



The AIRE Centre
Advice on Individual Rights in Europe



USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE
УСТАВНИ СУД БОСНЕ И ХЕРЦЕГОВИНЕ
CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA



Visoko sudbeno i tužilačko vijeće Bosne i Hercegovine
Високи судбени и тужилачки савет Босне и Херцеговине
High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina



British Embassy
Sarajevo



PRAVOSUDNI FORUM za Bosnu i Hercegovinu

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE

Druga godišnja konferencija najviših sudova u Bosni i Hercegovini
Banja Luka, 14. i 15. 11. 2018. godine
Zbornik radova

ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ

Друга годишња конференција највиших судова у Босни и Херцеговини
Бања Лука, 14. и 15. 11. 2018. године
Зборник радова

SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES

Second Annual Conference of the Highest Bosnia and Herzegovina Courts
Banja Luka, 14 and 15 November 2018
Collection of Conference Papers

Sarajevo, 2019.

**POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE
ПОСЕБНЕ ИСТРАЖНЕ РАДЊЕ
SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES**

Izdavači/Publishers:

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE/CONSTITUTIONAL COURT OF BIH
THE AIRE CENTRE

Za izdavače/For Publishers:

ZLATKO M. KNEŽEVIĆ
BILJANA BRAITHWAITE

Urednik/Editor:

MIRSAD ĆEMAN

**Prijevod, lektura i korektura/
Translation, Editing and Proofreading:**

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE/CONSTITUTIONAL COURT OF BIH
The AIRE Centre

Prijelom teksta/Layout:

USTAVNI SUD BOSNE I HERCEGOVINE/CONSTITUTIONAL COURT OF BIH

Dizajn naslovnice/Cover design:

KLIKER DIZAJN - MARKO MILIČEVIĆ

Štampa/Printed by:

ŠTAMPARIJA FOJNICA d.d., Fojnica

Tiraž/Print run:

400

ISBN 978-9926-464-01-1 (Ustavni sud Bosne i Hercegovine)

ISBN 978-1-9999891-3-2 (The Aire Centre)

Štampanje ove publikacije je finansirala Vlada Ujedinjenog Kraljevstva. Stavovi izneseni u ovoj publikaciji, međutim, ne odražavaju nužno zvaničnu politiku Vlade Ujedinjenog Kraljevstva.

Printing of this publication has been funded by UK government. However, the views expressed in publication do not necessarily reflect the UK government's official policies.

Sadržaj - Садржај - Contents

| | |
|---|-----|
| Mirsad Ćeman | |
| Predgovor urednika | 5 |
| Foreword by the Editor | 9 |
| Biljana Braithwaite | |
| Predgovor AIRE centra | 13 |
| The AIRE Centre Preface | 15 |
| Teodora Fuior | |
| Welcoming remarks | 17 |
| Поздравна ријеч | 19 |
| Zlatko M. Knežević | |
| Uvodna riječ | 21 |
| Keynote Address | 25 |
| Milan Tegeltija | |
| Uvodna riječ | 29 |
| Keynote Address | 35 |
| Aleš Zalar | |
| Stručno mišljenje o odabranoj problematici sudskog ovlaštenja za primjenu intruzivnih metoda prikupljanja podataka (IMIC) s ciljem zaštite nacionalne sigurnosti u Bosni i Hercegovini | 41 |
| Dr. sc. Krešimir Kamber | |
| Ermina Dumanjić | |
| Posebne istražne radnje i pravo na pošteno suđenje u skladu sa člankom 6. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda | 53 |
| Akademik prof. dr Miodrag N. Simović | |
| Posebne istražne radnje u borbi protiv najtežih oblika kriminaliteta - u kontekstu međunarodnih standarda i odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine | 67 |
| Doc. dr Dragomir Vukoje | |
| Zakoničnost dokaza u svjetlu odluke o dopustivosti broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine s naglaskom na dokaze pribavljene na osnovu posebnih istražnih radnji | 115 |
| Доц. др Милијана Буха | |
| Измјене одредаба Закона о кривичном поступку БиХ – РС о посебним истражним радњама у свјетлу одлуке Уставног суда БиХ | 123 |
| Minka Kreho | |
| Praksa Suda Bosne i Hercegovine u pogledu primjene odredbi ZKP-a o posebnim istražnim radnjama od oglašavanja neustavnosti do usvajanja izmjena zakona | 135 |
| Vesna Antonić | |
| Posebne istražne radnje u kontekstu članova 6 i 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama | 149 |



| | |
|--|-----|
| Damjan Kaurinović | |
| Posebne istražne radnje (uslovi za primjenu, krivična djela za koja se mogu odrediti i sudska praksa) | 171 |
| Dr. sc. Ljiljana Filipović | |
| Slavko Marić | |
| Mr. Božidarka Dodik | |
| Osporavanje zakonitosti posebnih istražnih radnji u krivičnom postupku | 195 |
| Poruke s konferencije | 211 |
| Conference Messages | 213 |
| Prilog | |
| Pregled prakse Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa posebnim istražnim radnjama | 215 |
| Uvod | 217 |
| Naredba za pretresanje i tajno praćenje | |
| Dragojević protiv Hrvatske | 227 |
| Lisica protiv Hrvatske | 232 |
| Li Dejvis protiv Belgije | 235 |
| Amann protiv Švajcarske | 237 |
| František Ryneš protiv Kancelarije za zaštitu podataka o ličnosti | 240 |
| Iordachi i ostali protiv Moldavije | 243 |
| Gilan i Kvinton protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 245 |
| Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 248 |
| Matanović protiv Hrvatske | 252 |
| Benedik protiv Slovenije | 255 |
| Szabó i Vissy protiv Mađarske | 258 |
| Konstantin Moskalev protiv Rusije | 260 |
| Dragoş Ioan Rusu protiv Rumunije | 263 |
| Prikriveni istražitelji i korištenje nezakonito pribavljenih dokaza u postupku | |
| Gefgen protiv Njemačke | 266 |
| Othman (Al Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 270 |
| Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 271 |
| Ramanauskas protiv Litvanije | 273 |
| Kačiju i Kotori protiv Albanije | 274 |
| Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 278 |
| Rotaru protiv Rumunije | 280 |
| Jalloh protiv Njemačke | 284 |
| Bikov protiv Rusije | 288 |
| Pf S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva | 292 |
| Grba protiv Hrvatske | 295 |
| Kvalitet zakona | |
| Roman Zaharov protiv Rusije | 299 |
| Izvod iz presude Kruslin protiv Francuske | 307 |

PREGOVOR UREDNIKA

Djelimična odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine (o preostalom dijelu Ustavni sud tek treba odlučiti), donesena u postupku po zahtjevu Borjane Krišto, druge zamjenice predsjedavajućeg Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine u vrijeme podnošenja zahtjeva, kojom je utvrđeno da određene odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine nisu u skladu s Ustavom Bosne i Hercegovine, izazvala je niz nedoumica i kontroverzi u pravosudnoj, ali i akademskoj zajednici, pa i stručnoj javnosti u Bosni i Hercegovini, posebno na praktičnoj ravni u krivičnim postupcima pred redovnim sudovima.

Bio je to povod i razlog što su Ustavni sud Bosne i Hercegovine i AIRE centar iz Londona (The AIRE Centre – Advice on Individual Rights in Europe), s kojim Ustavni sud BiH ima razvijenu saradnju, kao suorganizatori, a u saradnji s Visokim sudskim i tužilačkim vijećem Bosne i Hercegovine i Ženevskim centrom za demokratsku kontrolu oružanih snaga (DCAF), organizirali Drugu godišnju konferenciju najviših sudova u Bosni i Hercegovini o temi „Posebne istražne radnje” u postupku utvrđivanja krivične odgovornosti.

Konferencija je održana 14. i 15. novembra 2018. godine u Banjoj Luci, a organizirana je u okviru Pravosudnog foruma za Bosnu i Hercegovinu s ciljem poboljšanja primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (EKLJP), te podrške pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine u procesu priprema za evropske integracije.

Prije ove konferencije, potaknut istim ciljem, istim pitanjima i dilemama koje je proizvela Djelimična odluka broj U 5/16, AIRE centar je početkom jula 2018. godine organizirao seminar o temi „Posebne istražne radnje – relevantne odredbe Evropske konvencije o ljudskim pravima i praksa Evropskog suda za ljudska prava”. Na seminaru su učestvovali predstavnici Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Tužilaštva BiH, SIPA-e, OSA-e, Centra za edukaciju sudija i tužilaca Federacije BiH, kao i pravni eksperti nekih međunarodnih organizacija. Seminar je fokusiran na standarde Evropskog suda za ljudska prava u vezi s pravima garantiranim članovima 6. i 8. Evropske konvencije u kontekstu posebnih istražnih radnji. Učesnici seminara razmijenili su mišljenja i stavove o praksi u Bosni i Hercegovini.



Inače, cilj Konferencije u Banjoj Luci je bio, pored rasvjetljavanja efekata, dometa i posljedica navedene odluke Ustavnog suda BiH, stvaranje uvjeta u Bosni i Hercegovini za poboljšanje praktične primjene Evropske konvencije. Konferencija je stoga bila fokusirana na standarde Evropskog suda za ljudska prava u vezi s pravima garantiranim članovima 6. i 8. Evropske konvencije u kontekstu posebnih istražnih radnji.

Konferenciji je prisustvovalo više od 60 eminentnih predstavnika najviših sudskih instanci u Bosni i Hercegovini: Ustavnog suda BiH, Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH (VSTVBiH) i Sekretarijata VSTVBiH, Ustavnog suda Federacije BiH, Ustavnog suda Republike Srpske, Suda BiH, Vrhovnog suda Federacije BiH, Vrhovnog suda Republike Srpske, Apelacionog suda Distrikta Brčko BiH, Pravosudne komisije Distrikta Brčko BiH, Centra za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH i Republici Srpskoj, kao i domaći i međunarodni pravni eksperti iz oblasti ljudskih prava.

Pored pozdravnih i uvodnih izlaganja predsjednika Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Zlatka M. Kneževića, predsjednika Visokog sudskog i tužilačkog vijeća BiH Milana Tegeltije, menadžerke Programa za Zapadni Balkan AIRE centra Biljane Braithwaite, te projektne koordinatorice za Jugoistočnu Evropu DCAF-a Ženeva Theodore Fuior, zapažena izlaganja o temi Konferencije su imali: Aleš Zlatac, viši konsultant DCAF-a, Krešimir Kamber, pravni stručnjak, Ured juriskonsulta Evropskog suda za ljudska prava (zajedno s Erminom Dumanjić, šeficom Odjeljenja za ustavnosudsku praksu Ustavnog suda BiH), zatim Miodrag Simović, sudija Ustavnog suda BiH, Dragomir Vukoja i Milijana Buha, članovi VSTVBiH, sutkinja Minka Kreho, predsjednica Krivičnog odjeljenja Suda BiH, sutkinja Vesna Antonić, predsjednica Vrhovnog suda RS, sudija Damjan Kaurinović, predsjednik Apelacionog suda Distrikta Brčko BiH, te sutkinja Ljiljana Filipović, predsjednica Krivičnog odjeljenja Vrhovnog suda Federacije BiH (zajedno sa sudijama Slavkom Marićem i Božidarkom Dodik). Značajan doprinos uspjehu Konferencije kroz sadržajne osvrte i diskusiju dala je Nuala Mole, osnivač i viši pravni savjetnik AIRE centra.

Ukupan broj prisutnih i posvećenost „referenata” analizi otvorenih pitanja i dilema o temi Konferencije, kao i konkretna, otvorena, sadržajna i plodna diskusija, odnosno razmjena mišljenja, potvrdili su potrebu i opravdanost ove vrste stručnih susreta. Forum, odnosno konferencije koje se u okviru Foruma organiziraju, već su, možemo konstatirati, prerasli u tradicionalni godišnji stručni skup najvišeg nivoa i kompetencija. Za 2019. godinu već je planirana naredna konferencija, naravno o drugoj aktualnoj temi.

Kao i u mnogim sličnim slučajevima, odlučeno je da se Zbornik radova publicira kako bi bio dostupan i od koristi svim učesnicima, akademskoj, stručnoj i najširoj javnosti. Zbornik, kao sastavni dio programa Konferencije, publiciramo zahvaljujući finansijskoj i drugoj podršci AIRE centra.



Radovi su u Zbornik uključeni prema redoslijedu izlaganja na Konferenciji i onako kako su ih referenti dostavili. Što se tiče jezika i pisma poštovan je izbor samih autora, pa su referati objavljeni onako kako su prezentirani, odnosno kako su u konačnici dostavljeni Redakcionom odboru. S obzirom na prirodu skupa i namjenu publikacije, uvodna i pozdravna obraćanja, te sažeci uz referate štampani su i na engleskom jeziku.

Konferencija, standardno, nije usvajala obavezujuće zaključke, odnosno stavove, poštujući nezavisnost i nadležnosti svake institucije ponaosob, ali je na osnovu diskusije formuliran jedan broj zaključaka kao poruka, odnosno preporuka (strana 211).

AIRE centar je za potrebe Konferencije priredio sadržajan i sistematičan pregled sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava pod nazivom „Posebne istražne radnje – odabrani slučajevi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava”. Ovaj pregled smo smatrali korisnim, čak neophodnim, uključiti u ovaj zbornik. Sigurni smo da će uz prezentirane referate i ovaj pregled značajno doprinijeti unapređenju kompetencija svih onih koji na bilo koji način, s obzirom na njihove nadležnosti, obaveze i odgovornosti, učestvuju u postupcima u kojima se ovi standardi primjenjuju.

Tehničku pripremu i lektoriranje tekstova uradili su Ustavni sud BiH i AIRE centar.

Zahvaljujemo svima koji su pomogli organiziranju Foruma odnosno Konferencije (stručne službe AIRE centra i Ustavnog suda BiH), svim učesnicima, a posebno suorganizatoru AIRE centru iz Londona, kao i Ambasadi Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske u Bosni i Hercegovini, bez čije pomoći ne bismo mogli realizirati ovaj projekt.

Potpredsjednik
Ustavnog suda Bosne i Hercegovine
Mirsad Ćeman



FOREWORD BY THE EDITOR

The partial Decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina No. U 5/16 of 1 June 2017 (the Constitutional Court is yet to rule on the rest) adopted in response to an application by Borjana Krišto (who was the Deputy Speaker of the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina at the time) – finding that specific provisions of the BiH Criminal Procedure Code were not in compliance with the BiH Constitution – has caused numerous dilemmas and controversies in the judicial, academic and expert communities in Bosnia and Herzegovina, especially at the practical level, in criminal proceedings before regular courts.

It also prompted the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and London-based Advice on Individual Rights in Europe (the AIRE Centre), with which the Constitutional Court has extensively cooperated, to co-organise the Second Annual Conference of the highest Bosnia and Herzegovina courts on “Special Investigative Measures” in Criminal Proceedings, together with the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina (HJPC BiH) and the Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces (DCAF).

The Conference was held in Banja Luka on 14-15 November 2018, within the Judicial Forum for Bosnia and Herzegovina, and with a view to advancing the application of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) and supporting the BiH judiciary in preparations for EU accession.

Motivated by the same goal and the same questions and dilemmas caused by Partial Decision No. U 5/16, the AIRE Centre in early July 2018 organised a seminar “Special Investigative Measures – Relevant Provisions of the European Convention on Human Rights and the Case-Law of the European Court of Human Rights”. The seminar was attended by representatives of the BiH Constitutional Court, the Court of BiH, the BiH Prosecution Office, SIPA, OSA, the Judicial and Prosecutorial Training Centre of the BiH Federation and legal experts of some international organisations. The seminar focused on the European Court of Human Rights (ECtHR) standards on the rights enshrined in Articles 6 and 8 of the ECHR in the context of special



investigative measures. Its participants shared their views and opinions on case-law in Bosnia and Herzegovina.

Apart from shedding light on the impact, scope and consequences of the BiH Constitutional Court's Decision, the Banja Luka Conference also aimed at advancing the practical application of the ECHR. It, therefore, focused on ECtHR standards related to the rights under Articles 6 and 8 of the ECHR in the context of special investigative measures.

The Conference was attended by over 60 eminent representatives of the highest BiH courts: the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, the HJPC BiH and its Secretariat, the Constitutional Court of the BiH Federation, the Constitutional Court of Republika Srpska (RS), the Court of Bosnia and Herzegovina, the Brčko District Appeals Court, the Brčko District Judicial Commission, the FBiH and RS Judicial and Prosecutorial Training Centres, as well as national and international human rights law experts.

In addition to the welcome and introductory speeches by BiH Constitutional Court President Zlatko M. Knežević, HJPC BiH Chairman Milan Tegeltija, AIRE Centre Western Balkans Programme Manager Biljana Braithwaite and DCAF South-East Europe Division Project Coordinator Teodora Fuior, the participants had the opportunity to hear notable presentations by DCAF Senior Consultant Aleš Zlatar, European Court of Human Rights Jurisconsult Office legal expert Krešimir Kamber (together with Head of the BiH Constitutional Court Constitutional Case-Law Department Ermina Dumanjić), BiH Constitutional Court judge Miodrag Simović, HJPC BiH members Dragomir Vukoja and Milijana Buha, Head of the Court of BiH Criminal Department judge Minka Kreho, RS Supreme Court President Vesna Antonić, Brčko District Appeals Court President judge Damjan Kaurinović and Head of the BiH Federation Supreme Court Criminal Department Ljiljana Filipović (together with judges Slavko Marić and Božidarka Dodik). Nuala Mole, AIRE Centre founder and Senior Lawyer, contributed greatly to the success of the Conference with her meaningful summaries and discussions.

The commitment of the authors of the papers and numerous attendants to the analysis of the open issues and dilemmas regarding the Conference topic, as well as the hands-on, open, substantive and fruitful discussions and exchanges of views and opinions reaffirmed the need and rationale for this kind of an expert event. The Forum, specifically the Conferences organised within it, have become a traditional annual gathering of the most eminent and competent experts at the highest level. The next Conference which will, of course, focus on another topical issue, is already planned for 2019.

Like in many other similar cases, we have decided to publish this Collection of Papers presented at the Conference to be perused and benefit all the participants,



academia and experts and the public at large. The Collection, an integral part of the Conference programme, has been published thanks to the AIRE Centre's financial and other support.

The papers are published in the Collection in the order in which they were presented at the Conference. The Editorial Board fully respected the authors' choice of language and alphabet and have published the original papers as submitted by their authors. Given the character of the event and the purpose of the publication, the Collection also includes English translations of the introductory and welcome speeches and the summaries of the papers.

True to form, the Conference participants did not adopt binding conclusions bearing in mind the independence and jurisdictions of all the individual institutions, but they did formulate a number of conclusions in the form of messages or recommendations based on the discussions (see page 211).

The AIRE Centre had prepared a substantive and systematic overview of ECtHR case-law for the Conference entitled "Special Investigative Measures – Select Case-Law of the European Court of Human Rights". Inclusion of the overview in this Collection is, in our opinion, not only beneficial, but imperative as well. We have no doubt that, together with the presented papers, this overview will significantly contribute to advancing the competences of all those taking part in proceedings in which these standards are applied in accordance their remits, duties and obligations.

The technical preparations and proofreading of the texts were performed by the BiH Constitutional Court and the AIRE Centre.

We hereby express our gratitude to all AIRE Centre and BiH Constitutional Court staff who helped organise the Forum/Conference, all the participants and especially the co-organiser, the AIRE Centre and the British Embassy in BiH, without whose assistance we would have been unable to implemented this project.

Mirsad Ćeman
Vice-President
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina



PREDGOVOR AIRE CENTRA

Poštovani,

Veliko mi je zadovoljstvo da vam se obratim u ime AIRE centra (The AIRE Centre – Advice on Individual Rights in Europe), jednog od osnivača Pravosudnog foruma za Bosnu i Hercegovinu i suorganizatora Druge godišnje konferencije Pravosudnog foruma o temi „Posebne istražne radnje” održane 14. i 15. novembra 2018. godine u Banjoj Luci.

Pravosudni forum je dio širih aktivnosti AIRE centra u Bosni i Hercegovini usmjerenih ka jačanju implementacije Evropske konvencije za ljudska prava i njenih standarda u Bosni i Hercegovini, a koje finansira Ministarstvo inostranih poslova Ujedinjenog Kraljevstva. Cilj Pravosudnog foruma za Bosnu i Hercegovinu je unapređenje saradnje među najvišim sudskim instancama i ujednačavanje sudske prakse u Bosni i Hercegovini.

Jačanje sistema vrijednosti i institucija koje podržavaju vladavinu prava i djelotvornu demokratiju je u srcu EU integracija, a postizanje takvog cilja predstavlja možda najveći izazov procesa pridruživanja EU. Zbog toga smatramo da je formiranje Pravosudnog foruma za BiH, kojim se uspostavlja kontinuiran dijalog pripadnika najviših pravosudnih institucija, velik i važan korak koji nam svima daje okvir i platformu za ostvarivanje potpunije primjene međunarodnih standarda u oblasti ljudskih prava na domaćem nivou i jačanje pravne sigurnosti i kvaliteta sudskih odluka u Bosni i Hercegovini.

Druga godišnja konferencija je organizovana radi stvaranja uslova za poboljšanje praktične primjene Evropske konvencije o ljudskim pravima, te je bila fokusirana na standarde Evropskog suda za ljudska prava u vezi s pravima garantovanim članovima 6 i 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima u kontekstu posebnih istražnih radnji. Tema Druge godišnje konferencije je vrlo aktuelna u stručnoj i široj javnosti jer primjena posebnih istražnih radnji predstavlja važno oruđe u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije, te za zaštitu nacionalne bezbjednosti. Inače, borba protiv organizovanog kriminala i korupcije predstavlja ključni uslov za značajan napredak u oblasti vladavine prava, ali ona mora biti praćena poštovanjem osnovnih prava, kao



što su sloboda, bezbjednost, privatnost i pravo na pravično suđenje. Inače legitimitet takve borbe može biti kompromitovan.

Pred vama se nalazi treća publikacija nastala u okviru Pravosudnog foruma za BiH. Nakon Prve godišnje konferencije o temi „Pravo na obrazloženu odluku – obavezan standard u postupku pred sudom”, održane 6. i 7. novembra 2017. godine, nastali su Zbornik radova „Pravo na obrazloženu sudsku odluku – obavezan standard u postupku pred sudom” i „Vodič za obrazloženu sudsku odluku”, koji su distribuirani stručnoj javnosti.

Želim zahvaliti svima koji su omogućili održavanje Druge godišnje konferencije u okviru Pravosudnog foruma za BiH: predsjedniku i osoblju Ustavnog suda BiH na sjajnoj saradnji u organizaciji Konferencije i štampanju Zbornika, Visokom sudskom i tužilačkom savjetu i Sekretarijatu VSTS BiH na podršci Pravosudnom forumu, te Vladi Velike Britanije i Britanskoj ambasadi u Sarajevu, što su prepoznali značaj ovog projekta i pružili svoju podršku. Takođe zahvaljujem i svim sudovima, institucijama i ekspertima koji su učestvovali na Konferenciji i pripremili radove za ovaj zbornik, za koji se nadam da će biti korisno štivo pravosudnoj zajednici Bosne i Hercegovine.

Biljana Braithwaite
Menadžerka Programa za Zapadni Balkan
AIRE centra u Londonu



THE AIRE CENTRE PREFACE

Dear ladies and gentlemen,

I have the great pleasure to address you on behalf of the AIRE Centre – Advice on Individual Rights in Europe, one of the founders of the Judicial Forum for Bosnia and Herzegovina and co-organiser of its Second Annual Conference on Special Investigative Measures, which was held in Banja Luka on 14/15 November 2018.

The Judicial Forum is part of AIRE Centre's extensive activities in Bosnia and Herzegovina devoted to strengthening the implementation of the European Convention on Human Rights and its standards in the country, with the financial support of the UK Foreign and Commonwealth Office. The Judicial Forum for BiH aims at advancing cooperation amongst the highest BiH courts and facilitating the alignment of their case-law.

Strengthening the system of values and the institutions upholding the rule of law and effective democracy lies at the heart of EU accession. The achievement of this goal is, perhaps, the greatest challenge in the integration process. This is why we believe that the establishment of the Judicial Forum for BiH, which facilitates continuous dialogue amongst the representatives of the topmost judicial institutions, is a major and important step providing all of us with the framework and platform for achieving the full application of international human rights standards at the national level and strengthening legal certainty and the quality of court decisions in Bosnia and Herzegovina.

The Second Annual Conference aimed at facilitating the implementation of the ECHR and focused on the European Court of Human Rights standards regarding the rights enshrined in Articles 6 and 8 of the ECHR in the context of special investigative measures. The topic of the Second Annual Conference is currently the subject of many expert and general debates because the application of special investigative measures is a pivotal tool for combatting organised crime and corruption and safeguarding national security. The fight against corruption and organised crime is prerequisite for advancing the rule of law, but it has to be accompanied by respect for fundamental



rights, such as liberty, security, privacy and the right to a fair trial. Otherwise the legitimacy of such a fight may be compromised.

This is the third publication produced within the Judicial Forum for BiH. The first two - a Guide to Reasoned Court Judgments and a Collection of Papers presented at the Conference titled “Right to a Reasoned Judgment – Mandatory Standard in Court Proceedings” - were prepared and distributed to experts after the Judicial Forum’s First Annual Conference, which was devoted to the right to a reasoned judgment and held on 6-7 November 2017.

I would like to thank everyone who made the Second Annual Conference possible, notably, the President and staff of the Constitutional Court of BiH for their excellent cooperation in the organisation of the Conference and publication of the Collection of Papers; the High Judicial and Prosecutorial Council of Bosnia and Herzegovina and its Secretariat for their support to the Judicial Forum; and the UK Government and British Embassy in Sarajevo for recognising the importance of this project and supporting it. I would also like to thank representatives of all courts, institutions and experts who took part in the Conference and prepared their papers for this Collection, which I hope the BiH judicial community will find useful.

Biljana Braithwaite
AIRE Centre Western Balkans
Programme Manager



Teodora Fuior

DCAF¹ Southeast Europe Division Project Coordinator

WELCOMING REMARKS

Honourable audience,

Without exception, across European jurisdictions, judges have the legal power to approve or reject the use of intrusive powers by security agencies. This task poses a great challenge to members of the judiciary in East and West Europe; in new and old democracies; in the supervision of bulk surveillance and focused interceptions; in criminal investigations and for preventing national security threats; during the ex-ante warrant approval, in the ex-post review of measures' implementation; and, in the provision of a legal remedy to citizens subjected to improper use of intrusive measures of investigation collection.

DCAF is examining the role of the judiciary in the authorisation of intrusive measures of information collection as part of our comprehensive approach to strengthening democratic accountability of security sectors in European countries. We have identified 3 trends relevant for our discussion today.

First, **surveillance practices are here to stay**. Surveillance powers are in fact only expanding supported by rapidly evolving technologies and by increasing trans-border cooperation mechanisms aimed to deter terrorism and serious crime. Despite unprecedented public debates on use of intrusive methods, the need to use these exceptional powers by police and intelligence agencies in order to provide security is not contested. The precarious balance between security and the right to privacy will continue to characterize our societies in the coming years.

Second, in the era of social media and bulk surveillance, **the right to privacy reaffirms its importance** as one of the essential human rights that are a cornerstone to democracy. The right to privacy enables citizens to hold governments to account and establishes boundaries to the exercise of state power. Citizens are more than ever aware of their rights; they are quickly and easily informed about abuses and demand access to legal remedies when their rights have been infringed.

1 The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.



The third trend I want to refer to is **the request for, and the affirmation of judicial vigilance** in the examination of the use of intrusive methods. Until recently, issues related with national security and public order were considered the exclusive responsibility of the executive; therefore, judicial and legislative power were seen as playing a minimal role. But standards of accountability have raised and this is not considered acceptable in a democratic society. The ECtHR has set high standards as regards a judge's duty to scrutinise critically applications for the use of intrusive methods. The courts are expected to engage in a genuine quest for the facts, from a truly neutral perspective; to issue objective judgments and informed assessments of whether the action proposed is "based in law", has a "legitimate aim" and is both a "necessary" and "proportional" response; judges are expected to be willing to strike down warrant requests and other actions deemed to be unlawful, unconstitutional or failing the test of proportionality.

The recent decisions of the BiH Constitutional Court and the amendments to the Criminal Procedure Code adopted in September 2018 reflect these international trends. They also illustrate the efforts made by BiH to set the grounds for a solid oversight system – made of a variety of institutions, procedures and responsibilities – where both effectiveness of security provision and accountability for the use of intrusive powers are ensured.

To conclude, through SIM authorisation, judges act as arbiters between government secrecy and individual freedoms in a very powerful way. They determine the delicate balance between democracy and security, which is at the core of our discussion today. Recognising the importance of this task, DCAF is committed to contribute and support the development of BiH judiciary capacity and expertise in these matters. We are therefore at your service for developing further partnerships in this direction.

Thank you.



Teodora Fuior

Пројектна координаторица за Југоисточну Европу, DCAF¹

ПОЗДРАВНА РИЈЕЧ

Поштована публико,

Судије широм Европе, без изузетка, законом су овлашћене да одобре или одбију захтјеве за примјену интрузивних мјера безбједносних агенција. Овај задатак намеће велики изазов носиоцима судске власти у Источној и Западној Европи, новим и старим демократијама, у надзору над масовним тајним надгледањем и циљаним пресретањем, у кривичним истрагама и ради спречавања пријетњи по националну безбједност, током *ex ante* одобрења захтјева и *ex post* разматрања примјене мјера, и у погледу обезбјеђивања правног лијека грађанима подвргнутим непрописној примјени интрузивних мјера ради прикупљања података у истрази.

DCAF разматра улогу правосуђа у одобравању интрузивних мјера за прикупљање података у оквиру свог свеобухватног приступа јачању демократске одговорности безбједносних сектора у европским земљама. Утврдили смо три тренда значајна за нашу данашњу дискусију.

Прво, пракса тајног надзора неће нестати. Заправо, овлашћења за вршење тајног надзора се само шире, потпомогнута технологијом која се брзо развија и све већим бројем механизма прекограничне сарадње ради спречавања тероризма и тешког криминала. Упркос јавним расправама о примјени интрузивних метода без преседана, потреба да полиција и обавјештајне агенције примјењују ова изузетна овлашћења како би заштитиле безбједност није спорна. У годинама које слиједе крхка равнотежа између безбједности и права на приватност ће наставити да одликује наша друштва.

Друго, у ери друштвених медија и масовног тајног надзора реafirмише се значај права на приватност, као једног од основних људских права у основу демократије. Захваљујући праву на приватност, грађани могу да позивају своје владе на одговорност, а њиме се и установљују границе вршења државне власти.

1 Женевски центар за демократску контролу оружаних снага.



Грађани су потпуно свјесни својих права, брзо и лако бивају обавијештени о њиховом кршењу и захтијевају приступ правним лијековима када су њихова права повријеђена.

Трећи тренд о којем желим да говорим односи се на захтјев у вези са судском будношћу приликом разматрања примјене интрузивних метода и њену афирмацију. Донедавно се сматрало да извршна власт сноси искључиву одговорност за питања националне безбједности и очувања јавног реда, а да ту правосуђе и законодавна власт имају минималну улогу. Међутим, стандарди одговорности су виши и то се не сматра прихватљивим у демократском друштву. ЕСЈП је поставио високе стандарде у вези са дужношћу судије да критички размотри захтјеве за примјену интрузивних мјера. Од судова се очекује да се, заиста, удубе у потрагу за чињеницама из истински неутралног положаја, да изричу објективне пресуде и процјене засноване на чињеницама о томе да ли је предложена мјера „у складу са законом”, да ли тежи „легитимном циљу” и да ли, истовремено, представља „неопходан” и „сразмјеран” одговор. Од судија се очекује да буду спремни да одбију да одобре захтјеве за налоге и остале мјере које се сматрају незаконитим, неуставним или несразмјерним.

