmittel*) podnosiocu predstavke, kako bi došlo do izbacivanja vrećice iz tela (*Exkorporation*).

13. Podnosilac predstavke je odveden u bolnicu u Vupertal-Elberfeldu (*Wuppertal-Elberfeld*). Prema izjavi države, lekar koji je trebalo da da emetike, pitao je podnosioca predstavke o njegovom zdravstvenom stanju (postupak poznat kao uzimanje anamneze). Ovo je podnosilac predstavke osporio, tvrdeći da ga lekar nije ništa pitao. Kako je podnosilac predstavke odbio da uzme lek koji izaziva povraćanje, četiri policijska službenika su ga uhvatila i onemogućila mu da se pomera. Lekar mu je onda na silu ubrizgao slani rastvor i emetik, sirup *Ipecacuanha*, preko sonde provučene kroz njegov nos u stomak. Uz to mu je lekar dao injekciju apomorfijuma, još jednog emetika, koji je derivat morfijuma. Kao rezultat toga, podnosilac predstavke je povratio jednu vrećicu u kojoj je bilo 0.2182 grama kokaina. Otprilike sat i po vremena nakon što je uhapšen i odveden u bolnicu, podnosioca predstavke je pregledao lekar i izjavljeno je da je spreman za pritvor.

14. Kada ga je posetila policija u ćeliji dva sata nakon što su mu dati emetici, podnosilac predstavke, za kojeg je utvrđeno da ne govori nemački jezik, rekao je na lošem engleskom jeziku da je suviše umoran da bi mogao da da izjavu povodom navodnog krivičnog dela.

15. Prema nalogu za hapšenje koji je izdao Okružni sud Vupertal (*Wuppertal*), podnosilac predstavke je zadržan u pritvoru 30. oktobra 1993.

16. Podnosilac predstavke je tvrdio da je tri dana nakon terapije kojoj je bio podvrgnut mogao da pije samo supu, a iz nosa mu je tokom dve nedelje u više navrata tekla krv zbog rana koje je zadobijenih prilikom umetanja sonde. Ovo je država osporila, naglasivši da podnosilac predstavke nije podneo lekarski izveštaj kao dokaz svoje tvrdnje.

17. Dva i po meseca nakon što su mu dati emetici, podnosilac je podvrgnut gastrokopiji u zatvorskoj bolnici pošto se prethodno žalio na konstantan bol u gornjem delu stomaka. Utvrđeno je da boluje od iritacije u nižem delu ezofagusa koju je izazvala promena u želudačnoj kiselini. U lekarskom izveštaju ovo stanje nije izričito dovedeno u vezu s prisilnim davanjem emetika.

18. Podnosilac predstavke je pušten iz zatvora 23. marta 1994. Tvrdio je da je morao da se podvrgne daljem lečenju zbog problema sa stomakom od kojih je bolovao usled prisilnog unošenja emetika. Nije podneo nikakve dokumente kao potvrdu da je prethodno bio lečen. Kada je reč o Državi, ona je tvrdila da podnosilac predstavke prethodno uopšte nije bio lečen.

### *B. Postupak pred domaćim sudom*

19. U svojim podnescima od 20. decembra 1993. Okružnom sudu Vupertal, podnosilac predstavke, kojeg je tokom postupka zastupao advokat, podneo je prigovor na to da se na suđenju upotrebi dokaz pribavljen davanjem emetika,

metodom koja se smatra nezakonitom. Policijski službenici i lekar koji je u to bio uključen krivi su za nanošenje telesnih povreda prilikom obavljanja svojih dužnosti (*Körperverletzung im Amt*), jer su upotrebili silu da bi izazvali izbacivanje vrećice kokaina. Unošenje toksičnih supstanci je zabranjeno odeljkom 136a Zakonika o krivičnom postupku (vidi dole stav 34). Manipulisalo se njegovim telesnim funkcijama, budući da su telesne aktivnosti izazvane sprečavanjem kontrolnih reakcija mozga i tela. U svakom slučaju, davanje emetika je bila nesrazmerna mera, a time i nedozvoljena odeljkom 81a Zakonika o krivičnom postupku (vidi dole stavove 33 i 35–40). Bilo je moguće dobiti dokaz za navodno krivično delo tako što bi se sačekalo da vrećica izađe iz njegovog sistema prirodnim putem. Podnosilac je dalje tvrdio da je jedini drugi način dozvoljen odeljkom 81a Zakonika o krivičnom postupku moglo biti ispiranje želuca.

20. Okružni sud Vupertal je 23. marta 1994. osudio podnosioca predstavke za trgovinu drogom i odredio mu uslovnu zatvorsku kaznu od godinu dana, uz nadzor. Odbio je argument odbrane da je, prema članu 81a Zakonika o krivičnom postupku, davanje emetika nesrazmeran način da se povрати vrećica koja je sadržala samo 0.2g kokaina.

21. Podnosilac predstavke je podneo žalbu na presudu.

22. Regionalni sud Vupertal je 17. maja 1995. potvrdio osuđujuću presudu podnosioca predstavke, ali je umanjio trajanje uslovne kazne zatvora na šest meseci. Takođe je naložio oduzimanje (*Verfall*) 100 nemačkih maraka nađenih kod podnosioca predstavke prilikom hapšenja jer predstavljaju prihod stečen prodajom dve vrećice droge.

23. Regionalni sud je zaključio da je dokaz pribavljen izvršenjem naloga javnog tužioca da se izazove povraćanje vrećice kokaina prihvatljiv. Mera je izvršena jer bi dalje odlaganje moglo da spreči sprovođenje istrage. Shodno odeljku 81a Zakonika o krivičnom postupku, primena supstance o kojoj je ovde reč, čak iako je izvršena protiv volje osumnjičenog, bila je zakonita. Bilo je neophodno sprovesti taj postupak kako bi se obezbedili dokazi o trgovini drogom. Sproveo ga je lekar, u skladu s pravilima medicinske nauke. Zdravlje optuženog nije bilo ugroženo i poštovano je načelo srazmernosti.

24. Podnosilac predstavke je podneo žalbu protiv ove presude zbog navodne pogrešne primene prava. Njegove tvrdnje su se naročito odnosile na to da odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku ne dozvoljava upotrebu emetika, kao što ne dozvoljava ni da se supstance koje ugrožavaju život primenom opasnih metoda. Takođe, odeljak 81a zabranjuje mere kao što je mera o kojoj je ovde reč, koja je za rezultat imala da osumnjičeni zapravo bude prisiljen da aktivno doprinese sopstvenom osuđivanju. Dalje je rekao da su spornom merom prekršeni članovi

1 i 2 Ustava (*Grundgesetz*– vidi dole stavove 31–32), a posebno je zanemareno pravo na poštovanje ljudskog dostojanstva.

25. Žalbeni sud u Dizeldorfu je 19. septembra 1995. odbacio tužbu podnosioca predstavke. Zaključio je da u presudi Regionalnog suda nema nikakve pravne greške koja bi nanela štetu optuženom.

26. Podnosilac predstavke je podneo žalbu Saveznom ustavnom sudu. Ponovo je tvrdio da je primena emetika nesrazmerna mera shodno odeljku 81a Zakonika o krivičnom postupku.

27. Savezni ustavni sud je 15. septembra 1999. proglasio ustavnu žalbu podnosioca predstavke neprihvatljivom prema načelu supsidijarnosti.

28. Sud je ocenio da primena emetika, uključujući i apomorfijum, derivat morfijuma, otvara ozbiljna ustavna pitanja u pogledu fizičkog integriteta (čl. 2 st. 2 Ustava – vidi dole stav 32) i načela srazmernosti koja još nisu bila data na rešavanje krivičnim sudovima.

29. Savezni ustavni sud je zaključio da podnosilac predstavke nije iskoristio sve raspoložive pravne lekove (*alle prozessualen Möglichkeiten*) da ospori meru pred krivičnim sudovima kako bi izbegao potcenjivanje značaja i obima osnovnog prava ustanovljenog članom 2, stav 2, prva rečenica, Ustava (*um eine Verknennung von Bedeutung und Tragweite des Grundrechts des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG zu verhindern*).

30. Zatim je tvrdio da primena emetika nije pokrenula ustavne prigovore bilo načelu poštovanja ljudskog dostojanstva shodno članu 1, stav 1 Ustava ili načelu protiv samoopuživanja zagarantovanog članom 2, stav 1, koji se tumači zajedno sa članom 1, stav 1 Ustava.

## II. RELEVANTNO DOMAĆE, UPOREDNO I MEĐUNARODNO PRAVO I PRAKSA

### 1. Domaće pravo i praksa

#### a. Ustav

31. Član 1, stav 1 Ustava glasi:

„Ljudsko dostojanstvo je nepovredivo. Svaki državni organ je dužan da ga poštuje i štiti.“

32. Član 2, u meri u kojoj je relevantan, glasi:

„(1) Svako ima pravo na slobodan razvoj svoje ličnosti u meri u kojoj time ne krši prava drugih ili ne krši ustavni poredak ili moralna pravna načela.

(2) Svako ima pravo na život i fizički integritet. ...“

*b. Zakonik o krivičnom postupku*

33. Odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku, u meri u kojoj je relevantan, glasi:

„(1) Lekarski pregled optuženog se može naložiti u svrhu utvrđivanja činjenica relevantnih za postupak. U tom cilju, lekar može uzeti uzorke krvi i sprovesti druge invazivne telesne preglede u skladu s pravilima medicinske nauke, u svrhu lekarskog pregleda i bez pristanka optuženog, pod uslovom da nema opasnosti da će se narušiti njegovo zdravlje.

(2) Ovlašćenje za izdavanje takvog naloga ima sudija i, u slučaju da odlaganje može da ugrozi uspešnost pregleda, tužilaštvo i službena lica koja mu pomažu...“

34. Odeljak 136a Zakonika o krivičnom postupku o zabranjenim metodama ispitivanja (*verbotene Vernehmungsmethoden*) glasi:

„(1) Sloboda optuženog da odlučuje i izražava svoju volju ne sme se narušiti lošim postupanjem, izazivanjem umora, fizičkim ometanjem, davanjem droge, mučenjem, obmanom ili hipnozom. Prinuda se može koristiti samo u meri u kojoj je dozvoljena zakonom o krivičnom postupku. Zabranjeno je pretiti optuženom licu merama koje nisu dozvoljene zakonom o krivičnom postupku ili obećavati prednost koja nije predviđena zakonom.

(2) Nisu dozvoljene mere koje oštećuju pamćenje optuženog ili njegovu sposobnost da razume i prihvati datu situaciju (*Einsichtsfähigkeit*).

(3) Zabrana iz stavova (1) i (2) važi čak i kada optuženo lice pristane [na predloženu meru]. Izjave dobijene kršenjem ove zabrane se ne upotrebljavaju [kao dokaz], čak i ako je optuženo lice pristalo da budu upotrebljene.“

35. Nemački krivični sudovi i pisci zakona se ne slažu oko toga da li odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku dozvoljava davanje emetika licu osumnjičenom za preprodaju droge koje je progutalo drogu prilikom hapšenja.

36. Prema gledištu većine nemačkih žalbenih sudova (vidi, između ostalog, odluku Žalbenog suda u Bremenu od 19. januara 2000, *NStZ-RR* 2000, str. 270, i presudu Žalbenog suda u Berlinu od 28. marta 2000, *JR2001*, str. 162–164), odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku može da posluži kao pravni osnov za davanje emetika u tim okolnostima.

37. Na primer, u svojoj gore navedenoj presudi, Žalbeni sud u Berlinu je morao da reši predmet lica osumnjičenog za preprodaju droge koje je pristalo da popije sirup *Ipecacuanha* nakon što mu je zaprećeno da će mu se, ako odbije, sirup dati kroz nazogastričnu sondu. Sud je zaključio sledeće:

„Shodno odeljku 81a stav 1, prva rečenica, Zakonika o krivičnom postupku, lekarski pregled optuženog lica se može naložiti u svrhu utvrđivanja činjenica od značaja za postupak...“

(a) Suprotno gledištu lica koje je podnelo žalbu, komentatori zakona se gotovo jednoglasno slažu da detaljan telesni pregled u okviru te odredbe podrazumeva davanje emetika radi dobijanja količine droge koju je optuženo lice progutalo (vidi *HK-Lemke, StPO*, 2. izdanje, st. 9; Dahs in Löwe-Rosenberg, *StPO*, 24. izdanje, st. 16; *KK-Senge, StPO*, 4. izdanje, st. 6, 14; u vezi s odeljkom 81a Zakonika o krivičnom postupku, redom; Rogal (*Rogall*), *SK-StPO*, odeljak 81a, st. 48 i *NStZ* 1998, str. 66, 67; Šefer (*Schaefer*), *NJW* 1997, str. 2437 et seq; *protiv: Žalbeni sud u Frankfurtu, NJW* 1997, str. 1647 s beleškom Weßlau, *StV* 1997, str. 341).

Tim detaljnim pregledom se ne krši ljudsko dostojanstvo koje štiti član 1, stav 1 Ustava niti načelo protiv samooptuživanja sadržano u članu 2, stav 1 zajedno sa članom 1, stav 1 Ustava. Shodno članu 2, stav 2, rečenica 3 Ustava, mešanje u ta osnovna prava je dozvoljeno ukoliko postoji zakonski osnov. Savezni ustavni sud je već u nekoliko prilika zaključio da, kao zakonska odredba koju je usvojio Parlament, odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku zadovoljava ovaj uslov ... Takođe je, još preciznije, zaključio da davanje emetika po osnovu te odredbe ne pokreće ni pitanje ustavnih prigovora u pogledu načela (vidi Savezni ustavni sud, *StV* 2000, str. 1 – odluka u ovom predmetu). Stoga nije smatrao za neophodno da detaljno diskutuje o mišljenju Žalbenog suda u Frankfurtu (Majna) (*NJW* 1997, str. 1647, 1648), a koje ponekad zastupaju i pisci zakona (vidi Weßlau, *StV* 1997, str. 341, 342), ... da se davanjem emetika optuženo lice prisiljava da doprinese sopstvenom osuđivanju i da aktivno čini nešto što ne želi, odnosno da povraća. Ovaj sud ne deli ni mišljenje [Žalbenog suda u Frankfurtu], jer pravo optuženog lica da ostane pasivno nema veze s tim što ono mora da se podvrgne intervenciji koja izaziva samo 'nevoljne telesne reakcije' ...

(e) ... [ovaj] sud ne mora da odlučuje da li se dokaz dobijen davanjem emetika može upotrebiti ukoliko je optuženo lice odbilo da pristane na svoju dužnost da se podvrgne meri i ukoliko je njegovo opiranje uvođenju sonde kroz nos savladano fizičkom silom. To nije problem u ovom predmetu. ... Regionalni sud je ... izjavio da bi i on [na osnovu činjenica] predmeta o kojem je odlučivao Žalbeni sud Frankfurta (na Majni) isključio upotrebu dobijenog dokaza zbog očigledno nesrazmerne prirode mere. Ipak je izričito i ubedljivo pokazao da su činjenice u ovom predmetu drugačije.“

38. U svojoj presudi od 11. oktobra 1996. pak, Žalbeni sud u Frankfurtu (na Majni) zaključio je da odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku ne dozvoljava davanje emetika. Predmet se odnosio na lice osumnjičeno za preprodaju droge kojem su prisilno date prekomerna doza sirupa *Ipecacuanha*, kroz nazogastričnu sondu, i injekcija apomorfijuma. Sud je odlučio sledeće:

„Prisilno davanje emetika nije bilo obuhvaćeno Zakonikom o krivičnom postupku. Odeljak 81a čak ne opravdava prisilno davanje emetika. Prvo, primena



davanje emetika ne predstavlja ni lekarski pregled niti detaljan telesni pregled koje vrši lekar u svrhe pregleda u okviru te odredbe. Tačno je da se traženje stranih predmeta može obrazložiti odeljkom 81a ... Međutim, emetik nije upotrebljen za traženje stranih predmeta, već za izvlačenje predmeta – čije je prisustvo bilo u najmanju ruku verovatno – da bi bili upotrebljeni kao dokazi. ... Ovaj cilj je bio sličniji traženju ili zaplenu predmeta u okviru značenja odeljaka 102, 94 *et seq.* Zakonika o krivičnom postupku nego lekarskom pregledu ... – iako te odredbe, spolja gledano, ne podrazumevaju kao moguću meru prisilno mešanje u fizički integritet lica. ...

Drugo, optuženo lice nije predmet krivičnog postupka. ... prisilnim davanjem emetika krši se to načelo pasivnosti („*Grundsatz der Passivität*“), budući da je njegova svrha da primora optuženo lice da aktivno učini nešto što nije voljno da učini, naime da povraća. To nije dozvoljeno ni prema odeljku 81a Zakonika o krivičnom postupku niti je u skladu s pozicijom optuženog lica u krivičnom postupku ...

Iz toga sledi da postupanje organa gonjenja predstavlja nezakonito mešanje u fizički integritet optuženog lica (čl. 2 st. 1, prva rečenica, Ustava). ...

Prisilno davanje emetika u odsustvu bilo kakovog pravnog osnova takođe predstavlja kršenje dužnosti da se štiti ljudsko dostojanstvo i opšta prava ličnosti lica (čl. 1 st. 1 i 2 st. 1 Ustava). ...

Zabrana pribavljanja dokaza [na taj način] i druge okolnosti predmeta onemogućavaju da se taj dokaz upotrebi na sudu. ...“

39. Prema mišljenju brojnih pisaca zakona, odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku dozvoljava davanje emetika licima osumnjičenim za preprodaju droge radi pribavljanja dokaza (vidi i gore navedene pisce u stavu 37). Ovo gledište zastupa npr. Rogal (*Rogall*) (*NSztZ* 1998, str. 66–68 i *Systematischer Kommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Minhen 2005, odeljak 81a StPO, st. 48) i Kleinknecht/Meyer-Goßner (*StPO*, 44. izdanje, odeljak 81a, st. 22 – davanje emetika dozvoljeno u istrazi teških krivičnih dela).

40. Veliki broj pisaca zakona, međutim, smatra da davanje emetika nije dozvoljeno prema Zakoniku o krivičnom postupku, ili preciznije, odeljkom 81a. Ovo mišljenje zastupa, npr. Dalmejer (*Dallmeyer*) (*StV* 1997, str. 606–610 i *KritV* 2000, str. 252–259), koji smatra da odeljak 81a ne dozvoljava pretresanje – što je suprotno pregledu – unutrašnjosti tela okrivljenog lica. Veter (*Vetter*) (*Problemschwerpunkte des § 81a StPO – Eine Untersuchung am Beispiel der Brechmittelvergabe im strafrechtlichen Ermittlungsverfahren*, Neuried 2000, str. 72–82, 161) smatra da se prisilno davanje emetika kroz nazogastričnu sondu ne može izjednačiti s pravilima medicinske nauke, da je nesrazmerno i da verovatno nanosi štetu zdravlju okrivljenog.

*c. Mišljenje medicinskih stručnjaka o prisilnom davanju emetika licima osumnjičenim za trgovinu drogom*

41. Medicinski stručnjaci se ne slažu oko toga da li je prisilno davanje emetika uvođenjem nazogastrične sonde preporučljivo s medicinske tačke gledišta. Dok neki stručnjaci smatraju da emetike treba davati osumnjičenom licu prvenstveno radi zaštite njegovog/njenog zdravlja, čak i ako se opire tom postupku, drugi pak smatraju da ta mera povlači ozbiljne rizike po zdravlje tog lica i da je stoga ne treba sprovoditi.

