



TWINNING PROJECT BG-04-IB-JH-05
Strengthening of the Bulgarian Judiciary. Training of Magistrates and Administrative Staff



ПРИНУДИТЕЛНИ СЛЕДСТВЕНИ ДЕЙСТВИЯ С УЧАСТИЕТО НА ОБВИНЯЕМИЯ И ИЗПОЛЗВАНЕ НА СПЕЦИАЛНИ РАЗУЗНАВАТЕЛНИ СРЕДСТВА

Хуан Хосе Лопес Ортега
Магистрат



Съдържание: Процесуални задължения на обвиняемия – при какви случаи е легитимно ограничаването на права. Идентифициране на обвиняемия. Идентифициране чрез сравнителен анализ на ДНК маркери. Вземане на проби. Освидетелстване – телесна интервенция, физически преглед и обиск. Настаняване в заведение за психиатрично изследване. Други специфични методи на разследване – агент под прикритие и контролирана доставка. Незаконосъобразни доказателства.

Принудителни следствени действия с участието на обвиняемия и използване на специални разузнавателни средства

1. Процесуални задължения на обвиняемия – случаи, в които е легитимно ограничаването на права.

Една от най-характерните особености на съвременния наказателен процес е това, че на обвиняемия се налагат задължения за сътрудничество при следствените действия и доказването. От една страна неговото участие в действията по разпознаването е необходимо, за да може идентифицирането да се извърши, а от друга страна обвиняемият е длъжен да предостави проби за сравнителните ДНК анализи, и като цяло да приеме и понесе обиски, огледи и претърсване и вземане на биологични проби за изследване.

Очевидна е връзката между тази материя и доктрината за принудителните мерки, изградена в немското право. Днес трябва да признаем, че за да се осъществи наказателният процес е необходима определена намеса в личната сфера, за да се осигури процесът на гледане на делото (например събиране на доказателства) и да се гарантира наказателното изпълнение (например мерките за неотклонение). Значението на тази намеса е такова, че може да се каже, че тези мерки за принуда са най-невралгичната точка в наказателното правораздаване. Тъй като предполагат нарушаване на свободата на индивида, без съмнение подобни мерки трябва да са в съзвучие и да не накърняват достойнството и основните права на човека.



Принудителните мерки в наказателния процес винаги са свързани с нарушаване на определено основно човешко право. От гледна точка на тази лекция, става дума за:

- нарушаване на индивидуалната свобода, например при настаняване в психиатрично заведение за изследване или при обиск на лице;
- Нарушаване на физическата цялост – при интервенция върху тялото на лицето;
- Нарушаване на правото на личен живот и физическа неприкосновеност – при телесна интервенция и освидетелстване;
- Нарушаване на правото на информационно самоопределение, когато се осъществява разследване под прикритие.

От всички тези права най-специфично е основното право на информационно самоопределение. Това е едно ново измерение, една нова граница на личния живот, която се отъждествява с признатото правомощие на титуляра на правото да упражнява контрол върху информацията, която го засяга. Съдържанието на това право включва знанието във всеки един момент кой, какво, кога и как разполага с информацията, касаеща индивида. Първоначално това е една конструкция, която идва от немската съдебна практика (BVerfG 1983) във връзка с автоматизираната обработка на информацията, но през последните години тя с успех се прилага и в наказателния процес, тъй като не случайно следствието, което се води в рамките на този процес, се характеризира с това, че има за цел да се събере максимум информация за деянието, неговите извършители и други лица, като например пострадалия от престъплението.

Достатъчно е да прегледаме каталога на принудителните мерки за разследване и правата, които се засягат при тяхното прилагане, за да се уверим, че всички тези мерки имат един общ принудителен елемент, а именно възможността да бъдат извършени против на волята на заинтересованото лице, на което се вменява задължението да съдейства на разследването, водено срещу него.

Извършването на тези действия при разследването крие риск да бъдат накърнени основни права на обвиняемия. Тези права може да бъдат ограничени в рамките на наказателното разследване, но за целта трябва да са налице определени условия, а именно:

1. Наличие на текст в закона, който да разрешава ограничаването.
2. Разрешение от съда в случай на по-сериозна намеса.



3. Зачитане на принципа на пропорционалност при изпълнението на следствените действия.

(1) Изискването правната уредба специално да предвижда възможността за ограничаване на определени права е свързано с принципа за правна сигурност. Това означава, че не е достатъчно да има закон, който да предвижда съответното ограничение. Нужно е да са налице съответните условия и обстоятелства, за да се приложи то. Това е така нареченото “качество на закона” – понятие, с което се обозначават изискванията, които предполага правната сигурност на нормативно ниво.

Европейският съд за правата на човека се е произнасял относно качеството на законите, разрешаващи ограничаване на човешките права, най-вече във връзка с прилагането на член 8.2 на Европейската конвенция за правата на човека. От край време той предупреждава, че не е достатъчно позоваването на вътрешното държавно право. Трябва да се има предвид също “качеството на закона” в смисъл той да бъде достатъчно ясен при определяне на обстоятелствата и условията, при които публичните власти може да прибегнат към нарушение на правото на личен живот, гарантирано от чл. 8 на конвенцията (SSTEDH Silver и др., 25 д,й 1983; Malone , 2 август 1984 г., Kruslin у Huvig, 24 яприел 1990 г.).

(2) Второто изискване се изразява в това решенията, с които се налагат ограничения върху упражняването на правата, да бъдат издавани от независими от държавата органи. Когато ограничаването е особено сериозно, решение за това трябва да издаде съдебен орган, а в останалите случаи – прокурорът, отговарящ за разследването. Съгласно тази постановка, разрешение от съда е необходимо когато заинтересованото лице не е дало съгласие за вземане на проби от него (член 146.3 НПК) и за извършване на освидетелстване (член 158 НПК). Обратно – не е необходимо разрешение от съда за извършване на обиск (чл. 164 НПК).

(3) На трето място трябва да изтъкнем значението в тази материя на принципа за пропорционалност. Следствените действия в наказателния процес често засягат в една или друга степен човешките права. За да бъде преценена законосъобразността на ограничаването на определено право се прилага принципа за пропорционалност, който, както указва Федералният конституционен съд на Германия, играе ролята на “предел за всяко ограничаване на основни човешки права”. Целта е да бъдат определени точните граници, в които може да действат публичните власти, като се вземат предвид интересите на всички страни – от една страна обществените интереси, свързани с наказателното преследване, а от друга страна индивидуалните интереси, произтичащи от спазването на конституционните права.



От тази гледна точка може да се каже, че съгласно принципа за пропорционалност, уредбата на мерките, ограничаващи основни човешки права, трябва да отговаря на следните условия:

А) Да е подходяща в смисъл да може да се твърди, че е адекватна за постигането на желаната цел, или с други думи, че служи за определяне на фактите, съставляващи предмета на наказателния процес.

Б) Да е необходима, т. е. измежду всички възможни мерки избраната да уврежда в най-малка степен интересите на лицето.

Сама по себе си мярката трябва да съдържа преценка на засегнатите интереси. Тази преценка трябва да се направи преди да бъде наложена мярката, за да се провери дали увреждането на индивидуалните интереси е разумно и съответно на обществения интерес, който мярката се стреми да удовлетвори (пропорционалност в строгия смисъл на думата).

Една константа в европейското публично право е непрекъснатото нарастване на ролята и значението на принципа за пропорционалност като елемент, легитимиращ намесата на държавата в сферата на личната свобода. Развитие на този принцип се дължи на разработената доктрина и съдебна практика най-напред от Германия, а в последствие и от Европейския съд по правата на човека. Не бива да забравяме и влиянието на системата на “balanced approach” (балансиран подход) на американското право.

Един добър пример в това отношение е решението BverfGE 30, 292, на Германския конституционен съд, което в началото си прецизира обхвата на този принцип като инструмент за определяне на границите на ограничаващата правата на индивида законодателна дейност: “Предвиденото от законодателя средство трябва да е адекватно и изискуемо за постигането на набелязаната цел. Едно средство е адекватно тогава, когато с негова помощ може да се постигне желаният резултат; то е изискуемо, когато законодателят не е могъл да избере друго, различно средство, което да е също така ефективно и да не ограничава основните права, а ако ги ограничава, то да е в по-малка степен”.

Адекватността, необходимостта от ограничаване на правата и пропорционалността в строгия смисъл на думата присъстват в тази юриспруденциална конструкция, която лежи в основата на изграждането на принципа за пропорционалност при нарушаване на правата на човека като “предел за всички ограничения на основните права”.

2. Разпознаването на обвиняемия

Разпознаването има за цел с помощта на пострадалия или на други свидетели, или с помощта на различни научни средства и техники да се



определи дали субектът, сочен като заподозрян, наистина е извършил разследваното престъпление. Ето защо не винаги е необходимо да се извършва това действие, а само тогава, когато то е нужно, за да се потвърди подозрението, че обвиняемият е извършил деянието.

Като опростим нещата можем да кажем, че свидетелят е натоварен да извърши разпознаването на обвиняемия (чл. 169.2 НПК). Отношението към лицето, което извършва разпознаването, е като към свидетел, тъй като всъщност то е призовано да заяви това, което знае, а това е присъщо на свидетелските показания. В действителност би трябвало да говорим по-скоро за следствено действие (разпознаване), което се приобщава към материалите чрез едно заявление (свидетелско показание). Тук трябва да отбележим едно важно изключение – лицето, участващо в действието разпознаване, не “идентифицира” заподозряното лице, а само го посочва, като прави заявление, съдържащо твърдението, че разпознатият е лицето, извършило престъпното деяние. Но подобно на всяко друго заявление, при свидетелските показания, макар и дадени от честен и добросъвестен свидетел, винаги има опасност от грешка, което предполага да се направи внимателна преценка на степента на сигурност (достоверност) на разпознаването.