Недавне одлуке Уставног суда БиХ и измјене и допуне Закона о кривичном поступку, усвојене у септембру 2018. године, одражавају ове међународне трендове. Оне, такође, илуструју напоре које је БиХ уложила у постављање основа за солидан систем надзора, који обухвата разне институције, поступке и обавезе и којим се обезбјеђује како дјелотворност заштите безбједности, тако и одговорност за примјену интрузивних овлашћења.

Да закључим, усљед овлашћења да одобравају посебне истражне радње, судије имају важну улогу арбитра између тајанствености власти и појединачних слобода. Они су ти који успостављају осјетљиву равнотежу између демократије и безбједности, која лежи у сржи наших данашњих излагања. Препознајући значај овог задатка, DCAF је определијен да доприноси и подржава јачање капацитета и стручности правосуђа БиХ у овој области. Стога вам стојимо на располагању да наставимо да градиммо партнерства у том правцу.

Хвала вам.



Zlatko M. Knežević
Predsjednik Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

UVODNA RIJEČ

Poštovane kolegice i kolege, dragi prijatelji!

Prije svog izlaganja, želim da pozdravim sve vas, predsjednice i predsjednike, sutkinje i sudije najviših redovnih i entitetskih ustavnih sudova u Bosni i Hercegovini, kao i predsjednika i članove VSTSBiH.

Posebno želim da pozdravim i zahvalim našim prijateljima iz Centra AIRE koji su nam pružili presudnu pomoć u organizaciji i time omogućili da i danas među nama i sa nama budu naše strane kolegice i kolege koji će svojim izlaganjima omogućiti svima nama jedan drugačiji pogled na našu temu.

Naravno, želim da pozdravim i svoje kolege iz Ustavnog suda – potpredsjednike, sudije, registrara i više savjetnike – koji su odlučili da prisustvuju i da učestvuju kako u izlaganjima tako i u, nadam se, diskusijama u kojima ćemo izbrusiti svoje zaključke. Takođe, želim da pozdravim i naše kolegice koje su podnijele najveći teret organizacije ovog skupa.

Ali, možda je najpotrebnije da zahvalim na vašem nesebičnom prihvatanju da u ova dva dana diskutujemo o vrlo ozbiljnoj i sa stručnog aspekta izazovnoj temi – POSEBNIM ISTRAŽNIM RADNJAMA!

Naime, nije ni lako niti jednostavno učestvovati u raspravi o temi koja u sebi sadrži mogućnost istovremenog sukoba zaštite najviših društvenih vrijednosti i povrede najznačajnijih osnovnih ljudskih prava.

Granice zaštićenih dobara (iz krivično-pravne oblasti) i povrede osnovnih ljudskih prava nigdje nisu tako, rekao bih, fluidne i možda je ova tema jedna od rijetkih u kojima se, osim klasične presude kao utvrđene „sudske istine“, u najvećoj mjeri prikazuje složenost i profesionalnost sudijskog poziva. U kom trenutku i u kojoj mjeri ljudskom biću treba oduzeti ili ograničiti recimo privatnost radi zaštite „većeg dobra“ najsloženija je odluka krivičnog postupka prije konačnog presuđenja.

I ta granica, koja je svakako označena ne samo ustavnim garancijama već i konvencijskim standardima iskazanim kroz odluke Evropskog suda i Ustavnog suda, naša je tema.



Naše strane kolege govoriće o konvencijskom pristupu kroz odluke Evropskog suda i o standardima koji su time ustanovljeni.

Ustavni sud, u liku akademika prof. dr Miodraga Simovića, iznijeće svoju praksu i standarde koji nisu samostalni, već isprepleteni s evropskim, a od vas u diskusijama očekujem otvorenu i jasnu raspravu o njihovoj primjeni u praksi redovnog sudovanja. Zbog toga, ovaj Pravosudni forum jeste isključivo naša, sudijska stvar, naš okvir i naša rasprava, naša potreba da suočimo mišljenja, naš zatvoreni krug rasprave i, na kraju, naša potreba da svoje mišljenje ponudimo svojim kolegama.

I upravo zbog toga, moje izlaganje neće biti usmjereno neposredno na temu skupa već posredno, ukazivanjem na prethodnu situaciju i pouke koje smo uputili i kakve smo rezultate dobili.

Poštovane kolege, neću detaljnije govoriti o situaciji s kojom smo se svi suočili kada je ovlaštenu podnosilac podnio zahtjev za ocjenu ustavnosti određenog broja odredbi Zakona o krivičnom postupku BiH.

Neću govoriti ni o ozbiljnom i dugotrajnom radu svih u Ustavnom sudu, nacrtima, mišljenjima, raspravama i konačno odlukama. O tome je više ili manje sve poznato.

Neću govoriti ni o rokovima (formalnim ili faktičkim) koje je Ustavni sud dao zakonodavcu da izmijeni i uskladi neustavne odredbe zakona s Ustavom, odnosno s jasnom odlukom Ustavnog suda.

Neću govoriti ni o specifičnom rješenju kojim je Ustavni sud, nakon nesposobnosti zakonodavca da izvrši svoju obavezu, utvrdio „način izvršenja“ i svojom porukom, možda prvi put, uspostavio profesionalnu zajednicu, a prvenstveno sudije, kao tumače odluke Ustavnog suda. Neću govoriti ni o ponosu i zahvalnosti na tome da je profesionalna zajednica, a prvenstveno sudije, svojim tumačenjem i odlukama u ovom periodu neizvršavanja odluke Ustavnog suda ne samo odgovorila postavljenom zadatku već dodatno pokazala koliko je visok stručni i profesionalni kapacitet sudijskog kora.

Ali, hoću da pred vama govorim o zaključku kakvu je poruku poslala profesionalna zajednica. I hoću da s vama podijelim svoje mišljenje o posljedicama ovog „događaja“ po nešto što predstavlja ustavno načelo – načelo diobe vlasti.

Po mom uvjerenju, nakon dugo vremena, mnogi, da ne kažem i mi sami, probudili su se iz jedne letargične pozicije u kojoj je izvršna vlast, a posljedično tome i zakonodavna, zanemarila treći stub vlasti – sudsku i u kojoj je sudska vlast, gurnuta u stranu, kao neki oblik „izvršioća“ zakona koji se donose bez njenog uticaja, bez stručnog ocjenjivanja i bez potrebe da se na bilo koji način sudska vlast „pita“ ne samo o donošenju zakona već i o tome da li praksa može da odgovori na postavljenu normu.

Da vas podsjetim na prvo javno obrazloženje rješenja „o načinu izvršenja odluke Ustavnog suda“ – naravno radi se o Zakonu o krivičnom postupku – kojim je jasno



rečeno da je ova poruka upućena profesionalcima koji će znati ne samo da je pročitaju već i da je primijene.

U nekoliko odluka koje su bile predmet našeg preispitivanja u ovom, za rokove i tehnologiju odlučivanja Ustavnog suda, vrlo kratkom periodu, pokazalo se da su profesionalci znali ne samo da pročitaju već i da primijene stav Ustavnog suda, da su znali šta su standardi utvrđeni ranijim odlukama Ustavnog suda, da su znali koji su standardi Evropskog suda i kakva je, u krajnjem, praksa i Evropskog suda i Ustavnog suda koja je primjenjiva na konkretne pravne situacije o kojima su odlučivali.

Takođe se nametnulo vrlo ozbiljno pitanje koje u isto vrijeme dotiče ustavna načela diobe vlasti i vladavine prava čiju primjenu sudovi štite i ostavaruju.

Da li može sudska vlast u presudnom trenutku, kada se neizvršavanjem odluke ruši ustavni poredak, svojim postupanjem (ne zaboravimo na ustavnu obavezu – neposrednom primjenom konvencijskih standarda) zaštititi ustavni poredak, zaštićena dobra i osnovna ljudska prava i bez formalne zakonodavne aktivnosti?

Odgovor na ovo pitanje je dao rad sudija i odgovor na ovo pitanje je vratio treći stub vlasti u fokus ne samo obaveza već i prava diobe vlasti.

Zahvalnost za takav rezultat pripada vama, sudijama, koji ste dokazali da su stručnost, znanje, profesionalnost i težak rad jedino rješenje kada ostale grane vlasti ne žele ili ne znaju da ispune svoju ulogu.

Poštovane kolegice i kolege, zahvaljujem vam na ispunjenju ne samo svoje profesionalne već i ustavne obaveze, zahvaljujem vam na tome što ste sudije!



Zlatko M. Knežević

President of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

KEYNOTE ADDRESS

Dear colleagues, dear friends!

Let me start out by welcoming all of you, the presidents and judges of the highest regular courts and entity Constitutional Courts in Bosnia and Herzegovina, as well as the Chairman and members of the BiH HJPC.

I also take this opportunity to welcome and thank our friends from the AIRE Centre, who have extended us crucial assistance in organising this event and thus made it possible for our foreign colleagues to join us and provide us with a different take on our topic in their presentations.

Of course, I also welcome my colleagues from the Constitutional Court – Vice-Presidents, judges, the Registrar and Senior Advisers – who have agreed both to attend and present their papers and, I hope, participate in the discussions in which we will hone our conclusions. I also wish to thank our colleagues, who have borne the brunt of organising this event.

But, first and foremost, I want to thank all of you for selflessly agreeing to discuss a very serious and professionally challenging topic over the next two days – SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES!

Namely, it is neither easy nor simple to participate in a debate on a topic entailing the possibility of a conflict between the protection of the highest social values and violations of fundamental human rights.

The line between protected goods (in the field of criminal law) and violations of human rights is nowhere as fluid as it is here and this topic is, perhaps, one of the rare ones which, in addition to the classical judgment as the established “court truth”, so vividly enunciates the complexity and professionalism of the judicial profession. At what moment and to what extent should the court deprive or restrict a human being’s right to privacy in order to protect “a greater good” is the most complex decision taken in criminal proceedings, before a judgment is rendered.



That line, which is definitely delineated not only by constitutional safeguards, but also by Convention standards enunciated in the decisions of the European Court of Human Rights and the Constitutional Court, is the topic we will be discussing.

Our foreign colleagues will talk about the Convention approach reflected in the ECtHR's decisions and standards established therein.

Academic Prof Dr Miodrag Simović will elaborate on the Constitutional Court's practice and standards, which are not autonomous but intertwined with European ones, and I expect of you to openly and clearly discuss their application in your day-to-day work. That is why this Judicial Forum is exclusively our judicial affair, our framework and our discussion, our need to confront our opinions, our closed circle debate, and, ultimately, our need to share our views with our colleagues.

This is exactly why I will focus on the topic of the event indirectly rather than directly, by recalling the situation that had existed, the messages we sent and the results we achieved.

Dear colleagues, I will not dwell on the situation we all faced when the motion to review a number of provisions of the BiH Criminal Procedure Code was filed.

Nor will I dwell on the serious and long work everyone at the Constitutional Court put in, on the drafts, opinions, debates and, ultimately decisions. All of that is more or less common knowledge.

Nor will I dwell on (formal and actual) deadlines, which the Constitutional Court set the legislator to amend the unconstitutional provisions of the CPC and bring them into compliance with the Constitution and the clear Decision of the Constitutional Court.

Nor will I dwell on the ruling in which the Constitutional Court determined the "method of execution" after the legislator proved incapable of fulfilling its obligation, the ruling by which it sent the message, perhaps for the first time, that the professional community, primarily judges, is tasked with interpreting the Constitutional Court Decision. Nor will I dwell on my pride in and gratitude I feel towards the professional community, primarily judges, whose interpretations and decisions in the period during which the execution of the Constitutional Court Decision remained pending, not only rose to the task, but also proved how highly expert and professional judges are.

But I do want to dwell on the conclusion about the message the professional community had sent. And to share with you my opinion on the effects of these "developments" on a principle enshrined in the Constitution – the principle of the separation of powers.

In my view, after a long time, many, us included, awoke from a lethargy, as it were, in which the executive, and, consequently, the legislature disregarded the third pillar



of government – the judiciary and in which the judiciary, which was pushed to the side, to play the role of “enforcer” of laws, which were adopted without its input, its professional assessment or any need to “consult” it not only about the adoption of laws but whether they can be applied in practice as well.

Let me remind you of the first public explanation of the ruling “on the method of executing the Constitutional Court Decision” – the one on the Criminal Procedure Code, of course – which clearly states that this message is addressed to professionals who will know not only how to read it, but how to implement it as well.

The several decisions we reviewed in this very short period of time - from the perspective of the Constitutional Court’s deadlines and decision-making technology - showed that professionals knew not only how to read the Constitutional Court’s view but how to apply it as well, that they were familiar with ECtHR’s standards and, ultimately, the case-law of the ECtHR and the Constitutional Court applicable to the specific legal situations they adjudicated.

An extremely serious issue arose at the same time touching upon the constitutional principles of the separation of powers and the rule of law the application of which is protected and exercised by the courts.

At a crucial moment, when the constitutional order is eroded by the non-execution of the Decision, can the judiciary, through its actions (let’s not forget our constitutional obligation – to directly apply Convention standards), protect the constitutional order, protected goods and core human rights even in the absence of formal legislative activity?

The judges’ work gave an answer to this question, the answer that returned the third pillar of government into the focus of not only the obligations but also the rights inherent in the separation of powers.

Gratitude for such a result goes to you, judges, who proved that expertise, knowledge, professionalism and hard work are the only solution when other branches of government do not want to or do not know how to fulfil their role.

Dear colleagues, I thank you for fulfilling not only your professional but also your constitutional obligations, I thank you for being judges!



Milan Tegeltija

Predsjednik Visokog sudskog i tužilačkog savjeta Bosne i Hercegovine

UVODNA RIJEČ

Poštovani,

Zadovoljstvo mi je što ćemo od eminentnih stručnjaka imati priliku da čujemo sa kojim izazovima se susreće pravosuđe Bosne i Hercegovine zbog korišćenja posebnih istražnih radnji u postupku utvrđivanja krivične odgovornosti pri izvršenju najtežih krivičnih djela, te imati priliku da putem zaključaka Konferencije damo doprinos u pogledu dilema pravosudne zajednice povodom ovog pitanja. Čestitam organizatoru na odabiru teme i organizaciji konferencije.

Primjena posebnih istražnih radnji je veoma značajna, jer predstavlja moćan alat u dokazivanju krivičnih djela, prije svega organizovanog kriminaliteta, a njihovo pretjerano korišćenje može da bude izuzetno štetno po stabilnost pravnog sistema.

Prateći savremene trendove i nastojeći da nađu mehanizme za uspješno suprotstavljanje najtežim oblicima kriminala, zakonodavna tijela u Bosni i Hercegovini su blagovremeno uvrstila u krivičnoprocesno zakonodavstvo posebne istražne radnje. Kada su 2003. godine zakonima o krivičnim postupcima u krivičnoprocesno zakonodavstvo uvedene posebne istražne radnje, osnov za njihovu primjenu je, između ostalog, bio i da postoje osnovi sumnje da su počinjena krivična djela za koja se prema krivičnim zakonima mogu izreći kazne zatvora u trajanju od najmanje tri godine ili teže. Kroz postupanje i praksu rada uočeno je da se ovakvom zakonskom formulacijom onemogućava primjena posebnih istražnih radnji za rasvjetljavanje većeg broja krivičnih djela za koja je primjenom „običnih” istražnih radnji gotovo nemoguće ili izuzetno teško obezbijediti dokaze, kao što su, na primjer, većina koruptivnih krivičnih djela. Provedenim zakonodavnim aktivnostima takva zakonska formulacija je izmijenjena i izmjenama i dopunama zakona o krivičnim postupcima u Bosni i Hercegovini je propisano da je uslov za primjenu posebnih istražnih radnji da je počinjeno krivično djelo za koje može da se izrekne kazna zatvora od tri godine ili teža. Na taj način je proširen broj krivičnih djela za koja mogu da se primijene posebne istražne radnje.



Ustavni sud Bosne i Hercegovine u predmetu broj U 5/16, o kojem ćemo imati priliku da čujemo više tokom Konferencije, donio je djelimičnu odluku o dopustivosti i meritumu, te utvrdio da, između ostalih, odredbe člana 117 tačka d) i odredbe člana 118 stav 3 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, koje se odnose na krivična djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje, te na trajanje posebnih istražnih radnji, nisu u skladu sa odredbama Ustava Bosne i Hercegovine. Odlukom se naložilo Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine da najkasnije u roku od šest mjeseci uskladi navedene odredbe, te obavijesti Ustavni sud Bosne i Hercegovine o preduzetim mjerama s ciljem izvršenja ove odluke.

Nažalost, zakonodavna vlast nije blagovremeno postupila u skladu sa Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i relevantne odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine mjesecima su čekale da budu izmijenjene. U slučaju pravnog vakuuma koji bi nastao neusvajanjem neophodne izmjene Zakona o krivičnom postupku mogle su da nastupe katastrofalne posljedice za pravosuđe. Bile su ugrožene nacionalna bezbjednost i međunarodna saradnja, te su poslale negativne poruke u trenutku kada Evropska unija priprema svoje mišljenje o zahtjevu Bosne i Hercegovine za članstvo u EU. Ovaj problem je prepoznala profesionalna zajednica, a kolege iz Evropske unije izrazile su zabrinutost zbog neujednačavanja sudske prakse sa standardima Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, što je jasno potcrtano tokom sastanaka koje smo imali sa zvaničnicima Evropske komisije u vezi sa preporukama stručne misije Evropske komisije o problemu korupcije i organizovanog kriminala.

Usvajanjem Prijedloga zakona o krivičnom postupku BiH u septembru 2018. godine Dom naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine je učinio prvi korak ka izvršenju odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Predstavnički dom Parlamentarne skupštine BiH je na hitnoj sjednici, po hitnom zakonodavnom postupku, usvojio zahtjev Doma naroda Parlamentarne skupštine Bosne i Hercegovine za razmatranje Prijedloga zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine nakon čega je usvojen i Prijedlog zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.

Osvrnuću se kratko i na samu odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i na predložene izmjene Zakona.

U odnosu na član 117 Zakona o krivičnom postupku, u obrazloženju svoje odluke Ustavni sud Bosne i Hercegovine primijetio je da se primjenom posebnih istražnih radnji država miješa u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima. Takvo miješanje opravdano je u smislu člana 8 stav 2 samo ako je „u skladu sa zakonom”, ako teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te ako je „nužno u demokratskom društvu” kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi.



Dalje, „u skladu sa zakonom”, na osnovu člana 8 stav 2, u načelu se zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni osnov u domaćem propisu. Takođe se odnosi i na kvalitet predmetnog propisa koji treba da bude u skladu s vladavinom prava, te dostupan licu na koje se odnosi koje mora da predvidi posljedice za sebe i da mjera mora da bude u skladu s vladavinom prava.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine, takođe, ukazuje da, prema praksi Evropskog suda, prisluškivanje i druge forme praćenja telefonskih razgovora predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni život i korespondenciju, te, prema tome, moraju da budu zasnovani na „zakonu” koji je posebno precizan. Osnovno je da postoje jasna detaljna pravila naročito zbog toga što upotreba dostupne tehnologije postaje sve više sofisticirana. Prije svega, zakon mora da definiše kategorije lica koja mogu da budu obuhvaćena mjerama prisluškivanja na osnovu sudskog naloga i prirode krivičnih djela koja mogu da daju razlog za takav nalog. Dalje, Ustavni sud podsjeća da će se miješanje smatrati neophodnim u demokratskom društvu ako odgovara hitnoj društvenoj potrebi i, naročito, ako je proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići.

Uvidom u Krivični zakon BiH Ustavni sud Bosne i Hercegovine je uočio da je zakonodavac za veliki broj krivičnih djela omogućio izricanje kazne zatvora u trajanju od tri godine iz čega proizilazi da za sva ta djela mogu da se odrede posebne istražne radnje. Iz navedenog slijedi da je moguće odrediti posebne istražne radnje i za veliki broj krivičnih djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela.

Ustavni sud posebno naglašava da Zakonom treba urediti da se posebne istražne radnje primjenjuju isključivo onda kada na drugi način ne može da se postigne isti cilj, imajući u vidu ograničenja prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije. Propisivanjem da posebne istražne radnje mogu da se odrede za veliki broj krivičnih djela propisanih krivičnim zakonodavstvom, u okviru kojih su i djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela, zakonodavac nije obezbijedio da miješanje u pravo iz člana 8 međunarodne konvencije bude u mjeri koja je neophodna za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije obezbijedio srazmjer između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere.

Predloženom izmjenom člana 117 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine preuzeta su krivična djela iz zakonodavstva koje sada važi a to su krivična djela protiv integriteta BiH, protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom i terorizma itd. Izmjena ovog člana posebno se odnosi na katalog krivičnih djela koja su istovjetna s katalogom krivičnih djela iz člana 84 predloženih izmjena i dopuna. Povećanjem zapriječene kazne zatvora sa tri na pet godina obezbjeđuje se da odredbom budu obuhvaćena krivična djela koja imaju obilježja teških krivičnih djela.

Povodom pitanja člana 118 Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine, prema odredbama važećeg Zakona, istražne radnje mogu da traju najduže mjesec dana, a



„iz posebno važnih razloga”, na obrazloženi prijedlog tužioca, mogu da se produže za još mjesec dana s tim da mjere iz člana 116 tač. a) i c) mogu da traju ukupno najduže šest mjeseci. Ustavni sud Bosne i Hercegovine naglašava da ovako dug period ne može da se smatra srazmjernim rokom u odnosu na prirodu i potrebu da se ograničavaju ustavna prava. Dijelom odredbe koji glasi: „posebno važnih razloga” povrijeđeni su princip vladavine prava i pravo na pravično suđenje, zato što nisu jasni i transparentni i zato što ostavljaju mogućnost arbitrarnog postupanja tijela pred kojim se vodi postupak. Osim toga, Ustavni sud Bosne i Hercegovine ističe da sporna odredba nije napravila nužnu distinkciju između tih djela i onih koja nemaju takva obilježja i na koja se produženje rokova ne treba odnositi.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine navodi da domaći zakon mora da bude dovoljno jasan u svom izrazu kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti imaju ovlašćenja da posegnu za takvim mjerama. U tom pogledu Evropski sud je, takođe, naglasio da su potrebne zaštitne mjere. Konkretno, budući da sprovođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi nije podložno preispitivanju lica na koja se ono odnosi ili šire javnosti, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlašćenja. Posljedično tome, zakon mora dovoljno jasno da propiše obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima, te način njezinog ostvarivanja koji pojedincu jamči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

Dovodeći prethodno izloženu praksu Evropskog suda u vezu s relevantnim odredbama Zakona, Ustavni sud Bosne i Hercegovine smatra da je zakonodavac propisivanjem da posebne istražne radnje mogu da traju najduže mjesec dana nesporno imao u vidu ograničavanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije, odnosno da trajanje posebnih istražnih radnji mora da bude svedeno na najmanju moguću mjeru. Međutim, osporene odredbe propisuju da posebne istražne radnje mogu da se produžavaju još dva puta, odnosno još pet puta po mjesec dana zbog posebno važnih razloga. S tim u vezi, Ustavni sud Bosne i Hercegovine prvenstveno zapaža da je zakonodavac kao uslov za produženje posebnih istražnih radnji upotrijebio sintagmu „posebno važni razlozi”, što predstavlja neodređen pojam koji ni u jednoj drugoj odredbi Zakona nije korišćen. Naime, iz citirane odredbe ne proizilazi na šta se odnose posebno važni razlozi, tj. da li se odnose na nemogućnost daljeg pribavljanja dokaza uslijed toga što posebne istražne radnje ne daju očekivane rezultate, ili se odnose na samu prirodu i okolnosti izvršenja krivičnog djela, te da li moraju i u kojoj mjeri rezultati do tada prikupljenih informacija primjenom posebnih istražnih radnji biti poznati sudiji za prethodni postupak. Dakle, proizilazi da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u Zakonu prema kojima bi mogao da razmotri prijedlog tužioca o produženju posebnih istražnih radnji i, u skladu s tim, da odbije prijedlog, odnosno da ga usvoji i da odredi produženje. Zbog toga, da li će obrazloženje tužioca kojim predlaže pro-



duženje posebnih istražnih radnji biti dovoljno u smislu „posebno važnih razloga” zavisi isključivo od diskrecione ocjene sudije za prethodni postupak. U vezi s tim, Ustavni sud Bosne i Hercegovine naglašava da bi, prema standardima Evropskog suda, budući da se radi o tajnim mjerama koje nisu podložne preispitivanju lica na koja se one odnose ili šire javnosti, bilo suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlašćenja, tako da Zakon mora dovoljno jasno da propisuje obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jamči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine smatra da zakonodavac prilikom propisivanja trajanja posebnih istražnih radnji nije vodio računa o srazmjeru između ograničavanja ljudskih prava i težine krivičnih djela, odnosno pitanje trajanja posebnih istražnih radnji nije uskladio s prirodom pojedinih krivičnih djela na koja produžavanje objektivno ne treba da se odnosi.

Stoga je u izmijenjenom članu predviđeno da se istražne radnje iz člana 116 stav 2 određuju naredbom sudije za prethodni postupak, koju donosi na obrazložen prijedlog tužioca. Posebne istražne radnje mogu da traju do mjesec dana, a ako one daju rezultate i ako postoji razlog da se nastavi njihovo provođenje, na obrazložen prijedlog tužioca mogu da se produže još za mjesec dana s tim da mjere iz tač. od a) do c) mogu da traju ukupno najduže šest mjeseci, a za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora više od pet godina ili teža kazna najduže četiri mjeseca za ostala krivična djela.

Izuzetno, za krivična djela organizovani kriminal i krivična djela terorizma istražne radnje, ako one daju rezultate i ako postoji razlog da se nastave, mogu da se produže još za tri mjeseca, što ukupno iznosi devet mjeseci. Naredbe sudije za prethodni postupak s prijedlogom tužioca čuvaju se u posebnom omotu.

Da li će usvojene izmjene Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ukloniti uočene nedostatke ranijih zakonodavnih rješenja pokazaće praksa i vrijeme. Mišljenje struke imaćemo priliku da čujemo i danas i vjerujem da će sa ovog skupa biti upućena važna poruka na koji način koristiti posebne istražne radnje s ciljem obezbjeđenja legitimnih dokaza u krivičnom postupku.

Za kraj, podsjetiću da je opredjeljenje Bosne i Hercegovine da se putem usklađivanja zakona i drugim aktivnostima što više približimo a potom i uđemo u Evropsku uniju kao punopravna članica. Naš zajednički cilj jeste da imamo pravosuđe koje može da odgovori na kriterijume Evropske unije i koje će u potpunosti biti usklađeno sa evropskim standardima. Stoga, svaka izmjena zakonskog okvira koja će pravosuđe Bosne i Hercegovine približiti zajednici evropskih zemalja je za pohvalu. Vjerujem da će zakonodavna vlast uvidjeti važnost usklađivanja zakona sa Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i sloboda.



Vjerujem da će sudije i tužioci posvetiti dužnu pažnju posebnim istražnim radnjama, kao jednom od alata za otkrivanje kriminaliteta, te da njihovom primjenom neće doći do povrede prava na neuplitanje u privatni i porodični život građana zagarantovanog Ustavom.



Milan Tegeltija
 President of the High Judicial and Prosecutorial Council of
 Bosnia and Herzegovina

KEYNOTE ADDRESS

Dear ladies and gentlemen,

I am looking forward to the opportunity to hearing from eminent experts about the challenges the judiciary of Bosnia and Herzegovina faces because of the use of special investigative measures to determine criminal liability for the gravest offences and the opportunity to contribute to the clarification of the dilemmas on that issue in the judicial community in our Conference conclusions. I congratulate the organiser on the selected topic and organisation of the Conference.

The use of special investigative measures is very important, because they are a powerful tool for proving crime, especially organised crime. Their excessive use, however, may be exceptionally detrimental to the stability of the legal system.

The Bosnia and Herzegovina legislative bodies have been following modern-day trends and attempted to identify mechanisms to successfully counter the gravest forms of crime and they promptly included special investigative measures in criminal procedural law. When special investigative measures were introduced in the Criminal Procedural Codes in 2003, the grounds for their use included, inter alia, reasonable suspicion that crimes warranting minimum three years' imprisonment under the Criminal Codes had been committed. Practice, however, showed that such a formulation precluded the use of special investigative measures to shed light on a number of crimes, such as, e.g. most corruption offences, where it was nearly impossible or extremely difficult to obtain evidence by the use of "ordinary" investigative measures. The legislative activities that ensued led to the amendment of criminal procedure law in Bosnia and Herzegovina, to allow the use of special investigative measures during the investigation of crimes warranting three or more years of imprisonment. This resulted in an increase in the number of crimes in relation to which special investigative measures could be applied.

In its Partial Decision on the admissibility and merits of case No. U 5/16, which we will have the opportunity to hear more about during the Conference, the BiH



Constitutional Court found, inter alia, that Article 117 (1(d)) and Article 118(3) of the BiH Criminal Procedure Code, concerning crimes regarding which special investigative measures may be applied and the duration of such measures, were not in compliance with the Constitution of Bosnia and Herzegovina. In its Decision, the BiH Constitutional Court instructed the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina to bring these provisions into compliance with the Constitution within six months and notify it of the measures taken to execute its Decision.

Unfortunately, the legislative authorities failed to promptly act as instructed in the BiH Constitutional Court Decision and the amendment of the relevant provisions of the BiH Criminal Procedure Code remained pending for months. The legal vacuum that would be created by the non-adoption of the requisite amendments to the BiH Criminal Procedural Code would have disastrous effects on the judiciary. National security and international cooperation would have been jeopardised and negative messages would have been sent at the moment the European Union was preparing its opinion on Bosnia and Herzegovina's application for EU membership. The expert community recognised the problem and our colleagues in the EU expressed their concern about the non-alignment of our case-law with the standards of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as was clearly emphasised during the meetings we had with European Commission officials about the recommendations of the European Commission's expert commission on corruption and organised crime.

The House of Peoples of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina took the first step to execute the BiH Constitutional Court Decision in September 2018, when it upheld the Draft Act Amending the BiH Criminal Procedure Code in September 2018. At an urgent session and under an urgent procedure, the House of Representatives of the Parliamentary Assembly of Bosnia and Herzegovina upheld the motion of the House of Representatives to review the Draft Act Amending the BiH Criminal Procedure Code and thereafter adopted it.

I will say just a few words about the BiH Constitutional Court's Decision and the proposed amendments to the Code.

As per Article 117 of the BiH Criminal Procedure Code, the BiH Constitutional Court noted that the State's application of special investigative measures amounted to an interference in the exercise of individual rights under Article 8 of the European Convention on Human Rights. In the meaning of paragraph 2 of that Article, such interference is justified only if it is conducted "in accordance with the law", if it pursues one or more legitimate aims enumerated in paragraph 2, and is "necessary in a democratic society" to achieve the aim(s). Furthermore, within the meaning of Article 8(2), the expression "in accordance with the law" requires firstly that the impugned



measure should have some basis in domestic law; it also refers to the quality of the law in question, requiring that it should be accessible to the person concerned, who must moreover be able to foresee its consequences for him, and compatible with the rule of law.