42. Medicinski stručnjaci koji zagovaraju prisilno davanje emetika naglašavaju da, čak iako mera nije sprovedena prvenstveno iz medicinskih razloga, svejedno može pomoći u sprečavanju mogućeg trovanja opasnog po život. Budući da je pakovanje u kojem se nalazi progutana droga često nepouzđano, s medicinske tačke gledišta se ipak preporučuje davanje emetika. Rizik od ove mere je neznatan, dok, ukoliko se dozvoli da droga izađe iz tela prirodnim putem, postoji opasnost od smrtnog ishoda. Droga se može izvući iz stomaka u roku od jednog sata, u nekim slučajevima dva, nakon što je progutana. Davanje emetika je bezbedan i brz način (emetik obično počinje da deluje nakon 15 do 30 minuta) za pribavljanje dokaza za krivično delo u vezi s drogom, budući da se retko dešava da emetici ne deluju. Iako prisilno uvođenje sonde kroz nos može izazvati bol, jer se mehaničkim nadražajem stvorenim usled prisustva sonde u grlu može izazvati radnja gutanja, ono ne predstavlja nikakav rizik po zdravlje (vidi, između ostalog, Birkholz/Kropp/Bleich/Klatt/Ritter, *Exkorporation von Betäubungsmitteln – Erfahrungen im Lande Bremen, Kriminalistik* 4/97, str. 277–283).

43. Emetik sirup *Ipecacuanha* je veoma bezbedan. Mogući neželjeni efekti se mogu ispoljiti samo u obliku malaksalosti, dijareje i produženog povraćanja. Nešto ređe se dešavaju i teže komplikacije, koje podrazumevaju sindrom Malori-Vejs (*Mallory-Weiss*) ili aspiracionu pneumoniju. Do njih može doći ukoliko to lice ima neka oštećenja želuca od ranije, ili ukoliko nisu poštovana pravila za primenu emetika, naročito pravilo da pacijent bude u potpunosti budan i svestan (vidi, npr., Birkholz/ Kropp/Bleich/Klatt/Ritter, navedeni gore u tekstu, str. 278–281; Američka akademija za kliničku toksikologiju/Evropska asocijacija centara za otrove i kliničke toksikologe, *dokument: Ipecac Syrup*, Toksikološki list, Klinička toksikologija, knjiga 42, br. 2, 2004, str. 133–134, naročito str. 141).

44. Medicinski stručnjaci koji su protiv prisilnog davanja emetika posebno ističu da prisilno davanje emetika kroz nazogastričnu sondu povlači veliki rizik po zdravlje. Čak iako je poželjno da se droga što je pre moguće eliminiše iz tela osumnjičenog lica, upotreba nazogastrične sonde ili bilo koje druge invazivne metode može biti opasna jer postoji rizik od perforacije paketića droge, što može

imati fatalne posledice. Takođe, ukoliko se sonda loše namesti tečnost može ući u pluća i izazvati gušenje. Prisilno povraćanje takođe podrazumeva opasnost da se udahne povraćani sadržaj, što može dovesti do gušenja ili infekcije pluća. Davanje emetika stoga ne može biti medicinski opravdano bez pristanka dotičnog lica. U suprotnom, ova metoda obezbeđivanja dokaza neće biti u skladu s etikom lekarske profesije, što se posebno pokazalo tačnim na primeru smrti osumnjičenog lica nakon takvog postupka (vidi, između ostalog, Diamant-Berger/Garnier/Marc, *Hitni medicinsko-pravosudni slučajevi*, 1995, pp. 24–33; Naučni komitet Saveznog medicinskog saveta, izveštaj od 28. marta 1996. kao odgovor zahtevu Saveznog ustavnog suda da proceni opasnosti prisilna davanja emetika; i rešenje usvojeno na 105. Nemačkoj medicinskoj konferenciji, Izveštaj o aktivnostima Saveznog medicinskog udruženja, tačka 3).

*d. Praksa prisilnog davanja emetika u Nemačkoj*

45. Ne postoji jedinstvena praksa upotrebe emetika za pribavljanje dokaza o krivičnom delu u vezi s drogama u nemačkim pokrajinama (*Länder*). Počev od 1993. u pet od šesnaest pokrajina (Berlin, Bremen, Hamburg, Hese i Donja Saksionija) ova mera se redovno primenjuje. Dok se u nekim pokrajinama prekinulo s njihovom upotrebom nakon smrti osumnjičenog lica, u drugim pokrajinama joj se još uvek pribegava. U velikom broju slučajeva u kojima su emetici korišćeni, osumnjičena lica su odabrala da sama uzmu emetik, nakon što su obavestena da će im se, u suprotnom, emetik prisilno dati. U ostalim pokrajinama, emetici se ne daju prisilno, delimično zbog toga što se to, na osnovu medicinskih saveta, smatra za nesrazmernu i opasnu meru, a delimično zato što se ne smatra za neophodan način borbe protiv krivičnih dela u vezi s drogom.

46. U Nemačkoj su se desila dva smrtna slučaja kao posledica prisilnog davanja sirupa *Ipecacuanha* licima osumnjičenim za prodaju droge putem sonde uvedene kroz nos u njihov stomak. Državljanin Kameruna je preminuo 2001. u Hamburgu. Prema istrazi, doživeo je srčani udar kao posledicu stresa prouzrokovanog prisilnim davanjem emetika. Utvrđeno je da je patio od srčanog oboljenja koje prethodno nije bilo dijagnostikovano. Državljanin Sijera Leonea je preminuo 2005. u Bremenu. Istraga o uzroku njegove smrti još uvek nije završena. Lekar iz hitne pomoći i medicinski veštak su pretpostavili da se podnosilac predstave udavio usled nedostatka kiseonika kada mu je voda prodrila u pluća. Protiv lekara koji je ubrizgao emetik i vodu u stomak osumnjičenog i lekara iz hitne službe koji je bio pozvan da mu pomogne pokrenuta je krivična istraga za ubistvo iz nehata.

47. Zbog smrtnog slučaja koji se desio u Bremenu, načelnik Glavnog javnog tužilaštva u Bremenu (*Leitender Oberstaatsanwalt*) je naložio da se do daljeg

prekine s praksom prisilnog davanja emetika. U očekivanju ishoda istrage, senatori za pravosuđe i unutrašnje poslove su ustanovili novi postupak. Prema ovom postupku, lekar mora da obavesti lice osumnjičeno da je progutalo drogu o rizicima koji prete njegovom zdravlju ukoliko droga ostane u organizmu. Osumnjičeni može da izabere da uzme emetike ili laksativ, ukoliko se lekarskim pregledom utvrdi da to ne predstavlja rizik po njegovo zdravlje. U suprotnom, osumnjičeni se zadržava u posebno opremljenoj ćeliji dok paketići s drogom ne napuste telo prirodnim putem.

## 2. Međunarodno javno pravo, uporedno pravo i praksa

### *a. Konvencija Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni*

48. Konvenciji protiv mučenja i drugih svirepih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni,<sup>4</sup> usvojenoj na Generalnoj skupštini Ujedinjenih nacija, 10. decembra 1984. (rezolucija 39/46) predviđa:<sup>5</sup>

#### Član 1

„1. Po ovoj Konvenciji, izraz „mučenje“ označava svaki čin kojim se nekom licu namerno nanose velike patnje, fizičke ili duševne, s ciljem da se od njega ili od nekog trećeg lica dobiju obavještenja ili priznanja, da se kazni za neko delo koje je ono ili neko treće lice počinilo, ili se sumnja da ga je počinilo, da se uplaši ili da se na njega izvrši pritisak, ili da se neko treće lice uplaši i na njega izvrši pritisak, ili iz bilo koje druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije, kad takav bol ili takve patnje nanosi službeno lice ili neko drugo lice koje deluje po službenoj dužnosti ili na osnovu izričitog naloga ili pristanka službenog lica. Taj izraz ne odnosi se na bol i na patnje koje proizilaze isključivo iz zakonitih kazni, neodvojivi su od njih ili njima izazvani..“

#### Član 15

„Sve države potpisnice obezbeđuju da izjava za koju se ustanovi da je dobijena mučenjem ne bude iskorišćena kao dokaz u nekom procesu, osim protiv osobe optužene za mučenje kao dokaz kako je ta izjava data.“

#### Član 16

„1. Sve države potpisnice obavezuju se da će na čitavoj teritoriji koja potpada pod njihovu nadležnost zabraniti sva dela koja predstavljaju svirepe, nehumane ili ponižavajuće kazne i postupke koji nisu činovi mučenja u onom smislu u kom je

---

4 Vidi *Sl. list SFRJ (Međunarodni ugovori)*, br. 9/91 (prim. ur.).

5 Prevod preuzet iz *Jugoslovenske revije za međunarodno pravo*, br: 1-2/1989. Prevela V. Ilijin (prim. ur.).

to definisano u prvom članu, u slučaju kad ta dela čini neki zvanični službenik ili neko drugo lice koje deluje po službenoj dužnosti, ili se ta dela čine uz izričiti ili prećutni nagovor ili pristanak tih lica. Posebno se ističe da se obaveze navedene u članovima 10, 11, 12 i 13 mogu primenjivati i tako što će se izraz mučenja zameniti drugim izrazima koji označavaju svirepe, nehumane ili ponižavajuće kazne ili tretmane.“

### *b. Sudska praksa sudova u Sjedinjenim Državama*

49. U predmetu *Rohin protiv Kalifornije (Rochin v. California; 342 U.S. 165 (1952))*, Vrhovni sud Sjedinjenih Država je poništio presudu kojom je podnosilac predstavke osuđen za nezakonito posedovanje droge. Na osnovu informacija da podnosilac predstavke prodaje drogu tri javna službena lica su ušla u njegov stan i na silu ušla u njegovu spavaću sobu. Bezuspešno su pokušali da silom izvuku kapsule droge, koje su videli da podnosilac predstavke stavlja u usta. Policajci su ga onda odveli u bolnicu, gde mu je emetik prisilno, kroz sondu, ubrizgan u stomak, bez njegovog pristanka. Povratio je dve kapsule za koje je utvrđeno da sadrže morfijum. One su prihvaćene kao dokaz i pored njegovog prigovora. Vrhovni sud Sjedinjenih Država je zaključio 2. januara 1952. da je osuđujuća presuda dobijena metodama kojima je prekršena odredba Četrnaestog amandmana o pravičnom suđenju.

‘ G. Sudija Frankfurter, iznoseći mišljenje Suda, zaključuje:

„Primenjujući ova opšta razmatranja na okolnosti predmeta pred nama, pri-  
nuđeni smo da zaključimo da postupak kojim je osuđujuća presuda dobijena ne  
samo da je neprihvatljiv za one koji su preosetljivi, gadljivi ili koji su lično osetljivi  
na previše energičnu borbu protiv kriminala. To je postupak koji predstavlja šok  
za savest. Nezakonito zadiranje u privatnost podnosioca predstavke, borba da se  
otvore njegova usta i ukloni ono što se nalazi u njima, prisilno izvlačenje sadržaja  
iz njegovog stomaka – takvim postupkom pribavljanja dokaza državni agenti si-  
gurno bi uvredili i najgrublji senzibilitet. Te metode su previše bliske metodama  
mučenja na spravama da bi se dopustila ustavna diferencijacija.

Odavno ne stoji da za pravičan postupak nije važan način na koji se inače  
relevantni i uverljivi dokazi dobijaju. To nije bilo tačno čak i pre nego što se nakon  
niza nedavnih predmeta uvelo ustavno načelo da države ne smeju da zasnivaju  
osuđujuću presudu na prisilno dobijenim priznanjima, ma koliko bila potvrđena.  
... Sud ne bi bio dosledan u vršenju svoje odgovornosti koju mu je tok ustavne isto-  
rije odredio ako bi smatrao da, u cilju osuđivanja čoveka, policija ne može silom  
da izvuče ono što mu je na umu, ali može da izvuče ono što mu je u stomaku.

Pokušaj da se u ovom predmetu razlikuje ono što pravnici nazivaju ‘mate-  
rijalnim dokazom’ od verbalnog dokaza, predstavlja odbacivanje razloga za is-

ključivanje priznanja pod prisilom. Upotreba nedobrovoljnih verbalnih priznanja u državnim krivičnim postupcima je ustavno štetna ne samo iz razloga njihove nepouzdanosti. Ona su neprihvatljiva i prema odredbi o pravičnom suđenju, čak i ako se izjave sadržane u njima mogu nezavisno utvrditi kao istinite. Iznudena priznanja vređaju osećaj zajednice za pravičan postupak i pristojnost. Tako bi, u ovom slučaju, prihvatiti svirepo postupanje koje je sud čija je presuda pred nama sasvim ispravno osudio, značilo zaodnuti svirepost plaštom zakona. Ništa ne bi tako sračunato dovelo do diskreditovanja zakona, a time i do veće svireposti u društvu.“

50. U predmetu država *Ohajo protiv Darija Vilijamsa (Ohio v. Dario Williams; 2004 WL 1902368 (Ohio App. 8 Dist.))*, Žalbeni sud u Ohaju je zaključio 26. avgusta 2004. da ispiranje njegovog želuca i pored njegovih prigovora nije predstavljalo neopravdani pretres i zaplenu. Optuženi je primećen u toku primopredaje iz ruke u ruku, tipične za trgovinu drogom. Kada su policajci naredili optuženom da uđe u njihovo vozilo, on je nešto stavio u usta i pobegao. Prema mišljenju suda, ispiranje želuca optuženog gastrološkim rastvorom koje su izvršili lekari u prostorijama bolnice nije bila neopravdana mera, čak iako se optuženi silovito opirao postupku, pa su morali da mu daju sredstva za smirenje. Progutavši kokain, koji je prethodno viđen u njegovim ustima, okrivljeni je doveo svoj život u opasnost i uništavao dokaze.

51. Sudija T. E. MekMonagl (*T. E. McMonagle*), izričući mišljenje Žalbenog suda, odlučio je sledeće:

„19. Predmet *Vilijams* nas upućuje na *Rohin protiv Kalifornije (1952)*, 342 U.S. 165, ... jedan od najupečatljivijih primera pretresa uz mešanje u privatnost. ...

21. *Rohin*, pak, ne predstavlja pravilo. Nakon *Rohina*, Vrhovni sud Sjedinjenih Država je odlučivao u predmetu *Šmerber protiv Kalifornije (Schmerber v. California)* (1966), 384 U.S. 757, 86 S.Ct. 1826, 16 L.Ed.2d 908, u kojem je policajac naložio da se lice osumnjičeno za vožnju u alkoholisanom stanju podvrgne testiranju krvi u bolnici u kojoj je zbrinut zbog povreda zadobijenih u sudaru automobila. Vrhovni sud je istakao da je osnovna funkcija 'Četvrtog amandmana' da spreči, ne svako zadiranje u privatnost kao takvo, već ona zadiranja u privatnost koja nisu opravdana u datim okolnostima, ili do kojih je došlo na neodgovarajući način.' ... Zaključujući da nije prekršen Četvrti amandman, sud je postavio nekoliko kriterijuma koje treba razmotriti prilikom utvrđivanja opravdanosti pretresa uz zadiranje u privatnost: 1) država mora da ima jasne naznake da će se naći optužujući dokazi; 2) policajci moraju imati nalog, ili moraju da postoje okolnosti koje zahtevaju takav pretres, kao što je neposredna opasnost od uništavanja dokaza, čime bi se opravdao pretres bez naloga; i 3) metoda koja se koristi za pribavljanje dokaza mora biti opravdana i izvedena na razuman način ...

23. Primenom faktora iz predmeta *Šmerber* na činjenice u ovom predmetu, očigledno je da je ispiranje Vilijamsovog želuca predstavljalo zakoniti pretres i zaplenu. Prvo, policajci su posmatrali Vilijamsa u zoni poznatoj po ilegalnim aktivnostima s drogom kako obavlja primopredaju koja ukazuje na aktivnosti s drogom. Kada je video policajce, stavio je u usta ono što je držao u ruci i otrčao. Takvo ponašanje je bilo 'jasna naznaka' policajcima da je Vilijams sakrio drogu u ustima. Takođe je za policajce bilo prirodno da zakluče da bi Vilijamsov život mogao biti u opasnosti nakon što su spazili krek kokain u njegovim ustima i videli kako pokušava da ga sažvaće i proguta. Uz to je Vilijams pokušavao da uništi dokaze neophodne da bude osuđen za posedovanje droge. Shodno tome, ovaj predmet potpada pod okolnosti koje zahtevaju izuzimanje od zahteva za izdavanje naloga.

24. Najzad, očigledno je da metoda i način pretresa nisu bili neopravdani. Činjenice ukazuju da je lekar nad Vilijamsom u bolnici sproveo medicinski postupak u skladu s prihvaćenim medicinskim procedurama ...

25. U predmetu *Šmerber*, Vrhovni sud Sjedinjenih Država je izrazio da prihvata pretres koji je na opravdan način izvršio lekar. Lekar je sigurno stručniji nego policajac da utvrdi obim u kojem postupak predstavlja opasnost po život.

26. Pod pretpostavkom da je [optuženi] progutao koakin i da je droga upakovana na takav način da se ne može svariti, lekar bi sigurno bio u situaciji da ispira želudac [optuženog], što predstavlja opravdanu medicinsku proceduru manje traumatičnu od prisilnog davanja emetika u *Rohinu*. To je takođe vrsta postupka koju *Šmerber* smatra za opravdaniju jer je sprovedena u prostorijama bolnice uz dogovarajući lekarski nadzor.“

### *c. Praksa davanja emetika u državama članicama Saveta Evrope*

52. Država je podnela pregled informacija dobijenih od država članica Saveta Evrope preko njihovih zastupnika ili, ukoliko određena država nije pružila informacije, od nemačke ambasade u toj državi. Prema tom pregledu emetici se prisilno daju licima osumnjičenim za trgovinu drogom u praksi četiri zemlje (Luksemburg, Norveška, „Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija“ i Nemačka). U tridesettri zemlje emetici se ne upotrebljavaju protivno volji osumnjičenog za izvlačenje progutanih vrećica droge (Albanija, Jermenija, Austrija, Belgija, Bosna i Hercegovina, Kipar, Republika Češka, Danska, Estonija, Finska, Francuska, Gruzija, Grčka, Mađarska, Island, Irska, Italija, Letonija, Litvanija, Malta, Moldavija, Holandija, Portugalija, Rumunija, Rusija, Srbija i Crna Gora, Republika Slovačka, Španija, Švedska, Švajcarska, Turska, Ukrajina i Ujedinjeno Kraljevstvo). U tri zemlje (Hrvatska, Poljska i Slovenija) postoji pravni osnov za korišćenje emetika, ali nema informacija o tome da li se ova mera primenjuje i u praksi. Šest država članica uopšte nisu poslale informacije o tome da li se emetici koriste u praksi (Andora, Azerbejdžan, Bugarska, Lihtenštajn, San Marino i Monako).

53. Podnosilac predstavke je delimično osporavao zaključke države. Zapažio je da je država izjavila da je u tri države osim Nemačke (Luksemburg, „Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija i Norveška) dozvoljeno davanje emetika licima osumnjičenim za trgovinu drogom i da se koristi u praksi. Međutim, rekao je da država nije iznela nijedan dokaz o tome da se u tim državama članicama emetici koriste prisilno, protiv volje optuženog. Naročito je u pogledu Norveške podnosilac predstavke osporavao da je prisilno uvođenje nazogastrične sonde, kao što je bio njegov slučaj, legalno. Kada je reč o primeni emetika u Hrvatskoj, Poljskoj i Sloveniji, osporavao je da postoji pravni osnov za takvu meru u tim zemljama, nezavisno od stanja u praksi. Iz toga sledi da je Nemačka jedina država ugovornica za koju se pokazalo da zapravo pribegava spornoj meri. U svim ostalim državama članicama vlasti čekaju da droga napusti telo prirodnim putem.