Като правило свидетелят разпознава заподозрения въз основа на външни признаци (пол, лице, коса, фигура, височина, ръст, раса и пр.), които трябва да му дадат достатъчно основание, за да разпознае лицето. Най-честият начин разпознаването се извършва въз основа на външните черти и характерни особености, по-конкретно чертите на лицето, за които обикновено се смята, че са неповторими, но това всъщност далеч не е така. Ето защо само разпознаването с научни средства (пръстови отпечатъци или ДНК маркери) може да осигури само по себе си висока степен на увереност близка до сигурността. Обратно – разпознаването, направено по конвенционалните начини (разпознаване между няколко задържани лица или по снимка) са много несигурни и ни излагат до голяма степен на риск от съдебна грешка.

Понякога при разпознаването е от особено значение наличието на определена особеност на тялото (белег, куцане, ампутиран крайник), чието наличие намалява в значителна степен възможната извадка от населението и съответно увеличава степента на сигурност. Правено е разпознаване включително по гласа, макар в подобни случаи резултатността и сигурността да са по-ниски от тези при разпознаване по външни белези.



Член 171 на НПК определя реда за извършване на разпознаването, като предвижда два възможни начина на действие в зависимост от това дали присъства разпознаваното лице. Ако то не присъства, единствената оставаща възможност за разпознаване е по снимка. Разпознаването по снимка не е предмет на специална уредба. Чл. 171 на НПК се ограничава да посочи субсидиарното му естество в случай, че не присъства заподозреният, тъй като ако той присъства, идентифицирането трябва да се направи чрез разпознаване.

От субсидиарния характер на разпознаването по снимка произтича едно важно следствие – използването на снимка за разпознаване на заподозрения е възможно само при следните условия:

А) когато поради независещи от органите, отговарящи за наказателното преследване причини, не е възможно да се проведе разпознаване измежду няколко лица.

Б) Когато няма заподозряно лице за извършеното престъпление.

В) Когато има заподозряно лице, но то се откаже да участва в разпознаването.

Като цяло идентифицирането трябва да се извърши по вдъхващ доверие начин, т. е. трябва напълно да се изключи възможността от сугестивност. Така неутралитетът на разследващия орган придобива особено значение, до степен, че съставлява съществено условие за признаване на валидността на разпознаването. Във всички законодателства доказателствената тежест на разпознаването е свързана с изискването разследващият да е неутрален и да отхвърля всякаква възможност за внушение при разпознаването, тъй като в крайна сметка от това зависи доверието в резултата от разпознаването.

В делото *Simons v. USA* (390 US 377 (21968)), Върховният съд на САЩ се произнася относно достоверността на идентифицирането, направено чрез показване на снимки на заподозрените лица. На другия ден след обир в една банка агенти на ФБР показват на свидетелите по отделно (без да ги уведомят относно хода на разследването и без да им подсказват кои са заподозрените лица) по няколко снимки, за да видят дали биха могли да идентифицират извършителите на обира. Всички свидетели разпознават *Simmons* като един от извършителите. Някои го идентифицират и на други фотографии, и всички го разпознават по време на съдебното заседание. Като приема, че разпознаването е могло да се извърши по-добре, така че да е по-убедително, (например като бъдат показани снимки само на един или на двама свидетели, и ако



идентифицирането бъде положително, да подложат заподозрения на разпознаване в група, за да бъде идентифициран от останалите свидетели), Върховният съд на САЩ приема, че въпреки всичко не е нарушено правото на равностоеен процес.

За върховния съд на САЩ идентифицирането чрез фотография в този случай не е излишно сугестивно предвид обстоятелствата на конкретния случай – става дума за тежко престъпление, извършителите на обира не са засечени, агентите разполагат с улики, които само предварително сочат към обвиняемия и за тях е от съществено значение да определят дали са на вярна следа. Освен това съдът разглежда възможността идентифицирането да е било погрешно, но я отхвърля поради следните обстоятелства: обирът е извършен в късния следобед и банката е била добре осветена, извършителите на обира не носели маски и били наблюдавани от свидетелите в продължение на няколко минути; снимките били показани на свидетелите на следващия ден, когато споменът все още бил пресен, и не е имало подсказване или внушение от страна на агентите относно лицето, което е трябвало да идентифицират.

Ето защо макар да трябва валидността на разпознаването да се определя според обстоятелствата във всеки конкретен случай, за да се гарантира, че идентифицирането е било свободно, спонтанно и вдъхва доверие, или с други думи не е било внушено, по правило е задължително да се гарантира, че при провеждането на разпознаването е била спазена процедурата, определена от закона.

Истината обаче е, че законодателствата обикновено не уреждат твърде подробно условията за провеждане на това следствено действие. Член 171.2 НПК налага само две изисквания – разпознаването да бъде представено заедно с “три или повече лица, сходни с него по външност”, като се избегне предварителен пряк контакт с разпознаващия. Към това е добавено, че разпознаването трябва да се извърши по отделно, когато са повече от един разпознаващите свидетели (ал. 6).

Правната уредба е склонна да изисква твърде ограничен брой придружители на разпознаването лице (трима). Това е решението, което ни показва и сравнителното право. Член 214.1 на НПК на Италия, член 147.3 на НПК на Португалия и член 369 на НПК на Испания определят, че разпознаването се извършва, като заподозреният трябва да е придружен от най-малко две лица. Трябва да кажем обаче, че психологическите изследвания на съдебните лекари показват, че



възможността за погрешно идентифициране нараства когато са по-малко от седем членовете на групата, в която трябва да бъде идентифицирано разпознаваното лице, поради което трябва да бъде отхвърлено всяко разпознаване на заподозрения сред група от по-малко от пет членове, тъй като то би било във висока степен сугестивно.

Сходството е второто изискване по член 171.2 НПК. Има изискване лицата, придружаващи разпознаваното лице, да имат външно сходство с него. Сходството включва физическите белези и най-вече расата, пола, цвета на косата и кожата, ръста, възрастта, телосложението, наличието на очила, мустаци, брада и т. н. Противно на препоръките на съдебните психолози обаче, правната норма изисква участниците в групата, измежду които трябва да бъде разпознато заподозряното лице, да имат сходство с него, при положение, че би било по-добре да има изискване за сходство по отношение на първоначалното описание, дадено от свидетеля за извършителя на престъплението.

Що се отнася до начина, по който се извършва разпознаването, правната уредба изисква разпознаващият свидетел да не влиза в предварителен контакт с лицето, което трябва да идентифицира, да посочи ясно и точно лицето, за което говори в своите показания, и да се избегне зрителният контакт между свидетеля и заподозряното лице.

Инструкциите, които се дават на свидетелите в момента на разпознаването, са от особено значение. В това отношение може да се направят следните препоръки:

А) На свидетелите не трябва да се подава никаква информация относно членовете на групата за разпознаване.

Б) Преди да се проведе разпознаването свидетелите не трябва да бъдат информирани дали заподозряното лице е задържано.

В) Когато един свидетел бъде поканен да извърши разпознаване, може да му се каже само, че има един “възможен заподозрян”, но без да се подсказва, че “действителният извършител” присъства в групата за разпознаване. Нещо повече – разумно е да се наблегне, че извършителят на престъплението не е непременно човек от групата за разпознаване, и да се предупреди свидетеля, че не трябва да се опитва да гадае. Най-ефикасната инструкция в такъв случай е да се каже на свидетелите, че “е възможно заподозреният да не е в групата за разпознаване, да бъдат внимателни и да посочат някого само ако са много сигурни”.



Г) Трябва да се избягва всякакво подсказване, било с думи или с жестове, относно това кой е заподозреният.

Д) Ако заподозреният бъде помолен да каже няколко думи или да направи някакво движение, това искане трябва да бъде отправено и към останалите членове на групата за разпознаване.

Е) След като види групата за разпознаване, свидетелят трябва да бъде попитан дали в нея се намира лицето, извършило престъплението, като му се даде възможност да изрази свободно своята увереност, т. е. да каже дали е напълно сигурен, че разпознава лицето, или просто посочва онзи, който има най-голяма прилика със заподозрения, и да поясни дали има някакви съмнения.

Има спор по въпроса дали обвиняемият има право да не бъде подлаган на разпознаване в група. Очевидно подлаганото на разпознаване лице има качеството на обвиняем и ползва всички права, които законът му признава в това качество, но сред тях не е включено правото да не бъде подлаган на разпознаване, макар че отказът му да сътрудничи в това отношение прави абсолютно невъзможно извършването на това следствено действие. Ето защо член 171.4 предвижда в замяна на това следствено действие идентифициране по снимка, когато няма възможност да бъде показан самият заподозрян.

До тук разгледахме правните насоки за извършване на следственото действие разпознаване. Те не са многобройни, тъй като по същество се свеждат до това заподозреният да е придружен от други лица с подобна външност и свидетелите да идентифицират обвиняемия по отделно. Извън тези основни изисквания няма други условия. В американската система обаче са разработени няколко препоръки, целящи да се намали рискът от грешка при разпознаването. Така например Lasker определя следните изисквания:

А) заподозреният да се появи придружен от поне четири лица с подобен ръст, коса, цвят на кожата и без особени физически белези, при осветление и на разстояние близки до тези, на които е бил видян от свидетеля.

Б) Да не се показват на свидетеля снимки преди разпознаването. Ако все пак трябва да бъдат показани, те трябва да са много на брой, да не се набляга на никоя от тях и снимките да са сходни.

В) Да не се дава на свидетеля никаква информация относно престъпното минало или полицейското досие на заподозрения, нито



каквато и да било информация относно обстоятелствата, мястото на задържане, името на заподозрения и пр.