The BiH Constitutional Court also noted that, under the case-law of the European Court of Human Rights, tapping and other forms of interception of telephone conversations represent a serious interference with private life and correspondence and must accordingly be based on a “law” that is particularly precise. The EctHR also noted that it was essential to have clear, detailed rules on the subject, especially as the technology available for use was continually becoming more sophisticated. First of all, the law must define the categories of people liable to surveillance measures by a court order and the nature of the offences, which may give rise to such an order. Furthermore, the Constitutional Court recalled that an interference will be considered “necessary in a democratic society” for a legitimate aim if it answers a “pressing social need” and, in particular, if it is proportionate to the legitimate aim pursued.

Having perused the BiH Criminal Code, the BiH Constitutional Court noted that the legislator had laid down three years’ imprisonment for a large number of offences, which provided for the possibility of ordering special investigative measures for all of them, wherefore special investigative measures could be ordered with respect to a number of crimes that did not have the features of grave criminal offences.

The Constitutional Court emphasised that the law should lay down that special investigative measures may be applied only when the aim cannot be achieved otherwise, given that they restrict the rights under Article 8 of the ECHR. By allowing the ordering of special investigative measures for many offences incriminated by law, including those that do not have the features of grave crimes, the legislator failed to ensure that interference in the right enshrined in Article 8 of the ECHR was proportionate to the degree necessary to preserve democratic institutions, i.e. failed to ensure the balance between the extent of interference with the right to privacy and the legitimate aim to be achieved by the application of such a special measure.

The proposed amendment to Article 117 of the BiH Criminal Procedure Code incorporates the offences in the law now in effect: crimes against BiH’s integrity, humanity and values protected under international law, terrorism, etc. The amendment of this Article particularly regards the catalogue of crimes, which are identical with the one in Article 84 of the proposed amendments. The increase in the penalty of imprisonment from three to five years ensures that this provision applies to offences with features of grave crimes.

As per Article 118 of the BiH Criminal Code, pursuant to the valid CPC, investigative measures may be applied for a maximum of one month and their application may be



extended for one more month “on account of particularly important reasons” and upon the reasoned motion of the prosecutor; measures referred to Article 116 (1), items a) and c) may not be applied longer than six months altogether. The BiH Constitutional Court emphasised that such a long period could not be deemed proportionate given the nature and need to restrict constitutional rights. The “particularly important reasons” part of the provision violates the principle of the rule of law and the right to a fair trial because these reasons are not clear or transparent and they allow the body conducting the proceedings to act arbitrarily. Furthermore, the BiH Constitutional Court underlined that the impugned provision did not draw the requisite distinction between those offences and offences that did not have such features, which the extension of deadlines should not apply to.

The Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina said that domestic law had to be sufficiently clearly formulated to indicate to individuals in which circumstances and conditions public authorities were entitled to resort to such measures. It said that the ECtHR had also stressed the need to have safeguards in that respect. Specifically, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive – or to a judge – to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference

After its analysis of the relevant provisions of the Criminal Procedure Code in the light of the above ECtHR case-law, the BiH Constitutional Court held that the legislator’s decision to limit the application of special investigative measures to a maximum of one month indisputably took into account the restrictions of the right under Article 8 of the ECHR, i.e. that the duration of special investigative measures must be kept to a minimum. However, the impugned provisions lay down that the application of special investigative measures may be extended two times or another five more times, each time for a month, on account of particularly important reasons. In that regard, the BiH Constitutional Court first of all noted that the legislator used the expression “particularly important reasons” as the condition to extend the application of special investigative measures, which it qualified as a vague expression that did not appear anywhere else in the Code. Namely, the provision does not indicate what these particularly important reasons are, i.e. whether they regard the inability to continue collecting evidence because special investigative measures are not yielding the expected results, or whether they regard the very nature of the crime and circumstances in which it was committed, or, for that matter, whether or not the results of the information collected by use of special investigative measures must be



made known to the preliminary proceedings judge and to what extent. Therefore, it transpires that the Code does not provide the preliminary proceedings judge with precise criteria against which s/he can review the prosecutor's motion to extend the application of special investigative measures and, accordingly, dismiss the motion or uphold it and order the extension. Thus, whether or not the reasoning provided by the prosecutor seeking the extension of special investigative measures suffices in the meaning of "particularly important reasons" depends exclusively on the discretionary assessment of the preliminary proceedings judge. In that respect, the BiH Constitutional Court underlined that, according to ECtHR's standards, since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive – or to a judge – to be expressed in terms of an unfettered power, wherefore the Code must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference.

The BiH Constitutional Court held that when laying down the duration of special investigative measures, the legislator had not taken into account the proportionality of the human rights restrictions and the gravity of the crimes, i.e. did not conform the duration of special investigative measures to the character of individual criminal offences the extension should objectively not apply to.

This is why the amendment to the Article lays down that the investigative measures referred to in Article 116(2) shall be specified in the order of the preliminary proceedings judge issued upon the reasoned motion of the prosecutor. Special investigative measures may be applied for a maximum of one month; in the event they are yielding results and there are reasons to continue implementing them, the judge may extend their application for another month upon the reasoned motion of the prosecutor; however, the measures referred to in items a)-c) may be applied for a maximum of six months with respect to crimes warranting five or more years' imprisonment, whereas the measures may be applied for a maximum of four months with respect to other crimes.

Exceptionally, the application of special investigative measures may be extended another three months in case of organised crime and terrorism offences in the event they are yielding results and there is a reason to extend them, i.e. to a total of nine months. The preliminary proceedings judge's orders and prosecutorial motions are to be kept in a separate case file.

Case-law and time will show whether the adopted amendments to the BiH Criminal Procedure Code will eliminate the shortcomings of the impugned provisions.



We will have the opportunity to hear the experts' views today and I believe that the participants in this event will send an important message on how to apply special investigative measures in order to collect legitimate evidence in criminal proceedings.

Finally, I would like to recall that Bosnia and Herzegovina is committed to aligning its laws and implementing other activities in order to make maximum headway in its accession efforts and subsequently join the European Union as a fully-fledged member. Our common goal is to have a judiciary capable of meeting EU criteria and fully in line with European standards. Therefore, every amendment of the legislative framework that will bring the Bosnia and Herzegovina judiciary closer to the community of European nations is to be commended. I believe that the legislative authorities will realise the importance of aligning the law with the European Convention on Human Rights.

I believe that judges and prosecutors will pay due attention to special investigative measures, as one of the tools for identifying crime and that their application will not result in a violation of the right to non-interference in the citizens' private and family life enshrined in the Constitution.



Aleš Zalar

Viši konsultant DCAF-a¹, bivši ministar pravde Slovenije

STRUČNO MIŠLJENJE O ODABRANOJ PROBLEMATICI SUDSKOG OVLAŠTENJA ZA PRIMJENU INTRUZIVNIH METODA PRIKUPLJANJA PODATAKA (IMIC) S CILJEM ZAŠTITE NACIONALNE SIGURNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt: U ovom Stručnom mišljenju je razmotrena problematika sudskog ovlaštenja za primjenu IMIC-a kada je u pitanju nacionalna sigurnost BiH i utvrđeni su najznačajniji izazovi s kojima se suočava zakonodavac i Sud BiH koji donosi odluke u konkretnim predmetima. Takva analiza nužna je zbog Odluke Ustavnog suda BiH broj U 21/16 od 1. srpnja 2017. godine, kojom se stavci 3., 4. i 5. članka 78. Zakona o Obavještajno-sigurnosnoj agenciji proglašavaju neustavnim i protivnim članku 8. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Predmet analize su utvrđeni problemi koji se odnose na: opseg nacionalne sigurnosti, maksimalno trajanje IMIC-a, produljenje trajanja IMIC-a, obvezne elemente zahtjeva za sudski nalog i sudskog naloga, proceduralnu nadležnost Suda BiH i žurna ovlaštenja u slučaju žurnosti. Dati su predlozi o načinima rešavanja tih problema.

Temeljne informacije

Kako je utvrdio Europski sud za ljudska prava (ECHR), ograničavanje ljudskih prava, kao što je pravo na privatnost, legitimno je s ciljem zaštite nacionalne sigurnosti, s tim što ta ograničenja, između ostalog, moraju zadovoljiti test proporcionalnosti. Zato je u većini europskih zemalja, uključujući i Bosnu i Hercegovinu (BiH), potrebno da prije primjene metoda prikupljanja podataka, koje se smatraju naročito intruzivnim u pogledu prava na privatnost, obavještajne i sigurnosne službe pribave sudski nalog. Kako se navodi u izvješću Venecijanskog povjerenstva o demokratskom nadzoru

1 Ženevski centar za demokratsku kontrolu oružanih snaga.



sigurnosnih službi, postojanjem uvjeta za pribavljanje sudskog ovlaštenja sigurnosni problemi podređeni su zakonu, čime se institucionalizira poštovanje zakona. Suci se smatraju više neovisnim, nepristranim, te je manje vjerovatno da će ih pokolebati politička stajališta oko sigurnosnih službi. Također se smatra da su suci podobniji za procjenu zakonskih kriterija i principa poput nužnosti i proporcionalnosti, a koji su najznačajniji kod razmatranja ograničenja ljudskih prava.

Zakonodavstva o primjeni intruzivnih metoda prikupljanja podataka (*Intrusive Methods of Information Collection - IMIC*) s ciljem otklanjanja opasnosti po nacionalnu sigurnost i borbe protiv teškog kriminala i terorizma razlikuju se od zemlje do zemlje, te ih, iz više razloga, karakteriziraju nejasnoće ili pravne praznine. Prvo, nacionalna sigurnost je pitanje državnog suvereniteta – o načinu definiranja prijetnji po nacionalnu sigurnost odlučuju parlamenti prema vlastitoj ocjeni. Europska unija ne posjeduje nadležnost za usvajanje zakona u oblasti nacionalne sigurnosti, a Europski sud za ljudska prava nije nadležan u predmetima koji se tiču IMIC-a i koji se vode pred državnim organima radi zaštite unutarnje sigurnosti članica EU. Drugo, povreda privatnosti u kontekstu sve prisutnije uporabe digitalnih tehnologija sve je složenija i neprekidno se razvija – zakonodavci ne mogu držati korak s tehnološkim promjenama digitalnog doba. Nacionalni propisi i propisi EU nalaze se u procesu reformi čiji je cilj odrediti granice za uporabu IMIC-a i propisati konkretniji nadzor. Sudska praksa ECHR u ovoj oblasti se razvija i postaje glavna smjernica za određivanje pravog balansa između imperativa nacionalne sigurnosti i poštovanja ljudskih prava u nacionalnim regulatornim okvirima i praksi.

Zakonski okvir za korištenje IMIC-a u Bosni i Hercegovini, a naročito o ulozi sudova u ovlaštenjima IMIC-a, osporen je dvjema odlukama koje je nedavno usvojio Ustavni sud, a kojima se više članaka Zakona o obavještajno-sigurnosnoj agenciji i Zakona o kaznenom postupku proglašavaju neustavnim.

Ovo stručno mišljenje sačinio je Aleš Zalar, konsultant u DCAF, i razmatra šire implikacije koje te odluke imaju za pravosuđe Bosne i Hercegovine.

Uvod

Postoji više razloga zašto se svaki sud države koja je uređena vladavinom prava nalazi u vrlo teškoj poziciji pri izvršavanju prethodnih i naknadnih sudskih ovlaštenja za uporabu intruzivnih metoda prikupljanja podataka (IMIC) u predmetima koji se tiču nacionalne sigurnosti:

- diskrecijska ovlaštenja vlada za ograničavanje ljudskih prava u stvarima koje se tiču nacionalne sigurnosti



- problemi u odlučivanju da je vršenje ovlaštenja izašlo izvan okvira nacionalne sigurnosti
- nepostojanje proceduralnih nadležnosti (npr. kod zatvorene rasprave i pregleda materijala)
- stajališta da elementi politike prevladavaju u odnosu na pravosudne elemente
- tajnost operacija
- nemogućnost pristupa svim relevantnim informacijama (sigurnost dosjea)
- otkrivanje tajne uzrokuje navodne nemjerljive štete
- teškoće u razlikovanju između obavještajnih i kontraobavještajnih aktivnosti (npr. industrijska špijunaža)
- zabrinutost da neki sudski nalog predstavlja tek odobrenje za traženje informacija naslijepo (engl. *fishing expedition*)
- problem kolateralne štete (sporedni sudionici u komunikaciji)
- preklapanje nacionalne sigurnosti sa sprečavanjem kriminala

Pri ispitivanju problema nacionalne sigurnosti sudovi se trebaju voditi sljedećim općim principima:

- pretpostavka u korist pojedinačnih prava
- tvrdnje vlade (agencije za nacionalnu sigurnost) o povredi nacionalne sigurnosti potrebno je promatrati s razumnom mjerom opreza
- teret dokazivanja je na državi (agenciji za nacionalnu sigurnost)
- mora se prikazati izravna, neposredna, ozbiljna i konkretna šteta po nacionalnu sigurnost
- ograničenje koje zahtijeva vlada mora biti što uže kako bi se postigao cilj
- kada je to moguće, potrebno je da sudovi formuliraju i primjenjuju čvrsta i dosljedna pravila, a ne neprecizni test ravnoteže

Ovim mišljenjem razmotrena je problematika sudskog ovlaštenja za primjenu IMIC-a kada je u pitanju nacionalna sigurnost BiH i utvrđeni najznačajniji izazovi s kojima se suočava zakonodavac i Sud BiH koji donosi odluke u konkretnim predmetima. Takva analiza nužna je zbog Odluke Ustavnog suda BiH broj U 21/16 od 1. srpnja 2017. godine, kojom se stavci 3., 4. i 5. članka 78. Zakona o Obavještajno-sigurnosnoj agenciji (u daljnjem tekstu: Zakon o OSA-i) proglašavaju neustavnim i protivnim članku 8. Europske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama. Prema ovoj odluci Ustavnog suda, potrebno je da Parlament BiH shodno tome izmijeni Zakon o OSA-i, a Sud BiH prilikom ovlaštenja za primjenu IMIC-a za namjene



nacionalne sigurnosti treba primijeniti principe i standarde koji su utvrđeni odlukom Ustavnog suda i na koje se ona poziva.

Za svaki problem navedene su preporuke za njegovo rješavanje, imajući u vidu relevantnu sudsku praksu Europskog suda za ljudska prava i primjere najboljih praksi.

Problem 1 – opseg nacionalne sigurnosti

Pojam „nacionalna sigurnost” definiran je člankom 5. stavak 2. Zakona o OSA-i (iz 2004. godine). Ta definicija predstavlja *legitimni cilj* – jedan od uvjeta za odobravanje IMIC-a kojim se ograničavaju ljudska prava, u skladu sa člancima 8., 9. i 10. ECHR. Šira definicija „prijetnji” po nacionalnu sigurnost koja se navodi u ovom članku obuhvaća prijetnje suverenitetu, teritorijalnom integritetu, ustavnom poretku, osnovama ekonomske stabilnosti BiH, kao i prijetnje po globalnu sigurnost koje su štetne za Bosnu i Hercegovinu (koje su dalje detaljnije objašnjene u ovom članku).

Sud BiH (u daljnjem tekstu: Sud) mora ispitati svaki prijedlog za IMIC, te je li on podnesen u legitimne svrhe definirane kao prijetnja nacionalnoj sigurnosti. Ovim zakonom Sud nije ovlašten izdati nalog za IMIC s ciljem ostvarenja ciljeva državne domaće i vanjske politike, osim ukoliko se podudaraju s prethodno navedenim prijetnjama.

U Zakonu o OSA-i napravljena je razlika između prijetnji po sigurnost unutar i izvan zemlje. Na primjer, prijetnjom nacionalnoj sigurnosti smatraju se i (domaći) terorizam i međunarodni terorizam ili subverzija. Važno je da OSA i Sud imaju mogućnost razlikovanja između subverzije i, na primjer izvanparlamentarne političke aktivnosti, ili prepoznavanja tenzija između vladajuće stranke i političkih oponenta koje bi mogle uzrokovati zlouporabu nacionalne sigurnosti u nelegitimne svrhe. Prijetnje moraju biti upućene državi, a ne vladajućoj eliti. Sud uvijek mora pažljivo procijeniti potpada li vršenje izvršnih ovlaštenja OSA-e pod okvire nacionalne sigurnosti ili izvan njih.

Poseban izazov s kojim se Sud suočava predstavlja način rješavanja pitanja očitog preklapanja funkcija OSA-e i agencija za provedbu zakona (policija, tužiteljstvo), a u svezi s organiziranim kriminalnom i trgovinom drogama, oružjem i ljudima usmjerenim protiv BiH ili štetnih po sigurnost BiH (članak 5. stavak 2. točke d) i e) Zakona o OSA-i). S obzirom na to da je, kada je pitanju nacionalna sigurnost, svrha IMIC-a prikupljanje podataka a ne dokaza, Sud može:

- (1) tražiti od OSA-e informacije vezane za prethodne zahtjeve protiv određene osobe u skladu sa člankom 77. stavak 3. točka 7. Zakona o OSA-i, koje je uputila OSA ili na zahtjev OSA-e, ali i agencije za provedbu zakona u svrhu javne sigurnosti (kazneni postupak);



- (2) tražiti od OSA-e obrazloženje razloga zbog kojih se smatra da će prikupljeni obavještajni podaci biti od ključne važnosti za određenu operaciju, te zašto upućivanje prikupljenih podataka nekoj od agencija za provedbu zakona (policija, tužiteljstvo) još uvijek nije prihvatljivo ili izvodivo;
- (3) voditi računa o pravnom statusu podataka prikupljenih putem IMIC-a i mogućnosti naknadne provedbe kaznenog postupka.

Zakonom o OSA-i (članak 90.) previđeno je da je OSA, kada postoje osnovne sumnje da je određena osoba počinila ili čini neko kazneno djelo ili da priprema ili organizira kazneno djelo koje podliježe kaznenom gonjenju po službenoj dužnosti, o tome dužna obavijestiti relevantne istražne organe i nadležnog javnog tužitelja. Ukoliko kaznena istraga ukazuje na sumnju na kaznena djela protiv nacionalne sigurnosti, direktor OSA-e treba imati pravo zahtijevati privremenu obustavu mjera u pretkaznenom postupku, kada je to u interesu nacionalne sigurnosti. Na taj način se preklapanje odluka Suda i drugih sudova opće nadležnosti u kaznenim stvarima vezanim za IMIC može svesti na minimum.

Problem 2 – maksimalno trajanje IMIC-a

Prema odluci Ustavnog suda, potrebno je da se zakonom utvrdi maksimalan rok trajanja IMIC-a. Zakonodavac treba, između ostalog, voditi računa o činjenici da su člankom 78. stavak 1. Zakona o OSA-i regulirana tri različita IMIC-a: (1) praćenje na mjestima koja nemaju javni karakter, (2) prisluškivanje telekomunikacija i (3) tajni pretres imovine. Ove mjere imaju različitu razinu intruzivnosti, te zakonodavac mora primijeniti princip proporcionalnosti i pronaći balans u pogledu dopuštenog maksimalnog trajanja za svaku od ovih mjera zasebno.

Priroda pretresa imovine sama po sebi zahtijeva najkraće trajanje, dok je za prisluškivanje telekomunikacija očito potrebno i opravdano trajanje mjereno u tjednima ili mjesecima, ali, poželjno, ne i godinama. Zakon ne treba sprječavati samo zlouporabu IMIC-a, nego i njihovu masovnu prekomjernu primjenu.

Iz sudske prakse ECHR nije moguće izvući pouzdan zaključak o odgovarajućem maksimalnom trajanju IMIC-a u stvarima koje se tiču nacionalne sigurnosti, tako da svaka država pri uređenju ovog pitanja raspolaže širokim diskrecijskim prostorom. Neke od država članica Vijeća Europe uopće nemaju propisano maksimalno trajanje IMIC-a (npr. Austrija), dok druge imaju striktan rok utvrđen zakonom (npr. 24 mjeseca u Sloveniji).

Na temelju internog istraživanja koje provodi OSA potrebno je utvrditi bi li maksimalno trajanje prisluškivanja telekomunikacija u BiH trebalo iznositi 12 mjeseci



ili nešto dulje. Ovdje je potrebno napomenuti da je, osim ukoliko Parlament na vrijeme ne usvoji odgovarajuće izmjene zakona ili Ustavni sud ne donese odluku o produljenju roka za usklađivanje Zakona o OSA-i, malo vjerojatno da će bilo kakav zahtjev za IMIC koji izda direktor OSA-e proći test legalnosti. Prema utvrđenoj sudskoj praksi ECHR, zahtjev prema kojem svako miješanje mora biti „u skladu sa zakonom” bit će ispunjen samo ukoliko su ispunjena tri sljedeća uvjeta: (1) sporna mjera mora imati određenu utemeljenost u domaćem zakonu, a zakon mora ispuniti uvjete kvalitete, (2) mora biti dostupan osobi na koju se odnosi i (3) mora biti predvidljiv u pogledu svojih učinaka (za više detalja vidjeti: Nacionalna sigurnost i europska sudska praksa, CoE/ECHR 2013, str. 7-10.).

Problem 3 – produljenje trajanja IMIC-a

Ustavni sud je donio odluku da Zakon o OSA-i nije dovoljno precizan i da stoga ne ispunjava kriterije dovoljne predvidljivosti jer je produljenje trajanja IMIC-a dopušteno u opravdanim slučajevima i kada sudac smatra da je takva mjera i dalje potrebna.

Parlament BiH treba izmijeniti Zakon o OSA-i (članak 78.) dodavanjem ili detaljnijim obrazlaganjem više odredbi:

- A) utvrđivanjem je li produljenje dopušteno samo jednom ili više puta do određenog roka (vidjeti predmet ECHR *Szabo i Vissy protiv Mađarske* od 12. siječnja 2016. godine). Sud uvijek može iskoristiti diskrecijsko pravo na način da će odbaciti zahtjev za produljenje ili odobriti produljenje sudskog naloga na kraće razdoblje od onog koji zahtijeva direktor OSA-e, kada to zahtijevaju okolnosti predmeta;
- B) utvrđivanjem kriterija za moguće produljenje sudskih ovlaštenja za primjenu IMIC-a, na primjer:
 - 1. postojanje opravdane mogućnosti za dodatno pribavljanje relevantnih obavještajnih podataka, pod uvjetom da je IMIC isključivo potreban za zaštitu demokratskih institucija i pribavljanje nužnih obavještajnih podataka;
 - 2. opravdani razlozi koji su spriječili prikupljanje ciljanih obavještajnih podataka u proteklom razdoblju trajanja IMIC-a i opravdani izgledi za pribavljanje ciljanih obavještajnih podataka u duljem razdoblju primjene IMIC-a, pod uvjetom da je IMIC isključivo potreban u svrhu zaštite demokratskih institucija i pribavljanje nužnih obavještajnih podataka;
- C) uvođenjem obveze za direktora OSA-e da podnosi pisano izvješće o prikupljenim podacima i pisani zahtjev s obrazloženjem za produljenje IMIC-a. Vrlo je važno da, bez obzira na tajnost i osjetljivost predmeta, Sud uvijek ima pristup



svim izravnim ishodima koji proizlaze iz IMIC-a za koje je taj sud dao ovlaštenja. Dakle, Sud ništa ne smije spriječiti da od OSA-e traži dostavu pisanih izvješća o podacima prikupljenim odobrenim i primijenjenim IMIC-om. Sud treba uspostaviti praksu da osim obveznih elemenata sudskog naloga propisanih člankom 78. stavak 1., ovlaštenje naloga podrazumijeva obvezu OSA-e da podnese pisano izvješće o njegovoj provedbi, te rok za dostavu izvješća. Važeći članak 78. stavak 2. potrebno je smatrati pravnom osnovom za takvu nametnutu obvezu OSA-e, s obzirom na to da propisuje da „kada to smatra odgovarajućim, sudac može propisati određene uvjete za izvršavanje naloga”. Ukoliko OSA ne dostavi izvješće o provedbi IMIC-a, Sud treba odbaciti svako traženo produljenje IMIC-a.

Pored izvješća OSA-e o obavještajnim podacima prikupljenim putem odobrenih i primijenjenih IMIC-a, Sud, po potrebi, može zahtijevati privremeni pristup transkriptima prisluškivanih telekomunikacija. Sudac može izvršiti uvid u transkripte u prostorijama Suda i potom ih vratiti OSA-i ili ih može dobiti na uvid tijekom „zatvorenog” pregleda materijala u prostorijama OSA-e. Uvid u materijale koji vrši sudac manje je pouzdan, s obzirom na to da je na licu mjesta teško provjeriti broj i duljinu originalnih snimaka.

Ipak, s obzirom na to da je Ustavni sud izričito zahtijevao da se zakonom utvrdi obveza OSA-e da podnosi izvješće o provedbi IMIC-a koju je naložio sud, bilo bi poželjno i od Parlamenta BiH se očekuje da će, shodno tome, ovaj zakon svakako biti izmijenjen.

Problem 4 – obvezni elementi zahtjeva za sudski nalog i sudskog naloga

Očito da svaki zahtjev za izdavanje sudskog naloga za IMIC i produljenje trajanja IMIC-a Sud može odobriti tek nakon dostave obrazloženog pisanog zahtjeva direktora OSA-e, a obvezni elementi takvog zahtjeva trebaju biti isti kao i u slučaju sudskog naloga. Zakon mora biti jasan u pogledu ovog pitanja. Zato je potrebno izmijeniti članak 77. stavak 3. i članak 78. stavak 1. Zakona o OSA-i na način kojim se precizira da zahtjev i sudski nalog za IMIC trebaju sadržavati iste elemente. Na primjer: predloženo trajanje IMIC-a mora biti navedeno već u zahtjevu za izdavanje sudskog naloga (što sada nije slučaj), dok je u sudskom nalogu potrebno obrazložiti zašto Sud smatra da ciljane obavještajne podatke nije moguće prikupiti na drugačiji način, ili bi se na bilo koji drugi način ugrozilo zdravlje i životi ljudi (važeći zakon ne propisuje ovaj element).

Pored toga, zakon bi mogao zahtijevati da „prijetnja nacionalnoj sigurnosti” treba imati opravdanu činjeničnu osnovu (vidjeti presudu ECHR u predmetu *Janowiec i ostali*



protiv Rusije od 21. listopada 2013. godine). Bez posjedovanja dovoljnih činjeničnih informacija, Sud nije u mogućnosti postići balans između interesa za nacionalnu sigurnost i ozbiljnosti ometanja pojedinačnih ljudskih prava, a što predstavlja ključni izazov za Sud. Iz tog razloga, prije donošenja odluke o zahtjevu za izdavanje sudskog naloga, Sud može tražiti dodatne informacije ili obrazloženje od OSA-e (u nastavku više detalja pod Problem 5 - proceduralna nadležnost Suda).

Standardi koje je ECHR razvio u svojoj sudskoj praksi zahtijevaju da zahtjev za sudski nalog i sudski nalog sadrže sljedeće elemente, a ti elementi bi omogućili bolju primjenu principa koji uređuju proces odlučivanja o IMIC-u: legitimnost, ustavnost, zakonitost, nužnost, supsidijarnost, razmjernost, opravdanost, vjerojatnost:

- određivanje ciljeva
- vrsta nadzora
- određivanje sredstava komunikacije
- opseg nadzora
- trajanje
- ciljevi (prikupljanje podataka ili dokaza)
- obavještavanje (kada je propisano)
- izvor podataka
- procjena relevantnosti, opravdanosti, logičnosti i vjerojatnoće primjene
- balans između suprotstavljenih pitanja nacionalne sigurnosti i ljudskih prava
- pitanja provedbe
- nadzor tijekom i nakon provedbe sudskog naloga
- prikupljanje i pohranjivanje podataka
- pristup tajnim/povjerljivim podacima

Problem 5 – proceduralna nadležnost Suda

Prije donošenja odluke o zahtjevu za sudski nalog, Sud od OSA-e može tražiti dodatne podatke, pojašnjenja ili obrazloženja. Ti podaci bi se Sudu mogli dostaviti u pisanom obliku ili usmeno na „zatvorenoj” raspravi. Zatvorena rasprava adekvatna je u slučaju kada, npr. obavještajna agencija želi zaštititi izvore informacija, kao što je razmjena obavještajnih podataka s partnerskim institucijama u inozemstvu, a sudac treba ocijeniti je li izvor informacija u dovoljnoj mjeri pouzdan, ili kada obavještajna agencija ima utemeljene razloge da u svom pisanom zahtjevu za sudski nalog ne otkriva određene informacije ili dokumente.



Kako Sud nema pristup obavještajnim dosjeima OSA-e, sudac može, po potrebi, tražiti pregled i čitanje relevantnog dokumenta u okviru „zatvorenog pregleda materijala”. Takvu zatvorenu raspravu ili pregled materijala nije potrebno evidentirati – u zapisniku se samo navodi kada je održano i tko je prisustvovao, broj predmeta, trajanje rasprave i potpisi prisutnih.

Dakle, potrebno je unaprijediti proceduralnu nadležnost Suda, i to, poželjno, putem zakona (uvesti diskrecijsko ovlaštenje suca da zakaže „zatvorenu” raspravu ili pregled materijala), ali je u određenoj mjeri moguće unaprijediti uspostavom nove sudske prakse (sudskim zahtjevima za dopunske podatke koje OSA dostavlja ili stavlja na raspolaganje).

Problem 6 – žurna ovlaštenja u slučaju žurnosti

Ustavni sud je utvrdio neustavnim odredbe Zakona o OSA-i (članak 78. st. 4. i 5.) u svezi s ovlaštenjem direktora OSA-e za primjenu IMIC-a, nakon prethodnog odobrenja predsjedatelja Vijeća ministara i nakon naknadne odluke predsjednika Suda, kada je vjerojatno da predsjednik Suda nije mogao donijeti odluku o zahtijevanom IMIC-u u roku od 48 sati.

Radi osiguranja usklađenosti s odlukom Ustavnog suda zakonodavac treba riješiti više problema.

Prije svega, potrebno je utvrditi postoji li uopće praktična potreba za posebnim režimom u slučaju žurnih situacija. OSA najbolje zna jesu li i koliko puta posljednjih godina primjenjivane ove odredbe zakona. Bilo bi preporučljivo razmotriti je li takav izvanredni režim moguće jednostavno ukinuti.

Drugo, svaki sud je najčešće u mogućnosti organizirati svoj rad na način da je s dežurnim sucem moguće stupiti u kontakt na određenom mjestu ili putem mobilnog telefona i da on može svoje sudačke poslove obavljati 24 sata na dan. Dakle, problem brzog reagiranja u stvarima nacionalne sigurnosti više je vezan za dobru organizaciju komunikacije između OSA-e i Suda. Ukoliko postoji potreba za umanjnjem rizika po nacionalnu sigurnost zbog žurnosti, vrijedi razmotriti može li direktor OSA-e biti ovlašten za izdavanje naloga za IMIC kada postoji velika vjerojatnoća da Sud nije u mogućnosti donijeti odluku u roku od 48 sati s pisanim sudskim nalogom, a da umjesto odobrenja predsjedatelja Vijeća ministara direktor traži prethodno usmeno privremeno odobrenje predsjednika Suda ili suca kojem je ta dužnost dodijeljena. Takav sustav podrazumijeva takozvanog vikend ili dežurnog suca koji mora biti dostupan za kontakt s direktorom OSA-e putem telefona ili e-maila. Na primjer, zakon bi mogao predvidjeti obvezu direktora OSA-e da podnese pisani zahtjev za IMIC u roku od 48 sati nakon davanja usmenog odobrenja, a



da Sud treba odlučiti hoće li obustaviti dano usmeno odobrenje ili dopustiti daljnju provedbu IMIC-a bez odgode.