54. Iz ostalih materijala koji su se našli pred Sudom, potvrđeni su zaključci da se emetici ne daju prisilno u praksi nekoliko ispitanih država potpisnica Konvencije (Belgija, Estonija, Francuska, Irska, Holandija, Španija i Ujedinjeno Kraljevstvo). U tim državama, vlasti čekaju da droga prođe kroz telo prirodnim putem. Uobičajena je upotreba posebnih vrsta toaleta za vraćanje i čišćenje progutane droge. U materijalima je takođe naznačeno da se u Norveškoj najčešće koriste posebni toaleti (tzv. toaleti *Pacto 500*) za vraćanje progutane droge. Međutim, tokom posete Norveškoj 1993, CPT je posmatrao primenu jedne vrste emetika (slanog rastvora vode) nad pritvorenikom u sedištu policije u Oslu (vidi Izveštaj s posete CPT: Norveška, 1993, A.3.b, st. 25). Kad je reč o Poljskoj, nije potvrđeno da li se u praksi emetici prisilno primenjuju.

## ZAKON

### I. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 3 KONVENCIJE

55. Podnosilac predstavke je tvrdio da je bio podvrgnut nečovečnom i ponižavajućem postupku kao rezultat toga što mu je prisilno dat emetik. Pozvao se na član 3 Konvencije u kojem se kaže sledeće:

„Niko ne sme biti podvrgnut mučenju, ili nečovečnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju.“

56. Država je osporila ovu tvrdnju.

#### *A. Podnesci strana*

##### 1. Podnosilac predstavke

57. Prema podnosiocu predstavke, prisilne davanje emetika predstavlja ozbiljno mešanje u njegov fizički integritet i ozbiljnu pretnju po njegovo zdravlje,



pa čak i život, budući da su emetici koji su korišćeni – sirup *Ipecacuanha* i apomorfijum – mogli da izazovu negativne efekte opasne po život. Prisilno uvođenje sonde kroz nos osumnjičenog koji ne saraduje u proceduri je moglo da ošteti nos, grlo i jednjak, i čak da vrećice droge u želucu puknu. Opasnost od *prisilnog* davanja emetika je ilustrovana činjenicom da je ranije već rezultirala smrću dvojice osumnjičenih u Nemačkoj. Velika većina država članica Saveta Evrope, kao i Sjedinjene Države smatraju ovu metodu za nezakonitu. Intervencija se ne može pravdati razlozima lekarske pomoći. Naprotiv, njome se samo povećava rizik da osumnjičeni bude otrovan drogom koju je progutao. Izričito protivljenje osumnjičenog da se podvrgne medicinskom postupku mora se poštovati u demokratskom društvu, u okviru prava lica na samostalno odlučivanje.

58. Podnosilac je zatim tvrdio da je cilj davanja emetika bio da se on zastraši i ponizi nepoštovanjem njegovog ljudskog dostojanstva. Način na koji je bio prisiljen da se podvrgne medicinskoj intervenciji je bio nasilan, veoma bolan i ponižavajući. Ponižen je do te mere da je morao da povraća dok ga posmatra nekoliko policijskih službenika. Pošto je bio u policijskom pritvoru, našao se u posebno osetljivoj situaciji.

59. Uz to je podnosilac predstavke tvrdio da doktor, pre nego što je sproveo spornu meru, nije uzeo anamnezu kako bi utvrdio njegovu istoriju lečenja i fizičko zdravlje. Ni posle toga mu nisu pruženi medicinska nega i nadzor.

60. Podnosilac predstavke je takođe istakao da je pretrpeo telesne povrede, naročito povrede stomaka, što je dokazano gastroskopskim pregledom koji je obavljen u zatvorskoj bolnici. Takođe je bio podvrgnut intenzivnoj fizičkoj i mentalnoj patnji tokom postupka davanja emetika i hemijskog dejstva te supstance.

## 2. Država

61. Prema državi, prisilno davanje emetika povlači samo neznatne rizike po zdravlje. Sirup *Ipecacuanha* nije opasna supstanca. Zapravo, daje se deci koja su se bila otrovala. Uvođenje vrlo fleksibilne sonde kroz nos podnosioca predstavke ga nije ugrozilo, čak i pored toga što se opirao proceduri. Injekcija apomorfijuma takođe nije bila opasna. Negativni efekti i opasnosti koje je opisao podnosilac predstavke su mogli nastati samo dugotrajnom zloupotrebom ili pogrešnom upotrebom tih emetika. Činjenica da su dva preprodavca droge umrla nakon prisilnog davanja emetika u Hamburgu i Bremenu ne potvrđuju zaključak da mera u opštem smislu predstavlja rizik po zdravlje. Ova metoda je korišćena u brojnim prilikama ne izazivajući komplikacije. Vlasti su pribegavale upotrebi emetika u onim pokrajinama u kojima je trgovina drogom ozbiljan problem. U velikoj većini slučajeva osumnjičeni odlučuju da sami popiju emetike nakon što dobiju informaciju da će, ukoliko odbiju, biti primenjena sila. U predmetu iz

Hamburga optuženi je patio od nedijagnostikovanog srčanog oboljenja i bio bi izložen jednakom riziku i da se opirao drugoj vrsti mere sprovođenja. U predmetu iz Bremena mogućnost da je optuženi otrovan drogom koju je progutao se nije mogla isključiti.

62. Država je istakla da je postojao realan, neposredni rizik da će vrećice droge, koje nisu upakovane za dugoročni transport unutar tela, popustiti i otrovati podnosioca predstavke. Čak i da su emetici dati prvenstveno radi pribavljanja dokaza a ne iz medicinskih razloga, uklanjanje droge iz stomaka podnosioca predstavke bi se opet moglo smatrati za potrebno iz medicinskih razloga. To je bio deo važeće obaveze države da zaštiti podnosioca predstavke izazivajući povraćanje droge. Čekanje na prirodno izbacivanje droge ne bi bila tako delotvorna istražna metoda niti manje ponižavajuća a mogla je, zapravo, da predstavlja rizik po njegvo zdravlje. U vezi s ovim je bilo važno da se davanje emetika maloletnom licu razmatra samo kao opcija ukoliko je on ili ona osumnjičen/a za prodaju droge u komercijalne svrhe.

63. Prema mišljenju države, sporna mera nije obuhvatila ništa više od onoga što je bilo neophodno da bi se obezbedili dokazi o učinjenom krivičnom delu u vezi s drogom. Podnosiocu predstavke je lekar, delujući *lege artis*, dao bezopasne emetike u bolnici. Takva mera se u datim okolnostima nije mogla smatrati za ponižavajuću.

64. Država je dalje tvrdila da su emetici dati podnosiocu predstavke tek nakon što mu je lekar u bolnici uzeo anamnezu. Isti lekar je propisno nadzirao davanje emetika podnosiocu predstavke.

65. Država je istakla da nema dokaza da je podnosilac predstavke pretrpeo ikakve povrede ili trajnu štetu kao posledicu davanja emetika. Samo je bio umoran nekoliko sati nakon spovođenja mere, usled delovanja apomorfijuma ili zbog otpora koji je pružao. U postupku pred Sudom podnosilac predstavke je po prvi put tvrdio da je pretrpeo veću štetu po svoje zdravlje. Međutim, nije dao nikakav pismeni dokaz kojim bi potkrepio svoje tvrdnje.

## *B. Ocena Suda*

### 1. Relevantna načela

66. Shodno čvrsto utemeljenoj sudskoj prskdi Suda, loše postupanje mora da ima određeni minimum težine da bi moglo da pripadne delokrugu člana 3. Procena tog minimuma težine je relativna; zavisi od okolnosti predmeta, kao što je trajanje postupanja, njegovih fizičkih i mentalnih efekata i, u nekim slučajevima, od pola, starosti i zdravstvenog stanja žrtve. (vidi, između ostalog, *Price v. the United Kingdom*, br. 33394/96, st. 24, ECHR 2001-VII; *Mouisel v. France*,

br. 67263/01, st. 37, ECHR 2002-IX; *Gennadi Naoumenko v. Ukraine*, br. 42023/98, st. 108, 10. februar 2004). Tvrdnje o lošem postupanju moraju biti potkrepljene odgovarajućim dokazima (vidi, *mutatis mutandis*, *Klaas v. Germany*, presuda od 22. septembra 1993., Serija A br. 269, str. 17–18, st. 30). Da bi procenio taj dokaz, Sud usvaja standard dokaza „izvan svake sumnje“, ali dodaje da takav dokaz može da proistekne iz koegzistencije dovoljno jakih, jasnih i saglasnih mešanja ili sličnih nepobitnih činjeničnih pretpostavki (vidi *Ireland v. the United Kingdom*, presuda od 18. januara 1978, Serija A br. 25, str. 64–65, st. 161 *in fine*; *Labita*, gore navedeno, st. 121).

67. Sud je smatrao da je postupak „nečovečan“ jer je, između ostalog, planiran, sproveden satima, na nosilima i prouzrokovao je ili telesnu povredu ili intenzivnu fizičku ili mentalnu patnju (vidi *Labita v. Italy* (GC), br. 26772/95, st. 120, ECHR 2000-IV). Postupak je smatran za „ponižavajući“ kada u žrtvama izazove osećaj straha, zebnje i inferiornosti koji ih može poniziti i obezvređiti i možda slomiti njihov fizički ili moralni otpor (vidi *Hurtado v. Switzerland*, Izveštaj Komisije od 8. jula 1993, Serija A br. 280, str. 14, st. 67), ili ako navede žrtvu da deluje protivno svojoj volji ili savesti (vidi, npr, *Denmark, Norway, Sweden and the Netherlands v. Greece*), br. 3321/67 *et al.*, Izveštaj Komisije od 5. novembra 1969, Yearbook 12, str. 186; *Keenan v. the United Kingdom*, br. 27229/95, st. 110, ECHR 2001-III). Takođe, prilikom razmatranja da li je postupak „ponižavajući“ prema članu 3, jedan od faktora koje će Sud uzeti u obzir jeste pitanje da li je njegov cilj bio da ponizi i obezvređi dotično lice, iako odsustvo takve svrhe ne može definitivno isključiti zaključak da je prekršen član 3 (vidi *Raninen v. Finland*, presuda od 16. decembra 1997, *Reports of Judgments and Decisions* 1997-VIII, str. 2821–22, st. 55; *Peers v. Greece*, br. 28524/95, st. 68 i 74, ECHR 2001-III; *Price*, gore navedeno, st. 24). Da bi kazna ili postupak u vezi s njom bili „nečovečni“ ili „ponižavajući“, patnja ili poniženje moraju uvek biti veći od tog neophodnog elementa patnje ili poniženja koji idu uz dati oblik zakonitog postupka ili kazne (vidi *Labita*, gore navedeno, st. 120).

68. U pogledu lekarskih intervencija kojima se pritvoreno lice podvrgava protivno svojoj volji, član 3 Konvencije nameće obavezu državi da štiti fizičku dobrobit lica lišenih slobode, npr. time što im pruža potrebu lekarsku pomoć. Ta lica ipak ostaju pod zaštitom člana 3, čiji uslovi ne dozvoljavaju nikakva odstupanja (*Mouisel*, gore navedeno, st. 40; *Gennadi Naoumenko*, gore navedeno, st. 112). Mera koja predstavlja terapijsku neophodnost s tačke gledišta utvrđenih medicinskih načela se u načelu ne može posmatrati kao nečovečna i ponižavajuća (vidi, naročito, *Herczegfalvy v. Austria*, presuda od 24. septembra 1992, Serija A br. 244, str. 25–26, st. 82; *Gennadi Naoumenko*, gore navedeno, st. 112). To se može reći, na primer, za prisilno hranjenje čiji je cilj spasavanje života odre-

đenog pritvorenika koji svesno odbija da uzme hranu. Sud ipak mora da se uveri da se pokazalo da postoji uverljiva medicinska neophodnost, kao i da postoje i da su ispunjene proceduralne garantije za odluku, npr. o prisilnom hranjenju (*Nevmerzhitsky v. Ukraine*, br. 54825/00, st. 94, 5. april 2005).

69. Čak i kada to nije motivisano razlozima medicinske neophodnosti, članovi 3 i 8 Konvencije kao takvi ne zabranjuju pribegavanje medicinskoj proceduri protivno volji osumnjičenog, a radi dobijanja od njega dokaza o njegovoj umešanosti u izvršenje krivičnog dela. Tako su institucije Konvencije nekoliko puta zaključile da uzimanje uzoraka krvi ili pljuvačke protivno volji osumnjičenog radi istraživanja krivičnog dela ne predstavlja kršenje tih članova u okolnostima predmeta koje su ispitivale (vidi, između ostalog, *X. v. the Netherlands*, br. 8239/78, odluka Komisije od 4. decembra 1978, *Decisions and Reports (DR) 16*, str. 187–189; *Schmidt v. Germany (dec.)*, br. 32352/02, 5. januar 2006).

70. Međutim, svako pribegavanje prisilnoj medicinskoj intervenciji radi pribavljanja dokaza o krivičnom delu, mora biti uverljivo obrazloženo činjenicama određenog predmeta. Ovo posebno važi za proceduru kojom treba da iz tela lica pribavi materijalni dokaz samog krivičnog dela za koje je osumnjičen. Veliko zadiranje u privatnost kao karakteristika ovog čina zahteva posebno ispitivanje svih zastupljenih okolnosti. S tim u vezi se mora posvetiti dužna pažnja težini krivičnog dela o kojem je reč. Vlasti takođe moraju da pokažu da su uzele u obzir i druge metode za pribavljanje dokaza. Procedura takođe ne sme povući nakav rizik od nanošenja trajnog oštećenja po zdravlje osumnjičenog (vidi, *mutatis mutandis*, *Nevmerzhitsky*, gore navedeno, st. 94, 97; *Schmidt*, gore navedeno).

71. Uz to, kao i kod intervencija koje se vrše u terapeutske svrhe način na koji se lice podvrgava prisilnoj medicinskoj proceduri radi izvlačenja dokaza iz njegovog tela, ne sme da pređe minimalni nivo težine koji propisuje sudska praksa prema članu 3 Konvencije. Naročito se mora uzeti u obzir da li je to lice pretrpelo veliki fizički bol ili patnju kao posledicu prisilne medicinske intervencije (vidi *Peters v. the Netherlands*, br. 21132/93, odluka Komisije od 6. aprila 1994; *Schmidt*, gore navedeno; *Nevmerzhitsky*, gore navedeno, st. 94, 97).

72. Još jedno materijalno razmatranje u tim slučajevima je da li je prisilna medicinska procedura naložena i primenjena od strane doktora medicine i da li je to lice stavljeno pod stalni lekarski nadzor (vidi, npr, *Ilijkov v. Bulgaria*, br. 33977/96, odluka Komisije od 20. oktobra 1997).

73. Sledeći relevantan faktor je to da li je prisilna medicinska intervencija rezultirala pogoršanjem njegovog ili njenog zdravstvenog stanja i ostavila trajne posledice po njegovo ili njeno zdravlje (vidi *Ilijkov*, gore navedeno i, *mutatis mutandis*, *Krastanov v. Bulgaria*, br. 50222/99, st. 53, 30. septembar 2004).

## 2. Primena tih načela na ovaj predmet

74. Na početku Sud zapaža da bi se, po mišljenju države moglo smatrati da je uklanjanje droge iz stomaka podnosioca predstavke davanjem emetika zahtevano iz medicinskih razloga, jer je postojao rizik od smrti trovanjem. Međutim, treba istaći da su svi domaći sudovi prihvatili da su, prilikom izdavanja naloga za davanje emetika, organi postupili prema odeljku 81a Zakonika o krivičnom postupku. Ovom odredbom se organi gonjenja ovlašćuju da nalože doktoru da izvrši detaljan telesni pregled bez pristanka osumnjičenog radi pribavljanja dokaza, pod uslovom da ne postoji opasnost od narušavanja njegovog zdravlja. Međutim, odeljak 81a ne pokriva mere koje se preduzimaju da bi se sprečila neposredna opasnost po zdravlje lica. Takođe se ne može osporiti da su emetici dati, a da nije data nikakva prethodna procena opasnosti koje prete ukoliko se vrećica s drogom ostavi u telu podnosioca predstavke. Država je takođe izjavila da se emetici nikad ne daju maloletnim prodavcima droge, osim ako nisu osumnjičeni da prodaju drogu u komercijalne svrhe. Maloletni trgovci drogom nemaju, međutim, ništa manju potrebu za lečenjem nego odrasli. Odrasli preprodavci drogom, pak, snose podjednake rizike po svoje zdravlje kao i maloletni preprodavci kada im se daju emetici. Stoga Sudu nije dovoljno to što je odluka organa gonjenja da nalože spornu meru bila zasnovana i potrebna iz medicinskih razloga, odnosno, iz potrebe da se zaštiti zdravlje podnosioca predstavke. Umesto toga, cilj je bio da se obezbede dokazi o krivičnom delu u vezi s drogom.

75. Ovo mišljenje samo po sebi ne potvrđuje zaključak da se sporna mera kosi sa članom 3. Kao što je istaknuto gore u tekstu (vidi stav 70), Sud je u nekoliko navrata zaključio da Konvencija, u načelu, ne zabranjuje pribegavanje prisilnoj medicinskoj intervenciji koja će pomoći u istrazi krivičnog dela. Međutim, svako mešanje u fizički integritet lica koje se sprovodi u svrhu pribavljanja dokaza mora biti predmet detaljnog preispitivanja, uz poseban naglasak na sledećim faktorima: obim u kojem je prisilna medicinska intervencija bila neophodna da bi se dobio dokaz, zdravstveni rizici osumnjičenog, način na koji je procedura sprovedena, fizički bol i mentalna patnja koje je prouzrokovala, stepen raspoloživosti lekarskog nadzora i efekti po zdravlje osumnjičenog (uporedno i kontrastivno analizirati kriterijume sudova u SAD u sličnim predmetima – vidi gore stavove 51–52). U svetlu svih okolnosti pojedinačnog slučaja, intervencija ne sme dostići minimalni nivo težine koji bi je uveo u delokrug člana 3. Sud će sada ispitati svaki od ovih elemenata redom.

76. Što se tiče obima u kojem je prisilna medicinska intervencija bila neophodna za dobijanje dokaza, Sud ističe da je trgovina drogom teško krivično delo. Sud je više nego svestan problema s kojima se suočavaju države ugovornice u na-

stojanjima da se bore protiv štete koju njihovim društvima nanosi nabavka droge (vidi, naročito, *D. v. the United Kingdom*, presuda od 2. maja 1997, *Reports* 1997-III, str. 791–792, st. 46). Međutim, u ovom predmetu je bilo jasno i pre nego što je sporna mera naložena i sprovedena da je ulični preprodavac kojem je ona određena bio stavio drogu u usta, te stoga nije mogao nuditi drogu na prodaju u većem obimu. To se odražava i u kazni (šest meseci uslovne kazne zatvora, uz nadzor), što spada u blaže kazne na skali mogućih kazni. Sud prihvata da je za islednike bilo od vitalnog značaja da budu u mogućnosti da utvrde tačnu količinu i kvalitet droge koja je bila na prodaju. Međutim, Sudu nije dovoljno to da je prisilno davanje emetika bilo neophodno odmah radi dobijanja dokaza. Organi gonjenja su mogli jednostavno da sačekaju da droga izađe iz sistema prirodnim putem. S tim u vezi je značajno da mnoge druge države Saveta Evrope koriste tu metodu za istragu krivičnih dela u vezi s drogama.