Г) Всеки свидетел трябва да направи разпознаването сам, в отсъствие на останалите свидетели.

Д) Свидетелят не трябва да се е опитвал предварително да идентифицира сам заподозрения и да е грешил или идентифицирал погрешно член на групата за разпознаване.

По-късно Penrod и Cutler (1989 г.) съветват да се вземат под внимание следните фактори:

А) Разследващият орган да предупреди свидетеля, че човекът, когото е видял, може да не е в групата, като подчертае на тази възможност.

Б) Членовете на групата за разпознаване да са много – между шест и дванадесет лица.

В) Членовете на групата да имат сходство. Една добра процедура за формиране на групата за разпознаване е изборът на членовете ѝ да се възложи на човек, който не участва в разследването като му се даде писмено описание на насилника, за да потърси сходни нему лица.

Г) Свидетелят да разполага с време да разгледа членовете на групата за разпознаване, равно на времето, което е имал да види своя насилник.

Д) Членовете на групата да говорят, ако по време на нападението са говорили, и да покажат профила си.

И на края, American Psychology /Law Society (AP/LS) прави четири конкретни препоръки, които трябва да се имат предвид при разпознаване в група или по снимки:

А) Лицето, което подготвя разпознаването в група или по снимки да не знае кой член на групата или коя снимка е на заподозрения.

Б) Свидетелят трябва да бъде изрично предупреден, че въпросното лице може и да не е в групата или на снимките, поради което свидетелят не трябва да се чувства длъжен да го идентифицира. Свидетелят трябва също така да знае, че лицето, което ръководи разпознаването в група или по снимки, не знае кой е заподозреният.



В) Заподозреният не трябва да изпъква в групата или на снимките с това, че е различен от останалите членове на групата съгласно предварителното описание, дадено от свидетеля.

Г) Свидетелят трябва да направи свидетелското си показание ясно в момента на идентифицирането и да определи до колко е сигурен в своето твърдение.

Повечето съдебни грешки в наши дни се дължат на погрешно идентифициране. Това, че идентифицирането в група почива единствено и само на свидетелството на даден човек трябва да е знак за внимание за нас. Lafave & Israel (1985) посочват, че идентифицирането чрез свидетели очевидци (“eye witness” evidence) е само по себе си съмнително поради недостатъчната яснота на възприятията при напрежение (предизвикано от престъплението) и поради елементите на внушение.

Стремежът да се сведат до минимум съдебните грешки поради неправилно идентифициране е присъщ на всички процесуални системи. В американската система се залага на различни превантивни процесуални инструменти – “cross examination” (кръстосана проверка) , инструктирането на свидетеля и изискването във всяко действие за идентифициране на лица да присъства адвокатът защитник, за да бъде избегнато идентифицирането по внушение. За да се избегне подобно идентифициране са изработени стандарти за приемливост на това доказателствено средство – така наречените Neils vs. Biggers criteria (Neils vs. Biggers 409 US 188, 2199-200 (1972)), които изискват да бъдат взети под внимание различни фактори, за да се прецени до колко е кредибилна идентификацията, а именно:

1) Вероятността свидетелят да е видял насилника в момента на извършване на престъплението.

2) Степента на внимание на свидетеля.

3) точността и прецизността, с които е направил първото описание на насилника.

4) Показаната степен на увереност от свидетеля по време на разпитите.

5) Времето, изминало между събитието и разпознаването.

В заключение можем да кажем, че процедурите за идентифициране, които крият значителен риск от грешка, противоречат на “due process of law” (правото на справедлив процес).



Дори и така, високата степен на увереност, граничеща със сигурност, която изисква една наказателна присъда, не може според мен да се постигне освен ако обвиняемият бъде идентифициран със средствата на научния анализ (ДНК проби) или ако идентификацията въз основа на външни белези бъде обективно потвърдена от други доказателства, което е равнозначно на това да не се приема разпознаването в група като единствено доказателство, въз основа на което лицето може да бъде обявено за виновно.

3. Идентифициране чрез сравнителен анализ на ДНК маркери

От деветдесетте години на миналия век масово се разпространи практиката обвиняемият да бъде идентифициран чрез сравняване на ДНК маркерите. Полезността на този род доказателства произтича от сигурността, която гарантира методът при сравняване на образци и проби от заподозрения със следите, открити върху жертвата или на местопрестъплението. Това е нов метод, много по-съвременен от предишната практика на доказване чрез анализ на кръвните групи.

В рамките на наказателното разследване процесът на сравняване преминава през няколко стадия:

А) Вземане на биологични образци и проби от местопрестъплението, от тялото на жертвата или от самия заподозрян.

Б) Анализ пробата и последващо съхранение на същата.

В) Вземане на несъмнени мостри от определено лице, за да се направи сравнителния анализ.

Г) Извършване на сравнителния анализ на пробите.

А) Изготвяне на експертен доклад (експертиза) относно принадлежността или не на пробите на заподозряното лице.

Експертното естество на техниките за идентифициране чрез анализ на ДНК маркерите не подлежи на съмнение. Нещо повече – сравнителните правни изследвания показват, че страни като Германия, Холандия и Испания смятат за вещи лица хората, които правят такива изследвания. Но не по-малко вярно е, че общата уредба на експертните изследвания е недостатъчна и не може да обхване във всичките й измерения законодателната трактовка на този род експертизи, което в



крайна сметка доведе до включването на специални разпоредби относно тази материя в по-съвременните наказателни кодекси.

Причината за това е очевидна – въпреки че този род практики са от процесуално естество, преобладаваща е тяхната способност да ограничават основните права на обвиняемия. Това обяснява защо въпреки експертния характер на тези следствени практики преобладава нагласата те да бъдат смятани за следствени действия, ограничаващи основни човешки права. Достатъчно е да споменем особената деликатност на материала, който се използва, възможността да бъде извлечена лична информация от неговото изследване, и отражението, което може да има манипулирането на генетичния материал.

Тази техника за разследване е много сложна, и всеки момент от нейното осъществяване засяга различни основни права:

А) Неприкосновеността на тялото – при вземане на пробите.

Б) генетичната неприкосновеност при извършване на изследванията.

В) Информационното самоопределение във връзка със съхранението и запазването на резултатите.

Във връзка с това трябва да наблегнем на следната идея: намесата в правната сфера на разследваното лице става по независим начин, т. е. в следствие на ДНК анализите, без да бъдат свързани с интервенция върху тялото на разследвания. Наистина обикновено се прибегва до такава интервенция, за да се вземе необходимия за ДНК анализа клетъчен материал. Но дори и така, независимо от инструменталната връзка между тези две следствени действия, ДНК анализите предполагат сами по себе си намеса в правата на индивида, свързани с охраната на личния живот – правото на генетична интимност и правото на информационно самоопределение. Тези две права са най-ясното изражение на новата граница, до която стига защитата на правото на личен живот при сегашното състояние на научно-техническото развитие.

Макар генетичните изследвания да дават достъп до поверителна информация, която може да е релевантна за индивида (неговите настоящи заболявания и физическите, дори психическите му способности), от гледна точка на съдебната медицина при използване на тези техники за изследване въпросът опира до това да се определи нивото на информацията, до което трябва да се стигне, за да бъде възможно идентифицирането. От тази гледна точка трябва да поясним



че релевантната за целта генетична следа не може да разкрие чувствителна информация относно субекта, от който е взет материалът. Това се дължи най-вече на обстоятелството, че за целите на съдебната медицина се използва некодифициращата ДНК, докато кодифициращата такава, която съдържа повече информация относно лицето, не е от особено значение за съдебната медицина.

Това обстоятелство се оказва решаващо и през 1966 г. Конституционният съд на Германия потвърждава валидността на тези практики, като приема, че те предоставят информация за субекта, позволяваща той да бъде идентифициран, и че тази информация не се различава от съдържащата се в пръстовия отпечатък или в хематологичните данни. При тези обстоятелства, според *BverfG* не е засегната “неосезаемото ядрено ниво на личния живот”.

Така конституционният съд на Германия отхвърля тезата, че ДНК анализите крият голям риск в ущърб на генетичната интимност, в която област понастоящем са съсредоточени основните причини за тревога относно закрилата на правото на информационно самоопределение. Особеностите на генетичната информация предполагат тя да бъде подложена на автоматична обработка на данните и именно това съчетание на генетиката и компютърните технологии засилва вероятността с тези следствени техники да бъдат нанесени вреди на индивида.

На практика сме свидетели на изграждането на бази данни, в които се набира и съхранява чувствителна информация за индивидите. Не можем да отречем, че създаването на бази данни с ДНК чрез набиране на резултатите от генетичните изследвания поражда конфликтни ситуации между противоположни права и интереси – от една страна, на индивида, който вижда как данните за него се събират, съхраняват и обработват с помощта на компютърните технологии, а от друга страна – използването на информационните технологии за разследване на престъпления.

През последното десетилетие повечето от европейските страни включиха в националното си законодателство правни разпоредби, касаещи ДНК базите данни, като се опитват да решат различни въпроси, свързани с естеството и тежестта на престъпленията, подлежащи на въвеждане в базите данни, качеството на лицето, на което принадлежат генетичните данни, въведени в базата данни, и сроковете за съхранение на пробите и данните за ДНК.



В Препоръка № R(92) 1 на Съвета на Европа относно използването на изследванията на ДНК в системата на наказателното правораздаване, бъбеждането на резултатите от генетичните изследвания в автоматизираните бази данни се определя от тежестта и естеството на престъплението. В частност е указано, че резултатите от ДНК анализите може да се съхраняват “когато заинтересованото лице е било признато за виновно за тежки престъпления”, като под тежки престъпления се разбира посегателство върху живота, целостта или сигурността на хората.