Treće, postoji mogućnost formiranja specijaliziranog tijela za davanje ovlaštenja za IMIC (to bi mogao biti ombudsman, tribunal ili povjerenstvo eksperata). To tijelo treba biti neovisno o izvršnoj vlasti (u što većoj mogućoj mjeri). Potrebno je utvrditi proces i kriterije za odabir kandidata, kao i organ za imenovanje, financijsku neovisnost, odgovornost, podnošenje izvješća i ostale elemente pomoću kojih se, u skladu sa sudskom praksom ECHR, mora osigurati neovisnost u dovoljnoj mjeri.

Međutim, ECHR je u predmetu *Klass i ostali protiv Njemačke* utvrdio da je od ključne važnosti da miješanje izvršne vlasti u prava pojedinca mora biti podložno efikasnoj kontroli, a koju, u pravilu, treba vršiti sudstvo zbog toga što sudska kontrola pruža najbolje garancije neovisnosti, nepristranosti i pravilnosti postupka. S tog aspekta čini se da bi u zakonu i praksi BiH i prethodna i naknadna ovlaštenja Suda za primjenu IMIC-a u žurnim stvarima bila usklađena sa standardima koje je razvio ECHR.

Zaključak

S obzirom na to da,

- ne postoji jasan europski *acquis* o primjeni IMIC-a za namjene nacionalne sigurnosti, a kojem bi zemlje kandidati mogle ili trebale težiti;
- je osiguravanje poštovanja europskih vrijednosti i demokratskih standarda u ovoj oblasti, gdje se ljudska prava susreću s osjetljivim sigurnosnim pitanjima, od iznimne važnosti za održivi socijalni mir i stabilnost u regiji;
- ukoliko uskoro ne dođe do izmjena zakona, odluke Ustavnog suda stvaraju preduvjete za pravnu nesigurnost i ozbiljne posljedice po opću atmosferu vladavine prava, mogućnost sigurnosnih i obavještajnih institucija da zaštite ustavni poredak, te istrage teških kaznenih djela, organiziranog kriminala i korupcije koje su u tijeku;
- osobe koje su predmet intruzivnih mjera prikupljanja podataka u kaznenim istragama ili u svrhu sprječavanja prijetnji nacionalnoj sigurnosti mogu podnositi zahtjeve za odštetu koji bi mogli dovesti do značajnih troškova koji se namiruju iz nacionalnog proračuna;

Stručno mišljenje navedeno u ovom dokumentu nije preskriptivno, već mu je namjena da lokalnim akterima služi kao izvor motivacije za razmatranje i diskusiju u aktivnostima koje poduzimaju s ciljem donošenja izmjena zakona i usklađivanja praksi odlučivanja o primjeni IMIC-a u BiH s europskim principima i najboljim praksama.



Aleš Zalar

DCAF² Senior Consultant, former Slovenian Minister of Justice

**EXPERT OPINION ON SELECTED ISSUES CONCERNING JUDICIAL
AUTHORIZATION OF INTRUSIVE METHODS OF INFORMATION
COLLECTION FOR THE PURPOSE OF PROTECTING NATIONAL
SECURITY IN BOSNIA AND HERZEGOVINA**

***Abstract:** This Expert Opinion reviews issues concerning the judicial authorization of intrusive methods of information collection (IMIC) when the national security of BiH is at stake. It identifies the most relevant challenges for both the legislator and the Court of BiH as the decision-maker in concrete cases. Such an analysis is necessary because of the Decision of the Constitutional Court of BiH, number U 21/16 from 1.7.2017 according to which paragraphs 3, 4 and 5 of Article 78 of the Law on Intelligence-Security Agency are declared unconstitutional and noncompliant with Art. 8 ECHR. The challenges identified and analyzed refer to: scope of national security, maximum duration of IMIC, extension of duration of IMIC, mandatory elements common to the request for judicial warrant and to the judicial warrant, procedural competence of the Court of BiH, and urgent authorization in case of urgency. Suggestions are made on how these challenges can be addressed.*

2 The Geneva Centre for the Democratic Control of Armed Forces.



Dr. sc. Krešimir Kamber

Ured juriskonsulta Europskog suda za ljudska prava

Ermina Dumanjić

Šefica Odjeljenja za ustavnosudsku praksu Ustavnog
suda Bosne i Hercegovine

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE I PRAVO NA POŠTENO SUĐENJE U SKLADU SA ČLANKOM 6. EUROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I TEMELJNIH SLOBODA

Sažetak: *Postupci gdje su korištene posebne istražne radnje moraju biti, u cjelini gledano, pravični, uključujući i način prikupljanja dokaza. U skladu s praksom Europskog suda test za procjenu je li postupak kao cjelina bio pošten sastoji se od sljedećih pitanja: priroda nezakonitosti u konvencijskom smislu te je li došlo do povrede nekog konvencijskog prava; je li okrivljenik imao mogućnost osporavati dokaze; je li kvaliteta dokaza, uzimajući u obzir i okolnosti njihova pribavljanja, takva da postoje dvojbe glede njihove pouzdanosti; značaj dokaza u postupku.*

Ispitivanje prigovora o poticanju na počinjenje kaznenih djela Europski sud je razvio na temelju dva testa: materijalnog i postupovnog ispitivanja poticanja. Za materijalni test osobito su bitna sljedeća pitanja: jesu li tijela progona bila „pasivna”; postoje li okolnosti koje ukazuju na postojeću kriminalnu aktivnost osobe; jesu li se tijela progona samo „pridružila” kaznenom djelu ili su ga izazvala; postojanje jasnih pravila postupanja istražitelja i pouzdanika. U okviru postupovnog aspekta razmatraju se sljedeća pitanja: posljedice poticanja (materijalnopravni prigovor ili izdvajanje dokaza), te postupovna jamstva kod utvrđivanja poticanja.

Ključne riječi: *Europski sud za ljudska prava, pošteno suđenje, posebne istražne radnje, dokazi.*

Uvod

Pravo na pravično suđenje najvažnije je procesno ljudsko pravo. U jednom demokratskom društvu, u značenju koje mu daje Europska konvencija za zaštitu ljudskih



prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: Europska konvencija), pravo na pravično suđenje sudskog postupka zauzima tako važno mjesto da restriktivno tumačenje članka 6.1 ne odgovara cilju i svrsi te odredbe.¹ Članak 6. Europske konvencije, u kojem je inkorporirano ovo pravo, garantira pravo na pravično i javno suđenje prilikom odlučivanja o građanskim pravima i obvezama pojedinca ili utemeljenosti bilo kakve optužbe protiv njega. Europski sud za ljudska prava (u daljnjem tekstu: Europski sud) u svojoj praksi nastoji ostvariti svrhu dane odredbe na način kako bi zaštitio prava koja su praktična i učinkovita, a ne teorijska i iluzorna.²

Koncept „poštenog postupka u cjelini”

Koncept „poštenog” postupka ne može se odrediti na temelju jednoznačnog pravila, on uvelike ovisi o okolnostima konkretnog predmeta.³ S konvencijskog aspekta uvijek je potrebno ispitati je li postupak, shvaćen kao cjelina radnji odlučivanja o kaznenom djelu, bio pošten.⁴ U pravilu, pojedinačni aspekti, greške ili postupovni ekscesi, sami po sebi, ne određuju je li postupak bio „pošten”, razvoj postupka kao cjeline se uvijek mora uzeti u obzir.⁵ U nekim slučajevima, specifični postupovni aspekti odnosno radnje mogu biti tako značajni da sami po sebi određuju mjeru u kojoj je postupak bio pošten.⁶ Ukupnost propusta u postupku, koji sami po sebi možda nisu odlučni, može dovesti do toga da se postupak kao cjelina smatra nepoštenim.⁷

Neke od okolnosti koje mogu biti od značaja pri procjeni je li postupak bio pošten su sljedeće:

- Je li okrivljenik bio u stanju ranjivosti;
- Jesu li poštovani relevantni postupovni zakonodavni okvir i jamstva;
- Je li okrivljenik imao mogućnost osporavati dokaze;
- Je li kvaliteta dokaza, uzimajući u obzir i okolnosti njihova pribavljanja, takva da postoje dvojbe glede njihove pouzdanosti;
- Ukoliko je dokaz pribavljen nezakonito, o kakvoj se nezakonitosti radi u konvencijskom smislu, te je li došlo do povrede nekog konvencijskog prava;
- Ako se radi o iskazu, okolnosti u kojima je dan i je li promptno povučen;

1 Europski sud, *Delcourt protiv Belgije*, presuda od 17. siječnja 1970. godine, § 25.

2 Europski sud, *Sakhnovskiy protiv Rusije* [VV], presuda od 2. studenog 2010. godine.

3 Europski sud, *Ibrahim i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [VV], presuda od 13. rujna 2016. godine, § 250.

4 *Ibid.*

5 *Ibid.*

6 *Ibid.*

7 Europski sud, *Mirilashvili protiv Rusije*, presuda od 11. prosinca 2008. godine, § 165.



- Kakav je značaj dokaza u odnosu na ostale dokaze za osudu;
- Značaj javnog interesa kod progona kaznenog djela u pitanju.⁸

Uporaba (nezakonito pribavljenih) dokaza u postupku s aspekta poštenog suđenja iz članka 6. Europske konvencije

Članak 6. Europske konvencije garantira pravo na pošteno suđenje, ali ne postavlja bilo kakva pravila o prihvatljivosti dokaza. To je prevashodno pitanje koje se regulira domaćim zakonodavstvom.⁹ Zbog toga, kao stvar načela, Europski sud smatra da njegova uloga nije utvrđivati može li određena vrsta dokaza, primjerice dokazi koji su pribavljeni nezakonito u smislu domaćeg prava, biti prihvatljiva ili, upravo, je li aplikant kriv ili ne. U tom smislu, pitanje na koje se mora odgovoriti je da li je postupak kao cjelina, uključujući i način na koji su dokazi pribavljeni, bio pošten. Ovo uključuje ispitivanje „nezakonitosti” u pitanju i, tamo gdje je u pitanju povreda drugih prava iz Konvencije, priroda utvrđene povrede.¹⁰

Konkretan test za procjenu je li postupak kao cjelina bio pošten Europski sud je predstavio, između ostalog, u slučaju *Bykov protiv Rusije*. Taj test podrazumijeva davanje odgovora na sljedeća pitanja:

- Priroda nezakonitosti u konvencijskom smislu, te je li došlo do povrede nekog konvencijskog prava;
- Je li okrivljenik imao mogućnost osporavati dokaze;
- Je li kvaliteta dokaza, uzimajući u obzir i okolnosti njihova pribavljanja, takva da postoje dvojbe glede njihove pouzdanosti;
- Značaj dokaza u postupku.

Kada je riječ o prirodi nezakonitosti, te pitanju je li došlo do povrede nekog konvencijskog prava iz bogate prakse Europskog suda mogu se izdvojiti slučajevi koji su se, primjerice, bavili povredom prava obrane (člankom 6. Europske konvencije) prilikom pribavljanja dokaza, npr. prepoznavanjem ili izuzimanjem materijala za potrebe vještačenja¹¹, pitanjem nezakonitog prisluškivanja protivno članku 8. Europske konvencije¹², nezakonitom i/ili nepravilnom pretragom¹³, uporabom materijalnog

8 *Ibrahim i ostali*, supra fusnota 3., § 274., *Beuze protiv Belgije* [VV], presuda od 9. studenog 2018. godine, § 150.

9 Europski sud, *Schenk protiv Švicarske*, presuda od 12. srpnja 1988., §§. 45.-46.

10 Europski sud, *Bykov protiv Rusije*, presuda od 10. ožujka 2009., § 89.

11 Europski sud, *Laska i Lika protiv Albanije*, presuda od 20. travnja 2010. godine; *Horvatić protiv Hrvatske*, presuda od 17. listopada 2013. godine.

12 Europski sud, *Dragojević protiv Hrvatske*, presuda od 15. siječnja 2015. godine, §§127.-135.

13 Europski sud, *Prade protiv Njemačke*, presuda od 3. ožujka 2016. godine.



dokaza pribavljenog nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem protivno članku 3. Europske konvencije¹⁴.

Uporaba dokaza dobivenih povredom članka 3. u kaznenom postupku zahtijeva pomno razmatranje. Uporaba takvih dokaza, pribavljenih povredom jednog od temeljnih i apsolutnih prava zajamčenih Europskom konvencijom, uvijek postavlja ozbiljna pitanja o poštenosti postupka, čak i ako dopuštenje izvođenja takvih dokaza nije bilo odlučujuće za donošenje odluke o krivnji.¹⁵ Uporaba izjava u kaznenom postupku pribavljenih povredom članka 3., bez obzira je li postupanje razvrstano kao mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje, čini cijeli postupak automatski nepoštenim, te protivnim članku 6.¹⁶ To vrijedi i za uporabu pribavljenih materijalnih dokaza koji su izravna posljedica mučenja.¹⁷ Dopuštenje izvođenja takvih dokaza pribavljenih djelima razvrstanim kao nečovječno i ponižavajuće postupanje protivno članku 3., ali ne kao mučenje, predstavljat će povredu članka 6. samo ako je dokazano da je povreda članka 3. imala utjecaj na ishod postupka protiv optuženika, odnosno imala utjecaj na njegovu ili njezinu osudu ili kaznu.¹⁸ Osim primjene kada je žrtva postupanja protivnog članku 3. stvarni okrivljenik, ta se načela primjenjuju i kad se radi o trećim stranama.¹⁹ Europski sud je utvrdio da bi uporaba dokaza na suđenju dobivenih mučenjem predstavljala očito uskraćivanje pravde, čak i kada je osoba od koje su dokazi pribavljeni na takav način bila treća strana.²⁰

Presuda *Prade protiv Njemačke*²¹ je jedan od jako dobrih primjera primjene testa, te iako se ne odnosi na pitanje posebnih istražnih radnji već pretresa stana zadržat ćemo se malo na njoj u kontekstu općeg pitanja uporabe nezakonito pribavljenih dokaza u postupku s aspekta poštenog suđenja iz članka 6. Europske konvencije. Predmet se ticao tvrdnje podnositelja zahtjeva da su dokazi pronađeni slučajno za vrijeme nezakonitog pretresa kuće korišteni u kaznenom postupku protiv njega. Nalog za pretres podnositeljevog doma izdan je zbog sumnje na „autorsko piratstvo”. Prilikom pretresa policija nije našla nijedan predmet koji je tražila, ali je našla iznimno veliku količinu hašiša. U postupku koji je uslijedio po podnositeljevoj žalbi na nalog za pretres, Ustavni sud je ustanovio da je pretres bio nezakonit i ukinuo nalog za pretres. Podnositelj je konačno osuđen za djela vezana za droge, te je uvjetno kažnjen.

14 Europski sud, *Gäfgen protiv Njemačke* [VV], presuda od 1. lipnja 2010. godine; *El Haski protiv Belgije*, presuda od 25. rujna 2012. godine, § 85.

15 Europski sud, *Jalloh protiv Njemačke* [VV], presuda od 11. srpnja 2006. godine, §§ 99. i 105.

16 *Gäfgen*, supra fusnota 14., § 166.

17 *Ibid.*

18 *El Haski*, supra fusnota 14., § 85.; *Gäfgen*, supra fusnota 14., § 178.

19 *Ibid.*

20 Europski sud, *Othman (Abu Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 17. siječnja 2012. godine, §§ 263. i 267.

21 *Prade*, supra fusnota 13.



Domaći sudovi su smatrali da je javni interes u procesuiranju prevagnuo nad njegovim interesom za poštovanje doma jer njegova prava nisu namjerno prekršena, pretres kuće nije bio proizvoljan, te da je količina pronađenog hašiša teoretski opravdala pretres kuće. Nakon što je ispitao zaštitne mjere vezane za ocjenu dopustivosti i pouzdanosti dokaza, prirodu i stupanj nezakonitosti i uporabu dokaznih materijala koji su pribavljeni spornim pretresom, Europski sud je utvrdio da je postupak u slučaju podnositelja, u cjelini, bio u skladu s uvjetima iz prava na pošteno suđenje.

Iz prakse Europskog suda vidljivo je da postojanje povrede nekog elementa načela pravičnog postupka ne podrazumijeva nužno povredu članka 6. Europske konvencije. Takva povreda može se utvrditi samo ako je povreda nekog elementa dovela do toga da postupak „u svojoj cijelosti” nije pošten. Do povrede članka 6. Europske konvencije, u kontekstu pitanja zakonitih dokaza, ne dovode automatski ni povrede drugih odredaba Konvencije (osim kada je riječ o članku 3.).²² Korištenje kao dokaza saznanja pribavljenih povredom članka 8. neće biti u sukobu sa zahtjevima poštenosti iz članka 6. stavak 1. ako je njihova uporaba u postupku bila praćena odgovarajućim postupovnim jamstvima koje zahtijeva sudska praksa Europskog suda²³. Štoviše, razina javnog interesa za istraživanje i kažnjavanje za predmetno kazneno djelo može se uzeti u obzir i razmotriti protiv pojedinačnog interesa da se dokazi protiv podnositelja zahtjeva prikupe na zakonit način.²⁴ Međutim, među praktičarima postoje i drugačija mišljenja. Primjerice, u svom izdvojenom mišljenju u predmetu *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁵ sutkinja Françoise Tulkens je istaknula da se suđenje ne može opisati kao „pošteno” kada su dokazi pribavljeni povredom temeljnog prava zajamčenog Europskom konvencijom priznati tijekom suđenja, te naglasila da se Konvencija mora tumačiti kao koherentna cjelina. Sutkinja Tulkens je u izdvojenom mišljenju u ovom predmetu podijelila djelomično različito mišljenje suca Loucaidesa aneksiranog u presudi *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁶ u kojem se kaže: „Smatram da pojam ‘poštenosti’, kada se ispituje u kontekstu Europske konvencije, podrazumijeva poštovanje vladavine prava i za to je pretpostavka poštovanje ljudskih prava utvrđenih Konvencijom. Mislim da se ne može govoriti o ‘poštenom’ suđenju ako je provedeno kršenjem zakona.” U svakom slučaju treba imati na umu da Europska konvencija sadrži minimalne standarde i da ne postoje ograničenja državama glede primjene norme

22 U presudi *Dragojević protiv Hrvatske* Europski sud je utvrdio povredu članka 8. jer je prisluškivanjem telefona podnositelja zahtjeva i tajnim nadzorom nad njim došlo do miješanja u njegovo pravo na poštovanje privatnog života i prepiske. Međutim, imajući u vidu da dokazi pribavljeni mjerama tajnog nadzora nisu bili jedini dokazi na kojima je domaći sud temeljio prvostupanjsku presudu i da su domaći sudovi ispitali utemeljenost podnositeljevih prigovora i obrazložili svoje odluke, Europski sud, iako je utvrdio povredu članka 8. Europske konvencije, nije utvrdio povredu prava na pošten postupak.

23 *Bykov* supra fusnota 10., §§ 94.–105.

24 *Prade*, supra fusnota 13., § 35.

25 Europski sud, *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 25. rujna 2001. godine.

26 Europski sud, *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 12. svibnja 2000. godine.



koja pruža više jamstava pojedincu u postupku pred kaznenim sudovima. „Standardi Konvencije su minimum koji se zahtijeva od država ugovornica jer je člankom 53. Konvencije određeno da se ništa u Konvenciji neće tumačiti na način da ograničava ili ukida bilo koje ljudsko pravo i temeljnu slobodu koji su priznati zakonima neke visoke ugovorne stranke ili bilo kojim drugim sporazumom kojeg je ona stranka.”²⁷

Uporaba rezultata posebnih istražnih radnji u kaznenom postupku

a) Dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama – mjere prisluškivanja

U predmetu Europskog suda *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁸ podnositelj zahtjeva je bio osuđen zbog trgovine drogom na temelju dokaza nepropisno pribavljenih pomoću tajnog prislušnog aparata koji je instalirala policija. Europski sud je utvrdio da je britanska policija, prisluškujući razgovore u stanu jednog osumnjičenika, potajno snimila i razgovor podnositelja s osumnjičenikom u kojem je priznao sudjelovanje u krijumčarenju droge. Nakon svog potvrdnog očitovanja o utemeljenosti podignute optužbe (izmijenjene u pravcu blaže pravne kvalifikacije kaznenog djela), podnositelj je pred prvostupanskim sudom bio osuđen na tri godine zatvora usprkos izjavi optužbe da su potajne snimke razgovora podnositelja učinjene bez valjane zakonske osnove i unatoč svojim zahtjevima da se te snimke izdvoje iz dokaznog materijala. Pred Europskim sudom podnositelj je uspio s tužbom zbog povrede garancija na nepovredivost privatnog života iz članka 8. Europske konvencije, ali ne i sa zahtjevom da se uporaba nezakonito pribavljenih dokaza, sama za sebe, proglašava povredom konvencijskog jamstva na „pošten postupak” iz članka 6. stavak 1. Konvencije. Sud je, naime, ponovio svoje prijašnje stajalište da mu zadaća nije utvrđivati zakonitost ili nezakonitost dokaza prikupljenih i izvedenih prema odredbama domaćeg prava, već samo ocijeniti je li domaći postupak u cijelosti bio „pošten”, što uključuje ispitivanje „zakonitosti” prikupljenih dokaza i njihov odnos prema utvrđenoj povredi nekog drugog konvencijskog prava. U konkretnom slučaju potajne snimke razgovora podnositelja bile su „nezakonite” samo utoliko što britansko pravo nije predvidjelo izričitu zakonsku osnovu za njihovu registraciju, a kao dokaz protiv podnositelja uporabljene su nakon što je sudac odbio prethodni podnositeljev prigovor nedopuštenosti i nakon što je podnositeljeva obrana dala potvrdno očitovanje o izmijenjenoj optužbi. Stoga je

27 Šarin, Duška: *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kroz odnos Europskog suda za ljudska prava i Ustavnog suda Republike Hrvatske na primjeru zaštite ljudskog prava na pristup sudu*. Pravni vjesnik. Osijek. Vol. 30, br. 3.-4., 2014. str. 78.-79., fusnota 6.

28 *Khan*, supra fusnota 26.



Europski sud zaključio da se u konkretnom slučaju, u uvjetima kada je englesko pravo podnositelju pružilo dovoljne mogućnosti osporavanja dopustivosti spornog dokaza i kada su prvostupanjski, a i viši sudovi, postupivši prema tom osporavanju, uzeli u obzir ilegalni način prisluškivanja, te učinak koji su snimke kao rezultat prisluškivanja imale na postupak prema podnositelju, ne može govoriti o povredi načela „poštenog postupka” iz članka 6. stavak 1. Europske konvencije premda sporne potajne snimke podnositeljevog razgovora, pribavljene povredom prava na nepovredivost privatnog života iz članka 8. Europske konvencije, nisu bile izdvojene iz dokaznog materijala pred domaćim sudom. Kratak rezime ovog predmeta sastojao bi se u tome da je u konkretnom slučaju postojala učinkovita mogućnost osporavanja dokaza, učinkovit sudski nadzor i analiza, te nije bilo dvojbe glede autentičnosti snimke.

Zanimljiv predmet u kojem su također osporeni dokazi prikupljeni mjerama prisluškivanja je predmet *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁹. Postupajući prema informacijama da su prvi podnositelj zahtjeva i osoba B. planirali oružanu pljačku, odgovorna policijska djelatnica je podnijela izvješće odgovornoj osobi u prilog zahtjevu za odobrenje za postavljanje tajnog uređaja za prisluškivanje u stanu B. Dano je usmeno odobrenje, a pismeno odobrenje dano je „retroaktivno” četiri dana kasnije, do kojeg vremena je uređaj bio instaliran. Razgovori u stanu su se pratili i bilježili sve dok se uređaj nije otkrio, a prostorije su napuštene. Iako nije došlo do pljačke, podnositelji zahtjeva bili su uhićeni i kasnije optuženi za urotu za pljačkanje. Na pravni savjet odbili su komentirati i dati uzorke govora. Policija je potom dobila ovlaštenje, u skladu sa smjernicama, instalirati tajne uređaje za prisluškivanje u ćelijama podnositelja zahtjeva i pričvrstiti takve uređaje časnicima koji će biti nazočni kada se podnositelji zahtjeva optuže. Uzorci govora podnositelja zahtjeva zabilježeni su bez njihova znanja i poslani stručnjaku za usporedbu s glasovima zabilježenim u stanu. Podnositelji zahtjeva osporili su dopuštenost dokaza koji proizlaze iz uporabe uređaja za prisluškivanje u stanu. Domaći sud je odbio zahtjev vezan za dopustivost dokaza izvedenih iz korištenja takvih sredstava u policijskoj postaji. Podnositelji zahtjeva naknadno su proglašeni krivim i osuđeni na kaznu zatvora u trajanju od petnaest godina. Odbili su se žaliti. Europski sud je u ovom predmetu istaknuo da materijal nije bio jedini dokaz protiv podnositelja zahtjeva, koji su imali dovoljno prilika osporavati autentičnost i uporabu snimki. Iako su njihovi argumenti bili neuspješni, jasno je da su domaći sudovi imali diskrecijsko pravo isključiti dokaze ako su bili mišljenja da bi njegovo prihvaćanje imalo za posljedicu znatnu nepravichnost. Nije bilo nepravichnosti u tome što je ostavljeno poroti da odluči na čemu je teret dokazivanja, a na osnovu temeljitog/detaljnog sumiranja koje je dao sudac. Konačno, prema mišljenju Europskog suda, uzorci glasova mogu se smatrati sličnim drugim uzorcima koji se koriste u forenzičnoj analizi, na što se ne primjenjuje povlastica od samooptuživanja.

29 *P. G. i J. H.*, supra fusnota 25.



U tim okolnostima, uporaba snimljenog materijala nije bila u sukobu sa zahtjevima pravičnosti. Dakle, Europski sud je utvrdio da u konkretnom slučaju sporni dokaz nije bio jedini dokaz u postupku i postojala je učinkovita mogućnost osporavanja dokaza.

U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*³⁰ podnositelj je proglašen krivim za krijumčarenje droge i pranje novca, te osuđen na kaznu zatvora u trajanju od devet godina. Presuda je, između ostalog, bila utemeljena na iskazima svjedoka, dokazima koji su dobiveni prilikom mnogobrojnih pretraga i zapljena, te na primjeni tajnih mjera nadzora. Podnositelj je zatražio da rezultati mjera tajnog nadzora budu isključeni iz sudskih spisa kao nezakonito pribavljeni dokazi, pozivajući se na to da rješenje o dopuštanju primjene tih mjera nije bilo u dovoljnoj mjeri obrazloženo, te je stoga nezakonito prema nacionalnom pravu. Pozivajući se na članak 8. Konvencije, podnositelj predstavke se pred Europskim sudom žalio zbog primjene mjera tajnog nadzora i snimanja njegovih telefonskih razgovora. Europski sud je utvrdio povredu glede ovog članka. On se također žalio i po članku 6. stavak 1. na nepravičnost postupka koji je vođen protiv njega, tvrdeći da suđenje nije bilo nepristrano i da se tu radilo o nepravičnosti koja je bila prouzročena činjenicom da je njegova osuđujuća presuda bila utemeljena na dokazima pribavljenim primjenom nezakonitih mjera tajnog nadzora. Kada je riječ o uporabi dokaza pribavljenih tajnim nadzorom, Europski sud je primijetio da g. Dragojević nije osporio pouzdanost informacija dobivenih primjenom tih mjera, već je svoje primjedbe ograničio na formalnu uporabu tih informacija u smislu dokaza u postupku. Budući da je podnositelju predstavke bila pružena mogućnost da ospori autentičnost dokaza, kao i da to nije bio jedini dokaz na kome se temeljila osuđujuća presuda, Europski sud je zaključio da nema ničeg što bi moglo poslužiti kao osnova za zaključak da njegova prava na obranu nisu bila propisno poštovana. Europski sud je zaključio da nije prekršen članak 6. stavak 1. Prema tome, u konkretnom slučaju postojala je učinkovita mogućnost osporavanja dokaza, učinkovit sudski nadzor, drugi dokazi za osudu, te nije postojala dvojba glede autentičnosti snimki.

U još jednom predmetu protiv Hrvatske³¹ Europski sud je, primjenjujući ista razmatranja kao i u presudi *Dragojević*, utvrdio povredu prava na poštovanje privatnog života podnosioca zahtjeva jer istražni sudac nije obrazložio rješenje kojim je odobrio snimanje podnositeljevih telefonskih razgovora s drugim osobama koje su se sumnjičile za krijumčarenje droge, dok u kontekstu podnositeljevih prigovora da su dokazi prikupljeni tajnim nadzorom uporabljani u kaznenom postupku koji se vodio protiv njega nije utvrdio povredu članka 6. Europske konvencije. Europski sud je, prolazeći kroz test, utvrdio sljedeće: da je podnositelj imao i učinkovito uporabio mogućnost osporavanja vjerodostojnosti dokaza; domaći sudovi su ispitali policijske

30 *Dragojević*, supra fusnota 12.

31 Europski sud, *Bašić protiv Hrvatske*, presuda od 25. listopada 2016. godine.



djelatnike zadužene za provođenje tajnog nadzora, te obrazloženom odlukom iznijeli svoja utvrđenja; nije postojalo ništa što bi dovelo u sumnju pouzdanost i točnost predmetnih dokaza; osporeni materijal je bio odlučujući dokaz na temelju kojeg je pokrenut kazneni postupak protiv podnositelja i bio je odlučujući za njegovu osudu, međutim sadržaj snimke predstavljao je točne i pouzdane dokaze, pa je potreba za daljnjim dokazima u skladu s tim bila slabija.