77. Kada je reč o zdravstvenim rizicima koji prate prisilnu medicinsku intervenciju, Sud ističe da je to stvar spora između strana da li i u kojoj meri davanje sirupa *Ipecacuanha* kroz sondu uvedenu kroz nos podnosioca predstavke i injekcija apomorfina predstavljaju rizik po njegovo zdravlje. Da li su te mere opasne ili ne (vidi stavove 41–44), predmet je rasprave medicinskih stručnjaka. Dok neki smatraju da je mera potpuno bezopasna i u najboljem interesu osumnjičenog, neki zastupaju mišljenje da upotreba nazogastrične sonde za prisilnu primenu emetika povlači ozbiljan rizik po život i telo i da je stoga treba zabraniti. Sud nije ubeđen da prisilna primena emetika, procedura koja je do sada dovela do smrti dvoje ljudi, predstavlja zanemarljiv rizik po zdravlje. Takođe u tom pogledu zapaža da je stvarna upotreba sile – umesto samo pretnje silom – utvrđena kao neophodna u tuženoj državi u samo malom broju slučajeva u kojima su dati emetici. Međutim, smrtni ishodi su se desili u slučajevima u kojima je primenjena sila. Uz to, činjenica da se, u većini nemačkih pokrajina i u barem velikoj većini drugih država članica Saveta Evrope, uzdržavanje organa od prisilnog davanja emetika ukazuje na to da ta mera predstavlja rizik po zdravlje.

78. Kada je reč o načinu davanja emetika, Sud zapaža da nakon što je odbio da dobrovoljno uzme emetik, podnosioca predstavke su savladala četiri policajca, što ukazuje na to da je nad njim primenjena sila koja se graniči s okrutnošću. Zatim mu je sonda uvedena kroz nos u stomak kako bi se savladao njegov fizički i mentalni otpor. To je kod njega sigurno prouzrokovalo bol i uznemirenost. Bio je podvrgnut daljem prisilnom zadiranju u telo tako što mu je data injekcija drugog emetika. Takođe treba uzeti u obzir i mentalnu patnju podnosioca predstavke dok je čekao da emetici počnu da deluju. Za to vreme je bio zatvoren i pod nadzorom policajaca i doktora. Na njega mora da je delovalo ponižavajuće to što je bio prisiljen da povraća pod tim uslovima. Sud ne deli mišljenje države da bi

čekanje da droga prirodnim putem izađe iz tela bilo podjednako ponižavajuće. Iako bi to povuklo određeno narušavanje privatnosti zbog potrebe za nadzorom, takva mera ipak podrazumeva prirodno funkcionisanje organizma i stoga predstavlja mnogo manje mešanje u fizički i mentalni integritet nego prisilna medicinska intervencija (vidi, *mutatis mutandis*, *Peters*, gore navedeno; *Schmidt*, gore navedeno).

79. Kada je reč o medicinskom nadzoru nad davanjem emetika, Sud za- paža da je spornu meru sprovedena doktor u bolnici. Uz to, nakon što je mera izvršena, podnosioca predstavke je pregledao lekar i proglasio spremnim za pri- tvor. Međutim, strane se spore oko toga da li je anamneza uzeta od podnosioca predstavke pre izvršenja mere kako bi se utvrdilo da li njegovo zdravlje može biti ugroženo, ako mu se emetici daju protivno njegovoj volji. Pošto se podnosilac predstavke silovito opirao i nije govorio nemački jezik, a engleski je govorio jako loše, mora se pretpostaviti da nije bio u mogućnosti ili nije hteo da odgovori ni na jedno pitanje koje mu je postavio doktor ili da se podvrgne prethodnom le- karskom pregledu. Država nije podnela nikakav materijalni ili drugi dokaz koji bi govorio drugačije.

80. Kada je reč o efektima koje je sporna mera imala na zdravlje osum- njičenog, Sud ističe da se strane ne slažu oko toga da li je podnosilac predstavke pretrpeo trajno oštećenje zdravlja, naročito stomaka. Uzimajući u obzir materi- jale koji su mu dostupni, Sud smatra da nije utvrđeno da je njegovo lečenje sto- mačnih problema u zatvorskoj bolnici dva i po meseca nakon hapšenja, niti bilo koje kasnije lečenje kojem je podvrgnut, bilo prouzrokovano prisilnim davanjem emetika. Ovaj zaključak, naravno, ne dovodi u pitanje gore naveden zaključak Suda da prisilna medicinska intervencija nije nosila mogući rizik po zdravlje podnosioca predstavke.

81. Imajući u vidu sve okolnosti predmeta, Sud utvrđuje da je sporna mera dostigla minimalni nivo težine potreban da uđe u delokrug člana 3. Organi su podvrgli podnosioca prijave ozbiljnom mešanju u njegov fizički i mentalni in- tegritet, protivno njegovoj volji. Prisilili su ga da povraća, ne iz terapijskih ra- zloga, već da bi izvukli dokaz koji su takođe mogli da dobiju manje invazivnim metodama. Način na koji je sporna mera izvršena mogla je kod podnosioca pred- stavke da izazove osećaj straha, zebnje i inferiornosti što je moglo da ga ponizi i obezvredi. Procedura takođe povlači rizik po zdravlje podnosioca predstavke, u najmanju ruku zbog toga što mu prethodno nije uzeta prava anamneza. Iako to nije bila namera, mera je sprovedena na način koji je prouzrokovao kod podno- sioca predstavke i fizički bol i mentalnu patnju. Stoga, je bio podvrgnut nečoveč- nom i ponižavajućem postupku, suprotno članu 3.

82. Shodno tome, Sud zaključuje da je prekršen član 3 Konvencije.

## II. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 8 KONVENCIJE

83. Prema izjavi podnosioca predstavke, prisilno davanje emetika takođe predstavlja nesrazmerno mešanje u njegovo pravo na privatni život. On se pozvao na član 8 Konvencije u kojem se, u meri kojoj je relevantan, kaže sledeće:

„1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog ... života ...

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

84. Država se nije složila s tom izjavom.

85. Sud je već ispitao žalbu podnosioca predstavke povodom prisilnog uzimanja emetika shodno članu 3 Konvencije. U pogledu njegovog odluke da je ta odredba prekršena, zaključuje da članu 8 Konvencije ne pokreće novo pitanje.

## III. NAVODNO KRŠENJE ČLANA 6 KONVENCIJE

86. Podnosilac predstavke je zatim smatrao da je njegovo pravo na pravično suđenje koje garantuje član 6 Konvencije prekršeno time što je na suđenju upotrebljen dokaz koji je dobijen davanjem emetika. Posebno je tvrdio da je prekršeno njegovo pravo protiv samooptuživanja. Član 6, u delu koji je relevantan, glasi:

„ Svako, tokom odlučivanja ... o krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu ... raspravu ... pred ... sudom „

87. Država je osporila ovo gledište.

### *A. Podnesci strana*

#### 1. Podnosilac predstavke

88. Po mišljenju podnosioca predstavke, davanje emetika je bilo nezakonito i prekršeni su članovi 3 i 8 Konvencije. Pošto su dokazi koji su dobijeni na taj način predstavljali sam osnov za osuđujuću presudu protiv njega, krivični postupak protiv njega je bio nepravičan.

89. Podnosilac predstavke je zatim tvrdio da su, prisilivši ga da protiv svoje volje pruži dokaz o krivičnom delu, službeni organi prekršili njegovo pravo protiv samooptuživanja, a time i pravo na pravično suđenje. Načelo protiv samooptuživanja nije bilo ograničeno na izjave dobijene pod prinudom, već se proširilo i na predmete koji su tako dobijeni. Još uz to, činjenice njegovog predmeta su se razlikovale u odnosu na one u predmetu *Saunders v. the United Kingdom*. Za



razliku od slučajeva testiranja krvi ili DNK na koje se Sud pozvao u presudi u tom predmetu, davanje emetika je povlačilo upotrebu hemijskih supstanci koje izazivaju neprirodnu i nevoljnu aktivnost tela u cilju dobijanja dokaza. Njegovo odbijanje da popije emetike je savladano upotrebom veće sile. Stoga, dokaz koji je dobijen nije postojao nezavisno od njegove volje i on je prisiljen da aktivno doprinese sopstvenoj osuđujućoj presudi. Primena emetika je bila uporediva s primenom seruma istine radi izvlačenja priznanja, prakse koja je izričito zabranjena odeljkom 136a Zakonika o krivičnom postupku. U prilog ovoj tvrdnji se pozvao na presudu Žalbenog suda u Frankfurtu (na Majni) od 11. oktobra 1996.

## 2. Država

90. Po mišljenju države davanje emetika podnosiocu predstavke ne predstavlja kršenje ni člana 3 ni člana 8 Konvencije. Iz toga sledi da zbog upotrebe vrećica droge koje su tim putem dobijene kao dokaz u krivičnom postupku njegovo suđenje nije bilo nepravilno. Utvrđivanje tačne prirode, količine i kvaliteta droge koju je podnosilac predstavke prodavao bio je ključni faktor koji je obezbedio da podnosilac predstavke bude osuđen i da mu se odmeri kazna.

91. Država je zatim izjavila da pravo lica protiv samooptuživanja samo zabranjuje prisiljavanje lica da deluje protiv svoje volje. Izazivanje povraćanja je bilo samo telesna reakcija koja se nije mogla kontrolisati voljom lica, te stoga nije zabranjena načelom protiv samoinkriminacije. Osumnjičeni tako nije bio prisiljen da aktivno doprinese obezbeđivanju dokaza. Prvobitno odbijanje optuženog da uzme emetike nije moglo biti relevantno, jer bi u suprotnom sve istražne mere u cilju suzbijanja želje osumnjičenog da prikrije dokaze, kao što su prisilno uzimanje krvi ili pretresanje kuća, bile zabranjene.

92. Država je takođe tvrdila da, prema presudi Suda u predmetu *Saunders v. the United Kingdom*, droga dobijena prisilnim davanjem emetika je bila prihvatljiva kao dokaz. Ako je moguće koristiti telesne tečnosti ili ćelije kao dokaz, onda je *a fortiori* moralo biti moguće upotrebiti predmete koji nisu deo tela okrivljenog. Takođe, davanje emetika, koje je podnosilac predstavke trebalo samo pasivno da podnese, nije se moglo uporediti s primenom seruma istine zabranjenog članom 136a Zakonika o krivičnom postupku, kojim je promenjena volja osumnjičenog da ne svedoči.

## B. Procena Suda

### 1. Opšta načela utvrđena praksom Suda

93. Sud ponavlja da je njegova dužnost, shodno članu 19 Konvencije da obezbedi poštovanje obaveza koje preduzimaju ugovorne strane Konvencije. Nje-

gova uloga naročito nije da se bavi činjeničnim ili pravnim greškama koje navodno počinu nacionalni sud osim ako time nisu prekršena prava i slobode zaštićeni Konvencijom. Iako član 6 garantuje pravo na pravičnu raspravu, ipak ne postavlja nikakva pravila u vezi s prihvatljivošću dokaza kao takvih, što se prvenstveno uređuje nacionalnim zakonom (vidi *Schenk v. Switzerland*, presuda od 12. jula 1988, Serija A br. 140, str. 29, st. 45–46; *Teixeira de Castro v. Portugal*, presuda od 9. juna 1998, *Reports* 1998-IV, str. 1462, st. 34).

94. Stoga nije uloga Suda da utvrđuje, u načelu, da li određene vrste dokaza – npr. dokazi dobijeni nezakonitim putem u smislu domaćeg zakona – mogu biti prihvatljivi ili, pak, da li je podnosilac predstavke kriv ili ne. Pitanje na koje se mora odgovoriti jeste da li je ceo postupak, uključujući i način kako je dokaz pribavljen, bio pravičan. To podrazumeva ispitivanje „nezakonitosti“ o kojoj je ovde reč i, ukoliko je prekršeno pravo prema nekoj drugoj Konvenciji, prirodu utvrđenog kršenja (vidi, između ostalog, *Khan v. the United Kingdom*, br. 35394/97, st. 34, ECHR 2000-V; *P.G. and J. H. v. the United Kingdom*, br. 44787/98, st. 76, ECHR 2001-IX; *Allan v. the United Kingdom*, br. 48539/99, st. 42, ECHR 2002-IX).

95. U utvrđivanju da li je čitav postupak bio pravičan, takođe se mora uzeti u obzir i da li su poštovana prava odbrane. Mora se ispitati naročito da li je podnosiocu predstavke data mogućnost da ispita verodostojnost dokaza i da se usprotivi njegovoj upotrebi. Takođe se mora uzeti u obzir kvalitet dokaza, uključujući i to da li okolnosti u kojima je dobijaju bacaju sumnju na njihovu pouzdanost ili tačnost. Iako se problem pravičnosti ne postavlja nužno onda kada dobijeni dokazi nisu potkrepljeni drugim materijalima, ipak se može zapaziti da onde kada su dokazi veoma čvrsti i ne postoji opasnost da su nepouzdana, potreba da se dokazi potkrepe je srazmerno manja (vidi, između ostalog, *Khan*, gore navedeno, st. 35, 37; *Allan*, gore navedeno, st. 43).

96. Opštu uslovi pravičnosti sadržani u članu 6 važe za sve krivične postupke, nezavisno od vrste krivičnog dela koje je u pitanju. Ipak, prilikom utvrđivanja da li je postupak u celini bio pravičan, značaj javnog interesa u istrazi i kažnjavanju određenog krivičnog dela u pitanju se može uzeti u obzir i odmeriti u odnosu na interes pojedinca da dokazi protiv njega budu prikupljeni zakonito. Međutim, brigom o javnom interesu se ne mogu opravdati mere kojima se uništava sama suština odbrane prava podnosioca predstavke, uključujući i pravo protiv samooptuživanja zagantovano članom 6 Konvencije (vidi, *mutatis mutandis*, *Heaney and McGuinness v. Ireland*, br. 34720/97, st. 57–58, ECHR 2000-XII).

97. Posebno kada je reč o ispitivanju prirode utvrđenog kršenja Konvencije Sud podseća da je naročito u predmetima *Khan* (gore navedeno, st. 25–28) i *P. G.*

and *J. H. v. the United Kingdom* (gore navedeno, st. 37–38) utvrdio da upotreba tajnih uređaja za prisluškivanje predstavlja kršenje člana 8 budući da pribegavanje takvim uređajima nema pravni osnov u domaćem zakonu i da mešanje u pravo podnosioca predstavke na privatni život nije u „skladu sa zakonom“. Ipak, prihvatanje tako dobijenih informacija kao dokaza u okolnostima predmeta nije u sukobu s uslovima pravičnosti garantovanih članom 6, stav 1.

98. Međutim, na dokaze za koje je utvrđeno da su dobijeni primenom mere kojom je prekršen član 3 mogu se primeniti različita razmatranja. Prema članu 6, stav 1 u pogledu dokaza dobijenog kršenjem člana 3 Konvencije se može pojaviti problem, čak i kada prihvatanje takvog dokaza nije bilo odlučujuće za donošenje osuđujuće presude. (vidi *Yçöz v. Turkey* (dec.), br. 54919/00, 9. januar 2003; i *Koç v. Turkey* (dec.), br. 32580/96, 23. septembar 2003). Sud ponavlja s tim u vezi da član 3 sadrži jednu od najosnovnijih vrednosti demokratskih društava. Čak i u najtežim okolnostima, kao što je borba protiv terorizma i organizovanog kriminala, Konvencija apsolutno zabranjuje mučenje i nečovečno postupanje ili kažnjavanje, nezavisno od ponašanja žrtve. Za razliku od većine materijalnih odredbi Konvencije, član ne omogućava izuzetke i odstupanja koja bi bila moguća prema članu 15, stav 2 čak ni u slučaju javne opasnosti koja ugrožava život nacije (vidi, između ostalog, *Chahal v. the United Kingdom*, presuda od 15. novembra 1996, *Reports* 1996-V, str. 1855, st. 79; i *Selmouni v. France* [GC], br. 25803/94, st. 95, ECHR 1999-V).

99. Kada je reč o upotrebi dokaza dobijenih kršenjem prava na ćutanje i prava protiv samooptuživanja, Sud podseća da su to opšte priznati međunarodni standardi koji leže u suštini pojma pravičnog postupka prema članu 6. Njihovo obrazloženje leži, *inter alia*, u zaštiti prava optuženog od neadekvatnog pritiska službenih organa, čime se doprinosi izbegavanju propusta u pravdi i ispunjenju ciljeva člana 6. Naročito se pravom lica protiv samooptuživanja pretpostavlja da tužilaštvo u krivičnom predmetu pokušava da dokaže svoj predmet protiv optuženog a da ne upotrebi dokaze dobijene metodama prinude ili represije protivno volji optuženog lica (vidi, između ostalog, *Saunders v. the United Kingdom*, presuda od 17. decembra 1996, *Reports* 1996-VI, str. 2064, st. 68; *Heaney and McGuinness*, gore navedeno, st. 40; *J. B. v. Switzerland*, br. 31827/96, st. 64, ECHR 2001-III; i *Alaen*, gore navedeno, st. 44).

100. Prilikom ispitivanja da li je u postupku uništena sama suština prava protiv samooptuživanja, Sud će naročito imati u vidu sledeće elemente: prirodu i stepen pritiska, prisustvo svih relevantnih mera opreza u postupku i upotreba tako dobijenih materijala (vidi, npr. *Tirado Ortiz and Lozano Martin v. Spain* (dec.), br. 43486/98, ECHR 1999-V; *Heaney and McGuinness*, gore navedeno, st. 51–55; i *Allan*, gore navedeno, st. 44).

101. Sud se čvrsto držao toga, međutim, da se pravo protiv samooptuživanja prvenstveno tiče poštovanja volje optuženog lica da čuti. Kao što je i opšte priznato u pravnim sistemima ugovornih strana Konvencije i drugde, to se ne odnosi na upotrebu materijala u krivičnom postupku koji je možda dobijen od optuženog upotrebom ovlašćenja za prisilu, a koji ne postoji nezavisno od volje osumnjičenog kao što su, između ostalog, dokumenti pribavljeni po nalogu, uzorci disanja, krvi, mokraće, dlake ili glasa i telesnog tkiva u svrhu DNK analize (vidi *Saunders*, napred pomenut, str. 2064–65, st. 69; *Choudhary v. the United Kingdom* (dec.), br. 40084/98, 4. maj 1999; *J. B. v. Switzerland*, gore navedeno, st. 68; i *P. G. and J. H. v. the United Kingdom*, gore navedeno, st. 80).

## 2. Primena tih načela u ovom predmetu

102. U odlučivanju da li u svetlu ovih načela krivični postupak protiv podnosioca predstavke može da se smatra pravičnim, Sud zapaža na početku da dokazi obezbeđeni davanjem emetika podnosiocu predstavke nisu dobijeni „nezakonito“, kršenjem domaćeg zakona. S tim u vezi podseća da su nacionalni sudovi utvrdili da odeljak Zakonika o krivičnom postupku dozvoljava spornu meru.

103. Sud je gore u tekstu tvrdio da je podnosilac predstavke bio podvrgnut nečovečnom i ponižavajućem postupku suprotno osnovnim odredbama člana 3 kada su mu emetici dati da bi ga prisilili da povрати drogu koju je progutao. Dokaz korišćen u krivičnom postupku protiv podnosioca predstavke je tako dobijen kao direktan rezultat kršenja jednog od suštinskih prava garantovanih Konvencijom.