Често в законодателствата на различните европейски страни се съчетават критериите “тежест на престъплението” и “вид на престъплението”. Има смисъл да се допуска съхраняване на данни само относно онези престъпления, при които са намерени биологични следи или останки, като например сексуалните престъпления или престъпления, извършени с насилие. В Германия, съгласно § 81 f (1) StPO, трябва да става дума за сексуални престъпления, тежки телесни повреди, кражби и изнудване. Но фактът, че е извършено тежко престъпление, не съставлява сам по себе си достатъчно условие за директно прилагане на предписанието на закона. По силата на принципа за пропорционалност, трябва да става дума за престъпления, като сексуалните например, при които ДНК техниките са особено подходящи за определяне на самоличността на индивида.

От своя страна френският Закон 98 – 468 за превенция и противодействие на сексуалните престъпления предвижда създаването на национална автоматизирана база данни, в която се съхраняват не само генетичните данни на осъдените лица, но и съответните генетични резултати от откритите останки от неидентифицирани тела (член 706 – 53 НПК). А във връзка с естеството на наказуемите деяния, които дават основание за въвеждане на генетични данни в тази база данни, правната уредба не би могла да бъде по-експлицитна. Тя гласи, че базата данни се създава с цел “да се улесни идентифицирането и издирването на извършителите на сексуални престъпления”.

И на края, холандското законодателство (Закон 596/1993) разрешава създаването на такива бази данни за съхранение на резултатите от ДНК анализите, при условие, че става дума за тежки престъпления (които се наказват с 8 или повече години лишаване от свобода), престъпления, извършени с насилие или сексуални престъпления.



Препоръката на Съвета на Европа №R (92) 1 относно използването на ДНК в наказателното правораздаване говори също и за процесуалния статут на лицето, от което са взети съхраняваните генетични данни, и въвежда ограничено използване на тези данни подчинени на предварителното изискване за произнесена присъда (“les données des analyses de l’ADN et les informations ainsi recueillies peuvent toutefois être conservées lorsque l’intéressé a été reconnu coupable ...”; “the results of DNA analysis nos and the informations so derived may however be retained where the individual concerned has been convicted ...”). И така подлежат на съхранение само онези данни, които касаят присъдата, тъй като ако наказателният процес приключи с оправдателна присъда, събраните генетични данни не може да се съхраняват.

Изискването за предварителна присъда отпада когато наказуемото деяние, даващо основание за ДНК анализа, засяга сигурността на държавата (тероризъм). В подобни случаи самата Препоръка приема възможността националното право на всяка страна да разреши съхраняването на ДНК и на произтичащата от нея информация, включително когато засегнатото лице не бъде обвинено или ефективно осъдено.

В сферата на националното законодателство Закон 98 – 468 на Франция предвижда създаване на база данни за съхранение на генетичните данни на “осъдените лица” (член 706 – 54 НПК), като изключва съхраняването на генетични данни на заподозрените лица. Така качеството на обвиняем или заподозрян дава право само за сравнение на данните на лицето със съхраняваните в базата данни, но не и те да бъдат въведени преди да е произнесена осъдителна присъда.

Холандското законодателство е по-либерално, тъй като дава възможност в базата данни да се въведе профилът на заподозряното лице, и ако то в последствие бъде оневинено, този профил се заличава.

Германското законодателство също разрешава в базата данни да се въвеждат данните на обвиняемия, макар че тук има една особеност – това предвиждане е допълнено от прогноза за степента на опасност, тъй като за да бъдат приети ДНК резултати за съхранение в автоматизирани бази данни се изисква да има основания да се предположи, че предвид естеството на деянието, личността на обвиняемия и други причини в бъдеще ще бъде открит нов процес срещу това лице. Обаче обстоятелството, че целта е да се улесни изясняването на престъпните деяния, които биха могли да бъдат извършени в бъдеще, и твърде широкото разрешение да се съхраняват генетични данни, е предмет на значителни критики.



От своя страна испанската правна уредба е доста неясна, тъй като изисква единствено данните да са на лица, “замесени” в извършването на престъпни деяния. Изразът “замесени” е твърде двойствен и неясен, тъй като позволява в неговия обхват да попаднат всички лица, които активно или пасивно (а също жертви или свидетели) са свързани по някакъв начин с разследваното деяние. По-добре съответства на защитата на информационната свобода ограничението да се съхраняват данни за ДНК само на обвиняеми, които са получили ефективна присъда.

Създаването на бази данни трябва да бъде придружено от други инструментални гаранции в защита на правото на информационно самоопределение, сред които трябва да изтъкнем определянето на срокове за съхранение на данните и образците. Времето ограничение на съхраняването на генетични данни не би имало смисъл, ако се разреши да се съхраняват биологичните образци, от които те са били извлечени. Затова националните законодателства предвиждат както ограничения във времето за съхраняването на данните, така и унищожаване на образците, като общият критерий за това е те да не са необходими за целите на процеса.

Така стоят нещата в немското законодателство – StPO. Този закон урежда ДНК анализите и съдържа специфични правила за унищожаването на биологичните материали (“Кръвните проби, както и образците от други тъкани на тялото, взети от обвиняемия, може да се използват само в наказателния процес, дал основание за вземането им, или в друг открит процес, и се унищожават незабавно щом се окажат ненужни за целта”).

Препоръка № R (92) 1 на Съвета на Европа относно из ползването на ДНК в наказателното правораздаване съдържа директиви за съхраняването на образците и на данните. По отношение на съхраняването на образците се въвеждат различни правни режими. Преди всичко Препоръката урежда статута на така наречените бази данни “ad hoc”, т. е. Създадени за конкретно разследване, за които важи принципът за обвързаност с целта, с която са били създадени, поради което се гарантира вземането на необходимите мерки за премахването им от момента, в който стане ненужно да се съхранява съдържащата се в тях информация за целите, за които е била събрана.

Работата е там, обаче, че базите данни за ДНК по правило се създават не за едно определено разследване, а за да се използват въведените в тях данни при бъдещи разследвания. Затова съдържащата се в самата Препоръка на Съвета на Европа уредба дава възможност да се съхранява информацията от ДНК изследванията когато лицето е било обявено за виновно за извършването на тежко посегателство срещу живота, целостта или сигурността на хората. Дори в този случай



националното законодателство на всяка страна членка трябва да уточни сроковете за съхранение на информацията.

Тези срокове може да бъдат удължени при две обстоятелства – ако титулярът на генетичната информация поиска данните да бъдат съхранени за по-дълъг срок (например за да докаже в бъдещ процес, че е допусната съдебна грешка спрямо него), или когато не може да се определи с точност лицето, от което са взети образците (например образци, взети на местопрестъплението).

Вътрешната уредба на всяка страна включва тези насоки в различна степен в своите разпоредби. Така например холандското законодателство (Декрет 522/1994) определя различни срокове в зависимост от това дали образците са били взети директно от заподозряното лице (30 години) или от друг източник (18 години), докато немското законодателство не определя максимален срок на съхранение и само възлага на органа, отговарящ за базата данни, задължението да провери дали данните трябва да се запазят или унищожат след десет години, ако обвиняемият е пълнолетен, и пет години по-късно, ако е непълнолетен.

Всичко това показва, че в Европа се разработва нормативната уредба, като в националните законодателства се включват директивите, съдържащи се в Препоръка № R (92) 1 на Съвета на Европа, макар че трябва да признаем, че за сега националните законодателства далеч не са уеднаквени в това отношение.

4. Вземане на образци

Вземането на образци от местопрестъплението е обичайна практика за органите, извършващи наказателното преследване. Не напразно член 109 НПК предвижда като осигуряваща веществени доказателства дейност събирането на следи от престъплението: ”Като веществени доказателства се събират и проверяват предметите, които са били предназначени или са послужили за извършване на престъплението, върху които има следи от престъплението или са били предмет на престъплението, както и всички други предмети, които могат да послужат за изясняване на обстоятелствата по делото”.

Също така разследването на престъплението може да изисква да бъдат взети образци от тялото на жертвата, от свидетел или от заподозряното лице, както е указано в член 146 ал. 1 и 2 НПК. Целта на събирането на такива доказателства е очевидна – да се направи сравнителен анализ със следите, намерени на местопрестъплението, върху тялото на пострадалия или като цяло върху веществените доказателства.



С други думи, вземането на образци е изрично уредена дейност, състояща се в събиране на следи от мястото на престъплението, от пострадалия и от заподозрения, за да бъдат подложени на сравнителен и други анализи, включително може би най-важния от гледна точка на криминалистиката – получаване на генетичен ДНК профил.

Трябва да подчертаем колко е важно да бъде осигурено подходящото съхранение и охрана на събраните образци. В това отношение член 110 НПК дава подробен протокол за действие от страна на разследващите органи:

А) веществените доказателства трябва да бъдат проверени, описани в съответен протокол и по възможност фотографирани.

Б) Те се прилагат към преписката, като се вземат нужните мерки да не бъдат повредени или променени.

В) Предвидено е препращане от един съдебен орган на друг.

Г) Ако не е възможно да бъдат приложени към преписката, веществените доказателства трябва да бъдат запечатани и предадени на съхранение, като се вземат мерки за тяхното опазване.

Този протокол приключва с общата клауза, съдържаща се в чл. 111.1 НПК. Този член определя общата отговорност за съхранението на веществените доказателства. “Веществените доказателства се пазят, докато завърши наказателното производство”.

От друга страна трябва да имаме предвид, че събирането на доказателства може да влезе в противоречие със закрилата на основните права на заподозрения или на трети лица.