Predmet *Nițulescu protiv Rumunjske*³² odnosi se na pritužbu podnositeljice zbog nepravičnosti kaznenog postupka protiv nje zbog trgovine utjecajem. Podnositeljicu, uposlenu u lokalnom organu, kolegica je optužila da je od nje tražila novac kako bi gradonačelniku preporučila da je uposli za stalno. Podnositeljica je optužena za trgovinu utjecajem. U postupku koji je uslijedio je oslobođena. Domaći sud je utvrdio da je većina kolegičnih izjava, potkrijepljena samo izjavama njezinog supruga i brata, bila kontradiktorna i da nisu mogle biti podržane snimkama koje je kolegica napravila jer nije poštovan postupak za telefonsko prisluškivanje. Prizivni sud je potvrdio ovu odluku, također uzimajući u obzir tvrdnju podnositeljice, koju je potvrdilo četvero kolega, da je dobila novac od kolegice kao zajam. Međutim, po reviziji koju je izjavilo Tužiteljstvo, podnositeljica je zbog trgovine utjecajem osuđena na dvije godine zatvora uvjetno. Ova odluka suda je, u biti, bila utemeljena na audiosnimkama razgovora između podnositeljice i njezine kolegice. Pozivajući se na članak 6.1, podnositeljica se žalila da je njezina osuda uglavnom utemeljena na audiosnimkama usprkos činjenici da su snimljene bez prethodnog sudskog odobrenja. Europski sud je u presudi u ovom predmetu istaknuo sljedeće: autentičnost snimke nije se mogla ispitati jer original nije bio dostupan sudu, postojale su kontradikcije u ostalim dokazima protiv podnositeljice, te domaći sud nije neposredno ispitao neke od svjedoka. U konačnici je zaključio da postupak u podnositeljičinom slučaju, promatran u cijelosti, nije zadovoljio uvjete pravičnosti.

b) Dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama

– prikriiveni istražitelji

Opća načela koja se odnose na pitanje poticanja na počinjenje kaznenih djela navedena su u predmetu Europskog suda *Ramanauskas protiv Litve*³³. U skladu s ovim načelima uporaba posebnih istražnih metoda, posebice prikriivenih tehnika, sama po sebi ne predstavlja povredu prava na pošteno suđenje. Međutim, zbog opasnosti od policijskog poticanja koje takve tehnike uključuju, njihova se uporaba mora odvijati

32 Europski sud, *Nițulescu protiv Rumunjske*, presuda od 22. rujna 2015. godine.

33 Europski sud, *Ramanauskas protiv Litve* [VV], presuda od 5. veljače 2008. godine.



unutar jasnih granica.³⁴ Policija može djelovati u tajnosti, ali ne i poticati na počinjenje djela.³⁵ Poticanje na počinjenje kaznenog djela, bilo od strane policijskog djelatnika ili bilo koje druge osobe koja djeluje po nalogu policije, zabranjeno je. Uporaba tako pribavljenih dokaza dovodi do nepoštenog suđenja.³⁶ U spomenutom predmetu protiv Litve podnositelj je tvrdio da su mu prekršena prava iz članka 6. jer su ga državne vlasti poticale izvršiti kazneno djelo i da je, kao posljedica toga, bio nepravično osuđen za podmićivanje. U presudi u ovom predmetu Europski sud je povukao razliku između poticaja policije, koji je neprihvatljiv, i istrage kaznene aktivnosti na suštinski pasivan način, koja je dozvoljena. Članak 6. bi bio poštovan samo u slučaju da je podnositelj predstavke imao učinkovitu mogućnost da postavi pitanje poticanja tijekom suđenja. S obzirom na to da je podnositelj zahtjeva tijekom čitavog suđenja tvrdio da je bio potican da izvrši kazneno djelo, bilo je potrebno da domaći organi i sudovi u najmanju ruku provedu detaljnu istragu mogućnosti da su organi gonjenja prekoračili prihvatljive granice. Veliko vijeće je stoga zaključilo da je suđenje podnositelju predstavke bilo lišeno adekvatne pravičnosti s obzirom na intervenciju određenih osoba i način na koji je ona iskorištena tijekom kaznenog postupka, te da je došlo do povrede članka 6. stavak 1.

Ispitivanje prigovora o poticanju na počinjenje kaznenih djela Europski sud je razvio na temelju dva testa: materijalnog i postupovnog ispitivanja poticanja. Mjerodavni kriteriji koji određuju ispitivanje Europskog suda u ovom kontekstu navedeni su u predmetu *Bannikova protiv Rusije*³⁷.

Prilikom razmatranja prigovora o poticanju na počinjenje kaznenih djela Europski sud, u okviru prvog koraka odnosno materijalnog testa poticanja, prolazi osobito kroz sljedeća pitanja:

- Jesu li tijela progona bila „pasivna”;
- Postoje li okolnosti koje ukazuju na postojeću kriminalnu aktivnost osobe;
- Jesu li se tijela progona samo „pridružila” kaznenom djelu ili su ga izazvala;
- Postojanje jasnih pravila postupanja istražitelja i pouzdanika.

U okviru drugog koraka postupovnog aspekta relevantna su sljedeća pitanja:

- posljedice poticanja (materijalnopravni prigovor ili izdvajanje dokaza)
- postupovna jamstva kod utvrđivanja poticanja.

34 *Ibid.*, § 51.

35 Europski sud, *Khudobin protiv Rusije*, presuda od 26. listopada 2006. godine, § 128.

36 *Ramanauskas*, supra fusnota 27., § 54.; Europski sud, *Teixeira de Castro protiv Portugala*, presuda od 9. lipnja 1998. godine, § 36.

37 Europski sud, *Bannikova protiv Rusije*, presuda od 4. studenog 2010. godine, §§ 37.-65.; *Matanović protiv Hrvatske*, presuda od 4. travnja 2017. godine.



Predmet *Grba protiv Hrvatske*³⁸ odnosio se na poticanje kod višestrukog simuliranog otkupa predmeta (krivotvorenog novca). Podnositelj je, između ostalog, prigovarao da mu je povrijeđeno pravo na pošteno suđenje jer je smatrao da su ga prikriveni istražitelji poticali na počinjenje kaznenog djela krivotvorenja novca. Tijekom postupka pred domaćim sudovima podnositelj se izjasnio da nije kriv u odnosu na tri navodne prodaje krivotvorenih novčanica, ali je priznao da je odgovoran za prvu prodaju, zbog toga što ga je policija na nju poticala. Europski sud je utvrdio da prvi put kada je podnositelj prikrivenom istražitelju prodao krivotvorenu novčanicu (od četiri prodaje) nije bilo nedozvoljenog poticanja nego je prodaja bila rezultat podnositeljevog svojevolsnog ponašanja. Međutim, Sud je dalje utvrdio da nema jasnih dokaza o tome na čiju inicijativu su se odvili daljnji susreti podnositelja s prikrivenim istražiteljima i prodaja krivotvorenih novčanica, a da istražni sudac nije dostatno obrazložio produljenje posebne mjere uporabe prikrivenog istražitelja i simuliranog otkupa predmeta. Osim toga, u relevantnom razdoblju nije bilo indikacija da je podnositelj krivotvorine prodavao i nekom drugom osim prikrivenim istražiteljima. Sud je zaključio da ne može s dovoljnim stupnjem sigurnosti utvrditi je li podnositelj bio žrtva poticanja. Sud je stoga ključnim smatrao domaći postupak u kojem su ispitani podnositeljevi prigovori o poticanju i način na koji su prigovori ispitani. Utvrdio je da domaći sudovi nisu dovoljno detaljno analizirali, niti obrazložili odluku o podnositeljevom prigovoru da je u naredne tri prodaje krivotvorina bilo nedozvoljenog poticanja. Bitno je istaknuti da je Europski sud, iako je utvrdio da postupak donošenja odluka koje su dovele do izricanja ozbiljnije kazne za višestruki prijenos krivotvorenog novca nije vođen u skladu sa zahtjevima pravičnosti, istaknuo da ovo ne znači da je podnositelj pogrešno osuđen, već da domaći sudovi nisu utvrdili je li se opseg kriminalnih aktivnosti podnositelja povećao ili proširio kao posljedica nepravilnog ponašanja vlasti. Do ovakvih zaključaka Europski sud je došao vodeći računa o sljedećim načelima: pribjegavanje operativnoj tehnici koja uključuje organiziranje višestrukih nezakonitih transakcija s osumnjičenikom od strane tijela vlasti države priznato i dopušteno sredstvo istraživanja kaznenog djela kada kriminalna aktivnost nije jednokratna, izolirani kriminalni incident, već kontinuirani nezakoniti pothvat; u skladu s općom zabranom poticanja na počinjenje kaznenih djela, postupci prikrivenih istražitelja moraju biti usmjereni ka istraživanju kriminalne aktivnosti koja je u tijeku na način koji je u biti pasivan i ne smiju vršiti utjecaj kojim bi se poticalo na počinjenje kaznenog djela koje je teže od onoga koje je taj pojedinac već planirao počiniti bez takvog poticaja; u svim predmetima koji se odnose na korištenje operativne tehnike koja uključuje dogovaranje više nezakonitih transakcija s osumnjičenikom od strane državnih tijela vlasti, svako produljivanje istrage mora biti temeljeno na valjanim razlozima kao što je potreba osiguravanja dovoljno dokaza kako bi se pribavila osuđujuća presuda,

38 Europski sud, *Grba protiv Hrvatske*, presuda od 23. studenog 2017. godine.



kako bi se steklo bolje razumijevanje prirode i opsega osumnjičeničkove kriminalne aktivnosti ili kako bi se otkrio veći kriminalni krug; u svakoj od prethodno navedenih situacija (nepropisno postupanje prikrivenih istražitelja u jednoj ili više višekratnih nezakonitih transakcija ili uključenost u aktivnosti kojima se proširuje opseg ili težina kaznenog djela), tijela vlasti države mogu nepravedno izvrnuti okrivljenika povećanim kaznama bilo u okviru propisanog raspona kazne ili kaznama za počinjenje težeg kaznenog djela. Ako bi se utvrdilo da je tome bilo tako, moraju se izvesti mjerodavni zaključci u skladu s Konvencijom, bilo u odnosu na određene nezakonite transakcije pogođene nepropisnim ponašanjem tijela vlasti države ili u odnosu na organiziranje više nezakonitih transakcija kao cjeline; kao pitanje pravičnosti, izrečena kazna treba odražavati kazneno djelo koje je optuženik stvarno planirao počinuti.³⁹

c) Dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama – posebni svjedoci optužbe

Korištenje svjedoka u postupku kojima je dan imunitet od progona ili druge pogodnosti od strane optužbe, iako samo po sebi nije neprihvatljivo, zahtijeva pažljivu procjenu mjere u kojoj se postupak kao cjelina može smatrati poštenim.⁴⁰

U predmetu koji se odnosio na kaznenu osudu podnositelja za razbojništvo, utemeljenu na izjavama pojedinaca s kriminalnom prošlošću koji su djelovali kao doušnici i zaštićeni svjedoci⁴¹ Europski sud se u kontekstu relevantnih okolnosti procjene bavio sljedećim pitanjima: je li obrani dana učinkovita mogućnost razmatranja zakonitosti nagodbe koju je svjedok postigao s optužbom, postojanje drugih postupovnih jamstava, osobito mogućnosti ispitivanja drugih svjedoka i izvođenja drugih dokaza, te značajem iskaza svjedoka u postupku. U konačnici, Europski sud je u ovom predmetu utvrdio da je postupak u cijelosti bio pošten. Europski sud je, između ostalog, istaknuo da spornim svjedocima nije odobrena anonimnost; da je jednog od njih obrana unakrsno ispitala i da je izjava drugog svjedoka, koji je u međuvremenu umro, pročitana poroti; da su se dva svjedoka jedva poznavala, ali su se njihove izjave podudarale iako su dolazile iz različitih izvora; da je obrana bila u mogućnosti da ospori pouzdanost svjedoka i kredibilitet njihovih izjava tijekom postupka i tijekom kontradiktorne rasprave; da je argumente pomno ispitao Porotni sud; da je Porotni sud bio svjestan činjenice da se radi o svjedočenju osobe s kriminalnom prošlošću koja je mogla biti posredno uključena u događaje i da su porotnici bili u poziciji da procijene rizik da ovaj iskaz može utjecati na pravičnost suđenja.

39 *Ibid.*, §§ 99.-103.

40 Europski sud, *Cornelis protiv Nizozemske*, odluka od 25. svibnja 2004. godine.

41 Europski sud, *Habran i Dalem protiv Belgije*, presuda od 17. siječnja 2017. godine.



Zaključak

Poštovanjem međunarodno prihvaćenih standarda omogućava se uspješno korištenje posebnih istražnih radnji u suprotstavljanju najtežim oblicima kriminaliteta. Standardi i opća načela glede korištenja posebnih istražnih radnji u kontekstu prava na pošteno suđenje i šire nalaze se u bogatoj praksi Europskog suda kao temeljnog tumača Europske konvencije i temeljnih ljudskih prava koje ona štiti.

Krešimir Kamber, Sc.D.

Office of Jurisconsult of the European Court of Human Rights

Ermina Dumanjić

Head of the Constitutional Case-Law Section of the
Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

USE OF SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL IN THE LIGHT OF ARTICLE 6 OF THE ECHR

Abstract: *Proceedings that use special investigative measures have to be considered fair as a whole, including the way in which evidence was taken. In accordance with the case-law of the European Court, the test for assessing whether the proceedings as a whole was fair consists of the following questions: what is the nature of unlawfulness within the meaning of the Convention and whether a violation of a right under the Convention occurred; whether the accused had a possibility to contest evidence; whether the quality of evidence, taking into account the circumstances of the collection thereof, is such that there are dilemmas as to the reliability thereof; what is the significance of evidence in the proceedings.*

The European Court developed the examination of complaints as to the incitement to the perpetration of criminal offenses on the basis of two tests: substantive and procedural examination of incitement. For the substantive test the following questions are of particular importance: were the persecution bodies 'passive'; are there circumstances indicative of the existing criminal activity of a person; have the persecution bodies only 'joined' the criminal offense or they caused it; the existence of clear rules of procedure for investigators and confidants. As to the procedural aspect, the following questions are to be considered: consequences of incitement (substantive and legal complaint, or separation of evidence) and procedural guarantees when establishing incitement.

Key words: *European Court of Human Rights, fair trial, special investigative measures, evidence*



Akademik prof. dr Miodrag N. Simović
Sudija Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

**POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE U BORBI PROTIV
NAJTEŽIH OBLIKA KRIMINALITETA
- U KONTEKSTU MEĐUNARODNIH STANDARDA I
ODLUKE USTAVNOG SUDA BOSNE I HERCEGOVINE
BROJ U 5/16 OD 1. JUNA 2017. GODINE**

Apstrakt: *Od uvođenja u krivičnoprocesno zakonodavstvo Bosne i Hercegovine (2003. godine) posebne istražne radnje su bile predmet naučnih i stručnih rasprava. Uglavnom je zauziman stav da je njihova primjena neophodna u suzbijanju najtežih oblika kriminaliteta, s jedne strane, a istovremeno je povećan rizik od ograničavanja osnovnih ljudskih prava i sloboda, s druge strane. Zbog toga je kao imperativ postavljeno dostizanje ravnoteže između primjene ovih mjera i radnji (samo ako je to zaista neophodno) i zaštite garantovnih prava i sloboda građana (njihovo ograničavanje onoliko koliko je potrebno). Tokom višegodišnje primjene posebnih istražnih radnji uspostavljena je određena sudska i kriminalistička praksa, koja može da dà odgovore na neka od postavljenih pitanja, ali i da ukaže na nove dileme i probleme u njihovoj praktičnoj primjeni. Istovremeno, Evropski sud za ljudska prava je zauzeo niz stavova povodom ovih pitanja, a vođen je i postupak za ocjenu ustavnosti odgovarajućih odredbi Zakona o krivičnom postupku BiH pred Ustavnim sudom BiH, što je stvorilo obavezu da se usklade pravni okvir i praktično postupanje u primjeni posebnih istražnih radnji. U tom kontekstu Parlamentarna skupština BiH i Narodna skupština Republike Srpske su tokom 2018. godine izvršile određene izmjene u ovom smislu u zakonima o krivičnom postupku BiH i Republike Srpske, što se može smatrati korakom naprijed. S druge strane, ostaju dileme u pogledu ostalih odredbi, a posebno onih koje se tiču pojedinih posebnih istražnih radnji, koje se, ujedno, i najčešće primjenjuju.*

Ključne riječi: *posebne istražne radnje, tužilac, sud, ljudska prava, policijski organ, zakon.*



1. Uvod

Specijalne dokazne, odnosno istražne tehnike predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su prema svom karakteru atipični, te se primjenjuju samo u odnosu na neka krivična djela, koja su, s jedne strane, veoma teška, odnosno ozbiljna, kako u faktičkom pogledu s obzirom na posljedice koje prouzrokuju u jednom opštem životnom smislu, tako i u krivičnopravnom pogledu imajući u vidu kaznu koja je za njih propisana. S druge strane, takva djela, zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca, veoma teško se otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda (Škulić, 2003:237-239). Posebne istražne radnje u krivičnoprocesno zakonodavstvo uvedene su kao izraz potrebe suzbijanja najtežih oblika kriminaliteta, prije svega, organizovanog kriminaliteta i terorizma, ali i usklađivanja sa međunarodnim pravnim dokumentima u ovoj oblasti¹, a naročito sa Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta iz 2000. godine². Pošto se njihovom primjenom privremeno ograničavaju osnovna ljudska prava i slobode u postupku prikupljanja podataka i dokaza neophodnih za sprovođenje krivičnog postupka (Taylor, 2002: 68), postavljaju se zahtjevi za njeno regulisanje u okvirima pravne države (Milošević, Matić, 2007:10-11) i vladavine prava (Siječić *et al.*, 2005:350). To se postiže propisivanjem posebnih istražnih radnji isključivo zakonom (princip zakonitosti), samo u onim slučajevima u kojim se na drugi način, blažim dokaznim radnjama, ne mogu da prikupe i obezbijede dokazi neophodni za uspješno vođenje krivičnog postupka (princip supsidijarnosti) (Bejatović, 2005:65-93). Pored toga, njihova primjena podrazumijeva da treba postojati srazmjera između povrede sloboda i prava građana (Solove, 2007: 753) i težine krivičnih djela (Banović, 2013:148-171) u čijem otkrivanju i dokazivanju se one primjenjuju (princip srazmjer-

1 Prvi od međunarodnih dokumenata koji je normirao neku od posebnih istražnih radnji bila je Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstancija iz 1988. godine. Njome je definisana i uvedena (član 11) „kontrolisana isporuka” koja označava tehniku istrage kojom se nezakonitim ili sumnjivim pošiljkama narkotika, psihotropnih supstanci, supstanci iz Tabele I i Tabele II, datih uz ovu konvenciju, ili supstanci koje ih zamjenjuju dozvoljava da nastave put, pređu preko teritorije ili uđu na teritoriju jedne zemlje ili više zemalja, uz znanje i pod nadzorom njihovih nadležnih organa, radi identifikacije lica umiješanih u činjenje prekršaja utvrđenih u skladu sa članom 3 stav 2 ove konvencije. Vidi United Nations Convention Against Illicit Traffic In Narcotic Drugs And Psychotropic Substances, Vienna, 20 December 1988. Dostupno putem interneta: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20I/Chapter%20VI/VI-19.en.pdf>, pristupljeno 11.10.2018.

2 Ovom konvencijom su propisane mogućnosti primjene „specijalnih istražnih tehnika” tako što, ako to dozvoljavaju osnovni principi njenog domaćeg pravnog sistema, svaka država potpisnica, u okviru svojih mogućnosti i pod uslovima propisanim njenim domaćim zakonodavstvom, preduzima neophodne mjere da omogući odgovarajuće korišćenje kontrolisane isporuke i, tamo gdje procijeni da je to cjelishodno, korišćenje drugih specijalnih istražnih tehnika, kao što su elektronsko praćenje ili drugi oblici nadzora i tajne operacije, od nadležnih organa na njenoj teritoriji za potrebe efikasne borbe protiv organizovanog kriminala (član 20). Vidi United Nations Convention Against Transnational Organized Crime, New York, 15 November 2000. Dostupno putem interneta: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XVIII/XVIII-12.en.pdf>, pristupljeno 11.10.2018.



nosti), kao i to da je sud jedini organ koji odobrava kako primjenu ovih mjera, tako i kontrolu zakonitosti njihove primjene (princip sudskog nadzora) (Šikman, 2011:306).

Osim navedenih načela, koja su opšteg karaktera, postoje i druga načela, koja se izdvajaju kao specifična za krivični postupak u kome se primjenjuju posebne istražne radnje: (1) načelo specijalizacije službenih aktera - u krivičnim predmetima službena lica treba da budu posebno specijalizovana za rad u postupanju u krivičnim predmetima za najteže oblike kriminala, (2) načelo zbornosti i profesionalnosti - podrazumijeva zborni sastav suda, i to sudija koje su specijalizovane za rad u predmetima najtežeg oblika kriminaliteta, (3) načelo hitnosti kojim zakonodavac želi da ukaže na svoju riješenost da se postupak vodi brzo i energično, (4) načelo čuvanja službene tajne pri čemu se polazi od činjenice da podaci moraju da predstavljaju tajnu i da budu dostupni najužem krugu službenih lica (Antonić, Mitrović, 2012:23). Takođe, trajanje mjera mora da bude vremenski ograničeno i moraju da postoje posebno opravdani razlozi za produženje naložene mjere (Roagna, 2012: 32).

U aktuelnoj teoriji i praksi ljudskih prava, kao i u presudama Evropskog suda za ljudska prava³ više niko i ne osporava da je potrebno njihovo veće ili manje ograničavanje ljudskih prava u situacijama kada se to čini radi zaštite izvjesnih opštepoznatih i opšteprihvaćenih demokratskih vrijednosti⁴. Međutim, to istovremeno ne znači da države imaju neograničeno diskreciono pravo da svoje građane podvrgnu tajnom nadzoru (Radivojević, 2013: 475-492), već da moraju, bez obzira na to za koji se oblik tajnog nadzora opredijele, da utvrde odgovarajuće i efikasne garancije zaštite od njihove zloupotrebe⁵. U prilog tome ide i činjenica da je krivičnopravna represija legitimna samo ako služi zaštititi osnovnih prava čovjeka i onih društvenih dobara koji su u funkciji ostvarivanja tih prava (Stojanović, 2009:368). Pored toga, da bi državni organi *conditio sine qua non* mogli efikasno da se suprotstave organizovanom kriminalitetu i drugim oblicima teškog kriminaliteta, treba da im se obezbijede posebne garancije nezavisnosti i samostalnosti, bez kojih krivično pravosuđe za borbu protiv organizovanog kriminaliteta i korupcije neće moći da ostvaruje svoju nadležnost u punoj mjeri (Ilić, Bošković, 2015:4).

3 Dalje, Evropski sud.

4 To je sadržano i u članu 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda koji propisuje da svaki čovjek ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske (stav 1) i reguliše da se javne vlasti neće miješati u vršenje ovog prava, osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih (stav 2). Svrha ovog člana jeste da zaštiti pojedinca od svojevrijednih poteza javnih vlasti.

5 To se postiže označavanjem kruga lica prema kojima može da se primijeni takva mjera, prirode krivičnih djela koja pružaju osnov za to, vremenske granice trajanja mjere, uslova za sastavljanje zapisnika o preduzetoj mjeri, načina kontrole zapisnika, kao i da se predvide razlozi za brisanje i uništavanje prikupljenog materijala. Navedeni stavovi izraženi su i u presudama Evropskog suda kao što su: *Klas i drugi protiv Njemačke*, 1978., *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 1984., *Huvig protiv Francuske*, 1990., *Kruslin protiv Francuske*, 1990. itd.



2. Međunarodnopravni aspekt

Osnovni razlozi krivičnoprocesnog normiranja posebnih istražnih radnji jesu prihvatanje postojanja organizovanog kriminaliteta i terorizma koji po svojim posljedicama i sveukupnom učinku na zajednicu zahtijevaju usklađeno djelovanje svih državnih organa na nacionalnom, ali i međunarodnom nivou (Kilkelly, 2001: 66). Prekretnicu i inspiraciju nacionalnim zakonodavstvima predstavlja Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta; za države članice Evropske unije Amsterdamski ugovor⁶, a za članice Savjeta Evrope niz preporuka o politici suzbijanja kriminaliteta, postupanja prema žrtvama i svjedocima i oduzimanju imovinske koristi kao što su, npr. Preporuka R (96) 8 o suzbijanju organizovanog kriminaliteta, te druga dokumenta koja imaju značaj za primjenu. Na uvođenje posebnih istražnih radnji države obavezuju i pojedina međunarodna dokumenta kao što su Konvencija o pranju, traganju i privremenom oduzimanju prihoda stečenih krivičnim djelom⁷, Konvencija UN protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstancija⁸, Krivičnopravna konvencija protiv korupcije⁹, Konvencija o Evropolu¹⁰ i sl.

Ove konvencije i preporuke polaze od pretpostavke da efikasno suprotstavljanje organizovanom kriminalitetu nije moguće ostvariti primjenom „klasičnih” tradicio-

6 Ugovor iz Amsterdama (Treaty of Amsterdam - Traité D'Amsterdam) potpisan je 2. oktobra 1997., a stupio je na snagu 1. maja 1999. godine. Ovim ugovorom izvršene su izmjene i dopune odredbi Ugovora o Evropskoj uniji (1992/1993. godine) i Ugovora o Evropskoj zajednici. Cilj Ugovora iz Amsterdama bio je stvaranje političkih i institucionalnih preduslova kako bi Evropska unija mogla da se suoči sa izazovima kao što su: globalizacija ekonomije i njen uticaj na zapošljavanje, borba protiv terorizma, međunarodnog kriminaliteta i trgovine drogama, problemi u vezi sa životnom okolinom, te izazovi petog kruga proširenja. Dostupno putem Interneta: <http://www.dei.gov.ba/dokumenti/default.aspx?id=4890&langTag=bs-BA>, pristupljeno 14.10.2018.

7 Convention on Laundering, Search, Seizure and Confiscation of the Proceeds from Crime, Strazbourg, od 8. novembra 1990. godine, stupila na snagu 1. septembra 1993. godine, u odnosu na BiH stupila na snagu 1. jula 2004. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH - Međunarodni ugovori” broj 4/06.

8 United Nation Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances, Beč, od 20. decembra 1988. godine, stupila na snagu 11. novembra 1990. godine, BiH je članica ove konvencije na osnovu sukcesije, tekst objavljen u „Službenom listu SFRJ - Međunarodni ugovori” broj 14/90.

9 Criminal Law Convention on Corruption, Strazbourg, od 27. januara 1999. godine, stupila na snagu 1. jula 2002. godine, u odnosu na BiH stupila na snagu 1. jula 2002. godine, objavljena u „Službenom glasniku BiH” broj 36/01.

10 Evropska policijska kancelarija - Evropol je ustanovljena 7. februara 1992. godine, na osnovu Mاستrihtskog međudržavnog sporazuma Evropske unije. Počeo je djelovati 3. januara 1994. godine. Njegovo djelovanje najprije je bilo usmjereno na borbu protiv neovlašćene proizvodnje i prometa droga, ali se njegova aktivnost postepeno širila na druga područja kriminaliteta. U sadašnjem obimu svoju djelatnost počeo je da obavlja 1. jula 1999. godine, putem Konvencije o formiranju Evropske policijske kancelarije (Konvencija o Evropolu) koju su u ljeto 1998. godine ratifikovale sve države članice Evropske unije. Pravni osnov Evropola je 1. januara 2010. godine bio izmijenjen, a Konvencija o Evropolu je zamijenila Odluku Savjeta o uspostavljanju Evropske policijske kancelarije (Evropol), na osnovu koje je Evropol postao agencija Evropske unije i radio do 1. maja 2017. godine, kada je stupio na snagu novi pravni osnov - Uredba o Evropolu (2016/794). Dostupno putem Interneta: <https://www.policija.si/index.php/mednarodno-sodelovanje/evropol>, pristupljeno 17.10.2018.



nalnih dokaznih metoda. Tradicionalni metodi suprotstavljanja kriminalitetu, posebno organizovanom, nisu u potpunosti djelotvorni i efikasni u suzbijanju ove negativne društvene pojave. Stoga je nužno koristiti savremene metode zasnovane na naučnim i tehničkim dostignućima (Kovačević, 2014: 164-179).

Osnovne dokazne teškoće, kada je riječ o organizovanom i drugim oblicima teškog kriminaliteta, suštinski proizilaze iz njegovih dominantnih fenomenoloških obilježja. Za mnoga krivična djela koja se ubrajaju u dijapazon ispoljavanja ovog kriminalnog fenomena karakteristično je odsustvo žrtve u klasičnom smislu riječi. Naime, radi se o tzv. konsenzualnom kriminalitetu ili deliktima bez žrtve (*victimless crimes*), kakve su djelatnosti ilegalne trgovine narkoticima, oružjem, zlatnim nakitom, nuklearnim materijalima, automobilima, kreditnim karticama, ali i prostitucija, dječija pornografija i sl. Značajna karakteristika ovih inkriminacija jeste njihovo prikriveno ispoljavanje. Odsustvo neposrednih svjedoka - žrtve ili oštećenog, odnosno informacija o samom mjestu zločina i materijalnih tragova na njemu, uz zakon ćutanja koji vlada u miljeu organizovanog kriminaliteta, uzrokovali su da se kao najprimjereniji metodi njegovog dokazivanja koriste upravo oni koji su u svom neposrednom manifestovanju sposobni da obezbijede relevantna saznanja (činjenice, dokaze). S druge strane, primjena ovih metoda u demokratskim društvima zahtijeva dobijanje „licence” legalnosti i legitimnosti primjene, pri čemu prva od njih upravo podrazumijeva precizno pravno normiranje u procesnom zakonodavstvu (Antonić, Mitrović, 2012:115).

Smatra se da su SAD tvorac modernih posebnih prikrivenih metoda u suzbijanju organizovanog kriminaliteta, a kao posebne istražne radnje koriste se: računarska usaglašenost, policijski nadzor, upotreba prikrivenih istražilaca i službenih lica kojima je povjerena posebna dužnost (*confident*), nadzor nad komunikacijama, nadzor uz upotrebu audio-video snimanja, simulirano potkupljivanje, nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela. Navedene radnje sprovode se na osnovu naloga suda, osim službenog nadzora koji se obavlja na javnim mjestima - u okviru redovne policijske djelatnosti. Posebno je razrađena upotreba prikrivenih istražilaca pri čemu postoji nekoliko važnih problema od kojih se ističu zabrana podsticanja na počinjenje krivičnog djela (*entrapment*), te mogućnost odbrane optuženog pozivajući se na to da je naveden na počinjenje krivičnog djela. U tom kontekstu izrađeni su tzv. objektivni kriterijumi za procjenjivanje da li bi okrivljeni djelo počinio i bez policijskog istražioca.

U Engleskoj i Velsu kao posebne dokazne mjere primjenjuju se upotreba službenog lica kome je povjerena posebna dužnost, nadzor i tajna pratnja, upotreba tehničkih sredstava, elektronski nadzor telekomunikacija, prikriveni istražioci i računarsko sravnjenje podataka. Njihova upotreba regulisana je sa *Investigatory Powers Act*-om iz 2016. godine¹¹.

11 *Investigatory Powers Bill 2015-16 to 2016-17. UK Parliament.* Dostupno putem Interneta: [https:// www.parliament.uk/business/news/2016/march/investigatory-powers-bill-commons-second-reading/](https://www.parliament.uk/business/news/2016/march/investigatory-powers-bill-commons-second-reading/), pristupljeno 17.10.2018.



Italijanski Zakon o krivičnom postupku (*Codice di procedura penale*) iz 1988. godine¹² uređuje primjenu posebnih dokaznih radnji kao sekvestraciju (čl. 253-265) u okviru kojih se reguliše i zadržavanje pisama i drugih pošiljki, kao i presretanje telefonskih razgovora i drugih (informatičkih) oblika komunikacije i prenošenja podataka (čl. 266-271). Primjenjuju se i radnje policijskog nadzora, tajnih pratnji i tehničkog snimanja lica, simulirano potkupljivanje, simulirani otkup predmeta krivičnog djela koje je u vezi s krijumčarenjem oružja, municije, eksploziva i droge, te nadzirana isporuka predmeta krivičnog djela. Kao posebna radnja postoji svjedočenje pokajnika - pentit.

Njemački Zakon o krivičnom postupku (*Strafprozessordnung* - StPO¹³) kao posebne mjere normira: sravnjivanje podataka - Rasterfahndung (član 98a), oduzimanje poštanskih pošiljki - *Postbeschlagnahme* (član 99), nadzor nad telekomunikacijama - *Telekommunikationsüberwachung* (član 100a), audio-snimanje i video-snimanje bez znanja lica (član 100a), upotrebu prikrivenih istražilaca - *Verdeckter Ermittler* (član 110a), organizovani službeni nadzor - policijski nadzor - *Ausschreibung zur Beobachtung bei polizeilichen Kontrollen* (član 163e) i nadziranu isporuku predmeta krivičnog djela. Kompjutersko sravnjivanje podataka nalaže sud, a izuzetno tužilac - uz naknadnu konvalidaciju suda. Upotreba prikrivenih istražilaca uključuje i njihovo pravo da učestvuju u pravnom prometu, te da sklapaju i fiktivne pravne poslove, kao i izmjenju njihovog stvarnog identiteta.