104. Kao što je napred primećeno, upotreba dokaza dobijenih kršenjem člana 3 u krivičnom postupku otvara ozbiljna pitanja pravičnosti tog postupka. Sud nije utvrdio u ovom predmetu da je podnosilac predstavke bio podvrgnut mučenju. Po mišljenju Suda, na inkriminišući dokaz – bilo u obliku priznanja ili materijalnog dokaza – dobijen kao rezultat čina nasilja ili okrutnosti ili drugih oblika postupanja koji se mogu okarakterisati kao mučenje – nikada se ne treba osloniti kao na dokaz krivice žrtve, nezavisno od njegove dokazne vrednosti. Svaki drugi zaključak bi samo poslužio da opravda ovu vrstu moralno neprihvatljivog ponašanja koje su autori člana 3 Konvencije težili da zabrane, odnosno, kako je to dobro rečeno u presudi Vrhovnog Suda SAD u predmetu *Rohin* (vidi gore stav 50), da „brutalnost zaodene plaštom zakona“. S tim u vezi zapaža da član 15 Konvencije UN protiv mučenja i drugih svirepih ili ponižavajućih postupaka ili kazni kaže da se izjave za koje je utvrđeno da su dobijene kao rezultat mučenja ne koriste kao dokaz u postupku protiv žrtve mučenja.

105. Iako postupanje kojem je podnosilac predstavke bio izložen nije posebno obeležen kao delo mučenja, zadobilo je u datim okolnostima minimalni

nivo težine obuhvaćen delokrugom zabrane iz člana 3. Ne može se isključiti da će prema činjenicama određenog slučaja upotreba dokaza dobijenog namernim lošim postupanjem koje ne doseže do stupnja mučenja suđenje žrtvi ipak biti nepravično nezavisno od težine navodno počinjenog krivičnog dela, težine dokaza i mogućnosti koje je žrtva imala na raspolaganju da ospori njegovo prihvatanje i upotrebu na suđenju.

106. U ovom predmetu, opšte pitanje da li upotreba dokaza dobijenih činom okvalifikovanim kao nečovečno i ponižavajuće postupanje automatski čini suđenje nepravičnim, može ostati otvoreno. Sud zapaža da čak i da nije bila namera organa da nanese bol i patnju podnosiocu predstavke, dokaz je dobijen merom kojom je prekršeno jedno od suštinskih prava garantovanih Konvencijom. Uz to su obe strane imale zajedničko polazište da droga dobijena spornom merom predstavlja odlučujući element koji obezbeđuje osuđujuću presudu za podnosioca predstavke. Tačno je da je – što takođe nije osporavano – podnosiocu predstavke bila pružena mogućnost, koju je iskoristio, da dovede u pitanje upotrebu droge dobijene spornom merom. Međutim, svako pravo od strane nacionalnih sudova da isključe taj dokaz nije moglo doći u obzir, budući da su smatrali da je upotreba emetika dozvoljena domaćim zakonom. Uz to se ne može smatrati da je javni interes da se obezbedi osuđujuća presuda za podnosioca predstavke da je imao takvu težinu da bi bio garantija da će se dozvoliti upotreba tog dokaza na sudu. Kao što je napred primećeno, mera je primenjena na uličnom preprodavcu koji prodaje drogu u relativno malim količinama, a koji je na kraju osuđen na šestomesečnu uslovnu kaznu zatvora, uz nadzor.

107. U tim okolnostima, Sud zaključuje da je zbog upotrebe droge, dobijene prisilnim davanjem emetika podnosiocu predstavke, kao dokaza protiv njega suđenje u celini bilo nepravično.

108. Ovo mišljenje je samo po sebi dovoljan osnov za zaključak da je podnosiocu predstavke uskraćeno pravično suđenje čime je prekršen član 6. Međutim, Sud smatra da je prikladno takođe se pozabaviti argumentom podnosioca predstavke da su način na koji je dokaz dobijen i njegova upotreba podriili njegovo pravo protiv samooptuživanja. U tom cilju će ispitati, prvo, da li je ovo posebno pravo relevantno za okolnosti predmeta podnosioca predstavke i, u potvrdi, da li je prekršeno.

109. Kada je reč o primenjivosti načela protiv samooptuživanja u ovom predmetu, Sud zapaža da je sporna upotreba „materijalnih“ dokaza na suđenju – za razliku od priznanja – dobijenih prisilnim mešanjem u telesni integritet podnosioca predstavke. Zapaža da je pravo protiv samooptuživanja opšte shvaćeno u državama ugovornicama i drugde kao prvenstveno briga o poštovanju prava okrivljenog da čuti prilikom ispitivanja i da ne bude prisiljen da dâ izjavu.

110. Ipak, Sud ponekad načelu protiv samooptuživanja zaštićenom prema članu 6, stav 1 daje šire značenje i tako obuhvati slučajeve u kojima je upotrebljena prisila da bi bili pruženi materijalni dokazi. U predmetu *Funke* (gore navedeno, str. 22, st. 44), na primer, Sud je zaključio da je pokušajem da se podnosilac predstavke prisili da obelodani dokumente i tako pruži dokaze o krivičnim delima koje je navodno učinio, prekršeno njegovo pravo protiv samooptuživanja. Slično tome, u predmetu *J. B. v. Switzerland* (gore naveden, st. 63–71) Sud je smatrao da pokušaj državnih organa da nateraju podnosioca predstavke da podnese dokumente kojima bi se mogli obezbediti dokazi o utaji poreza, predstavlja kršenje načela protiv samooptuživanja (u širem smislu).

111. U predmetu *Saunders*, Sud je smatrao da načelo protiv samooptuživanja ne obuhvata „materijal kojim se dokazi mogu dobiti od optuženog upotrebom ovlašćenja za prisilu ali koji postoje nezavisno od volje osumnjičenog kao što su, između ostalog, dokumenti dobijeni po nalogu, uzorci disanja, krvi i urina i telesnog tkiva u svrhu DNK analize“ (gore navedeno, str. 2064–65, st. 69).

112. Po mišljenju Suda, dokazi o kojima je ovde reč, odnosno droga sakrivena u telu podnosioca predstavke, koji su dobijeni prisilnim davanjem emetika, mogu se smatrati spadaju u kategoriju materijala koji postoje nezavisno od volje osumnjičenog, čija upotreba generalno nije zabranjena u krivičnom postupku. Međutim, postoji nekoliko elemenata po kojima se ovaj predmet razlikuje od primera navedenih u predmetu *Saunders*. Prvo, kao i kod spornih mera u predmetima *Funke* i *J. B. v. Switzerland*, primena emetika je bila upotrebljena da se pribavi materijalni dokaz uprkos volji podnosioca predstavke. Nasuprot tome, telesni materijal naveden u predmetu *Saunders* se ticao materijala dobijenog prisilnom radi forenzičkog ispitivanja u cilju otkrivanja, npr. prisustva alkohola ili droge.

113. Drugo, stepen sile upotrebljene u ovom predmetu se razlikuje značajno od stepena prisile koja se normalno očekuje radi pribavljanja vrsta materijala pomenutih u predmetu *Saunders*. Za dobijanje takvog materijala, od okrivljenog se traži da pasivno izdrži manje zadiranje u njegov fizički integritet (npr. kada se uzimaju uzorci krvi, dlake ili telesnog tkiva). Čak i kada se traži aktivno učestvovanje okrivljenog, iz predmeta *Saunders* se može videti da je reč o materijalu koji nastaje kao proizvod normalnog funkcionisanja tela (kao što su, npr. uzorci disanja, urina ili glasa). Nasuprot tome prisiljavanje podnosioca predstavke u ovom predmetu da povрати traženi dokaz podrazumevalo je prisilno uvođenje sonde kroz njegov nos i ubrizgavanje supstance kako bi se izazvala patološka reakcija u njegovom telu. Kao što je ranije zapaženo, ova procedura nije bila potpuno bez rizika po zdravlje podnosioca predstavke.

114. Treće, dokazi u ovom predmetu su dobijeni procedurom kojom je prekršen član 3. Procedura koja je korišćena u predmetu podnosioca predstavke predstavlja veliki kontrast u odnosu na procedure za dobijanje, npr. testa disanja ili uzorka krvi. Te druge procedure nemaju, osim u izuzetnim okolnostima, minimum težine neophodne da bi se njima prekršio član 3. Uz to, iako predstavljaju mešanje u pravo osumnjičenog na privatnost, te procedure su, generalno, opravdane prema članu 8, stav 2 kao neophodne za sprečavanje krivičnih dela (vidi, između ostalog, *Tirado Ortiz and Lozano Martin*, gore navedeno).

115. Iz toga sledi da je načelo protiv samooptuživanja primenjivo na ovaj postupak.

116. Kako bi se utvrdilo da li je povređeno pravo podnosioca predstavke protiv samooptuživanja, Sud će, zauzvrat, imati u vidu sledeće faktore: prirodu i stepen prinude koji su korišćeni za dobijanje dokaza, značaj javnog interesa u istrazi i kažnjavanje dotičnog krivičnog dela o kojem je reč; preduzimanje relevantnih mera opreza u proceduri i način upotrebe tako dobijenog materijala.

117. Kada je reč o prirodi i stepenu prinude upotrebljene za dobijanje dokaza u ovom predmetu, Sud ponavlja da prisiljavanje podnosioca predstavke da povрати drogu predstavlja značajno mešanje u njegov fizički i mentalni integritet. Podnosioca predstavke su morala da savladaju četiri policajca, sonda mu je uvedena kroz nos u stomak i hemijske supstance su mu date, da bio tako, prisilno, predao traženi dokaz kroz patološku reakciju svog tela. Za ovaj postupak je zaključeno da je nečovečan i ponižavajući i kao takav predstavlja kršenje člana 3.

118. Kada je reč o značaju javnog interesa u korišćenju dokaza radi obezbeđivanja osuđujuće presude za podnosioca predstavke, Sud zapaža da je, kao što je gore pomenuto, sporna mera bila usmerena na preprodavca droge koji je nudio drogu na prodaju u komparativno malom obimu i na kraju je osuđen uslovno na šest meseci zatvora, uz nadzor. U okolnostima ovog predmeta, pribegavanje tako ozbiljnom mešanju u fizički i mentalni integritet podnosioca predstavke radi obezbeđivanja osuđujuće presude za njega nije se moglo opravdati javnim interesom.

119. Vraćajući se na postojanje relevantnih mera opreza u proceduri, Sud zapaža da odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku propisuje da detaljne telesne preglede mora sprovesti *lege artis* lekar u bolnici i samo ukoliko ne postoji rizik od oštećenja zdravlje okrivljenog. Iako se može reći da domaće pravo u načelu sadrži mere opreza protiv proizvoljnog ili neadekvatnog sprovođenja mere, podnosilac predstavke, pozivajući se na svoje pravo da čuti, odbio je da se podvrgne prethodnom lekarskom pregledu. Mogao je da komunicira samo na lošem engleskom jeziku, što znači da je bio podvrgnut proceduri bez temeljnog pregleda da li je fizički spreman da je izdrži.

120. Kada je reč o tome za šta je dokaz upotrebljen, Sud ponavlja da je droga dobijena nakon davanja emetika bila odlučujući dokaz za njegovu osuđujuću presudu za trgovinu drogom. Istina je da je podnosiocu predstavke pružena mogućnost koju je on i iskoristio, a to je da se na suđenju suprotstavi upotrebi tog dokaza. Međutim, kao što je već gore pomenuto, jedino pravo koje su nacionalni sudovi mogli imati da isključe dokaz nije moglo doći u obzir, budući da su smatrali da je sporna mera dozvoljena nacionalnim zakonom.

121. Imajući u vidu gore navedeno, Sud bi takođe bio spreman da zaključi da se dozvoljavanjem da se na suđenju podnosiocu predstavke upotrebi dokaz pribavljen prisilnim davanjem emetika prekršilo njegovo pravo protiv samoopuživanja i zbog čega je celo suđenje bilo nepravično.

122. Shodno tome, prekršen je član 6, stav 1 Konvencije.

#### IV. PRIMENA ČLANA 41 KONVENCIJJE

123. Član 41 Konvencije glasi:

„Kada Sud utvrdi prekršaj Konvencije ili protokola uz nju, a unutrašnje pravo Visoke strane ugovornice u pitanju omogućava samo delimičnu odštetu, Sud će, ako je to potrebno, pružiti pravično zadovoljenje oštećenoj stranci.“

124. Podnosilac predstavke je tražio naknadu materijalne i nematerijalne štete i da mu se isplate sudski i ostali troškovi.

##### *A. Šteta*

125. Podnosilac predstavke je tražio naknadu u ukupnom iznosu od 51,12 evra (EUR) materijalne štete, što predstavlja svotu koji je izgubio prema presudi Regionalnog suda Vupertal. Takođe je tražio naknadu nematerijalne štete. Ukazao je na svoje fizičke povrede, mentalnu patnju i osećanje bespomoćnosti koje je podneo kao posledice dugotrajnog davanja emetika, za koje je smatrao da su bili opasni po život i očigledno nezakoniti. Uz to je proveo u pritvoru pet meseci pre nego što je bio osuđen i kažnjen uslovnom kaznom zatvora od šest meseci uz nadzor, zbog nezakonite mere. Tražio je minimalan iznos od 30.000 evra po ovom poglavlju.

126. Država nije komentarisala zahtev podnosioca predstavke za materijalnu odštetu, ali je smatrala da je iznos koji je o tražio kao naknadu nematerijalne štete previsok. Kada je reč o o šteti koja je navodno naneta boravkom podnosioca predstavke u zatvoru u pretkrivičnom postupku, gonjenju i osuđujućoj presudi, nije traženo da se odredi naknada, pošto je ukupna odšteta mogla da se plati prema nemačkom zakonu. Ukoliko Sud ustanovi da je došlo do kršenja prva



podnosioca predstavke koja su sadržana u Konvenciji, on bi imao pravo da zatraži ponovno otvaranje krivičnog postupka i mogao je da, ukoliko bude oslobođen optužbe, traži odštetu, naročito za period koji je proveo u pritvoru.

127. Kada je reč o traženoj materijalnoj odšteti, Sud zapaža da je Regionalni sud naložio oduzimanje DEM 100 (optrilike 51,12 EUR), što je bila materijalna dobit stečena izvršenjem krivičnog dela za koje je utvrđeno da je podnosilac predstavke kriv. Međutim, Sud ne može da nagađa kakav bi ishod postupak imao da nije bilo kršenja Konvencije (vidi, između ostalog, *Schmautzer v. Austria*, presuda od 23. oktobra 1995, Serija A br. 328, str. 16, st. 44; i *Findlay v. the United Kingdom*, presuda od 25. februara 1997, *Reports* 1997-I, str. 284, st. 85). Vrećica droge pribavljena sprovođenjem sporne mere je bila odlučujući faktor za osuđujuću presudu podnosioca predstavke. Međutim, kako taj dokaz nije mogao biti dobijen a da se ni na koji način ne prekrši član 3 (čekanjem da vrećica droge bude izbačena prirodnim putem) i dalje upotrebljen tako da se ni na koji način ne prekrši član 6, Sud zaključuje da nema dovoljno dokaza o uzročno-posledičnoj vezi između kršenja tih odredbi i nadoknade materijalne štete podnosiocu predstavke. Dakle, prema ovom poglavlju, nema osnova za naknadu štete.

128. Kada je reč o zahtevu za naknadu nematerijalne štete, Sud zapaža da prema mišljenju države, bilo bi moguće da podnosilac predstavke traži naknadu pred nacionalnim sudovima ukoliko bude oslobođen optužbe nakon ponovnog otvaranja krivičnog postupka protiv njega. Sud pak smatra da ukoliko bi, nakon što bezuspešno iscrpi sve domaće pravne lekove pre nego što se žali Strazburu na kršenje svojih prava, i zatim to učini po drugi put, ali s uspehom, da bi obezbedio ostavljanje osuđujuće presude po strani i na kraju prošao još jedno suđenje, od podnosioca predstavke bilo traženo da iscrpi domaće pravne lekove po treći put kako bi mogao dobiti pravično zadovoljenje na Sudu, ukupno trajanje postupka bi teško moglo biti u skladu s efikasnom zaštitom ljudskih prava i odvelo bi u situaciju koja je suprotna cilju i svrsi Konvencije (vidi, npr. *Barberà, Messegué and Jabardo v. Spain* (nekadašnji član 50), presuda od 13. juna 1994, Serija A br. 285-C, str. 57, st. 17; i *Papamichalopoulos and Others v. Greece* (nekadašnji član 50), presuda od 31. oktobra 1995, Serija A br. 330-B, str. 61, st. 40). Nakon svega toga bi se mogla ostvariti neka naknada.

129. Imajući na umu sve elemente pred sobom, Sud utvrđuje da je podnosilac pretrpeo nematerijalnu štetu u vidu bola i mentalne patnje kao posledice postupanja kojem je bio podvrgnut radi dobijanja dokaza koji je kasnije upotrebljen protiv njega na suđenju. Presuda je doneta na sličnoj osnovi, te se stoga određuje isplata u iznosu od 10.000 evra po ovom poglavlju.

### B. Sudski i ostali troškovi

130. Podnosilac predstavke je tražio ukupan iznos od 5.868,88 EUR na ime sudskih i ostalih troškova. Time su bili obuhvaćeni troškovi pravnog zastupanja pre Saveznim ustavnim sudom, u iznosu od 868,88 EUR što je izračunato prema Saveznom propisu o troškovima advokata (*Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung* – BRAGO). Uz to je tražio 5.000 EUR na ime troškova koji su nastali u postupku u vezi s Konvencijom. Nije podneo nikakav odvojeni pismeni dokaz da potkrepi te zahteve.

131. Država nije komentarisala ovaj zahtev.

132. Prema sudskoj praksi Suda, da bi se mogli nadoknaditi sudski i ostali troškovi, oštećena strana mora da ih je napravila u cilju sprečavanja ili ispravke kršenja Konvencije, da je to isto utvrdio Sud i da za to dobije ispravku. Takođe se mora utvrditi da su troškovi stvarno plaćeni, da su bili nužni i da je njihov iznos bio racionalan (vidi, između ostalih organa, *Nikolova v. Bulgaria* [GC], br. 31195/96, st. 79, ECHR 1999-II; i *Venema v. the Netherlands*, br. 35731/97, st. 117, ECHR 2002-X).

133. U ovom predmetu, imajući u vidu informacije sadržane u njemu i gore navedene kriterijume, Sud je siguran da su i troškovi pravnog zastupanja u postupku pred Saveznim ustavnim sudom i u postupku Konvencije načinjeni radi utvrđivanja i ispravke kršenja prava podnosioca predstavke sadržanih u Konvenciji. Imajući u vidu svoju sudsku praksu i napravivši svoju procenu, Sud smatra da je visina traženog iznosa racionalna. Stoga dodeljuje podnosiocu predstavke EUR 5.868,88 plus svaki porez na dodatnu vrednost koji bi se mogao naplatiti.

### C. Zatezna kamata

134. Sud smatra adekvatnim da se zatezna kamata računa prema fiksnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke, na koju treba dodati tri procenta.

#### IZ OVIH RAZLOGA, SUD

1. *Zaključuje*, s deset glasova prema sedam, da je došlo do kršenja člana 3 Konvencije;
2. *Zaključuje*, s dvanaest glasova prema pet, da se ne otvara poseban problem prema članu 8 Konvencije;
3. *Zaključuje*, s jedanaest glasova prema šest, da je došlo do kršenja člana 6 Konvencije;
4. *Zaključuje*, s jedanaest glasova prema šest,

- (a) da tužena država treba da isplati podnosiocu predstavke, u roku od tri meseca, sledeće iznose:
    - (i) 10.000,00 EUR (deset hiljada evra) u pogledu nematerijalne odštete;
    - (ii) 5.868,88 EUR (pethiljadaosamstotinašezdesetosam evra i osamdesetosam centa) u pogledu sudskih i ostalih troškova;
    - (iii) svaki porez koji se može naplatiti na gore navedene iznose;
  - (b) da se nakon isteka gore pomenuta tri meseca do isplate plaća prosta kamata na pomenute sume po stopi jednakoј fiksnoj kamatnoj stopi Evropske centralne banke tokom perioda kašnjenja, na šta treba dodati tri procenta;
5. *Odbacuje* jednoglasno ostatak zahteva podnosioca predstavke za pravično zadovoljenje.

Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku, i izrečeno na javnoj raspravi u zgradi Suda u Strazburu, 11. jula 2006. godine.

Luzius VILDHABER  
Predsednik

T. L. ERLI  
Sekretar odeljenja

Shodno članu 45, stav 2 Konvencije i pravila 74 stav 2 Pravilnika Suda, sledeća saglasna i protivna mišljenja su data u prilogu ove presude:

- (a) Saglasno mišljenje ser Nikolasa Brace;
- (b) Saglasno mišljenje g. Zupančiča;
- (c) Protivno mišljenje g. Vidhabera i g. Kafliša;
- (d) Zajedničko protivno mišljenje g. Resa, g. Pelonpa, g. Baka i g. Sikuta;
- (e) Protivno mišljenje g. Hadžijeva

L. V.  
T. L. E.

#### SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE SER NIKOLASA BRACE

Glasao sam s većinom u Sudu po svim pitanjima predmeta ali imam rezerve u vezi s određenim delovima obrazloženja presude u pogledu članova 3 i 6 Konvencije.

### Član 3

Moja osnovna rezerva u pogledu obrazloženja u vezi sa članom 3 odnosi se na stav 77 presude u kojem, prilikom zaključivanja da je postupak kojem je podnosilac predstavke bio podvrgnut nečovečan i ponižavajući, većina poseban naglasak stavlja na činjenicu da prisilna medicinska intervencija nije bila „neophodna“ za dobijanje dokaza o tome da je podnosilac predstavke preprodavao drogu. Rečeno je da, zbog toga što je podnosilac predstavke bio samo ulični preprodavac droge i, u trenutku hapšenja, očigledno nije preprodavao drogu u velikim količinama, prisilno davanje emetika nije bila neophodno za dobijanje dokaza protiv njega i da su organi gonjenja mogli jednostavno da sačekaju da droga prirodnim putem izađe iz tela podnosioca predstavke, u skladu s praksom mnogih drugih država članica Saveta Evrope.

Spremno prihvatam činjenicu da se države suočavaju s posebno ozbiljnim problemima borbe protiv pošasti u vidu trgovine drogom, naročito u pribavljanju prihvatljivih dokaza radi obezbeđivanja osuđujuće presude za krupnije preprodavce droge. Takođe mogu da prihvatim da, ako se uverljivo pokaže da postoji medicinska „neophodnost“ za prisilno davanje emetika, a ne da se čeka da priroda obavi svoje, to bi, shodno stalnoj sudskoj praksi Suda, predstavljalo veoma relevantan faktor za utvrđivanje da li je postupak kojem je podvrgnut podnosilac predstavke bio u suprotnosti sa članom 3 Konvencije (vidi stav 69 presude). Ono što, pak, ne mogu da prihvatim jeste implikacija u stavu 78 da, čak i kada se ne pokaže da je medicinski neophodno, težinu krivičnog dela za koje postoji sumnja da je izvršeno i hitnu potrebu da se pribave dokazi o krivičnom delu, treba posmatrati kao relevantne faktore za utvrđivanje da li određeni oblik postupanja predstavlja kršenje člana 3. Sud je stalno naglašavao poseban karakter garantija sadržanih u članu 3, koji apsolutno zabranjuje primenu mučenja ili nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja ili kazne, nezavisno od prirode ponašanja žrtve i koji ne dozvoljava balansiranje između oprečnih javnih interesa u odnosu na primenu postupka koji seže do praga delokruga člana 3. Kao što se hitnom potrebom da se pribave dokazi o teškom krivičnom delu ne bi moglo opravdati pribegavanje postupku kojim bi se inače ostvario taj prag, isto tako smatram da se prag ne može menjati u zavisnosti težine krivičnog dela za koje se sumnja da je učinjeno ili hitnošću potrebe da se pribave dokazi za to delo.

Iz istog razloga ne smatram da pitanje da li se određenim postupkom krši član 3 treba da zavisi od toga da li se cilj kojem se težilo primenom ovog postupka (u ovom predmetu, dokaz o preprodavanju droge) može ili ne može postići i drugim metodama koje ne podrazumevaju takav postupak. Značaj činjenice da, shodno materijalu koji se našao pred Sudom, zanemarljivo mali broj država članica dozvoljava prisilino davanje emetika licima osumnjičenim za preprodaju

droge, pod bilo kojim okolnostima i bez obzira na težinu krivičnog dela na koje se sumnja, izgleda da upravo leži u potvrdi koju ona pruža za ono što se smatra za prihvatljivo postupanje s osumnjičenim licima.

Prema mom mišljenju, iz drugih razloga navedenih u presudi s kojima se u potpunosti slažem, postupak kojem je podnosilac predstavke bio izložen dostigao je prag člana 3 i predstavlja kršenje tog člana.

#### Član 6

Odluka Suda o kršenju člana 6 Konvencije zasniva se na glavnom polazištu da je upotreba droge kao dokaza dobijenih prisilnom upotrebom emetika i time kršenje člana 3 Konvencije učinilo njegovo suđenje u celini nepravičnim. Sud se, međutim, u svojoj presudi dalje bavi dodatnim argumentom podnosioca predstavke da je način na koji je dokaz dobijen i upotreba dokaza na suđenju narušila njegovo pravo protiv samoopuživanja, da bi potom zaključio da je mogao biti spreman da utvrdi kršenje člana 6 po ovom daljem osnovu.

Generalno, mogu da se složim s glavnim polazištem Suda i njegovim obrazloženjem, kojim je utvrđeno kršenje člana 6 i hteo bih da ponovim reči sudije Frankfurtera Vrhovnog suda Sjedinjenih Država u predmetu *Rohin protiv Kalifornije*, da „postupak kojim je osuđujuća presuda dobijena ne samo da je neprihvatljiv za one koji su preosetljivi, gadljivi ili koji su lično osetljivi na previše energičnu borbu protiv kriminala“. Dok Konvencija, kao što je Sud često zapažao, ne postavlja nikakva pravila o dokazivanju kao takvom, prihvatljivost dokaza je prvenstveno stvar koju uređuje nacionalni zakon, upotreba dokaza dobijenih postupkom kojim se krše osnovne vrednosti oličene u članu 3 meni deluje kao uvreda čitavog koncepta pravičnog suđenja, čak i kada prihvatljivost takvih dokaza nije – kao što je u ovom predmetu bila – odlučujuća za obezbeđivanje osuđujuće presude. Kao i u slučaju upotrebe iznuđenih priznanja, vređanje civilizovanih vrednosti pravičnosti i štetni efekat na celovitost pravosudnog procesa, kao i nepouzdanost svakog dokaza koji se može dobiti, predstavljaju suštinu prigovora njegovoj upotrebi.

Tačno je da je za postupak kojem je podnosilac predstavke bio izložen zaključeno da je nečovečan i ponižavajući pre nego da predstavlja mučenje, i da isključujuće pravilo, sadržano u članu 15 koji se tumači zajedno sa članom 16 Konvencije o mučenju (vidi stav 48 ove presude), izričito pravi razliku između prihvatanja dokaza dobijenog mučenjem i dokaza dobijenog drugim oblicima zlostavljanja. Međutim, ne samo da granica između različitih oblika zlostavljanja nije nepromenjiva niti ju je moguće tačno definisati, što je i Sud ranije već utvrdio, već je, po mom mišljenju, pravičnost sudskog postupka nepovratno oštećena u svakom predmetu u kojem se prihvati dokaz koji su organi dotične države pribavili kršenjem zabrane iz člana 3.

Stoga bih bio spreman i da idem dalje od većine u Sudu koji su radije ostavili otvorenim pitanje da li bi upotreba dokaza dobijenih delima koja se kvalifikuju kao nečovečna i ponižavajuća automatski učinila suđenje nepravičnim, ograničavajući se na to da utvrde nepravičnost u posebnim okolnostima ovog predmeta. Dok bih mogao da prihvatim ovaj uži osnov za utvrđivanje kršenja člana 6, ono u čemu se, opet, razlikujem od većine u Sudu jeste predlog u stavu 107 presude po kojem bi rezultat prema članu 6 mogao biti drugačiji da podnosilac predstavke nije preprodavao drogu u malim količinama i da je javni interes u obezbeđivanju osuđujuće presude za podnosioca predstavke time smatran za značajniji. Iz suštinski istih razloga koje sam već izneo prema članu 3, nivo preprodaje droge u ovom predmetu mi deluje nevažno po pitanjima Konvencije otvorenim u okviru člana 6. Javnim interesom u obezbeđivanju osuđujuće presude za podnosioca predstavke po mom mišljenju nije se mogla u datim okolnostima opravdati upotreba droge kao dokaza dobijenog postupkom kojem je bio izložen.

Pošto sam došao do zaključka, nisam smatrao za neophodno ili adekvatno da se bavim dodatnim argumentom podnosioca predstavke koji se odnosi na samooptuživanje i ne bih zasnivao svoj zaključak o kršenju člana 6 na ovom daljem osnovu, koji otvara izuzetno složena i teška pitanja.

### SAGLASNO MIŠLJENJE SUDIJE ZUPANČIČA

Premda se slažem s rezultatima koje smo postigli u ovom važnom predmetu, verujem da (1) je ovo zaista uobičajen predmet o mučenju *stricto sensu*, (2) da kontaminirani dokaz dobijen ovim „šokantnim“ ponašanjem policije treba potpuno da se isključi iz postupka i (3) da razlozi za isključivanje kontaminiranog dokaza ne potiču od mučenja *per se*. Budući da zakonski postupak predstavlja civilizovanu zamenu rešavanja sukoba necivilizovanim fizičkim putem koji je prethodno preovladavao, napuštanje nasilja je njegova prevashodna svrha. Zapravo, ono predstavlja sastavni deo zakonskog postupka. Nije slučajno to što, iako u raznim, ali sličnim formulacijama, izreka „*nemo tenetur seipsum prodere*“ sadrži same korene zapadne pravne tradicije.

U predmetu *Selmouni v. France* smo integrisali član 1 Konvencije Ujedinjenih nacija protiv mučenja<sup>6</sup> (u daljem tekstu: KPM) u našu sudsku praksu. Pošto

---

6 Konvencija protiv mučenja i drugih okrutnih, nečovečnih ili ponižavajućih postupaka ili kazni, G.A res. 39/46, [aneks, 39 U.N. GAOR Supp. (No. 51) na 197, UN dok. A/39/51 (1984)], stupila na snagu 26. juna 1987. Komitet UN protiv mučenja je tražio od Nemačke da integriše član 1 KPM kao definiciju krivičnog dela mučenja u svoje materijalno krivično pravo. Od Nemačke je takođe traženo da strogo primenjuje pravilo po kojem se isključuju iz razmatranja sudija u veću svi dokazi dobijeni mučenjem. Ova rana upozorenja nadzornog tela UN nisu uvažena što je doprinelo uvođenju prakse koja predstavlja temu ovog predme-

u ovom predmetu značenje „velikog bola i patnje“ određuje sve ostalo, odlična definicija mučenja, u članu 1 KPM, koju Evropska konvencija ne sadrži, sadrži ponavljanje:

Izraz „mučenje“ označava svaki čin kojim se nekom licu [1] *namerno nanose* [2] *velike patnje*, fizičke ili duševne, s ciljem [a] da se od njega ili od nekog trećeg lica dobiju obaveštenja ili priznanja, [b] da se kazni za neko delo koje je ono ili neko treće lice počinilo, ili se sumnja da ga je počinilo, [c] da se uplaši ili da se na njega izvrši pritisak, ili da se neko treće lice uplaši i na njega izvrši pritisak, ili [d] iz bilo koje druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije, kad takav bol ili takve patnje nanosi [3] službeno lice ili neko drugo lice koje deluje po službenoj dužnosti ili na osnovu izričitog naloga ili pristanka službenog lica. Taj izraz ne odnosi se na bol i na patnje koje proizilaze isključivo iz zakonitih kazni, neodvojivi su od njih ili njima izazvani.

Mučenje, drugim rečima, predstavlja (1) *delictum proprium*; može ga učiniti samo državno službeno lice ili drugo lice koje deluje u službenom svojstvu.

(2) Potrebna je posebna namera (*dolus specialis*), tj. ponašanje mora biti planirano ili dozvoljeno ne samo za nanošenje velikog bola ili patnje, već i za (a) dobijanje od mučenog lica ili trećeg lica informacije ili priznanja, (b) njegovog kažnjavanja za delo koje je on ili treće lice učinio ili se sumnja da ga je učinio, (c) zastrašivanja ili prisiljavanja njega ili trećeg lica, ili (d) činjenja kao takvog iz bilo kog razloga zasnovanog na bilo kom obliku diskriminacije.

Budući da je dovoljan i prećutni pristanak državnog službenog lica, gore pomenuti *dolus specialis* može, ako ništa drugo, biti i *dolus eventualis*, u slučaju kada, npr. državno službeno lice odgovorno za policijsku stanicu namerno prećutno da pristanak na mučenje počinjeno od strane njemu podređenih lica. Uz to, fraza kojom se definiše posebna namera je otvorena („c ciljem“), tj. omogućava upotrebu načela *analogia inter legem*. Najzad, kao rezultat imamo krivično delo mučenja, tj. ne postoji krivično delo mučenja osim ukoliko ne postoji, (3) kao posledica ponašanja državnih službenika, (4) *velike fizičke ili mentalne patnje*.

Stoga, ključno pitanje u predmetu pred nama, a sve više i u drugim sličnim razmatranjima, jeste da li određeno ponašanje prouzrokuje „velike patnje“

---

ta. Vidi, Concluding Observations of the Committee Against Torture: Germany. 11/05/98, A/53/44, st. 179–195 (Concluding Observations/Comments), st. 185 i 193. U smislu predmeta koji je pred nama takođe može biti indikativno to da su u Paktu o građanskim i političkim pravima (1966), u članu 7 mučenje tretira uporedo s medicinskim i naučnim eksperimentisanjem: „Niko ne može biti podvrgnut mučenju niti svirepom, nečovečnom, ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Posebno je zabranjeno podvrgavanje nekog lica medicinskim ili naučnim opitima bez njegovog slobodnog pristanka.“

– ili nešto blaže od toga.<sup>7</sup> Mučenje je, drugim rečima, teži oblik nečovečnog i ponižavajućeg postupanja.<sup>8</sup> Da li su u konkretnom predmetu bol ili patnja žrtve nečovečnog i ponižavajućeg postupanja bili jaki, *činjenično je pitanje* koje treba da utvrdi krivični sud pred kojim se goni za krivično delo mučenja. Prema medicinskoj nauci, subjektivni prag bola može da varira dosta od osobe do osobe. Uz to, fizička invazivnost procedure nije presudna. Voda koja satima kaplje na obrijanu glavu osobe, što je dobro znani japanski oblik mučenja tokom Drugog svet-skog rata, možda ne deluje baš invazivno, ali je ipak prouzrokovala veliku patnju. Kada je reč o praksi prisilnog hranjenja u Gvantanamu, specijalni izvestilac UN za mučenje, g. Manfred Novak (*Manfred Nowak*), obazrivo je izjavio: „*Ako su te tvrdnje tačne, onda je to definitivno isto što i još jedno dodatno svirepo postupanje*“.<sup>9</sup> Ako, prema promišljenom stavu jednog od svetskih vodećih stručnjaka za ljudska prava, prisilno hranjenje predstavlja isto što i „svirepo postupanje“, onda je prisilno povraćanje, u najmanju ruku, takođe „svirepo“. Suštinska razlika, naravno se sastoji u pretpostavci da je prisilno hranjenje u interesu lica koje mu je podvrgnuto, dok, uprkos slabim suprotnim tvrdnjama, prisilno povraćanje nije.

---

7 „Tražiti prag koji označava ‘objektivnu’ povredu, neku vrstu stvari koja će se otkriti na rend-genu, ili zubima koji nedostaju, ili po modricama i tragovima udaraca po telu, značilo bi dati imunitet od optužbi za namernu ravnodušnost na sadističkoj osnovi, budući da je moguće naneti jak i trajan bol, a da se ne ostave ikakvi ‘objektivni’ tragovi na telu žrtve“ (sudija Pozner (*Posner*) u predmetu *Cooper v. Casey*, F.3d 914, 917 (7th Cir. 1996) (citati su izostavljeni)). Uz to, jak i trajan bol može biti i mentalni i fizički. „[M]entalno mučenje nije oksimoron, i smatralo se ili pretpostavljalo u slučaju velikog broja zatvorenika . . . da je utuživo kao okrutno i neuobičajeno kažnjavanje“ (sudija Pozner u predmetu *Thomas v. Farley*, 31 F.3. 557, 559 (7. Cir. 1994)). U predmetu o vršenju pretresa tela među različitim polovima, smatrano je da se „jaka psihološka povreda i emtoivni bol i patnja“ računaju kao „nanošenje bola“ prema Osmom amandmanu (sudija O’Skanlin (*O’Scannlain*) u predmetu *Jordan v. Gardner*, 986 F.2. 1521, 1525, 1528 (9. Cir. 1992)). „Brojne stvari – prebijanje kožnom službenom palicom, mučenje vodom, električni šokovi, neprestana buka, repriziranje ‘Space 1999’ – mogu proz-rokovati agoniju kada se dešavaju, ali ipak ne ostavljaju trajne povrede. Država ne može da nanosi takav bol bez razloga, samo zato što vodi računa da ne ostavi tragove“ (sudija Isterbruk (*Easterbrook*) u predmetu *Williams v. Boles*, 841 F.2. 181, 183 (7. Cir. 1988)). Dostupno na: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/diana/harris/110998-2.ht>.

8 KPM, čl. 16: „Sve države potpisnice obavezuju se da će na čitavoj teritoriji koja potpada pod njihovu nadležnost zabraniti sva dela koja predstavljaju svirepe, nehumane ili ponižavajuće kazne i postupke koji nisu čini mučenja u onom smislu u kom je to definisano u prvom članu, u slučaju kad ta dela čini neki zvanični službenik ili neko drugo lice koje deluje po službenoj dužnosti, ili se ta dela čine uz izričiti ili prećutni nagovor ili pristanak tih lica. Posebno se ističe da se obaveze navedene u članovima 10, 11, 12 i 13 mogu primenjivati i tako što će se izraz mučenja zameniti drugim izrazima koji označavaju svirepe, nehumane ili ponižavajuće kazne ili tretmane (kurziv je dodat).

9 Videti na <http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/4569626.stm>.



Svrha prisilnog povraćanja je pribavljanje dokaza. Prisilnim hranjenjem se uvodi hrana, dok se prisilnim uvođenjem sonde u stomak uvodi emetik. Posledica prisilnog hranjenja je nutritivni oporavak izgladnelog lica, posledica prisilnog povraćanja je konvulzivno, nevoljno povraćanje i, ponekad, smrt. Prisilno hranjenje može biti praćeno strahom od fizičkog uvođenja sonde, ali ne u smislu posledica njenog uvođenja. U slučaju prisilnog povraćanja, posebno ako je lice koje mu je podvrgnuto svesno prethodnih primera neizbežne smrti, strah je subjektivno veći i objektivno, u tom smislu, osnovan. Kod prisilnog hranjenja nemamo posebnu nameru koja je neophodna da bi učinjeni postupak predstavljao mučenje, ali opet može biti „nečovečan i ponižavajući“. Posebna namera u predmetima prisilnog povraćanja odgovara definiciji mučenja u pogledu potrebne subjektivne motivacije učinioca za ovakvo postupanje, što, da se izrazim rečima sudije Franckfurtera, deluje šokantno na savest.