От местопрестъплението може да се съберат образци от всякакви източници, стига да са свързани с предмета на разследването. Така например може да се съберат косми или образци от слюнка от предмети, гребени, угарки, чаши и т. н., за да се направят впоследствие сравнителни изследвания. Може да се окаже, че за събирането на такива образци е необходимо да се влезе в помещения, защитени от правото на неприкосновеност на жилището (например за изземване на оръжието, с което е извършено престъплението, на дрехи със следи от кръв и др.) В този случай влизането в такива помещения трябва да отговаря на условията, определени за извършване на обиск.

Може да се окаже, че източникът на образците са дрехите или тялото на заподозрения, на пострадалия или на трето лице, в който случай член 146 НПК разрешава образците да бъдат взети дори принудително с разрешение от съда (ал. 3), а когато става дума за вземане на образци от тялото, това трябва да стане под наблюдението на лекар, съгласно медицинската практика и без да се подлага на риск здравето на



засегнатото лице (ал. 4). Освен това вземането на образци може да е резултат от освидетелстване (чл. 158 НПК) или от обиск (чл. 164 НПК).

Всички тези случаи, в които имаме вземане на образци от заподозрения или от трето лице, попадат в сферата на огледа или на физическата интервенция, в зависимост от степента на проникване в тялото, която предполага вземането на образца. По-нататък ще разгледаме този въпрос.

Като оставим на страна случаите, при които образците се вземат директно от тялото на заподозрения или на трето лице със съгласието или против волята му, трябва да изтъкнем, че е възможно също да се вземат биологични образци индиректно, от изоставени от заподозрения или от свидетелите предмети (четката за коса, угарките, чашите и пр.).

Няма съмнение, че вземането на образци от средата, в която се е намирал заподозреният, винаги е възможно, при положение, че се спазва принципът за пропорционалност и че за влизането в помещението има съответно разрешение. Върховният съд на Испания обяви за приемливо изземването при обиск на жилище на пантофите на заподозрения, по които имало следи от кръв, както и анализа на тези биологични следи с цел идентификация (Решение на КС от 26 февруари 2001 г.).

Изоставените от съответното лице образци не за под закрилата на правото на неприкосновеност на личния живот и поради това може да бъдат изследвани, стига анализите да се свеждат – както казахме по-горе, до определянето на генетичния профил без кодифициращо съдържание. Затова може да се изземват следите, оставени върху отпадъци, като например угарки от цигари, чаши в обществени заведения, съдове в дома на трети лица или обществени помещения и пр., тъй като следствените действия в такъв случай не засягат нито физическата цялост, нито правото на личен живот.

Трябва обаче да кажем, че в доктрината не е еднакъв подходът към случаите, когато биологичните следи са отделени от тялото. Има автори, които са склонни да смятат, че всички интервенции отвъд външните характеристики на тялото трябва да бъдат достатъчно уредени от закона и трябва да се извършват с разрешение на съдебен орган. Такъв е смисълът на нормата на §81, която предвижда възможността да се правят изследвания не само на материал, взет пряко от тялото на индивида (телесни интервенции), но и от намерени следи. Компетентен да разпорежи извършването на такива анализи е единствено съдът, а освен това за тях се прилагат гаранциите, които важат за анализите на взети директно от тялото на заинтересованото лице образци и невъзможността да бъдат използвани за други съдебни процеси.



Обратно – трябва да се приема с много резерви възможността да се приложи същият подход към предоставените доброволно от заподозрения образци в болници или здравни центрове във връзка с медицинско лечение, тъй като данните за здравето са лични данни и са предмет на особена защита, която не позволява да бъдат предавани на трети лица, тъй като това накърнява правото на информационно самоопределение, освен ако такова предаване е предвидено в закона и бъде разпоредено от съдебен орган. В свое решение STC 25/2005, Конституционният съд на Испания обявява, че е нарушено правото на личен живот на лице, което се е подложило доброволно на изследване на кръвта с терапевтична цел, след което впоследствие резултатите от това изследване са били използвани в наказателно разследване без предварително разрешение от съда.

Така или иначе, най-големите трудности при изнемване на проби и образци от заподозрения възникват, когато това трябва да стане пряко, чрез оглед или интервенция с проникване в тялото, особено при отказ от страна на лицето и необходимост изнемването да стане против неговата воля.

5. Оглед на тялото - интервенция с проникване в тялото, освидетелстване и обиск

Под общото наименование оглед на тялото се разбират множество действия с цел разследване и осигуряване на доказателствени източници. Може да разграничим няколко вида огледи на тялото в зависимост от степента, в която се засягат основни човешки права и от случаите, в които е допустима интервенцията. Това са обиск, освидетелстване и самите интервенции с проникване в човешкото тяло.

Разпоредбите относно обиска се съдържат в член 164 НПК, който изтъква превантивния или досъдебен характер на това действие, поради което за извършването му не е необходимо разрешение от съда. Макар законът да не дава дефиниция на това действие, може да се каже, че то се състои във външен и повърхностен оглед на тялото на субекта и неговите дрехи, като по мнение на някои специалисти може да обхване и предметите, които носи лицето, стига те да са физически и непосредствено на разположение.

За разлика от другите видове оглед на човешкото тяло (обиск и интервенции), естеството на това действие е преобладаващо превантивно и поради това не е свързано с предварително извършено престъпление, нито има за цел разкриване на такова. Да си представим например действията на охраняващата полиция, която упълномощава свой агент



сам да извършва повърхностно претърсване, за да осигури своята или на трети лица безопасност.

Такъв е белгийският закон за полицейската служба (1992), който предвижда три вида претърсване – едното с цел безопасност, което може да бъде извършено от агентите, за да се уверят, че дадено лице не е въоръжено и не носи представляващи опасност за обществения ред предмети. Тази именно защитна цел е предвидена в ал. 2 на чл. 164 НПК, която определя като инструментална връзката между обиска и задържането.

Това, че обискът има предимно превантивен характер не означава, че не може да цели събиране на доказателства. Тогава той се прави, след като е било извършено престъпление и действията на агента имат за цел да се съберат документи и други предмети от значение за разследването (чл. 164.1.2 НПК).

От гледна точка на накърнените права, за разлика от останалите видове оглед на човешкото тяло, обискът или повърхностното претърсване се характеризират с това, че има само много лека намеса в сферата на основните права. Обискът предполага едно минимално ограничаване на правото на лична свобода, тъй като не може да бъде извършен без да бъде ограничена за момент личната свобода на индивида, а по някакъв начин и неговото право на интимност, и без да предизвика чувство за срам, казва Конституционният съд на Испания (STC 37/1989), което обяснява изискването обискът да бъде извършен от лице от същия пол.

Превантивният характер, наличието на съображения за спешност и слабата степен, в която накърнява човешките права обясняват защо за извършване на обиск не е необходимо съдебно разрешение. Въпреки това, извършването на обиск не е изцяло извън съдебен контрол. Доказателство за това е обстоятелството, че резултатът от обиска трябва да бъде съобщен на съдебния орган, с оглед неговото одобрение в срок от 24 часа.

В по-голяма степен ограничаващи правата са интервенциите и претърсването, които съответстват на действието освидетелстване на заподозрения (чл. 158 НПК) и вземането на образци с риск за нарушаване на физическата цялост (чл. 146.4 НПК). Разликата между тях според Cordero (1995) се свежда до анатомичния орган, който участва в това действие – очите при освидетелстването и ръката при обиска. Тази форма за разграничаване на двата вида действия не е опростенческа. Всъщност разграничаването им не е лесна задача, доказателство за което е и голямото разнообразие от мнения в доктрината и в сравнителното право.

С риск да опростим твърде много нещата, може да се каже, че освидетелстването има за цел да бъде прегледано цялото тяло или част от



него голо, като включително бъдат разсъблечени негови части, които обикновено са прикрити, за да се огледа тяхното състояние. Тук става дума за истински оглед на повърхността на тялото с цел откриване на някои особености (гънки, татуировки, бенки, петна и др.) или следи от престъпление (следи от нокти, убождания, пръски кръв по кожата, остатъци от кожа под ноктите и др.).

Обратно – интервенциите с проникване в тялото се изразяват в извличане на определени елементи от тялото, за да бъдат подложени на експертно изследване (вземане на кръв и др. подобни). В зависимост от степента на проникване в тялото, интервенциите биват леки (външни елементи на тялото като на пример косата, ноктите, слюнката) и тежки (вътрешни елементи като например кръв, урина или околномозъчна течност).

Макар да има разлика между обиска и интервенциите с проникване в тялото, истината е, че тези разлики нямат особено практическо значение, тъй като във всички случаи условията за легитимното им извършване са едни и същи – съгласие от страна на заинтересованото лице, а при липса на такова – съдебно разрешение за извършването им. Ако интервенцията крие риск за здравето, тя трябва да бъде извършена от медицинско лице, към което трябва да добавим прилагането на принципа за пропорционалност при вземането на решението за мярката и при нейното изпълнение.

Не бива да забравяме, че зад тази привидна еднородност се крият различни действия с различно инвазивно съдържание – снемане на отпечатащи, външен оглед на тялото, рентгенов преглед, оглед на устната кухина, вагината или ануса и изземване на биологични образци. Нещо повече – основните права, засегнати при всяко едно от тези действия, също са различни (интимност, физическа цялост, правото да не бъдеш подлаган на нечовешко или деградиращо отношение, правото на лична свобода, правото на защита, информационно самоопределение) и може да функционират по различен начин в зависимост от конкретния процесуален момент (изземване на образци, изследване, огласяване на резултати, съхранение и опазване на образци и резултати).

Това предопределя възможността да възникнат най-различни ситуации, които поставят много въпроси в зависимост от съответната мярка за разследване. Нека разгледаме някои от тези въпроси.