U Austriji posebne mjere mogu da budu prividne i posebne. Prividne mjere su opservacija, prikrivene istrage i sklapanje prividnog posla. Posebne mjere su zadržavanje pisama i drugih pošiljki koje su upućene okrivljenom, ili ih on upućuje drugim licima, prikupljanje obavještenja i podataka koji se odnose na određene lokacije i prenos podatka, nadzor nad prenosom poruka i komunikacije i sravnjenje podataka uz računarsku podršku. Ove mjere su normirane Zakonom o krivičnom postupku (*die österreichische Strafprozessordnung*¹⁴). Pri provođenju prikrivenih istraga dopušteno je, prema odredbama Zakona o bezbjednosnoj policiji - *das Sicherheitspolizeigesetz* - SPG¹⁵ (član 54a), izdavati isprave kojima se stvara lažni identitet određenog organa kriminalističke policije, te ih koristiti u pravnom prometu radi postizanja cilja istrage.

12 Dostupno putem Interneta: http://www.latribuna.it/sites/default/files/libri/capitoli/PaggSTM_CodProcPenILL_2014.pdf, pristupljeno 17.10.2018.

13 Dostupno putem Interneta: <http://www.gesetze-im-internet.de/stpo/BJNR006290950.html>, pristupljeno 19.10.2018.

14 Dostupno putem Interneta: www.worldcat.org/title/osterreichische-strafprozessordnung..., pristupljeno 19.10.2018.

15 Dostupno putem Interneta: www.worldcat.org/title/osterreichische-sicherheitspolizeigesetz..., pristupljeno 19.10.2018.



3. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

Koliko je značajno pažljivo postupati u utvrđivanju nužnosti primjene posebnih istražnih radnji pokazuje i praksa Evropskog suda, koji je u više presuda ustanovio pravila za primjenu mjera tajnih opservacija. Pošto one ograničavaju ustavno pravo na nepovredivost privatnog i porodičnog života iz člana 8 stav 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda¹⁶ (u koje se ubrajaju i prava na nepovredivost stana i tajnost prepiske i drugih načina opštenja), te mjere su načelno dopuštene samo u izuzetnim slučajevima iz stava 2 istog člana Konvencije: ako su u demokratskom društvu nužne, pored ostalog, radi „interesa državne bezbjednosti, javnog reda i mira i radi sprečavanja nereda i zločina”. Pri tome države mogu samostalno da odrede pretpostavke za primjenu tih mjera, ali je ta samostalnost ograničena konvencijskim načelima koja građanima garantuju adekvatna i efikasna jamstva protiv samovolje i zloupotrebe¹⁷. Ta načela, pored pomenutog načela srazmjernosti¹⁸, uključuju: a) postojanje zakonskog osnova za tajne opservacije¹⁹, koji (osnov) mora da bude „pristupačan i precizan” za građane, a ne da se sastoji, npr., samo od nepredvidivih administrativnih običaja, b) takav da dovoljno jasno odredi obim i način primjene diskrecionih ovlašćenja državnih organa koji te mjere primjenjuju²⁰, c) određivanje kruga lica koja mogu da budu podvrgnuta tajnoj opservaciji, d) određivanje krajnjeg roka primjene, e) uređenje postupka kontrole u toku primjene mjere, uključujući sastavljanje izvještaja o izvršenju mjere, zaštiti tajnosti njenih rezultata i njihovom uništavanju nakon obustavljanja postupka ili izricanja oslobađajuće presude²¹.

Na zahtjev Evropskog suda da odredbe o sprovođenju tajnih dokaznih radnji budu precizne nadovezuje se i zahtjev da one budu predvidljive. Dakle, regulativa mora biti tako koncipirana da građanin s određenim stepenom sigurnosti može predvidjeti da će, u slučaju njegovog ponašanja na određeni način, radnjama nadležnih organa možda biti narušena njegova privatnost. Građanin bi, takođe, trebalo da ima i predstavu o mogućim srazmjerama narušavanja privatnosti. Razumije se da se ne može očekivati da građanin sve ovo predviđa s potpunom izvjesnošću, jer bi onda i primjena mjera tajnog nadzora bila obesmišljena, ali propisi bi trebalo da logičkim putem navode na određene zaključke. U vezi s navedenim, u slučaju *Huvig protiv Francuske*²² utvrđena

16 U daljem tekstu: Evropska konvencija.

17 Presuda *Klass and others v. Federal Republic of Germany*, Series A, No 28, (1979-80) 2 EHRR 214, 6 September 1978. (koja se odnosi na tajni nadzor nad telekomunikacijama).

18 Primijenjeno na slučaj organizovanog kriminala u presudi *Malone v. the United Kingdom*, application no. 8691/79, 2 August 1984.

19 Konvencija pojam zakona tumači i kao podzakonske propise i sudske precedente kao izvore prava - *Kruslin v. France*, Series A No 176-B, Application No 11801/85, 12 EHRR 547, 24 April 1990.

20 *Malone*, § 68, *Kruslin*, §§ 30, 36.

21 *Kruslin*, § 35; *Huvig v. France*, 1990, § 34.

22 *Huvig protiv Francuske*, predstavka broj 11105/84, presuda od 24. aprila 1990. godine.



je povreda prava na privatnost usljed nedovoljne predvidljivosti i određenosti propisa kojima je bilo uređeno preduzimanje posebnih dokaznih radnji, konkretno telefonskog prisluškivanja. Naime, supružnici, podnosioci predstave, bili su osumnjičeni za krivično djelo poreske utaje u vezi sa svojim privatnim biznisom, pa je istražni sudija naložio opsežno prisluškivanje i transkribovanje svih njihovih kako službenih tako i privatnih razgovora u toku jednog dana. Iako supružnici nisu osuđeni na osnovu tako sprovedenih dokaznih radnji, Evropski sud je utvrdio da u ovom slučaju nisu bili ispoštovani standardi u vezi s preciznošću i predvidljivošću (Sindelić, 2012: 13).

U praksi Evropskog suda smatra se da su proaktivne djelatnosti tajnih policijskih isljednika saglasne Konvenciji ukoliko ne pređu u djelatnost „agenta provokatora”. Precedentnu odluku u pogledu dopuštenosti upotrebe prikrivenih isljednika Sud je donio u presudi *Texeira de Castro v. Portugal*²³ (1998), kojoj je prethodila presuda *Lüdi v. Switzerland*²⁴ (1992). U posljednjem predmetu policija je na osnovu sudske naredbe najprije zakonito prisluškivala telefon lica osumnjičenog za preprodaju opojnih droga, nakon čega je odredila jednog svog službenika da, kao prikriveni isljednik, pokuša da kupi od osumnjičenog određenu količinu droge. Njihovi razgovori su tajno snimljeni i na osnovu tako prikupljenih dokaza osumnjičeni je kasnije bio osuđen. Njegovu pritužbu podnesenu zbog povrede prava na tajnost ličnog života iz člana 8 Konvencije Sud je odbio zbog toga što je ocijenio da je korišćenje tajnog isljednika, kao samostalne mjere ili u kombinaciji sa zakonitim prisluškivanjem, dopušteno prema članu 8 stav 2 Konvencije, jer je djelatnost osumnjičenog, prema švajcarskom krivičnom zakonu, bila kriminalna. Preprodajom droge on je svjesno rizikovao da „naleti” na policijskog službenika kome je zadatak da otkriva i hvata učinioce krivičnih djela, pa zbog toga takva djelatnost ne predstavlja neovlašćeno zadiranje u privatni život (§§ 9-13, 40 i 41).

Međutim, ova presuda nije precizirala pretpostavke za preduzimanje mjera tajnih proaktivnih istraživanja, pa je Evropski sud morao da ih ustanovi u presudi *Texeira de Castro*, koja se odnosila na slučaj u kome su dvojica policijskih agenata osumnjičenom, saznajući da je preprodavac droge, ponudili da otkupi određenu količinu heroina, te ga prilikom te transakcije uhapsili. Nakon što su portugalski sudovi odbili prigovor osumnjičenog da su policijski agenti djelovali bez sudske naredbe i da se osuda zasniva na rezultatu djelovanja agenta provokatora (uprkos zabrani portugalskog zakona da se dokaz pribavljen krivičnim djelom smatra neupotrebljivim u postupku), Evropski sud je prihvatio njegovu pritužbu, ustanovljavajući da je Portugalija, mada se svaka država u ranim fazama krivičnog postupka može legitimno služiti i proaktivnim metodima istraživanja težih krivičnih djela, propustila da detaljnije uredi taj metod i da je time povrijedila pravo okrivljenog na pravičan postupak (član 6 stav 1 Konvencije).

23 Application No 44/1997/828/1034, 9 June 1998.

24 Application No. 12433/86, 15 June 1992.



U presudi *Lagutin i ostali protiv Rusije*²⁵ od 24. aprila 2014. godine Evropski sud je istakao da, s obzirom na to da je pred domaćim sudovima iznesena tvrdnja da prikriveni policijski službenici i doušnici nisu postupali na pasivan način, sudovi su bili dužni da u kontradiktornom postupku ispitaju razloge zbog kojih je klopka određena, u kojoj mjeri je policija učestvovala u simuliranoj kupovini i prirodu podsticaja da se počini krivično djelo kojem su podnosioci bili izloženi. Međutim, domaći sudovi se nisu upuštali u ispitivanje istinitosti policijskih navoda iz kojih proizilazi da je prikrivena policijska radnja izvršena na osnovu prethodno prikupljenih obavještenja, već su prihvatili neutvrđene izjave policije da su imali opravdane razloge da sumnjaju u podnosioca zahtjeva. Činjenica da domaći sudovi nisu ispitali ove policijske navode koji su, prema mišljenju Evropskog suda, bili sastavni dio odluke o krivici podnosilaca, ugrozila je ishod samog postupka. Postupak nije sproveden u skladu s načelom poštenog suđenja i, posebno, načelom kontradiktornosti postupka i „jednakosti oružja” između odbrane i tužilaštva. Saglasno navedenom, Evropski sud je ustanovio da je u ovom predmetu došlo do povrede člana 6 Evropske konvencije.

Njemački sudovi u krivičnom postupku nisu smjeli da koriste dokaze koje su prikriveni istražiocu pribavili podsticanjem okrivljenog da počini krivično djelo - odlučio je Evropski sud u presudi *Furcht protiv Njemačke*²⁶ od 23. oktobra 2014. godine. U ovom predmetu Evropski sud je ispitivao da li je krivični postupak protiv podnosioca zahtjeva bio pošten, te da li može podnosilac i dalje da tvrdi da je žrtva povrede u smislu člana 34 Konvencije (pravo na pojedinačni zahtjev), budući da su njemački sudovi prethodno utvrdili da su privatni istražiocu podsticali podnosioca da počini krivično djelo, te su zbog toga podnosioca otpustili sa izdržavanja kazne zatvora nakon što je izdržao dvije trećine izrečene kazne. U odnosu na prvo pitanje, Sud je ustanovio da je mjera kojom je naložena upotreba prikrivenih istražilaca - prekoračila granice pasivne istrage kriminalne aktivnosti. Mjera je, zaista, dovela do podsticanja da se počini krivično djelo na način kako je to definisano praksom Suda u smislu člana 6 Konvencije. Štaviše, u krivičnom postupku protiv podnosioca nadležni sud je upotrijebio dokaze koje su prikriveni istražiocu prikupili podsticanjem na počinjenje krivičnog djela.

U presudi *Bašić v. Croatia*²⁷ od 25. oktobra 2016. godine predmet se odnosio na policijski nadzor podnosioca zahtjeva i korišćenje informacija dobijenih nadzorom u krivičnom postupku protiv njega. Evropski sud je primijetio da sudska praksa hrvatskih sudova dopušta mogućnost da dozvola za nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora uopšte ne bude obrazložena, što otvara široku mogućnost zloupotrebe te tajne mjere. Time je, zaključio je Evropski sud, povrijeđeno aplikantovo pravo na poštivanje njegovog privatnog života i korespondencije (član 8 Konvencije). Međutim,

25 Aplikacije br. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 i 7451/09.

26 Aplikacija broj 54648/09.

27 Aplikacija broj 22251/13.



Evropski sud je utvrdio i da, zbog korišćenja rezultata tih tajnih mjera tokom krivičnog postupka - aplikantu nije povrijeđeno pravo na pošteno suđenje (član 6 Konvencije). Razlog je što to nisu bili jedini dokazi protiv tužioca, a tokom samog suđenja imao je mogućnosti da ospori činjenice utvrđene tim tajnim mjerama.

U presudi *Kaçan v. Turkey*²⁸ od 12. jula 2016. godine Evropski sud je istakao da se domaći sudovi nisu oslonili samo na snimke već su ispitivali i konzistentnost činjenica, uzimajući u obzir protok droge, razgovore aplikanta i razgovore između ostalih osumnjičenih. U pogledu argumenta da tumačenje tih razgovora nije bilo ispravno, Evropski sud je smatrao da su domaći sudovi u najboljoj poziciji da ocijene značenje aplikantovih razgovora i dokaza u spisu koji se odnose na te razgovore. U spisu ne postoje dokazi da ispitivanje dokaza nije sprovedeno temeljito.

Jedan od predmeta koji je privukao najviše pažnje evropske javnosti je bio *Big Brother Watch and Others protiv UK*²⁹ od 3. novembra 2017. godine u kome je Evropski sud utvrdio povredu čl. 8 i 10 Konvencije zbog masovnih presretanja komunikacije. U pogledu prava na privatnost, istaknuto je da zakonsko uporište za miješanje u ovo pravo ne zadovoljava kriterijume kvaliteta zakona, s obzirom na to da nije postojao nezavisan nadzor nad procesima odabira i pretraživanja, naročito kada je riječ o odabiru imalaca pristupa internetu za presretanje i odabiru selektora i kriterijuma za pretraživanje, za filtriranje i odabir presretnutih komunikacija za ispitivanje. Pored toga, nisu postojale stvarne zaštitne mjere primjenjive na odabir povezanih komunikacionih podataka za ispitivanje, iako bi ti podaci mogli otkriti mnogo o navikama lica i njegovim kontaktima. Drugi osnov po kojem je utvrđena povreda člana 8 bila je zakonska mogućnost širokog raspona javnih organa koji mogu zatražiti od komunikacionih kompanija pristup komunikacionim podacima u različitim, loše definisanim okolnostima. Evropski sud je utvrdio da nisu postojale zaštitne mjere, kao što je pregled takvog pristupa koji bi obavio sud ili samostalni upravni organ. Sud je ipak utvrdio da je podjela obavještajnih podataka s drugim obavještajnim agencijama zadovoljila kriterijume iz člana 8. Pored povrede člana 8, Sud je utvrdio i povredu člana 10 jer masovno presretanje komunikacije nije uspostavilo dovoljan nivo zaštite novinarskih izvora ili povjerljivog novinarskog materijala. Sud je istakao posebnu zabrinutost zbog nedostatka zaštitnih mjera koje se odnose na okolnost u kojoj bi povjerljiv novinarski materijal mogao biti namjerno odabran za ispitivanje i zaštite njegove povjerljivosti. S obzirom na učinak zastrašivanja koji bi moglo imati na slobodu medija, svako uočeno miješanje u povjerljivu novinarsku komunikaciju i posebno u njihove izvore, Sud je zaključio da je masovno presretanje komunikacije bilo protivno slobodi izražavanja. Takođe, u pogledu zahtjeva za pristup komunikacionim podacima

28 No. 58112/09.

29 Aplikacija br. 58170/13, 62322/14 i 24960/15.



koji su u posjedu komunikacionih kompanija, Sud je utvrdio da se relevantni zaštitni mehanizmi primjenjuju samo kada je svrha takvog zahtjeva bila otkrivanje identiteta novinarskog izvora. Nisu se primjenjivali u svakom slučaju gdje je postojao zahtjev za pristup novinarskim komunikacionim podacima i sporedni upad bio vjerovatan (Išerić, 2018: 97–110).

4. Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud Bosne i Hercegovine³⁰ je bio preokupiran i važnim ustavnim sporovima u vezi sa primjenom posebnih istražnih radnji. Ispunjavajući svoju misiju u vezi sa pravnom državnošću, a u kontekstu nekad napetih odnosa sa nacionalnim zakonodavnim, izvršnim i sudskim vlastima, vrlo je aktuelan i odnos Ustavnog suda prema Evropskom sudu za ljudska prava, ali i prema praksi Evropskog suda pravde koji ima primat u harmonizaciji nacionalnih pravnih sistema sa primarnim i sekundarnim pravom Evropske unije. To važi i za ustavne sudove država koje nisu članice Unije. Međutim, glavni zadatak biće rješavanje problema hiperinflacije apelacija koja prijeti da uruši funkcionalnu sposobnost Ustavnog suda i parališe njegov rad.

Ustavni sud podsjeća da telefonski razgovori, iako nisu izričito navedeni, potpadaju pod pojam privatnog života i korespondencije u smislu člana 8 Evropske konvencije, te da presretanje telefonskih razgovora predstavlja miješanje javnih vlasti u pravo na poštovanje privatnog života³¹. Uz to, „privatni život” je širok pojam koji nije podložan iscrpnoj definiciji i bilo bi suviše restriktivno ograničavati pojam „privatni život” na „unutrašnji krug” u kom pojedinac može da živi svoj lični život onako kako sam izabere i iz njega isključi čitav spoljni svijet koji nije obuhvaćen tim krugom³². Tako je članom 8 zagarantovano pravo na „privatni život” u širem smislu, uključujući pravo na vođenje „privatnog društvenog života”, odnosno mogućnost za pojedinca da razvije svoj društveni identitet. U tom smislu, ovo pravo garantuje mogućnost pristupa drugima kako bi se uspostavile i razvile veze s njima³³. Nadalje, pojam „privatni život” može uključivati profesionalne aktivnosti ili aktivnosti koje se vrše u javnom kontekstu³⁴. U svakom slučaju, za većinu ljudi značajna je, ako ne i najveća, mogućnost da odnose sa

30 U daljem tekstu: Ustavni sud.

31 Vidi Evropski sud, *inter alia*, *Klass i drugi protiv Njemačke*, presuda od 6. septembra 1978. godine, p. 21, stav 41; *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 2. avgusta 1984. godine, serija A, no. 82, pp. 30-31, stav 64 i *Lambert protiv Francuske*, presuda od 24. avgusta 1998. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-V, pp. 2238-39, stav 21.

32 Vidi Evropski sud, pored ostalih, *Niemietz protiv Njemačke*, presuda od 16. decembra 1992. godine, stav 29.

33 Vidi Evropski sud, *Bărbulescu protiv Rumunije* [VV] (br. 61496/08, 5. septembar 2017. godine, stav 70, sa referencama na relevantnu praksu Evropskog suda.

34 Vidi citiranu, *Bărbulescu*, stav 71, sa referencama na relevantnu praksu Evropskog suda.



spoljnim svijetom razviju tokom radnog vijeka i nije uvijek moguće jasno razlikovati koja od aktivnosti pojedinca predstavlja dio njegovog profesionalnog života, a koja ne³⁵. Stoga, postoji zona interakcije lica s drugima, čak i u javnom kontekstu, koja se može svrstati pod „privatni život”³⁶, a profesionalni život je njegov dio³⁷.

Ustavni sud nadalje podsjeća da je u predmetu koji se ticao tajnog video-nadzora aplikantkinje na njenom radnom mjestu po instrukciji njenog poslodavca, a nakon što je utvrđen manjak i gubitak u odjeljenju prodavnice u kojoj je radila (sumnja da je u obavljanju radnih zadataka počinila krađu), Evropski sud zaključio da tajni video-nadzor koji je trajao tokom 40 časova, bilježenje ličnih podataka, pregledanje snimaka od trećih lica bez njenog znanja i pristanka, korišćenje video-zapisa kao dokaza u postupku pred sudom za radne sporove i odbijanje domaćeg suda da unište video-zapise rezultiraju ozbiljnim miješanjem u njeno pravo na privatni život³⁸.

Ustavni sud, isto tako, podsjeća da je Evropski sud u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*³⁹, razmatrajući navode aplikanta u vezi s povredom člana 8 Evropske konvencije u povodu sprovođenja mjera tajnog nadzora u kontekstu krivičnog postupka, definisao osnovne principe na sljedeći način:

„80. Izraz ‘u skladu sa zakonom’, na osnovu člana 8 stav 2, u načelu zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni osnov u domaćem propisu; takođe se odnosi i na kvalitet predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava, te dostupan licu na koje se odnosi, koje mora, štaviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava⁴⁰.

81. Posebno u kontekstu tajnih mjera nadzora, poput presretanja komunikacije, ‘uslov pravne predvidivosti’ ne može značiti da bi pojedinac trebao biti u stanju da predvidi kad će vlasti vjerovatno presresti njegovu komunikaciju kako bi u skladu s tim mogao prilagoditi svoje ponašanje. Međutim, kad se ova ovlašćenja izvršavaju u tajnosti, opasnost od proizvoljnosti je očita. Prema tome, domaći zakon mora biti dovoljno jasan u svom određenju kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima organi javne vlasti imaju ovlašćenje da posegnu za takvim mjerama⁴¹.

35 Vidi citiranu, *Niemietz*, stav 29.

36 Vidi Evropski sud, *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (broj 44647/98, st. 57-58, ECHR, 2003-I).

37 Vidi Evropski sud, *Fernández Martínez protiv Španije* [VV] (broj 56030/07, stav 110 *in fine*, ECHR 2014 (izvodi).

38 Vidi Evropski sud, *Köpke protiv Njemačke*, aplikacija broj 420/07 od 5. oktobra 2010. godine.

39 Presuda od 15. januara 2015. godine.

40 Vidi, primjera radi, *Kruslin protiv Francuske*, 24. april 1990, stav 27, serija A, br. 176-A.

41 Vidi, primjera radi, *Malone*, citirano, stav 67; *Huvig protiv Francuske* od 24. aprila 1990, stav 29, serija A, br. 176-B; *Valenzuela Contreras protiv Španije* od 30. jula 1998, stav 46, Izvještaj o presudama i odlukama 1998-V; *Weber i Saravia protiv Njemačke* (odluka), broj 54934/00, stav 93, ECHR 2006 XI i *Bykov protiv Rusije* [VV], broj 4378/02, stav 76, od 10. marta 2009. godine.



82. U tom pogledu Sud je takođe naglasio potrebu za zaštitnim mjerama⁴². Konkretno, budući da sprovođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi nije podložno preispitivanju od strane lica na koja se ono odnosi ili šire javnosti, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlašćenja. Posljedično, zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim organima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jemči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja⁴³.

83. Nadalje, s obzirom na opasnost od toga da sistem tajnog nadzora za zaštitu državne bezbjednosti ugrozi ili čak uništi demokratiju pod plaštom njenog branjenja, Sud mora biti uvjeren da postoje jemstva protiv zloupotrebe koja su primjerena i učinkovita. Ta procjena zavisi od svih okolnosti predmeta, poput prirode, obima i trajanja mogućih mjera, osnova potrebnog za njihovo nalaganje, organa vlasti nadležnih za dozvoljavanje, sprovođenje i nadziranje tih mjera, te vrste pravnih lijekova koje nacionalno pravo predviđa⁴⁴.

84. To je posebno značajno za pitanje da li je miješanje bilo 'nužno u demokratskom društvu' za ostvarivanje legitimnog cilja, s obzirom na to da je Sud presudio da su ovlašćenja nalaganja tajnog nadzora nad građanima dozvoljena prema članu 8 samo u onoj mjeri u kojoj su strogo nužna za očuvanje demokratskih institucija⁴⁵. Pri procjenjivanju postojanja i obima takve nužnosti, države ugovornice imaju određenu slobodu procjene, ali ta sloboda podliježe evropskom nadzoru. Sud mora utvrditi da li su postupci za nadziranje nalaganja i sprovođenja restriktivnih mjera takvi da 'miješanje' ograničavaju na ono 'nužno u demokratskom društvu'. Uz to, vrijednosti demokratskog društva treba poštovati što je vjernije moguće u nadzornim postupcima kako se ne bi prekoračile granice nužnosti, u smislu člana 8 stav 2⁴⁶?

(1) Tako je u Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 103/11⁴⁷ Ustavni sud zaključio da nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine⁴⁸ i člana 6 st. 1 i 3 tačka d) Evropske konvencije kada redovni sudovi u postupku utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza, posebno dokaza pribavljenih tokom

42 Vidi *Kvasnica*, citirano, stav 79.

43 Vidi *Bykov*, citirano, stav 78.

44 Vidi *Klass i drugi protiv Njemačke* od 6. septembra 1978, stav 50, serija A, br. 28; *Weber i Saravia*, citirano, stav 106; *Udruženje za evropsku integraciju i ljudska prava i Ekimdzhiiev protiv Bugarske*, br. 62540/00, stav 77, od 28. juna 2007. i *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 26839/05, stav 153, od 18. maja 2010. godine.

45 Vidi *Kennedy*, citirano, stav 153.

46 Vidi *Kvasnica*, citirano, stav 80 i *Kennedy*, citirano, stav 154.

47 Od 10. juna 2014. godine, krivično djelo neovlašćena proizvodnje i promet opojnih droga.

48 U daljem tekstu: Ustav.



sprovedenja posebnih istražnih radnji, nisu arbitrarno primijenili odredbe procesnog zakona, kada sudovi sve izvedene dokaze ocijene pojedinačno i u međusobnoj vezi, te kada je apelantu omogućeno da pod istim uslovima kao i tužilaštvo učestvuje u postupku, odnosno da izvodi svoje dokaze i da ispituje dokaze suprotne strane.

(2) U Odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 4491/10⁴⁹ Ustavni sud naglašava da nema kršenja prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6 st. 1, 2 i 3 tačka d) Evropske konvencije kada su redovni sudovi u krivičnom postupku koji je vođen protiv apelanata presude donijeli na osnovu dokaza, a ne indicija, pri tome brižljivo ocijenivši svaki dokaz posebno i sve dokaze zajedno, i kada presude nisu zasnovane samo na presretnutim telefonskim razgovorima i iskazu lica koje je ranije bilo član istog zločinačkog udruženja i protiv kojeg je krivični postupak razdvojen od postupka koji je vođen protiv apelanata, već i na brojnim drugim dokazima preciziranim u presudama.

(3) U vezi s navodima apelanata da su osuđeni na osnovu indicija, Ustavni sud u predmetu broj AP 4459/10⁵⁰ podsjeća na to da je u prethodnim tačkama ove odluke navedeno da iz osporenih presuda, suprotno navodima apelanata, proizilazi da je Okružni sud utvrdio da na izvršenje krivičnih djela, osim detaljno preciziranih neposrednih dokaza, ukazuju i transkripti i snimci poslatih i primljenih telefonskih razgovora koji jasno svjedoče da su postojali intenzivni međusobni telefonski kontakti svih saoptuženih. S obzirom na navedeno, Ustavni sud smatra da sprovedeni dokazi čine čvrstu i logičku cjelinu kako međusobno, tako i s navedenim neposrednim dokazima, te da ne može da se zaključi da su apelanti osuđeni na osnovu indicija.

(4) predmetu broj AP 3312/13⁵¹ Ustavni sud zapaža da je apelant proglašen krivim da je počinio krivično djelo organizovani kriminal iz člana 250 stav 2 u vezi sa krivičnim djelom neovlašćeni promet opojnim drogama iz člana 195 stav 1 Krivičnog zakona BiH⁵². Prema obrazloženju osporene prvostepene presude, u preslušanim telefonskim razgovorima nije korišćena riječ droga, ali je jedan svjedok pojasnila „šifrovanu komunikaciju”, na osnovu čega je prvostepeni sud i zaključio da su se razgovori odnosili na preduzimanje radnji međunarodnog prometa opojnim drogama i dr. Slijedeći navedeno, prema mišljenju Ustavnog suda, tumačenje šifrovane komunikacije ili, tačnije, slenga koji su koristili apelant i ostali osumnjičeni u komunikaciji, kako bi označili pojedine vrste narkotika - ne može se podvesti pod naučno, tehničko ili drugo stručno znanje koje se zahtijeva od vještaka, pa, stoga, obrazloženje redovnog suda

49 Od 22. oktobra 2013. godine, krivično djelo organizovanog kriminala u vezi s krivičnim djelom neovlašćena proizvodnje i promet opojnih droga.

50 Odluka o dopustivosti i meritumu od 22. oktobra 2013. godine, krivično djelo organizovani kriminal u vezi s krivičnim djelom neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga.

51 Odluka o dopustivosti i meritumu od 10. oktobra 2016. godine.

52 „Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15 i 40/15.



da svjedok nije iznosila stručno mišljenje u pogledu dokazivanja određenih odlučnih činjenica, nego da je svjedočila kao svjedok o okolnostima koje su joj poznate i o kojim je saznala obavljajući operativne zadatke koji su joj bili dodijeljeni - ne predstavlja dokaz koji je pribavljen suprotno odredbama Zakona o krivičnom postupku BiH, odnosno nezakonit dokaz u smislu člana 10 istog zakona na kom se presuda ne bi mogla zasnovati.

(5) S druge strane, postoji kršenje prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada su redovni sudovi osuđujuću presudu protiv apelanta zasnovali na usmenoj naredbi koja nije ispunjavala uslove iz člana 120 stav 3 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, te kada je apelantov djed predao opojnu drogu koja je poslužila kao dokaz. Na tom dokazu je, između ostalih, zasnovana osuđujuća presuda protiv apelanta, kao i na dokazima dobijenim na osnovu obavljenog nadzora apelantovih telekomunikacija. Budući da su se sudovi koristili „slučajnim nalazom”, a predmetno krivično djelo se ne ubraja u krivična djela propisana članom 227 ovog zakona, u konkretnom slučaju nisu se mogli koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem posebnih istražnih radnji⁵³.

(6) Prema shvatanju Ustavnog suda, ne postoji povreda prava na privatni i porodični život iz člana II/3f) Ustava i člana 8 Evropske konvencije kada je miješanje u privatni i porodični život ostvareno sprovođenjem mjere nadzora i tehničkog snimanja komunikacija koja je zasnovana na zakonu koji je dostupan i dovoljno jasan, tako da građanima dâ odgovarajući nagovještaj o okolnostima i uslovima pod kojim su javne vlasti ovlašćene da preduzmu navedenu mjeru, a radi ostvarivanja legitimnog cilja sprečavanja i otkrivanja krivičnog djela i zaštite prava drugih⁵⁴. Uz to, ne postoji povreda ovog prava kada je miješanje u privatni život, dom i prepisku ostvareno sprovođenjem mjera pretresa prostorija i nadzora i tehničkog snimanja komunikacija zasnovanih na zakonu koji ispunjava standarde Evropske konvencije u pogledu jasnoće i transparentnosti, te je bilo neophodno u demokratskom društvu radi ostvarivanja legitimnog cilja sprečavanja i otkrivanja krivičnog djela i zaštite prava drugih⁵⁵.