Pa ipak, osim u ekstremnim slučajevima lošeg postupanja (elektrošokovi, palestinsko vešanje, prebijanje palicom, itd.), nemoguće je generalizovati. Konvencija UN protiv mučenja je zasnovana na istinitosti ideje da će države ugovornice inkriminisati mučenje tačno kako je definisano u napred pomenutom članu 1, što Nemačka nije učinila iako ju je Komitet protiv mučenja stalno pozivao da to učini. Kada budu bile predmet krivičnog gonjenja, posledice lošeg postupanja mogu postati pitanje činjenica na suđenju navodnom učiniocu mučenja. Ovo pitanje činjenice se može utvrditi npr. ispitivanjem žrtve. Drugim rečima, definicija mučenja u KPM nije zasnovana na mogućnosti da će država potpisnica Konvencije uvesti i upražnjavati praksu pribavljanja dokaza koja ne samo da rezultira u njenom uzdržavanju da krivično goni učinioce krivičnih dela već daje i zvaničnu podršku tako užasnom postupanju. Podnosilac predstavke, g. Džaloh, nije tretiran kao žrtva ni u jednom nemačkom krivičnom postupku te mu stoga nije ni data mogućnost da svedoči. Drugim rečima, g. Džaloh nije mogao da tvrdi da su njegovi bol i patnja bili jaki i da nemačkim sudovima nikada nije pružena mogućnost da razmotre ovo pitanje koje nije bilo predmet krivičnog gonjenja.

Pitanje stiže pred naš sud potpuno neistraženo. Međutim, kao i u drugim sličnim situacijama, teret bi jasno bio na državi da pokaže da g. Džaloh, uprkos činjenici da nekoliko policajaca moralo da ga drži tokom te traumatične, invazivne procedure, imao dovoljno visok prag bola i dovoljno stabilan nervni sistem da mu postupak prisilnog povraćanja ne izazove veliku anksioznost, zebnju, strah i fizički bol – a da ne pominjemo medicinske posledice. Iz tog razloga, smatram da pitanje nije samo u tome da li prisilno povraćanje generalno prouzrokuje jak bol i patnju, već i da li su se u ovom konkretnom predmetu takav bol i patnja zaista i desili.

Odgovornost je na državi. U odsustvu suprotnih dokaza i s obzirom na načelo da je za svakog pretpostavlja da zna prirodne posledice svojih dela, prisiljen sam da smatram da su bol i patnja u ovom konkretnom predmetu bili jaki. Stoga, moramo govoriti o mučenju.

## II

Drugo pitanje se odnosi na upotrebu, od strane nemačkih sudova, izvučenih paketića kokaina kao važnog dokaza za dobijanje osuđujuće presude za g. Džaloha.

U predmetu *Rochin v. California*<sup>10</sup> sudija Daglas (*Douglas*) je rekao: „[Ja] mislim da reči koje su izvučene iz usta [osumnjičenog], kapsule izvučene iz njegovog stomaka, krv uzeta iz njegovih vena su, svi zajedno, neprihvatljivi ukoliko su uzeti bez njegovog pristanka. Neprihvatljivi su zbog zabrane sadržane u Petom amandmanu.<sup>11</sup>“ Postoje po svemu sudeći praktični razlozi zbog kojih je ova obavezujuća pozicija oslabljena kasnijom sudskom praksom koja je govorila suprotno (vidi stavove 51–52 presude).

U suštini, pak, problem je u tome da je obrazloženje ove obavezujuće norme koju je kao takvu posmatrao sudija Daglas previše pojednostavljeno – vidi dole citat Vigmora (*Wigmore*) – da bi se moglo odmah razlučiti. Kao posledica toga je da isključivo pravilo, koje je samo preventivni pravni lek i *alter ego* prava protiv samooptuživanja, svedeno, uglavnom kroz stalnu posvećenost sudije Renkvista (*Rehnquist*) na manipulativno *instrumentalno* pravilo koje proističe iz potrebe da se spreči loše postupanje policije. Kao takvo ipak je protumačeno, što je apsurdno, s gledišta svoje sporedne svrhe.

Drugačija vrsta nespornosti je očigledna u predmetu *Saunders v. United Kingdom*, presuda od 17. decembra 1996, Reports 1996-VI – naš glavni predmet o odbacivanju kontaminarnog dokaza:

[68.] Sud podseća da, iako to nije posebno pomenuto u članu 6 Konvencije, pravo na ćutanje i pravo lica protiv samooptuživanja predstavljaju opšte priznate međunarodne standarde koji su u samoj suštini pojma pravičnog postupka prema članu 6. Obrazloženje leži, između ostalog, u zaštiti optuženog od nedozvoljene prinude koju bi primenile vlasti što doprinosi [...] ispunjavanju svrhe člana [...]. Pravo lica protiv samooptuživanja naročito pretpostavlja da tužilaštvo u krivičnom predmetu pokušava da dokaže svoj predmet protiv optuženog a da ne pribе-

---

10 *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952) na: <http://caselaw.lp.findlaw.com/cgi-bin/get-case.pl?navby=case&court=us&vol=342&invol=165>

11 Peti amandman u Ustavu Sjedinjenih Država: “Niko se [...] ne može navesti ni u jednom krivičnom predmetu da bude svedok protiv samog sebe.”

gne dokazima dobijenim metodama prinude ili prisile protivno volji optuženog. U tom smislu pravo je blisko povezano s pretpostavkom nevinosti sadržanom u članu 6, stav 2 Konvencije [...] [69.] Pravo lica protiv samooptuživanja se prvenstveno odnosi, pak, na poštovanje **volje optuženog lica da čuti**. Kao što je i opšte shvaćeno u pravnim sistemima strana potpisnica Konvencije i inače, ono se ne proširuje na korišćenje materijala u krivičnom postupku, koji bi mogli biti dobijeni od optuženog upotrebom ovlašćenja za primenu sile, a koji inače postoje nezavisno od volje osumnjičenog lica kao što su, između ostalog, dokumenti pribavljeni po nalogu, uzorci disanja, krvi i mokraće i telesnog tkiva u svrhu DNK analize.

Tako je u predmetu *Saunders* naš Sud, pretpostavljam zato što su iz pretpostavke nevinosti proisticali i pravo lica protiv samooptuživanja i pravilo isključivanja, došlo do predloga da samo reči koje se mogu čuti a koje izgovori osumnjičeno lice nisu prihvatljive kao dokaz. Uz to takođe najmanji dokaz koji je pribavljen najokrutnijim mučenjem – zamislite da je osumnjičeni u našem predmetu namerno izlagan mučenju da bi bio nateran da iskašlje paketiće – prihvatljiv je ukoliko „postoji nezavisno od volje osumnjičenog lica.“

To je u očiglednoj suprotnosti sa članom 15 Konvencije protiv mučenja. Ta odredba određuje strogo isključivanje *svakog dokaza* iz direktnog ili indirektnog razmatranja sudija ako je dobijen mučenjem. Ovde se ne pravi nikakva nematerijalna razlika između verbalnih i neverbalnih dokaza.<sup>12</sup> Drugim rečima, iako je *Saunders* važan predmet naročito zato što neraskidivo povezuje dva svojstva istog načela – prava lica protiv samooptuživanja i pravilo isključivanja – njegovo obrazloženje neće izdržati test vremena.

Ipak, pravi razlog postojanja prava protiv samooptuživanja je veoma jednostavan.

Razlozi se moraju tražiti u jednostavnom obrazloženju čitavog zakonskog postupka kao civilizovane alternative agresivnom rešavanju sukoba. Isto ovo obrazloženje je jezgrovito izneo Džon Henri Vigmor (*John Henry Wigmore*), najveći autoritet u pravu dokaznog postupka:

„poštovati preovlađujuću etiku po kojoj je pojedinac na prvom mestu i po kojoj poštena pravila borbe između države i pojedinca zahtevaju da se pojedinac sme uznemiravati samo s dobrim razlogom, a suprotstavljena strana ga ne sme naterati da sam sebe porazi....“<sup>13</sup>

Vigmorovo pozivanje na „poštena pravila borbe“ je možda shvaćeno kao metafora, ali sigurno nije metafora. U kontekstu zakonskog postupka, kao ciilizo-

---

12 KPM, čl. 15: „Sve države potpisnice obezbeđuju da izjava za koju se ustanovi da je dobijena mučenjem ne bude iskorišćena kao dokaz u nekom procesu, osim protiv osobe optužene za mučenje kao dokaz kako je ta izjava data (kurziv je dodat).

13 *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961) Vol. 8, str. 318 (kurziv je dodat).

vana alternativa varvarskoj borbi, „poštena pravila borbe“ zasigurno ne podrazumevaju dozvolu da se upotrebi sila, bilo kakva sila. Tačna svrha „zakonske borbe“ jeste da zameni logiku prave borbe, tj. da zameni logiku moći s moći logike. U zakonskom postupku, u suštini, upotreba sile kao načina rešavanja sukoba se zamenjuje logičkom prisilom. Sama činjenica da se bitka vodi između „države i pojedinca“, kao u krivičnom pravu, ne može izmeniti njene osnovne implikacije.

Ako se za dobijanje dokaza ipak upotrebi sila, čiji je nevoljni izvor Vigmorov pojedinac koji se suočava s moćnom državnim policijskim aparatom, pravedno je reći da je došlo do nazadovanja u borbi i da je čitav krivični postupak u svojoj glavnoj nameni podriven i lišen legitimiteta. Izvršni sektor u državi, drugim rečima, je opet nazadovao i vratio se praksi koja je prethodila vladavini prava. Parafraziraću reči sudije Frankfurtera i reći ću da su to varvarske metode previše bliske ratu svakog protiv svakoga da bi se mogla dopustiti legalistička diferencijacija.

Sudovi koji prihvate takve dokaze, jer u najmanju ruku dozvoljavaju tako okrutne prakse, *ex post facto* su saučesnici u tim okrutnim postupanjima.

Problem, dakle, nije samo da li je g. Džaloh bio mučen ili se s njim postupalo nečovečno i ponižavajuće. Čitav sistem sprovođenja zakona je bio izložen degradaciji koja je ozbiljnija i opasnija.

### III

Ono što najviše brine u svemu ovome, međutim, jeste već očigledna promena u *Zeitgeist-u* i srozavanje minimuma standarda koje je usledilo. Ono što je 1952. bilo očigledno „postupanje koje šokira savest“<sup>14</sup> 2006. je postalo pitanje koje mora biti tema obimnog – i to ne samo u ovom predmetu – razmatranja, rasprave i debate. Uprkos njihovom očiglednom razvoju, ova transmutacija ima malo veze sa školskom razlikom pravosudnih standarda kao npr., između „nečovečnog i ponižavajućeg postupanja“ s jedne strane i „mučenja“ s druge. Naročito postupanje policije hoće ili neće šokirati savest lica koja su određena da ga razmatraju i ocenjuju. Ako ih šokira, oni će ga osuditi kao mučenja. Ako ne, oni će smatrati da ga je moguće tolerisati.

---

14 Vidi, *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 at 172 (1952): “[P]rinuđeni smo da zaključimo da postupak u kojem je ova osuđujuća presuda dobijena ne samo da je neprihvatljiv za one koji su preosetljivi, gadljivi ili koji su lično osetljivi na previše energičnu borbu protiv kriminala. To je postupak koji predstavlja šok za savest. Nezakonito zadiranje u privatnost podnosioca predstavlja, borba da se otvore njegova usta i ukloni ono što se nalazi u njima, prisilno izvlačenje sadržaja iz njegovog stomaka - takvim postupkom pribavljanja dokaza državnim agentima sigurno bi uvredilo i najgrublji senzibilitet. Te metode su previše bliske metodama mučenja na spravama da bi se dopustila ustavna diferencijacija.”

Ova ocena proizilazi iz određene skale vrednosti – koju usvaja svako, počev od policajca koji pridržava lice kojem je sonda uvedena i kroz koju će mu biti dat emetik, preko lekara koji uvodi sondu i emetik, do sudije koji prihvata dokaze dobijene na tako okrutan način. Ove skale vrednosti predstavljaju pravo poreklo svakog sekundarnog logičkog rezonovanja i, što još više brine, često očigledan nedostatak senzibiliteta i interesovanja.

Drugim rečima, ljudska prava nisu samo stvar pedantnog pravnog rezonovanja. Takođe su stvar vrednosnih sudova. Istina je da samo kada se taj vrednosni sud preobrati u verbalno artikulisan pravni standard može podržati vladavinu prava. Bila bi greška, međutim, zaboraviti da u osnovi – u korenu svakog pravnog standarda koji će se kasnije primenjivati – leži moralna odluka onih koji ne samo da imaju mišljenja, pa čak i ubeđenja – već i hrabrosti za ta ubeđenja.

### PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJA VILDHABERA I KAFLIŠA

1. Nažalost, ne možemo da se složimo s tim da je postupanje nemačkih organa u ovom predmetu jednako nečovečnom i ponižavajućem postupanju i da je, prema tome, član 3 Konvencije prekršen. Iako podržavamo načela uspostavljena u stavovima od 67 do 73 presude, ova načela nisu, po našem mišljenju, bila tačno primenjena u ovom predmetu.

2. Prvo zapažanje je da se, za razliku od člana 8 Konvencija, član 3 bavi mučenjem i zlostavljanjem koje mu je slično. Postupanje zabranjeno članom 3 je, u velikoj meri, primenjeno namerom da se kazni lice ili da se natera da prizna krivično delo. Kao što je istaknuto u članu 1 Konvencije Ujedinjenih nacija protiv mučenja iz 1984, „mučenje“ označava „svaki čin kojim se nekom licu *namerno nanose velike patnje*, fizičke ili duševne, s ciljem da se od njega ili od nekog trećeg lica dobiju obaveštenja ili priznanja, da se kazni za neko delo koje je ono ili neko treće lice počinilo, ili se sumnja da ga je počinilo, da se uplaši ili da se na njega izvrši pritisak, ili da se neko treće lice uplaši i na njega izvrši pritisak, ili iz bilo koje druge pobude zasnovane na bilo kakvom obliku diskriminacije“ od strane lica koja vrše službenu dužnost. Ništa od ovoga se nije desilo u ovom predmetu, koji se odnosi na pokušaj osumnjičenog lica da uništi dokaze tako što bi ih progutao. Ovaj pokušaj se nije mogao, istina, osujetiti bez upotrebe sile, ali ta upotreba sile nija imala nikakve veze s motivima koji su obično u osnovi postupanja protivnog članu 3. Uz to, ne bi bilo neophodno da podnosilac predstavke nije pokušao da ukloni dokaze ili da je pristao na njihovo izvlačenje. Stoga ovaj predmet ne potpada u kategorije postupanja zabranjenog članom 3 Konvencije.

3. Većina u Sudu smatra da se prisilnoj metodi upotrebljenoj nad podnosiocem predstavke može pribеći tek nakon što lekar uzme anamnezu i pošto se

pažljivo odmere zdravstveni rizici kojima se izlaže dotično lice. Država tvrdi da je anamneza urađena, dok podnosilac predstavke tvrdi suprotno. Nismo uspjeli da utvrdimo zašto treba verovati ovoj drugoj, a ne prvoj tvrdnji, doduše, podnosilac predstavke je mogao to da tvrdi budući da ne zna nemački i veoma malo engleski jezik (realnost je takva, pak, da poznaje dovoljno nemački ili engleski jezik da može da prodaje drogu). Može se smatrati, stoga, da je, zbog nesaradnje osumnjičenog, uzeta samo parcijalna anamneza i da su nemački organi učinili ono što su smatrali ispravnim i adekvatnim da bi obezbedili dokaze, s jedne strane, i sveli rizik po zdravlje podnosioca predstavke na minimum, s druge strane – podnosioca koji, usput, baveći se trgovinom droge, nije pokazao mnogo obzira za zdravlje drugih.

4. Većina se takođe oslanja na argument srazmernosti ističući da podnosilac predstavke nije „nudio drogu na prodaju u velikim količinama“ pošto nije bio u mogućnosti da je sakrije u ustima, da se ova okolnost odrazila relativno blagom kaznom (šest meseci uslovne kazne) koja mu je izrečena i da je potrebni dokaz mogao biti dobijen putem prirodne eliminacije, pre nego davanjem emetika. Ovo deluje kao čudan argument: što je preprodavac važniji, to je legalnija upotreba emetika. Većina po svemu sudeći vrednuje zdravlje krupnijih preprodavaca droge manje od zdravlja sitnijih preprodavaca. Za nas obim preprodaje droge nije odlučujući kada treba da se proceni srazmernost.

5. Bez sumnje, kao što je i većina istakla (presuda, stav 82), način na koji je sprovedena sporna mera „je kod podnosioca predstavke da izazove osećaj straha, zebnje i inferiornosti što je moglo da ga ponizi i obezvredi.“ Isto bi važilo – premda u manjoj meri – i za primenu laksativa ili za dugo čekanje na prirodnu eliminaciju. I tako, dok je metoda upotrebljena prema podnosiocu predstavke podrazumevala određeni rizik po zdravlje – zbog čega se metod i ne koristi često (presuda, stav 78) – metoda prirodne eliminacije nosi rizik da progutane vrećice droge puknu u probavnom sistemu.

6. S obzirom na to, kao i na činjenicu da se za krivična dela u vezi s drogom mora krivično goniti i obezbeđivati dokazi, ne mislimo da član 3 važi u ovom predmetu. Čak i da važi, mišljenja smo da postupak kojem je podnosilac predstavke bio izložen nije dostigao neophodni prag da bi bio obuhvaćen tim članom. Po drugoj tački se, stoga, slažemo sa sudijama Resom, Pelonpa i Šikutom.

7. Ovaj zaključak nas, pak, ne oslobađa od razmatranja stvari prema članu 8 Konvencije i, tačnije, od toga da li je postupanje nemačkih organa opravdano prema stavu 2 tog člana.

8. Za početak, malo je sumnje u vezi s tim da je postupanje nemačkih organa bilo „u skladu sa zakonom“ u okviru značenja člana 8, stav 2, koji se zasniva na odeljku 81a nemačkog Zakonika o krivičnom postupku (vidi presudu,

stav 33), kao što je tumačeno od strane brojnih nemačkih domaćih sudova i pisaca. Budući da odeljak 81a ovlašćuje sudije i javne tužioce, kada pokušavaju da obezbede dokaze, da nalože detaljne telesne preglede koje će izvesti lekar, čak i bez pristanka optuženog lica, pod uslovom da nema rizika od oštećenja zdravlja osumnjičenog lica, takođe se može zaključiti da su mere na koje je upućena žalba, uključujući i upotrebu emetika, bile sasvim predvidive. Prema tome se može pretpostaviti da je detaljni pregled povodom kojeg je upućena žalba bio „u skladu sa zakonom“ prema članu 8, stav 2 Konvencije.

9. Uz to i ciljevi detaljnog pregleda – hapšenje i krivično gonjenje lica osumnjičenih za preprodaju droge, kao i obezbeđivanje dokaza – pokazuju da su mere koje su predmet žalbe sprovedene u interesu javne bezbednosti, sprečavanja krivičnih dela u vezi s drogom i zaštite zdravlja i prava drugih, shodno članu 8, stav 2 Konvencije.

10. Poslednje i najvažnije pitanje na koje treba odgovoriti jeste da li je mešanje u privatni život podnosioca predstavke bilo „neophodno u demokratskom društvu“, propisanom članom 8, stavom 2. Drugim rečima, da li je to mešanje odgovaralo hitnoj društvenoj potrebi i da li su nacionalni organi našli pravu ravnotežu između javnog interesa kao što je napred rečeno, interesa podnosioca predstavke da očuva svoj fizički i mentalni integritet, i mogućeg postojanja manje zadirućih ali podjednako efikasnih načina za pribavljanje potrebnih dokaza?