Има спор дали за извършването на оглед на тялото трябва да се определя от минимален праг на наказуемост на деянието, което се разследва. Отговорът на този въпрос съвсем не е еднозначен. Обърнете внимание например, че вземането на кръв е специфично определено при разследване на престъпления, свързани с безопасността на движението,



въпреки че тези нарушения не са особено тежки. Някои процесуални системи (Холандия, Дания, Норвегия) поставят като условие за извършване на това действие наличието на определен наказуем минимум, но истината е, че тази гаранция не се въвежда като общо правило. В Испания, Италия или Германия се смята, че тежестта на деянието трябва да се вземе предвид от съдебния орган при вземането на решение за съответната мярка в съответствие с принципа за пропорционалност, но това не означава, че съгласно този принцип не може да се налагат такива мерки.

За разлика от обиска, интервенцията и освидетелстването са реактивни мерки за разследване. Те предполагат наличие на престъпление или съмнение за такова, поради което по правило се взема решение за прилагането им по отношение на обвиняемия. Реактивното естество на интервенциите обаче не е пречка в определени случаи да се вземе решение за такива мерки без да има предварителни улики за извършено престъпление. Такъв е случаят на проверките за сигурност в местата за лишаване от свобода, митническите проверки и проверките за съдържание на алкохол в кръвта при управление на автомобил. Друг важен аспект е, че интервенциите може да се извършват върху тялото не само на заподозрения, но и на трети лица (чл. 146.2 НПК).

В последния случай трудностите нарастват. Ако по отношение на обвиняемия се изискват улики, позволяващи да бъде намален броят на евентуалните засегнати от интервенцията, то по отношение на трети лица това изискване е още по-основателно. В този случай, когато трябва да бъде направен оглед на телата на свидетели или на потърпевши от деянието, изискваните гаранции са още по-големи. Така е в немското право, чийто § 81 StPO позволява освидетелстване да се прави и на лице, което не е обвинено. Това не означава, че подобни следствени действия може да се извършват спрямо всеки, тъй като по подобен на установения в чл. 146.2 НПК начин обектът на тази мярка трябва да има качеството на свидетел (принцип за свидетеля); освен това трябва да носи следи (принцип за следите), към което се добавя правилото, че за да бъде законосъобразна интервенцията трябва да се направи преценка на адекватността и необходимостта от такава мярка, особено по отношение на лицата, които не са заподозрени. От тази гледна точка трябва да отбележим, че пряката принуда не може да се приложи по отношение на лица, които не са обвиняеми.

Друг важен въпрос без съмнение е какви изключения са допустими от принципа за съдебно разрешение. Общото правило в сравнителното право е, че за интервенция върху тялото на лицето е необходимо разрешение от съдебен орган така, както е указано в чл. 146 и 158 НПК.



Всички правни системи допускат изключения в зависимост от това дали е дадено или не съгласие за интервенцията, дали случаят е спешен и какъв риск крие забавянето. В това отношение законодателствата обикновено приемат, че криминалната полиция може да действа превантивно или с прокурорско разрешение, при условие, че става дума за леки интервенции, незастрашаващи здравето на лицето, като например тест за алкохол в кръвта, което става просто с издишване на въздух.

Принципът за запазено право на съдебните органи се допълва от принципа за разрешение от медицински орган (чл. 146.4 НПК). Това е една константа в сравнителното право. Някои законодателства определят изрично, че е необходимо лекар да извърши интервенцията съгласно правилата на медицинската наука (чл. 146.4 НПК и 81 а) (1) StPO) като гаранция, че разследваното лице няма да бъде подложено на експериментални или недостатъчно сравними процедури.

От тази гледна точка участието на здравен работник е не само гаранция за защитата на здравето на засегнатото лице, но и гаранция, че освидетелстването се извършва, като се зачита човешкото достойнство. Очевидно при освидетелстването или при интервенциите върху тялото (вземане на косъм, слюнка или нокти) няма опасност от увреждане на здравето, но уважението към човешкото достойнство и забраната разследваното лице да бъде подлагано на унижение изискват това действие да бъде извършено от медицинско лице (чл. 158 НПК).

Участието на медицинско лице има за цел да бъде гарантирано изискването за пропорционалност, по силата на който за да се извърши интервенция с проникване в тялото трябва да са изчерпани останалите възможности за изясняване на фактите. В това отношение докладът на лекаря, избран по най-подходящия начин, е от съществено значение. От тази процедурна гледна точка може да се окаже полезно и предварителното изслушване на заинтересованото лице.

Много са въпросите, които поставя извършването на тези следствени действия, но, както казах в началото на тази лекция, не е възможно да се даде един глобален отговор, тъй като решението се определя до голяма степен от особеностите на всяко конкретно действие. Въпреки това има някои въпроси, свързани с действителността на съгласието от страна на разследвания, които заслужават отделен коментар. Например може ли това действие да се извърши, като се използва физическа принуда, може ли да се използват тайно иззети или взети с друга цел образци, и допустими ли са групови или масови изследвания на ДНК.

Възможността да се прибегне към физическа принуда за извършване на оглед на тялото или освидетелстване е един от най-



спорните въпроси в тази материя. Доказателство за това е липсата на единен модел в различните законодателства. Причината е ясна – от една страна, степента на въздействие върху правната сфера на индивида се засилва поради използването на физическа принуда; от друга страна самата ефективност на това следствено действие се поставя под въпрос, ако извършването му се подчини единствено и само на волята на засегнатото лице.

Едно от процесуалните законодателства, които допускат използването на физическа сила за осигуряване на обследването на тялото, е германското законодателство. § 81 а) StPO признава изрично, че интервенцията върху тялото може да се извърши “без съгласието на обвиняемия”. Тази възможност е потвърдена от Конституционния съд на Германия, който обаче подчертава необходимостта в тази област да се прилага принципът за пропорционалност. В съответствие с това германският законодател допуска използването на физическа сила да се изразява в държане на лицето, което е обект на прилаганата мярка, върху стол или друго устойчиво място, насилствено разсъбличане или използване на сила, за да се разтвори устата или очите му – с други думи физически мерки, необходими за извършването на обследване на тялото, макар и не всички възможни, както показва например дискусиата относно това може ли за целта да се използват успокоителни средства.

За разлика от германския модел, във Великобритания се прави разлика между това дали от тялото на заподозрения ще бъдат иззети интимни или неинтимни образци. За изземване на интимни образци се въвежда изискването да се вземе съгласието на засегнатото лице без каквито и да било изключения. Обратно – когато целта е да бъдат иззети неинтимни образци, трябва да се поиска неговото съгласие, но при липса на такова може разумно да се използва сила. Въпросът тук опира до това как да се определи кои образци са интимни и кои не. От тази гледна точка може да се каже, че е допустимо използване на сила, за да се вземе образец от косата, но не и от окосмяването на срамните части, което се смята за интимен образец, както и слюнката (*frotis bucales*).

В Дания, Норвегия и Португалия също е разрешено насилствено изземване на образци. В Португалия чл. 171 и 172 НПК позволяват при отказ образците да се изземват като се използва включително пряк натиск, но при всички случаи трябва да се зачита човешкото достойнство и чувството за срам, и се дава възможност на заинтересования да бъде подпомаган от негов доверен човек.

По-строга е австрийската процесуална система, която не позволява при никакви обстоятелства да се използва пряка принуда. Върховният съд на Австрия указва, че медицинските изследвания може да се правят само



със съгласието на засегнатото лице. Приема се единствено възможността за дисциплинарни мерки спрямо свидетел, който не сътрудничи, но няма аналогично предвиждане ако обвиняемият откаже да сътрудничи. Основанието за забраната се съдържа в привилегията да не се самообвиняваш (§ 202 StPO).

Някои системи, които не позволяват пряко прилагане на физическа сила, благоприятстват изземването на образци, като позволяват прилагането на утежняващи заключения вследствие отказа на лицето да се подложи на интервенция. Така е в Обединеното кралство – ако обвиняемият не даде съгласие за изземване на образец от интимна част на тялото му, отказът може да бъде използван като потвърждение на която и да било улика срещу заподозрения, с уговорката, че той не може да бъде обявен за виновен само въз основа на този отказ.

В пряка връзка със съгласието на засегнатото лице е възможността да бъде взет материал от него тайно или чрез измама. В Испания се приема, че ако има разрешение от съдебния орган за вземане на образци, нищо не пречи да се прибегне към подобни средства, за да се изземат пробите без съгласието на засегнатото лице. Обратно – в Германия се смята като цяло, че са недопустими образците, взети с измама, и изобщо всички образци, взети в нарушение на разпоредбите на § 81 StPO.

Освен това, по правило се приема, че доброволно дадените образци не може да се използват за други цели, освен заявената при вземането им. Така в наказателното производство не може да се използват пробите или резултатите от тяхното изследване с лечебна цел, за да се определи например бащинството. Дори взетите съгласно § 81 StPO проби и образци от тялото на обвиняемия не може да се използват в друго производство, освен в това, за което са били поискани.

На края трябва да споменем една все по-често срещана през последните години практика, която поставя под въпрос традиционните условия за допустимост на интервенциите с проникване в тялото. Става дума за масовите ДНК тестове, които се правят без съмнението да пада върху конкретно лице, като изземването на образците се представя като предполагаемо доброволно съдействие, чиято истинност може да бъде оспорена.

Когато на местопрестъплението бъде иззета проба или образец, достатъчен за да се определи генетичната следа, но няма заподозрени, а само някаква най-обща представа за извършителя на престъплението, се поставя въпроса възможно ли е да се наложи на група хора задължението да дадат проби, за да им се направят изследвания. Във Франция и Обединеното кралство са правени такива изследвания, а в Германия има



големи дебати относно допустимостта им. Ключът към отговора е в доброволното даване на пробите.