Isto stanovište Ustavni sud je zauzeo u predmetu broj AP 1655/11⁵⁶ je miješanje u privatni život ostvareno korišćenjem transkripata i snimaka presretnutih apelantovih

53 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2400/11 od 24. april 2014. godine; krivično djelo neovlaštene proizvodnje i prometa opojnih droga.

54 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 1958/09 od 13. novembra 2012. godine; krivično djelo neovlaštene proizvodnje i prometa opojnih droga i krivično djelo nedopuštene proizvodnje i prometa oružja i eksplozivnih materija.

55 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 2375/12 od 16. septembra 2015. godine; krivično djelo organizovani kriminal u vezi s krivičnim djelom neovlašćeni promet opojnim drogama; posebne istražne radnje - nadzor i tehničko snimanje komunikacija; pretres prostorija.

56 Odluka o dopustivosti i meritumu, od 25. juna 2014. godine; krivično djelo organizovanog kriminala u vezi sa krivičnim djelom krijumčarenja osoba i krivično djelo pranja novca.



telefonskih razgovora, izvještaja prikriivenih istražilaca i telefonskih listinga za koje je utvrđeno da predstavljaju zakonite dokaze u smislu važećih propisa.

(7) Pitanjem određivanja posebnih istražnih radnji prema nepoznatom licu Ustavni sud se bavio i u predmetu broj AP 3409/12⁵⁷, zaključivši da nema povrede prava na pravično suđenje kada je u postupku koji se vodio protiv apelanta odlučivao „sud ustanovljen zakonom”, kao i kada su redovni sudovi nedvosmisleno i potpuno jasno obrazložili način prikupljanja dokaza protiv apelanta i kada je osuđujuća presuda protiv apelanta, osim dokaza proizašlih iz posebnih istražnih radnji, zasnovana na brojnim drugim dokazima koje je predložilo i izvelo kako tužilaštvo, tako i apelant, te kada su analizirani i ocijenjeni pojedinačno, međusobno i zajedno uz obrazloženja i zaključke zasnovane na relevantnim odredbama zakona.

(8) Ustavni sud smatra da nije povrijeđeno apelantkinjino pravo na privatni život i korespondenciju iz člana II/3f) Ustava i člana 8 Evropske konvencije kada je apelantkinja, na osnovu člana 119 stav 3 Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske, obaviještena o sprovedenim posebnim istražnim radnjama odmah nakon što je Sud BiH obustavio sprovođenje tih radnji, a ne u vrijeme kada je ona od neovlašćenog lica saznala za sprovođenje tih radnji, odnosno kada je Tužilaštvo BiH stavilo prijedlog Sudu za određivanje pritvora protiv nje i kada je Sud BiH javnosti omogućio uvid u snimak cijelog ročišta za određivanje pritvora. Razlog tome je ocjena Ustavnog suda da interes javnosti da bude obaviještena o ovom slučaju preteže nad apelantkinjinim pravom za zaštitu prava iz člana 8 Evropske konvencije zato što su obje vrste miješanja bile „u skladu sa zakonom” i „neophodne u demokratskom društvu” u smislu člana 8 stav 2 Evropske konvencije.⁵⁸

(9) U Odluci broj AP 5746/10⁵⁹ Ustavni sud je zaključio da ne postoji povreda prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6 st. 1, 2 i 3 tačka d) Evropske konvencije kada redovni sudovi u postupku utvrđivanja činjenica i izvođenja dokaza, posebno dokaza pribavljenih tokom sprovođenja posebnih istražnih radnji - prikriivenog istražioca nisu arbitrarno primijenili odredbe procesnog zakona. Istu odluku Ustavni sud je donio u predmetu broj AP 3196/13.⁶⁰

(10) U predmetu broj AP 1158/10⁶¹ Ustavni sud je utvrdio da su redovni sudovi arbitrarno primijenili odredbe procesnog zakona i apelanta proglasili odgovornim za

57 Odluka o dopustivosti i meritumu, broj AP 3409/12 od 27. oktobra 2015. godine; krivično djelo neovlaštene proizvodnja i promet opojnih droga.

58 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 1758/15 od 13. juna 2015. godine; primanje dara i drugih oblika koristi, kršenje zakona od strane sudije i davanje dara i drugih oblika koristi.

59 Odluka o dopustivosti i meritumu od 15. januara 2014. godine; krivično djelo organizovani kriminal u vezi s krivičnim djelom neovlašćeni promet opojnim drogama.

60 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 3196/13; krivično djelo krivotvorenje novca, krivično djelo neovlašćena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga.

61 Odluka o dopustivosti i meritumu od 28. februara 2013. godine; krivično djelo šumska krađa i krivično djelo davanje dara i drugih oblika koristi.



krivično djelo na osnovu dokaza pribavljenih tokom sprovođenja posebne istražne radnje - prikriveni informator, koja se prema zakonu nije mogla narediti za konkretno krivično djelo.

(11) U predmetu broj AP 412/08 od 29. juna 2010. godine⁶² Ustavni sud zapaža da su redovni sudovi u odnosu na apelantove prigovore da su nezakonito preduzete posebne istražne radnje u konkretnom krivičnom postupku dali detaljna i jasna obrazloženja. Ustavni sud dalje zapaža da je Vrhovni sud Republike Srpske, odlučujući o apelantovoj žalbi, izvršio detaljan uvid u odgovarajuće predmete u kojima je Okružni sud izdao naredbe za sprovođenje posebnih istražnih radnji i pri tome utvrdio da je obrazloženi prijedlog tužioca sadržavao i brojne priloge Odjeljenja kriminalističke policije CJB Bijeljina iz kojih proizlazi da apelant, zajedno s drugim licima, učestvuje u izvršenju predmetnog krivičnog djela.

(12) Ustavni sud zaključuje da nema povrede prava na pravično suđenje iz člana II/3e) Ustava i člana 6 stav 1 Evropske konvencije kada je Sud BiH nedvosmisleno i potpuno jasno obrazložio način prikupljanja dokaza protiv apelanta i kada je osuđujuća presuda protiv apelanta, osim dokaza proizašlih iz posebnih istražnih radnji, zasnovana na brojnim drugim dokazima, koje su predložili i izveli kako Tužilaštvo tako i apelant, i koji su analizirani i ocijenjeni pojedinačno, međusobno i zajedno, uz obrazloženja i zaključke zasnovane na relevantnim odredbama zakona.⁶³

(13) U Odluci broj AP 3236/18 od 11. oktobra 2018. godine apelanti su tvrdili da su im osporenim presudama prekršena prava iz člana II/3e) i f) Ustava Bosne i Hercegovine, iz čl. 6 i 8 Evropske konvencije i člana 14 stav 1 i stav 3 tačka e) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. Oni su u opširnim navodima interpretirali sadržaj naredbi o određivanju i produženju posebnih istražnih radnji iz člana 116 stav 2 tačke a) i c) Zakona o krivičnom postupku BiH, kao i prijedloga Granične policije i Tužilaštva BiH koji su im prethodili.

U konkretnom slučaju, iz predočenog Ustavnom sudu proizlazi da se mjera nadzor i tehničko snimanje prostorija odnosila na kancelariju carinske ispostave na aerodromu, koju su apelanti kao zaposlenici Uprave za indirektno oporezivanje BiH koristili za obavljanje povjerenih poslova i zadataka carinika, odnosno koja predstavlja mjesto njihovog rada. Navedena radnja imala se sprovesti snimanjem kamerom unutrašnjosti prostorije, ozvučenjem prostorije i snimanjem razgovora audio i video opremom. Nadalje, kako proizlazi iz predočenog Ustavnom sudu, u navedenom prostoru primani su putnici koji su nosili robu koja je podlijegala carinjenju, a kako bi im bile izdate odgovarajuće isprave za njen uvoz u BiH, te od putnika naplaćivani novčani iznosi. Takođe,

62 Odluka o dopustivosti, produženo krivično djelo - neovlaštena proizvodnja i promet opojnih droga.

63 Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 3224/11 od 17. septembra 2014. godine; krivično djelo neovlašteni promet opojnim drogama.



proizlazi da su u pauzama, kada nije bilo putnika, ovaj prostor koristili svi apelanti i kao prostor za predah od posla. Uz to, radilo se o tajnom nadzoru koji je trajao oko šest mjeseci, a tokom kog su na video-zapisima sistematično bilježene aktivnosti i postupci apelanata u odnosu na putnike koji su prolazili carinu, kao i njihovi međusobni odnosi, te odnosi s drugim osumnjičenim. Najzad, video-zapisi obezbijeđeni sprovođenjem navedene radnje poslužili su kao dokaz u krivičnom postupku protiv apelanta.

Ustavni sud podsjeća da se, prema stanovištu Evropskog suda, video-nadzor zaposlenog na mjestu rada, bilo da je tajni ili ne, mora smatrati značajnim upadom u privatni život zaposlenog⁶⁴. Slijedom navedenog, Ustavni sud zaključuje da sprovođenje posebnih istražnih radnji tajno praćenje i tehničko snimanje telekomunikacija, tj. brojeva telefona koje su koristili apelanti, te nadzor i tehničko snimanje prostorija, tj. kancelarije carinske ispostave koja je za apelante predstavljala mjesto rada, rezultira miješanjem u njihovo pravo na privatni život iz člana 8 Evropske konvencije. U tom kontekstu, bilo je potrebno, u smislu člana 8 stav 2 Evropske konvencije, ispitati da li je miješanje u pitanju u skladu sa zakonom, da li teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te da li je nužno u demokratskom društvu kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi⁶⁵.

Ustavni sud zapaža da su apellantima određene posebne istražne radnje iz člana 116 stav 2 tačke a) i c) Zakona o krivičnom postupku BiH, tj. mjere su zasnovane u domaćem pravu čija dostupnost ne uzrokuje nikakav problem u ovom predmetu⁶⁶. Nadalje, Ustavni sud zapaža da se tvrdnje apelanata u suštini tiču načina na koji su posebne istražne radnje primijenjene u njihovom slučaju. Stoga, Ustavni sud smatra da se u ispitivanju apellantovih konkretnih navoda treba rukovoditi stavom Evropskog suda u predmetu *Dragojević*⁶⁷.

U konkretnom slučaju mjere nadzora apellantima određene su i produžavane zbog postojanja osnova sumnje da su počinili krivično djelo udruživanja radi činjenja krivičnih djela iz člana 249 stav 1 Krivičnog zakona BiH u vezi s krivičnim djelom zloupotreba službenog položaja ili ovlašćenja iz člana 220 stav 1 ovog zakona. Stoga, imajući u vidu član 116 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH, te u vezi s tim stav iz Odluke Ustavnog suda broj U 5/16, najprije je bilo potrebno odgovoriti na pitanje da li se u konkretnom slučaju radi o krivičnim djelima u odnosu na koja mogu biti određene posebne istražne radnje jer se postojanje osnova sumnje mora vezivati za tačno određena, a ne i za sva krivična djela, kako to proizlazi iz člana 116 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH.

64 Vidi Evropski sud, *Antović i Mirković protiv Crne Gore*, presuda od 28. novembra 2017. godine, stav 55.

65 Vidi Evropski sud, pored ostalih, *Kvasnica protiv Slovačke*, aplikacija broj 72094/01, stav 77, od 9. juna 2009. godine.

66 Vidi *Dragojević*, stav 87.

67 Vidi stav 76.



Ustavni sud zapaža da je krivično djelo iz člana 249 stav 1 Krivičnog zakona BiH svrstano u grupu krivičnih djela dogovor, pripremanje, udruživanje i organizovani kriminal, te da je za ovo djelo propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do deset godina. Nadalje, krivično djelo iz člana 220 stav 1 Krivičnog zakona BiH svrstano je u grupu krivičnih djela korupcije i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti, te je za ovo djelo propisana kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina. Shodno navedenom, proizlazi da se radi o krivičnim djelima u smislu člana 117 stav 1 tačka d) Zakona o krivičnom postupku BiH, tj. krivičnim djelima za koja može biti izrečena kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. S druge strane, Ustavni sud je u Odluci broj U 5/16 utvrdio da član 117 tačka d) Zakona o krivičnom postupku BiH nije u skladu sa članom I/2 i članom II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine.

U vezi s navedenim, Ustavni sud primjećuje da je dio domaćeg pravnog sistema Krivičnopravna konvencija o borbi protiv korupcije od 27. januara 1999. godine⁶⁸, koja u Preambuli, pored ostalog, ističe da korupcija ugrožava vladavinu prava, demokratiju i ljudska prava, podriiva dobro upravljanje, pravičnost i socijalnu pravdu, iskrivljava konkurenciju, ometa ekonomski razvoj i ugrožava stabilnost demokratskih institucija i moralnih osnova društva. Nadalje, članom 23 ove konvencije određeno je da svaka država potpisnica mora usvojiti zakonske i druge mjere, uključujući one koje dopuštaju upotrebu posebnih istražnih tehnika koje su nužne kako bi se olakšalo prikupljanje dokaza u ovom području. Članom 35 Konvencije je određeno da ona ne utiče na prava i obaveze koje proizlaze iz međunarodnih multilateralnih konvencija o posebnim pitanjima. Uz to, Ustavni sud zapaža da je dio domaćeg pravnog sistema i Konvencija UN-a o borbi protiv transnacionalnog organizovanog kriminala⁶⁹ koja u članu 2 propisuje da „teško krivično djelo” za svrhu ove konvencije „znači ponašanje koje predstavlja prekršaj kažnjiv maksimalnim lišavanjem slobode od najmanje četiri godine ili težu kaznu”. Član 20 ove konvencije takođe predviđa korišćenje posebnih istražnih metoda, uključujući elektronske i druge oblike nadzora i tajnih operacija.

Stoga, Ustavni sud smatra da se određivanje i sprovođenje posebnih istražnih radnji u konkretnom slučaju odnosilo na krivična djela koja imaju obilježja teških krivičnih djela, bez obzira na zakonom propisane kazne za navedena krivična djela. Naime, sprečavanje i otkrivanje korupcije i organizovanog kriminala, kao pojave koje na najozbiljniji način ugrožavaju i urušavaju osnovne vrijednosti kojim teži svako društvo koje želi biti demokratsko, nesporno predstavlja važan javni interes, pa određivanje posebnih istražnih radnji s ciljem sprečavanja i otkrivanja ovih krivičnih djela potpada pod zahtjev „nužno u demokratskom društvu” i ne dovodi u pitanje pravičnu ravnotežu između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom posebnih istražnih radnji.

68 „Službeni glasnik BiH” broj 36/01.

69 „Službeni glasnik BiH” broj 3/02.



Suprotno apelantovim tvrdnjama, Ustavni sud nije mogao da zaključi da je konkretna situacija kod izdavanja naredbi o određivanju posebnih istražnih radnji identična onoj koja je bila predmet razmatranja u predmetu *Dragojević*, tj. da su izostali „stvarni detalji koji se zasnivaju na specifičnim činjenicama predmeta i naročitim okolnostima koje ukazuju na osnovanu sumnju da su krivična djela počinjena, te da istragu nije moguće sprovesti na drugačiji, manje intruzivan način”. U vezi s tim, Ustavni sud podsjeća da koncept „osnova sumnje” i u ovom kontekstu, prema stavu Evropskog suda, podrazumijeva postojanje činjenica i okolnosti koje bi objektivnog posmatrača mogle navesti na zaključak da je lice u pitanju moglo počiniti krivično djelo⁷⁰. To dalje znači da nadležna tijela vlasti ne moraju biti i uvjereni da je krivično djelo i počinjeno jer je svrha i cilj određivanja posebnih istražnih radnji daljnje napredovanje u istrazi koje bi trebalo potvrditi ili negirati konkretne sumnje da je krivično djelo počinjeno⁷¹. Takođe, Ustavni sud podsjeća da je u brojnim odlukama slijedio stav Evropskog suda da se neće miješati u način na koji su redovni sudovi tumačili i primijenili zakon, izuzev u slučaju flagrantnog nepoštovanja i proizvoljnosti⁷².

U konkretnom slučaju sudija za prethodni postupak se u cjelini saglasio s razlozima i obrazloženjima iz prijedloga Tužilaštva BiH u pogledu postojanja osnova sumnje, koji su, prema predloženom Ustavnom sudu, sadržali činjenice i okolnosti koje bi objektivnog posmatrača mogle navesti na zaključak da su apelanti počinili krivično djelo za koje se sumnja, kao i zbog čega dokaze nije moguće pribaviti na drugi način ili bi to bilo skopčano s nesrazmjernim teškoćama, te ih je inkorporirao i u same naredbe. Imajući u vidu da će sudija za prethodni postupak odbiti izdavanje naredbe u slučaju da ona nije sačinjena u skladu sa članom 118 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH (da, pored ostalog, ne sadrži razloge i obrazloženja kako u pogledu osnova sumnje tako i zbog nemogućnosti pribavljanja dokaza na drugi način), ovakav pristup u okolnostima konkretnog slučaja ne upućuje na zaključak da je Sud BiH proizvoljno tumačio i primijenio citiranu odredbu kada je zaključio da se prijedlog i naredba moraju posmatrati kao jedna cjelina. Najzad, u okolnostima konkretnog slučaja nema ničega što bi uputilo na zaključak, a suprotno apelantovim tvrdnjama, da već i u trenutku određivanja posebnih istražnih radnji nije postojao činjenični osnov na kojem su se zasnivali osnovi sumnje, te da je određivanje posebnih istražnih radnji bilo nemarno, neregularno ili bez potrebnog razmatranja, odnosno da u ovom kontekstu nije ispunjen zahtjev sudske kontrole njihove opravdanosti i srazmjernosti.

Ustavni sud zapaža da u konkretnom slučaju posebne istražne radnje nisu premašile zakonom određeni maksimalni period trajanja od šest mjeseci, odnosno

70 Vidi Evropski sud, *Moskalev protiv Rusije*, presuda od 7. novembra 2017. godine, stav 42.

71 Vidi, *mutatis mutandis*, Evropski sud, *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 28. oktobra 1994. godine, stav 55.

72 Vidi, među brojnim, Ustavni sud, AP 311/04 od 22. aprila 2005. godine, stav 26 i Evropski sud, *Goranova-Karaeneva protiv Bugarske*, stav 46.



da su produžavane po proteku roka od jednog mjeseca na koliko, u skladu sa zakonom, mogu biti određene. Nadalje, posebne istražne radnje su bile određene u vezi s krivičnim djelima za koja je u ovoj odluci već zaključeno da su teška. Takođe, iz predočenog Ustavnom sudu proizlazi (iako ovu okolnost nije cijenio i Sud BiH pri odlučivanju o prijedlozima za produženje posebnih istražnih radnji) da su posebne istražne radnje preduzimate prema većem broju osumnjičenih, pa nije nerazumno zaključiti i da su bile uslovljene i složenošću i trajanjem istrage⁷³. Stoga, Ustavni sud smatra da se u okolnostima konkretnog slučaja samo po sebi ne pokreće pitanje objektivnog opravdanja samog trajanja posebnih istražnih radnji⁷⁴.

Ustavni sud smatra da se u okolnostima konkretnog slučaja ne može prihvatiti osnovanom apelantova tvrdnja da je za nastavak sprovođenja posebne istražne radnje isključivi i jedini uslov da je u periodu koji prethodi njenom produženju ostvaren i konkretni rezultat i da samo konkretni rezultat opravdava nastavak sprovođenja istražne radnje. Naime, u konkretnom slučaju sprovođenje posebnih istražnih radnji trebalo je da potvrdi ili otkloni sumnje da apelanti kao carinski službenici ne sprovedu carinsku kontrolu, pored ostalog, konkretno označenih lica koja se učestalo pojavljuju kao putnici na letovima Sarajevo – Istanbul – Sarajevo, u vezi s čim je predočen i dokaz (izvodi iz evidencije o prelasku državne granice za konkretno pobrojana lica), te od kojih kao protivuslugu uzimaju novac (predočen dokaz – snimak kamere OBA-e). Stoga, ukoliko niko od ovih lica u periodu kada je posebna istražna radnja sprovedena nije putovao (na koju okolnost ni Tužilaštvo, a ni Granična policija nisu mogli uticati), a isto postupanje nije zabilježeno eventualno prema nekom drugom putniku, tj. sprovođenje konkretne radnje nije dalo i konkretan rezultat, samo po sebi ne bi moglo biti razlog za neproduženje neke od posebnih istražnih radnji i u takvoj situaciji na obrazloženi prijedlog tužioca.

Imajući u vidu sve izneseno, Ustavni sud smatra da su u okolnostima konkretnog slučaja posebne istražne radnje prema apelantima određene i produžavane u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja – istraživanja teškog krivičnog djela, na način koji zadovoljava zahtjev „zakonitosti” i „neophodnosti u demokratskom društvu”.

Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu *Dragojević* formulisao i opšta načela za ocjenu da li je upotreba dokaza pribavljenih mjerama tajnog nadzora u suprotnosti sa zahtjevom pravičnog suđenja:

„127. Sud ponavlja da je njegova dužnost, u skladu sa članom 19 Konvencije, da obezbijedi poštovanje obaveza koje države ugovornice imaju prema Konvenciji. To posebno znači da njegova zadaća nije da ispravlja činjenične i zakonske pogreške koje je nacionalni sud navodno počinio, osim ako i u onoj mjeri u kojoj su

73 Vidi citiranu *Kennedy*, stav 161.

74 Vidi U 5/16, tačka 59.



izazvale povredu prava i sloboda zaštićenih Konvencijom. Iako član 6 jemči pravo na pošteno suđenje, on ne određuje nikakva pravila o dopuštenosti dokaza kao takvih, što je stoga prvenstveno stvar koju regulišu nacionalni zakoni⁷⁵.

128. Uloga Suda nije da odredi, u načelu, da li su određene vrste dokaza – primjera radi, dokazi dobijeni nezakonito – dopuštene, niti da li je podnosilac zahtjeva kriv. Pitanje na koje treba odgovoriti jeste da li je postupak u cjelini, uključujući način na koji su pribavljeni dokazi, bio pošten. To uključuje ispitivanje navodne „nezakonitosti”, te kad je u pitanju povreda nekog drugog konvencijskog prava, prirode utvrđene povrede⁷⁶.

129. Pri utvrđivanju da li je postupak u cjelini bio pošten, u obzir treba uzeti i to da li su prava odbrane poštovana. Posebno je potrebno ispitati da li je podnosiocu data prilika da ospori autentičnost dokaza, te da se protiviti njihovoj upotrebi. Uz to, u obzir treba uzeti i kvalitet dokaza, kao i to da li okolnosti u kojima su oni pribavljeni stvaraju sumnju u pouzdanost i tačnost dokaza. Iako se problemi poštenog postupka ne javljaju nužno u slučaju kad dobijene dokaze ne podržavaju drugi materijali, treba primijetiti da kada su dokazi čvrsti i ne postoji opasnost da su nepouzdana potreba za dokazima koji ih podržavaju odgovarajuće slabi⁷⁷.

U svojoj dosadašnjoj praksi Ustavni sud se takođe rukovodio navedenim principima kada je ispitivao apelantove navode o nezakonitosti dokaza u vezi sa zahtjevom pravičnog suđenja⁷⁸. Nadalje, Ustavni sud podsjeća da je Evropski sud u predmetu *Bašić protiv Hrvatske*⁷⁹ istakao⁸⁰: „(...) korišćenje kao dokaza saznanja pribavljenih povredom člana 8, kao što se dogodilo u ovom predmetu, neće biti u sukobu sa zahtjevima poštenosti iz člana 6 stav 1 ako je njihova upotreba u postupku bila praćena odgovarajućim procesnim jamstvima koja zahtijeva sudska praksa Suda⁸¹. Štaviše, nivo javnog interesa za istraživanje i kažnjavanje za predmetno krivično djelo [u konkretnom slučaju radilo se o organizovanoj trgovini drogom, izbjegavanju carinskog nadzora i zlo-upotrebi položaja i ovlašćenja] može se uzeti u obzir i razmotriti protiv pojedinačnog interesa da se dokazi protiv podnosioca zahtjeva prikupe na zakonit način⁸²”.

75 Vidi, među nizom predmeta, *Schenk protiv Švajcarske* od 12. jula 1988, st. 45-46, serija A, br. 14 i *Teixeira de Castro protiv Portugalije* od 9. juna 1998. godine, stav 34, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-IV.

76 Vidi *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 48539/99, stav 42, ECHR 2002-IX.

77 Vidi, između ostalog, *Bykov*, citirano, stav 90.

78 Vidi, pored ostalih, Odluka o dopustivosti i meritumu broj AP 5703/14 od 18. jula 2017. godine, tačke 55-62.

79 Presuda od 22. oktobra 2016. godine.

80 Vidi stav 43.

81 Vidi, npr., *Bykov protiv Rusije* [VV], broj 4378/02, st. 94–105, od 10. marta 2009; *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 35394/97, st. 25–28, ECHR 2000-V; *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, broj 44787/98, st. 37 i 38, ECHR 2001-IX; *Nițulescu protiv Rumunije*, broj 16184/06, st. 43–57, od 22. septembra 2015. i u kontekstu nezakonitog pretresa, *Prade protiv Njemačke*, broj 7215/10, st. 36–43, od 3. marta 2016. godine.

82 Vidi *Prade*, citirano, stav 35, s daljnjim upućivanjem.



Slijedom iznesenog, prvo pitanje na koje je trebalo odgovoriti jeste da li je apelantima bila pružena mogućnost da se usprotive korišćenju dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama i osporavaju njihovu vjerodostojnost. Ustavni sud zapaža da su apelanti i u prvostepenom i drugostepenom postupku imali takvu mogućnost i da su je koristili, te da su redovni sudovi meritorno ispitali njihove navode koje su uz valjane razloge i obrazloženja odbili. Činjenica da su apelanti bili u tome neuspješni ne utiče na zaključak da su imali priliku da ospore dokaze i da se suprotstave njihovoj upotrebi⁸³. Nadalje, sljedeće pitanje na koje je potrebno odgovoriti jeste kvalitet dokaza. Apelanti tvrde da je drugostepeni sud odbio da pribavi kompletan audio i video materijal, a ne samo isječke koji su korišćeni na glavnom pretresu, dostavljanje specifikacije tehničkih uređaja kojim je vršeno snimanje audio i video materijala, odnosno softvera kojim je vršena obrada snimljenog materijala i u vezi s tim vještačenje koje je obavio vještak elektrotehničke struke. Apelanti su istakli da je optužnica mijenjana upravo u pogledu datuma i vremena navodnih dešavanja koja su im stavljana na teret, a da na korišćenim snimcima nije bilo oznake datuma i vremena, zbog čega nije moguće i utvrditi da li i potiču od označenog dana i vremena kako je Tužilaštvo BiH tvrdilo. Takođe, istakli su i da su predložene specifikacije i vještačenje trebali otkloniti sumnju da li korišćeni softveri omogućavaju manipulaciju snimcima, montiranje i slično. Ustavni sud zapaža da predložene dokaze apelanata u ovom dijelu drugostepeni sud nije prihvatio iz razloga što se nije radilo o novim dokazima koje apelanti nisu mogli predložiti i u prvostepenom postupku, odnosno da apelanti ničim nisu dokazali da se radilo o dokazima koji i pored dužne pažnje i opreza nisu mogli biti predstavljeni na glavnom pretresu pred prvostepenim sudom, odnosno nisu naveli razloge zašto ih ranije nisu iznijeli. Osim toga, Ustavni sud zapaža i da su redovni sudovi saslušali u svojstvu svjedoka policijske službenike koji su bili zaduženi za sprovođenje posebnih istražnih radnji i koji su detaljno pojasnili kako i na koji način je došlo do sprovođenja posebnih istražnih radnji, te na koji način je sačinjena analiza i dopuna analize dokaza koji su prikupljeni po naredbi Tužilaštva BiH, odnosno da je urađena analiza sedam vrsta dokaznog materijala, pored ostalog i prikupljenih audio i video materijala⁸⁴.

Najzad, kada je u pitanju važnost dokaza pribavljenih sprovođenjem posebnih istražnih radnji za koje apelanti tvrde da su nezakoniti, Ustavni sud zapaža da iz osporene drugostepene presude proizlazi da nisu prihvaćene tvrdnje apelanata da prezentovani video-snimci ne sadrže datum i vrijeme, zbog čega nije moguće zaključiti da se neki događaj za koji se terete baš tad desio, odnosno da zbog lošeg kvaliteta audio i video zapisa nije moguće utvrditi davanje novca, šta se nalazi u rukama svjedoka i apelanata. U vezi s tim, drugostepeni sud je istakao da su ove činjenice utvrđene ne samo na osnovu audio i video snimaka već i konkretno pobrojanih materijalnih doka-

83 Vidi, *mutatis mutandis*, citiranu, Bašić, stav 44.

84 Vidi, *mutatis mutandis*, Bašić, st. 45 i 46.



za⁸⁵. Stoga, osim što se u konkretnom slučaju ne dovodi u pitanje kvalitet ovih dokaza, očigledno je i da oni nisu bili jedini dokazi na kojim je zasnovana osuda apelanata⁸⁶.

Ustavni sud smatra da u okolnostima konkretnog slučaja nema ničega što bi uputilo na zaključak da pravo na odbranu apelanata u odnosu na izvedene dokaze nije poštovano i da je redovni sud postupao proizvoljno pri ocjeni dokaza, pa da je zbog toga dovedena u pitanje pravičnost krivičnog postupka kako apelanti tvrde. Ustavni sud zaključuje da su navodi apelanata o povredi prava iz člana II/3e) Ustava Bosne i Hercegovine i prava iz člana 6 stav 1 i stav 3 tačka d) Evropske konvencije neosnovani.

Apelanti nisu posebno obrazlagali zbog čega smatraju da im je prekršeno i pravo iz člana 14 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. S obzirom na to da se u suštini radi o pravu koje je identično pravu iz člana 6 st. 1 i 3 Evropske konvencije u odnosu na koje su navodi apelanata detaljno ispitani, te je zaključeno da su neosnovani, Ustavni sud zaključuje da su neosnovane i tvrdnje apelanata da im je prekršeno pravo iz člana 14 stav 1 i stav 3 tačka e) Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

(14) U Odluci broj AP 3875/16 od 6. decembra 2018. godine, u vezi s apelantovim navodima da posebne istražne radnje nisu zakonit dokaz i zbog toga što folderi o presretnutim razgovorima i SMS porukama nisu prevedeni na srpski jezik, koji je u službenoj upotrebi pred sudom, iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da se u navedenim folderima bilježi razgovor na jeziku na kojem se postupak vodi, a da tekst poruke, kao i ostale tehničke karakteristike, a u skladu s Evropskom konvencijom o visokom tehnološkom kriminalitetu, koju je BiH ratifikovala i primjenjuje, zbog standardizacije se koriste izvorno, dakle na engleskom jeziku. U tom smislu se i apelantov navod da mu nije omogućeno da se postupak vodi na jeziku koji razumije ukazuje neosnovanim. Uz to, ne postoji povreda prava iz člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije kada su posebne istražne radnje apelantima određene na način koji zadovoljava zahtjev zakonitosti, te u službi legitimnog cilja – istraživanja i procesuiranja teškog krivičnog djela, te kada u okolnostima konkretnog slučaja nema ništa što bi dovelo u pitanje proporcionalnost, tj. da su posebne istražne radnje bile opravdane kao „neophodne u demokratskom društvu” u svrhu istrage i procesuiranja apelanta.