11. Kada je reč o interesima podnosioca predstavke, može se pretpostaviti da je on osetio popriličan strah (vidi gore stav 5) i da sprovedena procedura povlači zdravstvene rizike pošto dežurni lekar nije mogao da uradi kompletnu anamnezu (vidi gore stav 3). Sama intervencija je zahtevala upotrebu sile i primenu dva leka, a njen cilj je bio da izazove povraćanje, što se može shvatiti svakako, ali ne i kao uznemiravajuće.

12. Pitanje koje se sada postavlja jeste da li je, radi ostvarenja odgovarajuće ravnoteže između interesa društva i podnosioca predstavke, bila na raspolaganju manje zadiruća ali podjednako efikasna druga metoda. Čekanje da se vrećice droge eliminišu prirodnim putem je bila jedna od opcija, ali je nosila rizik, po podnosioca predstavke, da vrećice droge puknu u njegovom probavnom sistemu; to bi takođe zahtevalo dalji pritvor i nadzor, posebno tokom procesa eliminacije. Neko se možda ne slaže u vezi s tim da li prva ili druga opcija predstavlja veći zdravstveni rizik, iako praksa u velikoj većini država ugovornica ukazuje da je veći rizik od prve opcije.

13. Odbrana države je tvrdila da su, birajući prvu opciju, nemački organi zapravo ispunili svoju pozitivnu obavezu, shodno članu 8, da zaštite život i zdravlje podnosioca predstavke. Ali, u ovom predmetu, zdravstveni rizik je stvorio sam podnosilac predstavke, gutajući vrećice s drogom sakrivene u ustima; pozitivna

obaveza države se ne proširuje na prisilno uklanjanje tog rizika suprotno volji podnosioca predstavke. S tim u vezi, može se skrenuti pažnja na postupak koji se trenutno praktikuje u pokrajini Bremen (presuda, stav 47), kojim se traži da doktor osumnjičenom licu pruži informacije o rizicima po njegovo zdravlje ukoliko droga ostane u njegovom telu. Zatim je osumnjičeni taj koji odlučuje da li će popiti emetike ili laksativ, ukoliko se lekarskim pregledom utvrdi da nijedna metoda ne povlači rizik. U suprotnom će biti u pritvoru u specijalnoj ćeliji sve dok se vrećice droge ne eliminišu prirodnim putem.

14. To je rešenje kojim bi se, u okolnostima ovog predmeta, verovatno našla prava ravnoteža između javnog interesa za obezbeđivanje dokaza za krivično gonjenje za krivično delo u vezi s drogom i interesa podnosioca predstavke da zaštiti svoj fizički i mentalni integritet. Zbog toga mešanje u privatni život podnosioca predstavke nije bilo neophodno u demokratskom društvu. Zbog toga je takođe, po našem mišljenju, došlo do kršenja člana 8 Konvencije.

15. Kada je reč o žalbama podnosioca predstavke prema članu 6 Konvencije, slažemo se s protivnim mišljenjem sudija Res, Pelonpa, Baka i Šikute ali želimo da dodamo da, u načelu, Sud takođe ne bi trebalo da utvrdi dvostruka ili višestruka kršenja u predmetima u kojima imamo jedno materijalno delo.

#### ZAJEDNIČKO PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJA RES, PELONPA, BAKA I SIKUTA

Ne slažemo se s mišljenjem većine ni po jednoj tački ovog predmeta i želimo da objasnimo svoje razloge za to.

#### Član 3

Prvo, za razliku od većine, ne mislimo da je prekršen član 3. Iako se slažemo s načinom na koji su opšta načela u vezi sa članom 3 izneta u presudi (stavovi 67–74), ne slažemo se s presudom u tome kako ta načela treba primeniti na ovaj predmet.

U presudi se razmatraju različiti elementi koji se smatraju za bitne, počev od stava 77 s pitanjem da li je intervencija bila neophodna za dobijanje dokaza. Većina takođe prihvata da je trgovina drogom teško krivično delo, ali i dodaje da je u ovom predmetu „jasno“ da „je podnosilac predstavke stavio drogu u usta, te stoga nije mogao nuditi drogu na prodaju u većem obimu“. Relativni nedostatak težine krivičnog dela se, kako se kaže u presudi, „odražava i u kazni (šest meseci uslovne kazne zatvora, uz nadzor), što spada u blaže kazne na skali mogućih kazni. (*ibid.*)

Ako ostavimo po strani pitanje da li se težina krivičnog dela ikako može odraziti na pitanje da li mešanje predstavlja nečovečno ili ponižavajuće postupa-



nje, zaključujemo da način na koji većina po svemu sudeći umanjuje težinu krivičnog dela nije potpuno opravdan. U presudi Regionalnog suda Vupertal od 17. maja 1995, koja je u predmetu, zaključuje se da je utvrđeno da je pre intervencije podnosilac predstavke već predao jednu vrećicu iz svojih usta kupcu u 11.35h i nestao neko vreme pre nego što će se vratiti u 12.25h, kada je još jednom kupcu predao vrećicu. Tako je situacija koju je policija opservirala, a koja nije mogla znati koliko je vrećica podnosilac predstavke imao u ustima, predstavljala samo još jednu prodaju droge.

U tim okolnostima se mora prihvatiti da su policajci imali razloga da veruju da su aktivnosti u kojima je podnosilac predstavke učestvovao imale određenu težinu. Slažemo se da je za istragu stalne trgovine drogom podnosioca predstavke bilo odlučujuće za organe da budu u mogućnosti da utvrde tačnu količinu i kvalitet supstance nuđene na prodaju. Činjenica da je nakon davanja emetika pronađena samo jedna vrećica kokaina ne može biti presudna u ovom kontekstu, ne više od činjenice da je na kraju podnosilac predstavke osuđen na prilično blagu kaznu zatvorom, nakon što je Regionalni sud uzeo u obzir niz olakšavajućih okolnosti.<sup>15</sup>

Ono što je važno u obrazloženju većine jeste takođe njihov zaključak da postoje manje zadirući načini za pribavljanje dokaza. Većina smatra da su „[o]rgani gonjenja [...] mogli jednostavno da sačekaju da droga izađe iz sistema prirodnim putem“ (stav 77), i direktno odbila argument države da bi „čekanje da droga prirodnim putem izađe iz tela bilo podjednako ponižavajuće“ (stav 79).

Tačno je da ova mogućnost nije povezana s mešanjem u fizički integritet osumnjičenog na isti način kao što je upotreba emetika. Međutim, nema razloga da se obrazloženja države dovode u pitanje (data su na raspravi i u podnesku 4. jula 2005, stav 52–54) po kojima bi u predmetu kao što je ovaj efikasna upotreba alternative neizbežno podrazumevala i stalni nadzor pritvorenika, a naročito njegovo korišćenje toaleta. Dugim rečima, primenom druge moguće metode to lice bi bilo lišeno, možda na nekoliko dana, ne samo svoje slobode već i privatnosti prilikom korišćenja toaleta. Privatnost prilikom korišćenja toaleta se u drugim

15 Stoga, iako su postojale naznake da je tu bilo većih količina droge, Sud je primenio načelo *favor defencionis* i pretpostavio („*Die Strafkammer geht deshalb zugunsten des Angeklagten davon aus...*“) da je u 11.35h i u 12.25h podnosilac predstavke samo predao po jednu vrećicu od kojih je svaka sadržala po 0.15 grama kokaina. Sud je takođe uzeo u obzir da je podnosilac predstavke sprečen da proda vrećicu s 0.2182 grama. Kazna takođe odražava činjenicu da podnosilac predstavke nema krivični dosije u Nemačkoj i da u periodu od godinu dana koliko je proteklo od puštanja podnosioca predstavke iz zatvora u pretkrivičnom postupku do donošenja osuđujuće presude koju sada razmatramo, nije doveden u vezu ni s kakvim kriminalnim aktivnostima. U svetlu ove presude, može se slobodno pretpostaviti da vrsta ponašanja u koju se upustio podnosilac predstavke, a koju je policija opservirala, mogla, u slučaju nekog drugog lica, završiti strožijom kaznom.

predmetima posmatra kao deo minimuma prava koja bi pritvorenicima trebalo da uživaju, u toj meri da se lišavanje tog prava posmatra kao važan element obrazloženja zaključka da su uslovi pritvora izjednačeni s ponižavajućim postupanjem, što je kršenje člana 3 (*Peers v. Greece*), presuda je gore pomenuta u stavu 68, st. 73–75; *Kalashnikov v. Russia*, 47095/99, st. 99, ECHR-VI).

Dok zadiranje u privatnost u slučaju da se odabere opcija da se čeka da droga sama prođe može biti ne tako dalekosežno kao prisilno davanje emetika, prednosti druge metode s tačke gledišta vrednosti zaštićenih Konvencijom nisu tako očigledne da bi nametale isključivanje emetika.

U presudi se zatim razmatraju zdravstveni rizici koji prate prisilnu medicinsku intervenciju. Većina ispravno zapaža da je to pitanje stvar spora ne samo između strana već i između medicinskih stručnjaka (stav 78). Ipak odbacuje argumente države u vezi sa zdravstvenim rizicima, između ostalog, ističući da je prisilna primena emetika do sada „rezultirala“ smrću dva lica u tuženoj državi (stav 78). Mi, pak, nemamo dovoljno razloga da ne verujemo u stav države da se jedan od dva slučaja odnosio na lice koje je bolovalo od nedijagnostikovanog srčanog oboljenja i da bi bio „izložen jednakom riziku i da se opirao drugoj vrsti mere sprovođenja“ (stav 62). U drugom slučaju postupak je izgleda još uvek u toku (vidi stav 46), pa se ništa definitivno ne može reći.

Čak i da je tako, slažemo se da upotreba emetika podrazumeva zdravstvene rizike, kao što to čine brojne druge mere sprovođenja zakona. Međutim, ukoliko implicitno prihvatanje većine da se primeni druga moguća metoda i sačeka da droga izađe iz tela shvatimo kao da ta metoda očigledno povlači manje rizike, opet se pitamo da li takav zaključak potkrepljuje materijal koji je iznet pred Sud. Činjenica – pomenuta u odgovoru države od 4. jula 2005, čiju istinitost nemamo razloga da dovodimo u pitanje – da su samo u Hamburgu bila dva predmeta gde nisu dati emetici „sitnim preprodavcima koji su umirali od teškog trovanja heroinom ili kokainom koji su progutali u malim plastičnim vrećama da bi sakrili drogu od policije“ (stav 82 podneska) ukazuje da i u mogućnosti da se droga pusti da sama napusti telo takođe nose zdravstvene rizike.

Premda, sada kada je završeno, neko može smatrati da je upotreba emetika u ovom predmetu – za samo jednu vrećicu s 0.2182 grama kokaina – povlači više rizika nego što bi povukla druga metoda, generalno ne možemo da tvrdimo da je upotreba emetika opasnija od te alternative. Čak i ako pretpostavimo da jeste, razlika nije toliko velika da bi se upotreba emetika morala obavezno isključiti. Kako god bilo, nemamo razloga da verujemo da doktor koji je procenjivao situaciju nije mogao razložno da zaključi da je upotreba emetika adekvatan način da se nastavi rad u datim okolnostima. Hteli bismo da dodamo da primenjena mera izgleda nije nanela nikakvu trajniju štetu zdravlju podnosioca predstavke.

Kada je reč o načinu na koji su emetici dati, zapažamo da je nalog za njihovu primenu izdao državni tužilac, a izvršio lekar u bolnici, daleko od pogleda javnosti. Čak i da je prisilna primena emetika kroz nazogastričnu sondu nesumnjivo izazvala određenu uznemirenost i nelagodnost, to je relativno kratko trajalo. Nazogastrična sonda se takođe dosta upotrebljava u svakodnevnom kliničkom poslu, tako da u tom smislu nije bilo ničeg neobičnog u metodi koja je primenjena. Što se tiče činjenice da su podnosioca predstavke morali da drže nepomičnim četiri policajca kako bi mu se dao emetik, ne smatramo da je upotrebljena sila bila preterana u datim okolnostima, imajući u vidu rizik da bi svaki nagli pokret podnosioca predstavke mogao rezultirati povredom izazvanom nazogastričnom sondom.

Sve u svemu, slažemo se da je postupak kojem je podnosilac predstavke izložen, bio oštar. Ipak, svako ko se bavi trgovinom droge mora da ima u vidu mogućnost da bude izložen merama za sprovođenje zakona koje su daleko od prijatnih. Mere primenjene u ovom predmetu, po našem mišljenju, ne dostižu prag nečovečnog ili ponižavajućeg postupanja prema članu 3.

#### Član 8

Budući da smo glasali protiv odluke da je prekršen član 3, smatrali smo da se prema članu 8 Konvencije<sup>16</sup> otvara posebno pitanje. Stoga je za nas neophodno objasniti zašto, po našem mišljenju, ni ova odredba nije prekršena.

Bez oklevanja se slažemo s tim da prisilno davanje emetika podnosiocu predstavke predstavlja mešanje u njegovo pravo na poštovanje njegovog privatnog života u smislu njegovog fizičkog integriteta, i da stoga važi član 8.

Kada je reč o obrazloženju mere iz stava 2 člana 8, zapažamo da je ona po svemu sudeći predmet rasprave između nemačkih krivičnih sudova i autora zakona oko toga da li odeljak 81a Zakonika o krivičnom postupku pruža zakonski osnov za prisilno davanje emetika (stav 33–40). Međutim, iako Savezni ustavni sud nije odlučivao o tom pitanju u predmetu podnosioca predstavke, i Okružni sud Vupertal i Regionalni sud Vupertal su smatrali da se tim odeljkom dozvoljava prisilna primena emetika. Brojni krivični sudovi i autori zakona se izgleda slažu s ovim gledištem. Imajući to u vidu i formulaciju odeljka 81a, tumačenje nacionalnih sudova po našem mišljenju ne otvara nikakvu proizvoljnost, tako da verujemo da je bilo dovoljno zakonskog osnova za spornu meru. Takođe smatramo da odredba zadovoljava test predvidivosti i da je stoga mešanje u privatni

---

16 Sudija Sikuta je smatrao da se ovom stvari treba baviti isključivo u okviru člana 3. Pod pretpostavkom da se po članu 8 otvara posebno pitanje, slaže se s obrazloženjem u ovom protivnom mišljenju.

život podnosioca predstavke bilo u skladu sa zakonom, prema članu 8, stav 2 Konvencije.

Takođe bez oklevanja zaključujemo da je sporno mešanje bilo usmereno na ciljeve koji su u skladu sa stavom 2 člana 8, posebno sa sprečavanjem krivičnih dela u vezi s drogama i zaštitom zdravlja drugih, naročito potencijalnih uživalaca droge.

Preostaje još pitanje da li je mešanje moglo da se posmatra kao „neophodno u demokratskom društvu“, što je takođe zahtev iz stava 2 člana 8. Slažemo se da je ovo pitanje teže nego neka druga pitanja kojih smo se upravo dotakli. Čak i da je tako, zaključujemo da je zahtev za neophodnošću takođe ispunjen.

Prvo se pozivamo na ono što smo već rekli kada smo razmatrali član 3. Naročito ponavljamo da druga metoda čekanja da droga prirodnim putem napusti telo ne bi bila mnogo bolja s tačke gledišta vrednosti zaštićenih Konvencijom. Budući da je teško boriti se protiv toga da se preprodavcima droge u situaciji u kakvoj je podnosilac predstavke dozvoli da prođu nekažnjeno, o izboru između dve metode, od kojih obe povlače određene rizike, u velikoj meri treba da procene države ugovornice, pod uslovom da je uvaženo načelo srazmernosti. U pogledu obrazloženja države da je upotreba emetika dozvoljena samo u onih pet pokrajina u kojima su problemi nastali usled krivičnih dela u vezi s drogama najizraženiji, prihvatamo da praksa upotrebe emetika ne ide dalje od onoga što se može smatrati za neophodno. Apsolutnim uskraćivanjem mogućnosti državi ugovornici da pribegne ovoj meri čak i ukoliko je problem s drogom dosegao zabrinjavajuće razmere, u nekim delovima Evrope po našem mišljenju se ne uspeva postići prava ravnoteža između interesa države da se bori protiv krivičnih dela u vezi s drogama i drugih zastupljenih interesa. Kako sila koju je policija upotrebila u predmetu podnosioca predstavke nije otišla dalje od onoga što se može smatrati neophodnim u datim okolnostima, zaključujemo da član 8 nije prekršen.

#### Član 6

Takođe smo glasali protiv odluke da je prekršen član 6. Kako po našem mišljenju ni član 3 ni član 8 nisu prekršeni, mi baš i ne vidimo da je moguće zaključiti da je došlo do kršenja po osnovu navedenom u presudi. Stoga ćemo se ograničiti na nekoliko kratkih zapažanja.

Prvo bismo želeli da istaknemo svoje slaganje s načelom, naročito jasno izraženom u članu 15 Konvencije UN protiv mučenja i drugih svirepih, nečovečnih ili ponižavajućih postupanja ili kažnjavanja, da inkriminišući dokaz dobijen kao rezultat *mučenja* nikad ne treba da bude prihvaćen kao dokaz protiv žrtve (stav 105). S druge strane, svako proširivanje ovog načela da bi se obuhvatila

druga kršenja Konvencije – a ova presuda predstavlja korak dalje u tom smeru – poziva na oprez. Sudska praksa prema kojoj je prihvatljivost dokaza prvenstveno stvar koju uređuje domaći zakon (stav 94) predstavlja važan izraz načela supsidijarnosti, čije izuzetke treba usko tumačiti. Ipak, kako je većina jasno ostavila otvoreno opšte pitanje da li dokaz dobijen činom koji se kvalifikuje kao nečovečno i ponižavajuće postupanje (ali ne mučenje) automatski čini suđenje nepravičnim (stav 107), ne smatramo da je neophodno dalje se baviti ovim pitanjem.

Kada je reč o primeni prava lica protiv samooptuživanja u ovom predmetu, slažemo se da se „dokazi o kojima je ovde reč, odnosno droga sakrivena u telu podnosioca predstavke, koji su dobijeni prisilnim davanjem emetika, mogu smatrati da spadaju u kategoriju materijala koji postoje nezavisno od volje osumnjičenog, čija upotreba generalno nije zabranjena u krivičnom postupku“ (stav 113). S druge strane pak, veći razlog za sumnju je da li je izuzetak od opšteg pravila o prihvatljivosti dokaza bio opravdan razlozima iznetim u presudi. Naročito stalno naglašavanje većine da je podnosilac predstavke samo sitan preprodavac droge kojem je odmerena relativno blaga kazna (stavovi 107 i 119) nije ubedljivo (vidi takođe naše komentare člana 3 gore). Međutim, po našem mišljenju, nije neophodno ići dalje od ovoga, budući da je naš zaključak da je prekršen član 6 manje ili više neizbežna posledica naših zaključaka izvučenih u pogledu članova 3 i 8.

### PROTIVNO MIŠLJENJE SUDIJE HADŽIJEVA

Glasao sam s većinom u Velikom veću u korist odluke da je prekršen član 6 Konvencije u ovom predmetu na bazi toga da je prekršeno pravo podnosioca predstavke protiv samooptuživanja. Ipak, za razliku od većine, glasao sam za odluku da nije prekršen član 3 Konvencije. U pogledu žalbe podnosioca predstavke shodno članu 3 u potpunosti podržavam protivno mišljenje koje su izrekli sudije Vildhaber i Kafliš.