Всъщност уместно ли е да се говори за доброволно даване на проби? По мое мнение отговорът неизбежно трябва да е отрицателен, тъй като е ясно, че който откаже да съдейства за изясняването на фактите като даде проби, незабавно става заподозрян, а това според някои специалисти означава въвеждане на недопустима презумпция за виновност. Трябва да признаем обаче, че въпросът не е толкова прост. Доказателство за това е, че през 1996 г. в Германия BVerfG санкционира конституционността на този род практики, като прие, че е спазен принципът за пропорционалност като са били направени такива изследвания на повече от 750 “заподозрени”.

6. Настаняване в психиатрично заведение за наблюдение

Изследванията в психиатрично заведение служат, за да се подготви становище от специалисти относно психичното състояние на обвиняемия. Този въпрос е уреден в чл. 70 НПК в рамките на мерките за неотклонение и процесуална принуда, и затова ще бъде разгледан в следващата лекция. Това, което трябва да отбележим тук е, че въпросната норма касае само ограничаването на личната свобода, защото ако освен това е необходимо да се извърши интервенция с проникване в тялото на обвиняемия, трябва да се действа съгласно чл. 146.4 НПК.

Целта на настаняването в психиатрично заведение е съдът да бъде информиран дали обвиняемият е бил вменяем докато е извършвал деянието и може ли да носи наказателна отговорност. Подобен род наблюдение е недопустимо за проверка на кредитбилността (може ли да се вярва) на обвиняемия.

За да бъде защитен обвиняемият, психиатричното наблюдение трябва да отговаря на пет специални и ограничителни изисквания:

А) настаняването в психиатрично заведение за наблюдение трябва да бъде разпоредено от съдебен орган (първоинстанционен съд).

Б) Участието на защитника е задължително, а ако обвиняемият все още няма такъв, преди да бъде настанен в психиатричното заведение му се назначава служебен защитник.

В) Съдът може да разпореди обвиняемият да бъде настанен в психиатрично заведение за наблюдение само след като е изслушал специалист – вещо лице, който предварително е прегледал обвиняемия.

Г) Определението за настаняване на обвиняемия в психиатрично заведение за наблюдение може да бъде оспорено незабавно (в срок от три дни), като се приема, че подаването на жалбата има спиращ ефект.



Д) Настаняването в психиатрично заведение за наблюдение има определен срок (тридесет дни, с възможност за удължаване с още тридесет дни), а времето, прекарано в психиатричното заведение, се зачита като задържане под стража.

Други някои ограничения произтичат имплицитно от принципа за пропорционалност – когато деянието не е тежко престъпление (дребна престъпност) настаняването в психиатрично заведение не е пропорционално и не бива да се прилага. Не бива да се прилага също когато целта може да бъде постигната с амбулаторно лечение. От тази гледна точка, настаняването в психиатрично заведение трябва да се налага неизбежно само при необходимост да се определи вменяемостта на обвиняемия и може ли той да носи наказателна отговорност.

И на края няколко думи за медицинските прегледи, които се правят през времето, в което обвиняемият е настанен в психиатрично заведение за наблюдение. Ако тези прегледи се извършват принудително, трябва да се спазват ограниченията по чл. 3 на Европейската конвенция за правата на човека (ЕСПЧ, Решение *Herczegfalvy v. Austria* (24 септември 1992 г.)). Не бива да се забравя, че действията на лекарите трябва да отговарят на общата забрана разследваното лице да се подлага на нечовешко или деградиращо отношение.

7. Специални разузнавателни средства. Разследване чрез агент под прикритие.

Агентът под прикритие е полицейски служител, който продължително време води разследване с променена самоличност. Трябва обаче да имаме предвид, че в общото наименование “операция под прикритие” се включват много и разнообразни случаи, които не засягат в еднаква степен правата на разследваните лица.

В борбата с организираната и тежката престъпност полицията в европейските страни прибегва до различни начини на внедряване, като например мнимо купуване и продажба на наркотици, при което агентът под прикритие представя заподозрения – в зависимост от конкретния случай, като възможен купувач или продавач, като понякога показва за кратко време големи парични суми (“Флаш рол”); наблюдаваните и контролираните доставки, състоящи се в това да се даде възможност за движение на забранени стоки под наблюдението на агентите, които може да имат по-активна роля в процеса на предаване, транспорт или съхранение на забранените стоки; внедряване в престъпните групировки и мрежи, което има постоянен характер, тъй тук полицейските действия



нямат за цел да се проследи една конкретна сделка, а по-скоро да се набере информация за извършените или подготвяните престъпления.

Ето защо, в зависимост от всеки конкретен случай, внедряването може да бъде за кратък или за дълъг период от време, контактите между агента и потенциалния извършител да са повече или по-малко чести, а участието на евентуалния извършител в престъпното деяние да е повече или по-малко пряко. Въпреки голямото им разнообразие, всички операции по внедряване на агенти имат общи аспекти:

А) Притворност, т. е. прикриване на официалното качество на агента и на истинските му намерения.

Б) Измама, тъй като цялата операция по внедряването се основава на една инсценировка, която позволява на агента да спечели доверието на заподозрения.

В) Взаимодействие, т. е. наличие на пряка и лична връзка между агента под прикритие и потенциалния извършител.

Допустимостта на този род разследвания не трябва да се разглежда, както често се случва, единствено от гледна точка на евентуалното провокиране към престъпление. Трябва да се преценява също така дали внедрените агенти за спазвали ограниченията, произтичащи от правото на личен живот като елемент от правото на информационно самоопределение. За разлика от другите начини на разследване, участието на агент под прикритие позволява да се обхванат много аспекти от личния живот на лицето, поради което силно засяга правото на неприкосновеност на личния живот. Влиянието на агента под прикритие в това отношение зависи от вида внедряване.

Логично е да приемем, че намесата е по-слаба при мнима покупка на наркотици. Контактът, който се установява между мнимия купувач и лицето, което иска да сключи сделката, има моментен характер и се базира на епизодични контакти, които обикновено са краткотрайни. Обаче при така наречената контролирана доставка, или когато става дума за внедряване в организирани престъпни мрежи агентът трябва да участва по-активно и е принуден да прибегва до различни измами, за да запази доверието на разследваното лице. За разлика от обикновената покупка или продажба на забранени стоки, в тези случаи обикновено става дума за операции с голяма продължителност, поради което има още по-голяма



опасност агентът да събере информация, която не е свързана с конкретното разследване.

Затова различните форми на полицейско внедряване, което съставляват груба намеса в личната сфера на индивида, трябва да са предмет на специална правна уредба, която да гарантира съдебен контрол върху тази дейност и в съответствие с принципа за пропорционалност, да ограничава приложението на тази мярка само при разследване на тежки престъпления, стига тя да не води до разширяване на престъпната дейност или до утежняване на същата. Към полицейско внедряване трябва да се прибегва само когато традиционните методи на разследване се окажат недостатъчни.

Такъв е подходът на някои законодателства, като например германското или испанското, които определят, че подобни мерки за разследване може да се прилагат само с разрешение на съда и при наличие на сериозни данни, сочещи, че престъплението ще бъде извършено всеки момент; ако има мотиви за основателно предположение, че обичайните мерки за разследване няма да дадат резултат; ако става дума за разследване на тежки престъпления и само ако прилагането на тези мерки не води до утежняване на престъплението.

Съгласно § 110 StPO, в Германия внедряването на агент на полицията е позволено само при разследване на тежки престъпления, свързани с дейността на организирани групировки; за прилагането му се изисква прокурорско или съдебно разрешение, а по силата на принципа за пропорционалност то се прилага само когато използването на обичайните средства за разследване няма да дадат резултат. Освен това, когато обект на полицейските действия е определено лице, или когато агентът трябва да проникне в помещение, което не е общодостъпно се изисква разрешение от съда, а агентът е длъжен да уведоми чужди на разследването лица за своето присъствие, стига това да не застрашава неговата сигурност или успеха на операцията.

Ако бъдат изпълнени всички тези изисквания, които са конкретен израз на принципа за пропорционалност, валидността на събраните доказателства зависи от това дали със своите действия полицейските органи не са предизвикали престъпна дейност. Основна задача на полицията е да се бори с престъпността и тя не може да спомага за извършването на престъпление, като подтиква заподозрения към това. Със своите действия тя трябва само да създаде подходяща възможност за извършване на престъплението при условия, позволяващи да се



констатира самото престъпление и да се идентифицират неговите извършители, но в никакъв случай не трябва да подтиква към извършване на престъпление и да предизвиква престъпното решение у заподозрения. От решаващо значение е престъпното решение да е възникнало самостоятелно у извършителя, без участието на агента на полицията.

Не е лесно да се очертае границата между провокирането на престъпна дейност и внедряването на агент провокатор, особено ако при осъществяването на полицейската намеса все още няма обективни доказателства, че извършването на престъплението е започнало. Затова законодателствата полагат особено старание да определят с точност условията, при които е допустима полицейска операция за внедряване на агент. Както в англо-американското право, така и в континенталното право е разработена система за защита на обвиняемия от престъпното провокиране, като целта е да се избегне възможността невинни граждани да бъдат принудени да извършат престъпление поради злоупотреба от страна на агентите под прикритие.

Общото правило за законността на полицейската намеса е агентите да не са предизвикали пряко престъплението. Лицето, подтикнато към престъпно деяние, носи наказателна отговорност само в случай, че решението за извършване на престъплението е било взето от него без намесата на полицията, т. е. когато провокирането няма за цел да предизвика престъпно деяние, а да бъдат разкрити каналите на престъпната дейност. В такъв случай се търси отговорност от извършителя на престъплението, като се има предвид, че престъпното деяние не е било стимулирано от агента провокатор, а решението за него е било взето преди това, при което полицията, макар в прикрита форма, се ограничава да разкрие предишни престъпни деяния.

Тази доктрина изхожда от разграничаването на предизвиканото престъпление и предишна престъпна дейност, разкрита с участието на агент под прикритие, и е преобладаваща в наши дни. В най-новите си проявления тя намира основание за освобождаване от отговорност в принципа на правовата държава и в частност – в правото на справедлив процес.

Един добър пример в това отношение е решението по делото Teixeira de Castro срещу Португалия (9 юни 1988 г.), с което ЕСПЧ определя критериите за разграничаване на действията на агентите под прикритие, като обявява, че е несъвместимо с чл. 6.1 на Европейската конвенция за правата на човека всяко полицейско действие, имащо за цел



да предизвика престъпление. Основанията на ЕСПЧ за това решение са следните:

А) Правителството не е заявило, че действията на полицаите са били извършени в рамките на операция за противодействие на наркотрафика, разрешена и контролирана от съдебен органл

Б) Компетентните органи не са имали основания да подозират, че ищецът е бил наркотрафикант. Напротив – той има чисто съдебно минало и никога не е бил разследван на такова основание.

В) Полицаите не са го познавали, тъй като са се свързали с него чрез други лица.

Г) Той не е разполагал с дрога, която е трябвало да набави от трето лице.

Д) В момента на задържането той не е имал повече дрога от поисканата от полицаите.

Ето защо ЕСПЧ заключава, че полицаите не са се ограничили да проучат пасивно престъпната дейност на ищеца, а са оказали влияние върху него и са го подбудили да извърши престъпление.

За да бъде законосъобразна дейността на агента под прикритие, тя не трябва да провокира извършване на престъпление и трябва да отговаря на определени изисквания:

А) Да има предварително разрешение от съда, което съгласно принципа за пропорционалност трябва да бъде дадено с мотивирано разпореждане (чл. 174.3 НПК), след преценка на необходимостта от тези следствени действия предвид субсидиарното им естество и техния изключителен характер. Само когато традиционните средства не могат да осигурят успеха на разследването или при наличие на заплаха за сигурността на агентите има основание за прилагане на това средство за разследване. В разрешението трябва конкретно да се укажат разследваното деяние, продължителността на разследването и действията, които може да извършват разследващите органи (да закупуват и пренасят предмети, да симулира покупка или продажба на незаконни вещества и пр.), както и фиктивната самоличност, под която ще действа разследващият (чл. 174.5 НПК).



Б) Събраната от агента под прикритие информация трябва да бъде съобщена на органа, издал разрешението за разследването (чл. 176 НПК). Тази информация се прилага по делото и се подлага на преценка от компетентния съдебен орган.

В) Ако действията на агента под прикритие накърняват основни права, агентът трябва като правило да поиска специално разрешение (ограничаване на поверителността на съобщенията, обиск на жилище и др.). Това е един полемичен въпрос в сравнителното право. В Испания внедряването на полицейски агент не е основание за полицейско ограничение на правата на разследвания, като за целта е необходимо допълнително разрешение от съда (чл. 282 bis НПК), докато в Германия е разрешено влизането на агента под прикритие в частни домове със съгласието на собственика и при условие, че това съгласие не е получено чрез измама, освен присъщата на самото разследване. Предвидено е задължително информиране на лицата, в чието жилище влизал агентът под прикритие, стига това да не застрашава самото разследване, сигурността на гражданите или на определено лице, или възможността внедреният агент да продължи да работи като такъв (§ 110 d) StPO.

И на края, трябва да се има предвид, че при провеждането на акцията агентът под прикритие може да бъде принуден да извърши престъпление. Правилото е да се приеме, че в рамките на принципа за пропорционалност агентът под прикритие може да бъде принуден да извършва незаконни действия, тясно свързани с разследването престъпление, като например да продава, купува, пренася или произвежда упойващи вещества, но гарантирането на правото на справедлив процес се приема за накърнено, когато бъдат извършени действия, нанасящи сериозни вреди и щети на обществото. Свеждането до минимум на тези рискове е съществен принцип за разграничаване на позволените от непозволените действия на полицейските агенти.

Накрая нека кажем няколко думи за процесуални статут на агента под прикритие. Член 172.4 НПК определя, че той се разпитва като свидетел, което означава, че неговите показания ще бъдат използвани от съда като доказателство, на което се основава присъдата. Но подобно на други законодателства, тук трябва да се предвиди възможността да не бъде разкрита истинската самоличност на агента под прикритие по време на наказателното производство. Така е в Германия, където законът предвижда възможността самоличността на агента под прикритие да бъде запазена в тайна по време на наказателния процес, когато има основания



да се предполага, че разкриването на самоличността му ще застраши живота, целостта или свободата на агента или на други лица или възможността той да продължи да работи като внедрен полицаи (§ 110 b (3) StPO).

8. Незаконосъобразно събрани доказателства

В широкия смисъл на думата незаконосъобразни доказателства са онези, които са събрани в нарушение на гаранциите в защита на обвиняемия. Тъй като всички процесуални норми, които определят събирането на доказателства, са инструменти за гаранция в полза на обвиняемия, с изреча незаконосъобразно събрани доказателства в строгия смисъл на думата се обозначават доказателствата, събрани в нарушение на основните конституционни права.

Това е една доминираща насока, която дава възможност да направим разлика между незаконосъобразно събрани доказателства, доказателства, събрани в нарушение на основните права, и доказателства, при събирането на които не са спазени формалните изисквания, определени със закон, т. е. доказателствата са събрани като са били нарушени определени правила, които обаче не засягат същественото съдържание на основното право. Това разграничение се основава на идеята, че не всички нарушения водят до невалидност на доказателствата, защото едно е доказателството, получено чрез нарушение на основните човешки права, и друго, съвсем различно нещо е доказателство, събрано с определени процесуални нарушения не водещи до беззащитност на обвиняемия.

Нарушаването на правата и гаранциите на лицата води до нищожност на действието. Нарушаването на конституционните права се санкционира с обявяване за невалидни на всички процесуални действия, съдържащи в себе си нарушение на основни конституционни права и гаранции. Отхвърлянето на незаконосъобразните доказателства цели от една страна да се постигне въздържащ ефект по отношение на незаконосъобразните действия за събиране на доказателствени източници, а от друга страна - да се даде превес на конституционните права в правната уредба като гаранция за свободата.

Нищожността на незаконосъобразно събраните доказателства е израз на сливането на две противоположни логики – логиката на сигурността и логиката на правата. Първата изразява интереса на обществото да преследва престъпните деяния, а втората изразява интереса



на гражданите основните им права да бъдат защитени в достатъчна степен. Нещо повече – цялата история на наказателното право преминава в колебание между тези два интереса, и промяната, която се извършва в наказателната система през XIX век, намира конкретен израз в ангажимента да бъде разкрита обективната истина като крайна и съществена цел на процеса, и да бъдат зачетени присъщите на човешкото достойнство граници като непреодолима бариера пред наказателната власт на държавата.

Няма по-ясен пример за този ангажимент от пределите на доказването. Разкриването на истината е една от целите на наказателния процес, но то отстъпва и дори толерира евентуалната неефикасност на производството, когато пътищата за постигане на такава ефикасност са несъвместими с принципите на правовата държава. От принципа за правова държава произтича задължението да бъде изяснена обективната истина като условие за справедлива присъда, с едно евентуално ограничение – истината може да бъде разкрита при спазване на процесуалните правила.

В крайна сметка става дума за това един абсолютен принцип (разкриването на истината) да се превърне в един относителен принцип (в процеса истината не може да се търси на всяка цена), тъй като съществуват висши принципи, които включително отменят относителния принцип когато влязат в противоречие с абсолютия. Въпреки това в сравнителното право няма единни правила. В различните национални правни уредби се въвеждат санкции за нищожност на незаконосъобразните доказателства, но са различни пределите на тази нищожност.

В някои законодателства – испанското, италианското, и в по-малка степен – германското, забраната за използване на незаконосъобразни доказателства важи не само за доказателствените средства, придобити в пряко нарушение на закона, но и за доказателствените средства, придобити по косвено незаконосъобразен начин. Този разпростиращ се ефект води началото си от американската доктрина за отровното дърво и постепенно беше възприет от континенталното европейско право.

Въпреки това правните уредби далеч не са еднакви и това не позволява на ЕСПЧ да установи една еднородна доктрина относно незаконосъобразните доказателства. За ЕСПЧ допустимостта на доказателствата зависи от нормите на националното право на всяка държава. Следователно националните съдилища трябва да се произнесат



относно законосъобразността на доказателствените средства. Тази доктрина на ЕСПЧ, отразена в решението по делото Schenk срещу Австрия (12 юли 1988 г.) и потвърдена в решението по делото Khan срещу Обединеното кралство (12 май 2000 г.) по повод на използването на скрити апарати за подслушване, е предмет на много критики, тъй като е трудно да приемем, че един процес дава равни права на страните, ако доказателствата са били събрани в разрез с правата по конвенцията. Както заявява един от магистратите, подписал решението с особено мнение, равноправният процес изисква да се защити върховенството на закона и да бъдат отхвърлени незаконосъобразните доказателства.

Разгледаните в тази лекция средства за разследване са действия, които засягат особено осезаемо свободата на индивида. Затова в началото подчертах нарастващото значение на принципа за пропорционалност като инструмент за определяне на законността на намесата в тази сфера. Само ако мярката за разследване е адекватна и предполага минимално ограничаване на правата на личността, а не е непропорционална спрямо желанния резултат, ограничаването на правата може да се определи като пропорционално, а намесата – оправдана и законосъобразна.

Мадрид, 30 май 2007 г.