85 Vidi tačke 25 i 26 ove odluke.

86 Vidi, *mutatis mutandis*, Bašić, stav 48 i Dragojević, stav 133.



5. Ustavnost odredaba Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koje se odnose na posebne istražne radnje (Odluka Ustavnog suda broj U 5/16)

Druga zamjenica predsjedavajućeg Predstavničkog doma Parlamentarne skupštine BiH (u vrijeme podnošenja zahtjeva⁸⁷) podnijela je 27. juna 2016. godine Ustavnom sudu zahtjev za ocjenu ustavnosti odredbi čl. 117 tačka d), 118 stav 3 i 119 stav 1 Zakona o krivičnom postupku BiH⁸⁸ (koje se odnose na posebne istražne radnje) s odredbama čl. I/2, II/3b), e) i f) Ustava BiH i čl. 3, 6, 8 i 13 Evropske konvencije.

5.1. Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje (član 117 tačka d) Zakona)

Podnositeljka zahtjeva je istakla da je odredba člana 117 tačka d) Zakona (po kojoj se istražne radnje mogu odrediti za krivična djela „za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna”) suprotna članu II/3f) u vezi sa članom I/2 Ustava. Obrazlažući ove navode, istakla je da je propisivanjem na ovakav način omogućeno da se izuzetak pretvori u pravilo, odnosno u krivično zakonodavstvo se unose elementi nesrazmjernosti, prekomjernosti i skrivene arbitrarnosti. Nezavisno od legitimnog cilja, preko navedene odredbe otvorena je mogućnost preduzimanja istražnih radnji za gotovo sva krivična djela navedena u Krivičnom zakonu BiH.

Ustavni sud podsjeća da je nesporno da se određivanjem, odnosno primjenom posebnih istražnih radnji država miješa u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije. Takvo miješanje opravdano je u smislu stava 2 člana 8 samo ako je „u skladu sa zakonom”, teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te je „nužno u demokratskom društvu” kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi.⁸⁹ Nadalje, „u skladu sa zakonom”, na osnovu člana 8 stav 2, u načelu, zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni osnov u domaćem propisu; takođe se odnosi i na kvalitet predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava, te dostupan licu na koje se odnosi koje mora, štaviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava.⁹⁰

Ustavni sud, uz to, ukazuje da prema praksi Evropskog suda⁹¹ prisluškivanje i druge forme praćenja telefonskih razgovora predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni

87 U daljnjem tekstu: podnositeljka zahtjeva.

88 „Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 29/07, 53/07, 58/08, 12/2009, 16/09, 53/09, 93/09 i 72/13; u daljnjem tekstu: Zakon.

89 Vidi *Kvasnica protiv Slovačke* broj 72094/01, stav 77, od 9. juna 2009. godine.

90 Vidi, primjera radi, *Kruslin protiv Francuske* od 24. aprila 1990. godine, stav 27, serija A, broj 176-A.

91 Vidi, takođe, *Kruslin protiv Francuske*.



život i korespondenciju i, prema tome, moraju biti zasnovane na „zakonu” koji je posebno precizan. Osnovno je da postoje jasna, detaljna pravila, prije svega, zakon mora definisati kategorije lica koja mogu biti podvrgnuta mjerama prisluškivanja na osnovu sudskog naloga i prirode krivičnih djela koja mogu dati razloga za takav nalog. Nadalje, Ustavni sud podsjeća da će se miješanje smatrati neophodnim u demokratskom društvu za legitiman cilj ako odgovara na hitnu društvenu potrebu i, naročito, ako je proporcionalno legitimnom cilju koji se želi postići.⁹²

Ustavni sud podsjeća da je odredbama Zakona propisano da se protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela iz člana 117 ovog zakona: a) protiv integriteta Bosne i Hercegovine, b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, c) terorizma, te d) za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna mogu odrediti posebne istražne radnje ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nerazmjernim teškoćama. Proizlazi da je Zakon precizirao kategorije lica protiv kojih se mogu odrediti posebne istražne radnje i prirodu krivičnih djela.

Nadalje, Ustavni sud nalazi da osporena odredba člana 117 tačka d) Zakona propisuje da se „istražne radnje iz člana 116 stav 2 ovog zakona mogu odrediti za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. Podnositeljka zahtjeva tvrdi da je navedenom odredbom omogućeno da se izuzetak pretvori u pravilo, odnosno u krivično zakonodavstvo se unose elementi nesrazmjernosti, prekomjernosti i skrivene arbitrarnosti.

Ustavni sud, prije svega, podsjeća da krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini čine Krivični zakon BiH, Krivični zakon Federacije BiH, Krivični zakon Republike Srpske i Krivični zakon Distrikta Brčko. Ustavni sud dalje podsjeća da je razlog za usvajanje Krivičnog zakona BiH potreba da se krivičnopravni standardi međunarodnog prava uvrste u krivično zakonodavstvo BiH i tako osigura pravna sigurnost i zaštita ljudskih prava na prostoru cijele BiH, te unapređenje borbe protiv kriminaliteta. Uvidom u Krivični zakon BiH, Ustavni sud uočava da je za veliku većinu krivičnih djela (osnovni, odnosno kvalifikovani oblik) zakonodavac propisao mogućnost izricanja kazne zatvora u trajanju od tri godine, tako da proizlazi da se za sva ta djela mogu odrediti posebne istražne radnje. Nadalje, u okviru tih krivičnih djela Ustavni sud nalazi da je Krivični zakon BiH, između ostalih, kao krivična djela propisao: napad na ustavni poredak, ugrožavanja teritorijalne cjeline, genocid, izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti, pranje novca i organizovani kriminal. Radi se o izuzetno važnim objektima krivičnopravne zaštite, odnosno o teškim krivičnim djelima koja se manifestuju nasiljem i napadom na osnovne vrijednosti čovjeka i

92 Vidi *Coster protiv Ujedinjenog Kraljevstva* broj 24876/94, stav 104, od 18. januara 2001. godine.



društva u cjelini. Međutim, u okviru tih krivičnih djela Krivični zakon BiH je, između ostalih, kao krivična djela propisao: povreda slobode opredjeljenja birača, zloupotreba međunarodnih znakova, falsifikovanje znakova za vrijednost, lažno prijavljivanje i nedopušteno korištenje prava radio difuzije. Dakle, Krivičnim zakonom BiH predviđena su i krivična djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela.

Ustavni sud nalazi da je Zakonom propisano da se posebne istražne radnje primjenjuju isključivo ako se na drugi način ne može postići isti cilj, tako da je zakonodavac nesporno imao u vidu ograničavanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije. Međutim, Ustavni sud ponavlja da Krivični zakon BiH određuje da se za veliku većinu krivičnih djela (osnovni odnosno kvalifikovani oblik) mogu odrediti posebne istražne radnje u okviru kojih su i teška krivična djela i krivična djela koja nemaju takva obilježja.

Ustavni sud nalazi da je legitimni cilj primjene posebnih istražnih radnji suprotstavljanje najtežim oblicima kriminaliteta. Propisivanjem da se posebne istražne radnje mogu odrediti za veliku većinu krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom, u okviru kojih su i djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela, zakonodavac nije osigurao da će miješanje u pravo iz člana 8 Konvencije biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije osigurao srazmjer između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere. Na koji će način zakonodavac urediti ovo pitanje, da li će podići opštu granicu kazne za koju se mogu određivati posebne istražne radnje, kombinujući sa određenim krivičnim djelima ili grupama krivičnih djela koja zbog svoje specifičnosti, bez obzira na propisanu kaznu, zahtijevaju da budu obuhvaćena zakonskom odredbom krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, nije u nadležnosti Ustavnog suda. Međutim, zakonodavac se kod određivanja krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje mora ograničiti samo na ono što je nužno u demokratskom društvu, odnosno omogućiti srazmjer između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne istražne radnje.

Ustavni sud zaključuje da je odredba člana 117 tačka d) Zakona suprotna članu I/2 u vezi sa članom II/3f) Ustava.

5.2. Nadležnost za određivanje i trajanje posebnih istražnih radnji (član 118 stav 3 Zakona)

Podnositeljka zahtjeva je istakla da su odredbe člana 118 stav 3 Zakona suprotne čl. II/3f) i I/2 Ustava. U obrazloženju ovih navoda istakla je da prema ovim zakonskim odredbama istražne radnje mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazloženi prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana, s tim



da mjere iz tač. a) i c) člana 116 mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci. Ovako dug period ne može se, smatra podnositeljka zahtjeva, smatrati srazmjernim rokom u odnosu na prirodu i potrebu za ograničavanjem ustavnih prava. Dijelom odredbe koji glasi „posebno važnih razloga” povrijeđeno je načelo vladavine prava i pravo na pravično suđenje zato što nije jasan i transparentan i ostavlja mogućnost arbitrarnog tumačenja i postupanja organa pred kojim se vodi postupak. Osim toga, taj dio odredbe ujedno je i pretpostavka i mjerilo kojim se sudija za prethodni postupak vodi kad primjenjuje ovu odredbu. Naime, nesporno je da će duže trajanje posebnih istražnih radnji biti nužno kada se radi o krivičnim djelima terorizma, težih oblika korupcije, odnosno organizovanog kriminala, trgovine ljudima, narkoticima i naoružanja. Međutim, sporna odredba nije napravila nužnu distinkciju između tih djela i onih koja nemaju takva obilježja i na koja se produženje rokova ne treba odnositi.

Zbog toga, ističe podnositeljka zahtjeva, sporna odredba uzrokuje pravnu nepredvidivost, neizvjesnost i nesigurnost. Uz to, ograničenja ustavnih prava građana na privatnost (u diskrecionom ovlašćenju tužioca i sudije za prethodni postupak) zasnovana su na neodređenim pretpostavkama za produženje primjene posebnih istražnih radnji.

Nesporno je, podsjeća Ustavni sud, da se primjenom posebnih istražnih radnji država mijesha u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije. Ustavni sud podsjeća na odluku Evropskog suda u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*⁹³ u kojem je Evropski sud istakao da je „takvo miješanje opravdano u smislu stava 2 člana 8 samo ako je u skladu sa zakonom”, teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te je „nužno u demokratskom društvu” kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi.⁹⁴ Izraz „u skladu sa zakonom”, na osnovu člana 8 stav 2, u načelu, zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni osnov u domaćem propisu; takođe se odnosi i na kvalitet predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava, te dostupan licu na koje se odnosi koje mora, štaviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava.⁹⁵ Posebno, u kontekstu tajnih mjera nadzora, poput presretanja komunikacije, uslov pravne „predvidivosti” ne može značiti da bi pojedinac trebao biti u stanju predvidjeti kada će vlasti vjerovatno presresti njegovu komunikaciju kako bi u skladu s tim mogao prilagoditi svoje ponašanje. Međutim, kad se ova ovlašćenja izvršavaju u tajnosti, opasnost od proizvoljnosti je očita.

Prema tome, domaći zakon mora biti dovoljno jasan u svom značenju kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima organi javne vlasti imaju ovlašćenja posegnuti za takvim mjerama.⁹⁶ U tom pogledu, Evropski sud

93 Zahtjev broj 68955/11, presuda od 15. januara 2015. godine, st. 79–82.

94 Vidi, među nizom presuda, *Kvasnica protiv Slovačke* broj 72094/01, stav 77, od 9. juna 2009. godine.

95 Vidi, primjera radi, *Kruslin protiv Francuske* od 24. aprila 1990. godine, stav 27, serija A, broj 176-A.

96 Vidi, primjera radi, *Malone*, stav 67; *Huvig protiv Francuske* od 24. aprila 1990. godine, stav 29, serija A, broj 176-B; *Valenzuela Contreras protiv Španije* od 30. jula 1998. godine, stav 46, Izvještaj o presudama i



je takođe naglasio potrebu za zaštitnim mjerama⁹⁷. Konkretno, budući da sprovođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi ne mogu preispitivati lica na koja se ono odnosi ili šira javnost, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlaštenja. Posljedično, zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim organima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jemči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.⁹⁸

Takođe, Evropski sud je u svojoj praksi razvio sljedeće minimalne garancije koje trebaju biti propisane u zakonu kako bi se izbjegle zloupotrebe dodijeljenih ovlaštenja, a to su: priroda djela u odnosu na koja se može odrediti mjera presretanja; kategorije lica prema kojima se može odrediti mjera prisluškivanja telefona; vremensko ograničenje trajanja mjere prisluškivanja; procedura koja se mora slijediti za ispitivanje, korišćenje i pohranjivanje dobijenih podataka; mjere opreza koje se moraju preduzeti prilikom slanja podataka drugim stranama i okolnosti pod kojima snimci mogu ili moraju biti izbrisani ili trake uništene.⁹⁹ Dakle, prema standardima Evropskog suda, domaći zakon mora biti dovoljno jasan i posebno precizan kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima organi javne vlasti mogu odrediti posebne istražne radnje. Budući da se radi o tajnim mjerama koje ne mogu preispitivati lica na koja se one odnose ili šira javnost, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlaštenja, tako da zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim organima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jemči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

Odredba člana 118 stav 3 Zakona reguliše: „Istražne radnje iz člana 116 stav 2 tač. a)–d) i g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazloženi prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tač. a)–c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz tač. d) i g) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 116 stav 2 tačke f) ovog zakona se može odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv istog lica mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.” Iz navedenih odredaba slijedi da je ukupan period koliko mogu trajati posebne istražne radnje šest mjeseci, odnosno tri mjeseca. U okviru ovog perioda trajanje ovih radnji ograničeno je do mjesec dana i za svako novo produženje potrebno je obrazloženje tužioca. Dakle, zakono-

odlukama, 1998-V; *Weber i Saravia protiv Njemačke* (odluka) broj 54934/00, stav 93, ECHR 2006 XI i *Bykov protiv Rusije* [VV] broj 4378/02, stav 76, od 10. marta 2009. godine.

97 Vidi *Kvasnica*, stav 79.

98 Vidi *Bykov*, stav 78 i *Blaž*, stav 128.

99 Vidi Evropski sud, *Huvig*, stav 34; *Valenzuela Contreras*, stav 46 i *Prado Bugallo protiv Španije* broj 58496/00, stav 30, od 18. februara 2003. godine.



davac se opredijelio za postepenost u njihovom utvrđivanju i produžavanju. Ustavni sud nalazi da svako produženje posebnih istražnih radnji mora da odobri sudija za prethodni postupak, koji ima mogućnost da ne odobri produženje istražnih radnji ako prijedlog tužioca ne sadrži obrazloženi razlog da se nastavi s njihovim sprovođenjem, odnosno da je produženje nužno radi ostvarenja svrhe zbog koje su bile odobrene.

Zakonodavac je propisao da se posebne istražne radnje primjenjuju isključivo ako se na drugi način ne može postići isti cilj, te da mora postojati osnov sumnje da je neko lice samo ili zajedno s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela. Zakonodavac je u odredbi člana 118 stav 3 precizno propisao trajanje, odnosno najduže trajanje posebnih istražnih radnji (do mjesec dana, ukupno tri, odnosno šest mjeseci). Nadalje, Ustavni sud zapaža da se zakonodavac opredijelio za postepenost u produživanju posebnih istražnih radnji (za još mjesec dana). Uz to, zakonodavac je propisao da se produženje posebnih istražnih radnji može odobriti iz posebno važnih razloga.

Navodi podnositeljke zahtjeva zasnivaju se na tvrdnji da je zakonodavac dijelom odredbe koji glasi „posebno važnih razloga” ostavio mogućnost arbitrarnog tumačenja i postupanja organa pred kojim se vodi postupak. Osim toga, sporna odredba nije napravila nužnu distinkciju između tih djela i onih koja nemaju takva obilježja u odnosu na djela na koje se produženje rokova ne treba odnositi. Stoga je Ustavni sud u konkretnom slučaju trebao ispitati da li osporene odredbe, u pogledu uslova za produženje posebnih istražnih radnji, dovoljno jasno navode obim i način ostvarivanja diskrecije dodijeljene organima javne vlasti, te da li je period trajanja produženja posebnih istražnih radnji proporcionalan prirodi krivičnih djela za koje se posebne istražne radnje mogu produžiti.

Dovodeći prethodno izloženu praksu Evropskog suda u vezu s relevantnim odredbama Zakona, Ustavni sud nalazi da je propisivanjem da posebne istražne radnje mogu trajati najduže mjesec dana zakonodavac nesporno imao u vidu ograničavanje prava pojedinca iz člana 8 Evropske konvencije, odnosno da trajanje posebnih istražnih radnji mora biti svedeno na najmanju moguću mjeru. Međutim, osporene odredbe propisuju da se posebne istražne radnje mogu produžavati još dva puta, odnosno još pet puta po mjesec dana iz posebno važnih razloga. U vezi s tim, Ustavni sud prvenstveno zapaža da je zakonodavac kao uslov za produženje posebnih istražnih radnji upotrijebio sintagmu „posebno važni razlozi”, što predstavlja neodređen pojam koji ni u jednoj drugoj odredbi Zakona nije korišćen. Naime, iz citirane odredbe ne proizlazi na šta se posebno važni razlozi odnose, tj. da li se odnose na nemogućnost daljeg pribavljanja dokaza usljed toga što posebne istražne radnje ne daju očekivane rezultate ili na samu prirodu i okolnosti izvršenja krivičnog djela, te da li i u kojoj mjeri rezultati do tada prikupljenih informacija primjenom posebnih istražnih radnji moraju biti poznati sudiji za prethodni postupak.



Dakle, proizlazi da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u zakonu prema kojima bi mogao razmotriti prijedlog tužioca za produženje posebnih istražnih radnji i saglasno tome prijedlog odbiti, odnosno usvojiti i odrediti produženje. Zbog toga, da li će obrazloženje tužioca kojim predlaže produženje posebnih istražnih radnji biti odgovarajuće u smislu „posebno važnih razloga” zavisi isključivo od diskrecione ocjene sudije za prethodni postupak. U vezi s tim, Ustavni sud ponavlja da prema standardima Evropskog suda, budući da se radi o tajnim mjerama koje ne mogu preispitivati lica na koja se one odnose ili šira javnost, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlašćenja, tako da zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim organima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jemči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja.

Ustavni sud u ovom dijelu podsjeća da nije pitanje ustavnosti neodgovarajuća implementacija određenih zakonskih rješenja ukoliko su ta rješenja, sama po sebi, u skladu sa Ustavom. U takvim situacijama, u slučaju zloupotrebe u implementaciji zakonskih odredbi, postoje drugi odgovarajući mehanizmi zaštite. Međutim, u konkretnom slučaju se ne radi o takvoj situaciji, već o tome da su osporene odredbe, same po sebi, u njihovoj implementaciji suprotne Ustavu jer nisu dovoljno jasno propisale obim diskrecije dodijeljene sudiji za prethodni postupak s obzirom na to da se njegova diskrecija očituje u obliku neograničenih ovlašćenja kad tumači te neodređene pravne termine, tj. pretpostavku „iz posebno važnih razloga” tako da ne jemče pojedincu odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja. Stoga, Ustavni sud nalazi da zakonodavac, time što je propisao da se iz posebno važnih razloga, što predstavlja neodređenu pretpostavku, mogu produžiti posebne istražne radnje, nije poštovao da zakon mora dovoljno jasno propisivati obim diskrecije dodijeljene nadležnim organima.

Pored toga, Ustavni sud ponavlja da prema praksi Evropskog suda, minimalne garancije koje trebaju biti propisane u zakonu kako bi se izbjegle zloupotrebe dodijeljenih ovlašćenja su, između ostalih, priroda djela u odnosu na koja se može odrediti mjera presretanja i vremensko ograničenje trajanja mjere prisluškivanja. Iako je propisao vrste krivičnih djela za koja je moguće odrediti posebne istražne radnje, Ustavni sud uočava da je zakonodavac na isti način i u istim rokovima predvidio produženje posebnih istražnih radnji bez obzira na to o kojim krivičnim djelima se radi. U vezi s tim, Ustavni sud ponavlja da je miješanje u ljudska prava i osnovne slobode, u konkretnom slučaju pravo na privatni život, opravdano ako je u skladu sa zakonom i teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u članu 8 stav 2 Evropske konvencije, te je „nužno u demokratskom društvu” kako bi se postigao određeni cilj.

Ustavni sud takođe podsjeća da legitimni cilj posebnih istražnih radnji predstavlja suprotstavljanje najtežim oblicima kriminaliteta. U tom smislu, nije sporno da je potrebno duže trajanje posebnih istražnih radnji ako se radi o dokazivanju krivičnih



djela terorizma, korupcije, organizovanog kriminala, trgovine ljudima i oružjem budući da izvršenje ovih djela može trajati duži vremenski period. Međutim, polazeći od legitimnog cilja sprovođenja posebnih istražnih radnji, Ustavni sud smatra da, iako se određivanje posebnih istražnih radnji u trajanju od mjesec dana može opravdati za sva krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna, nejasno je zbog čega priroda i težina krivičnih djela za koja je, primjera radi, propisana maksimalna kazna zatvora do pet godina, objektivno opravdava mogućnost određivanja tih mjera u najdužem trajanju, jednako kao krivična djela s propisanom kaznom zatvora do 20 godina ili kaznom dugotrajnog zatvora. Zbog toga, Ustavni sud nalazi da zakonodavac, prilikom propisivanja trajanja posebnih istražnih radnji, nije vodio računa o srazmjeri između ograničavanja ljudskih prava i težine krivičnih djela, odnosno pitanje trajanja posebnih istražnih radnji nije uskladio s prirodom pojedinih krivičnih djela na koja se produžavanje objektivno ne treba odnositi.

Imajući u vidu da zakonodavac nije napravio bilo kakvu razliku između krivičnih djela na koja se produženje posebnih istražnih radnji ne treba odnositi, te da je pretpostavka iz posebno važnih razloga neprecizno određena i ne može poslužiti kao mjerilo te razlike, Ustavni sud nalazi da osporene odredbe člana 118 stav 3 Zakona, u dijelu koji se odnosi na produženje posebnih istražnih radnji, nisu saglasne članu II/3f) i članu I/2 Ustava.

5.3. Materijal dobijen preduzimanjem radnji i obavještanje o preduzetim radnjama (član 119 stav 1 Zakona)

Podnositeljka zahtjeva je istakla da su odredbe člana 119 stav 1 Zakona suprotne čl. I/2 i II/3f) Ustava i članu 8 Evropske konvencije. Obrazlažući ove navode istakla je da uređenje posebnih istražnih radnji nije saglasno Ustavu zato što ne postoji mehanizam kojim bi se obezbijedila sudska kontrola. Naime, sud odlučuje o početku preduzimanja posebnih istražnih radnji. Međutim, navedena odredba propisuje da po isteku radnje policijski organ sastavlja izvještaj za Tužilaštvo, a tužilac sudiji za prethodni postupak, i tek tada sudija za prethodni postupak dobija potpunu informaciju o rezultatima posebnih istražnih radnji. Sudija za prethodni postupak (nakon određivanja početka primjene) nije u mogućnosti nadzirati da li i dalje postoji potreba za sprovođenjem tih radnji budući da zakon ne nalaže ovom sudiji obavezu traženja dnevnih ili periodičnih izvještaja od policije, niti policiji obavezu samoinicijativnog dostavljanja takvih izvještaja sudiji za prethodni postupak i tužiocu.

Podnositeljka zahtjeva je podsjetila da Evropski sud smatra da je kontrolu tajnih mjera nadzora poželjno povjeriti sudu jer sudska kontrola pruža najbolja jamstva nezavisnosti, nepristrasnosti i poštovanja procedure. U predmetu *Rotar protiv Rumu-*



nije¹⁰⁰ Evropski sud je istakao da iako obavještajne službe mogu legitimno postojati u demokratskom društvu, ovlaštenja tajnog nadgledanja građana mogu se tolerisati samo u mjeri koja je strogo nužna za zaštitu demokratskih institucija. U smislu člana 8 Evropske konvencije, postupci nadzora moraju slijediti vrijednosti demokratskog društva, posebno vladavinu prava koja implicira da miješanje izvršnih vlasti u prava pojedinaca mora biti podvrgnuto djelotvornom nadzoru koji bi trebao sprovesti sud.

Sporna odredba, navodi podnositeljka zahtjeva, nije predvidjela takvu mogućnost, nego je propisala dostavljanje mjerodavnih podataka koje omogućava donošenje zaključka o tome da li su prestali razlozi zbog kojih su te radnje bile određene i da li se moraju prekinuti. Izvjesno je, smatra podnositeljka zahtjeva, da obaveze policije koje određuju da „po prestanku primjene radnji iz člana 116 ovog zakona policijski organi moraju predati tužiocu sva obavještenja, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, te izvještaj o tome” nisu dovoljne za ostvarenje tog cilja. Sudija za prethodni postupak mora imati i zakonsko ovlaštenje da u svako doba tokom sprovođenja posebnih istražnih radnji zahtijeva da mu tužilac dostavi izvještaj o osnovanosti njihovog daljnjeg sprovođenja ili kada ocijeni potrebnim da, radi ocjene osnovanosti daljeg sprovođenja radnji, zahtijeva od policije dnevne izvještaje i dokumentaciju u obimu i mjeri koju je sam ovlašćen odrediti.

U vezi s ovim navodima, Ustavni sud podsjeća na praksu Evropskog suda iz koje slijedi da je kontrolu tajnih mjera nadzora poželjno povjeriti sudu jer sudska kontrola pruža najbolje garancije nezavisnosti, nepristrasnosti i poštovanja procedure. Ustavni sud podsjeća na predmet Evropskog suda *Rotaru protiv Rumunije*¹⁰¹ iz kojeg slijedi: „Da bi sistemi tajnog nadgledanja bili saglasni sa članom 8 Konvencije moraju sadržavati garancije utvrđene zakonom koje se primjenjuju za nadzor relevantnih obavještajnih aktivnosti. Postupci nadzora moraju slijediti vrijednosti demokratskog društva što je moguće vjernije, posebno vladavinu prava na koju se direktno poziva preambula Konvencije. Vladavina prava implicira, *inter alia*, da miješanje izvršnih vlasti u prava pojedinca mora biti podvrgnuto djelotvornom nadzoru koji bi normalno trebalo da sprovodi sudstvo, u najmanju ruku u posljednjem stepenu, budući da sudska kontrola daje najbolja jamstva nezavisnosti, nepristrasnosti i pravilne procedure ... U ovom slučaju Sud bilježi da rumunski sistem prikupljanja i pohranjivanja informacija ne obezbjeđuje takva zaštitna sredstva, niti je Zakon broj 14/1992 propisao postupak nadzora bilo za vrijeme dok je naložena mjera na snazi ili poslije toga. U takvoj situaciji, Sud smatra da domaće pravo ne upućuje s razumnom jasnoćom na okvir i način izvršenja relevantnih diskrecionih ovlaštenja koja su povjerena javnim vlastima. [...] Dosljedno tome, došlo je do povrede člana 8”.

100 Predstavka broj 28341/95, presuda od 4. maja 2000. godine.

101 Presuda, Veliko vijeće, od 4. maja 2000. godine, zahtjev broj 28341/95.



Ustavni sud nalazi da je osporenim odredbom propisano da „po prestanku radnji iz člana 116 ovog zakona policijski organi moraju sve informacije, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, kao i izvještaj o tome predati tužiocu. Tužilac je dužan da sudiji za prethodni postupak dostavi pisani izvještaj o preduzetim radnjama. Na osnovu podnesenog izvještaja sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupljeno po njegovoj naredbi”. Proizlazi da su nakon prestanka posebnih istražnih radnji policijski organi dužni predati tužiocu sve materijale koji su rezultat preduzimanja posebnih istražnih radnji i izvještaj o preduzetim radnjama i da tužilac ima obavezu dostaviti pisani izvještaj o preduzetim radnjama sudiji za prethodni postupak kako bi se sudija za prethodni postupak upoznao sa sprovođenjem radnje, odnosno provjerio da li je postupljeno po njegovoj naredbi.

Prema Zakonu, posebne istražne radnje isključivo može odrediti sudija za prethodni postupak, mogu trajati najduže mjesec dana, mogu se produžiti za još mjesec dana, s tim što mogu trajati ukupno šest, odnosno tri mjeseca. Takođe, odredbe Zakona propisuju da sudija za prethodni postupak mora pisanom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene. Osim toga, svako produženje posebnih istražnih radnji mora da odobri sudija za prethodni postupak. Dakle, sudija za prethodni postupak ima mogućnost da ne odobri produženje istražnih radnji ako smatra da su stvorene okolnosti koje omogućavaju primjenu drugih načina pribavljanja dokaza kojim se ne zadire ili se manje zadire u osnovna ljudska prava. Nadalje, odredbe Zakona propisuju da će sudija za prethodni postupak bez odlaganja obavijestiti lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta, a to lice može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je radnja sprovedena.

Ustavni sud nalazi da je na taj način zakonodavac obezbijedio da lice, ako smatra da su primjenom posebne istražne radnje povrijeđena njegova prava i slobode, može od suda tražiti ispitivanje zakonitosti, načina njene primjene, kao i naredbe suda koja je predstavljala osnov za njenu primjenu. Ustavni sud nalazi da je to jedan vid nadzora, odnosno zaštite lica od nezakonitog zadiranja u njihova prava i slobode.

Imajući u vidu sve navedeno, Ustavni sud smatra da je zakonodavac obezbijedio da će miješanje u pravo pojedinca biti podvrgnuto djelotvornom nadzoru. Ustavni sud zaključuje da su odredbe člana 119 stav 1 Zakona saglasne čl. I/2 i II/3f) Ustava i članu 8 Evropske konvencije.



6. Značenje, sadržaj i pravni efekat odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine o saglasnosti Zakona o krivičnom postupku BiH s Ustavom Bosne i Hercegovine i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Odlukom Ustavnog suda broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine utvrđeno je da postoje strukturalne i načelne manjkavosti, te neustavnost i nesaglasnost nekoliko odredaba Zakona s Ustavom i Evropskom konvencijom. Ustavni sud je u ovoj odluci ustanovio određene ustavne nedostatke neusklađenosti novog modela krivičnog postupka s tužilačkom istragom, istakavši pri tome da on nema ovlaštenje da odlučuje o izboru ovog modela. Takođe, u postupku ocjene ove ustavnosti, očigledno je da je Ustavni sud prihvatio dinamičku ili evolutivnu interpretaciju krivičnih odredaba Ustava kojom uvažava potrebu stalnog unapređenja krivičnoprocesnog modela uslovljenog globalizacijom savremenog društva i pravnog poretka. Tom odlukom je u značajnoj mjeri sprovedena konstitucionalizacija krivičnog procesnog prava.

Stoga je zakonodavcu nametnuto da ispuni niz pozitivnih ustavnih obaveza. Glavni zadatak koji je zakonodavcu naložio Ustavni sud jeste da u normativnu strukturu prethodnog postupka ugradi sudski mehanizam zaštite protiv nezakonitog (arbitrarnog) krivičnog gonjenja i istrage, te da ta zaštita mora da obuhvati osnovna pitanja zakonitosti prethodnog postupka. Naravno, odabir normativnog okvira ili zakonodavnog modela krivičnog postupka izraz je državne kaznene politike koja je na nivou Bosne i Hercegovine u nadležnosti Parlamentarne skupštine BiH i Savjeta ministara BiH.

Izvršenje odluka Ustavnog suda o nesaglasnosti Zakona s Ustavom podrazumijevalo je da Parlamentarna skupština BiH, u skladu sa članom 61 stav (4) Pravila Ustavnog suda, najkasnije u roku od šest mjeseci od objavljivanja ovih odluka u „Službenom glasniku BiH”, usaglasi neustavne odredbe ovog zakona s Ustavom BiH. Parlamentarna skupština BiH je bila dužna da, u skladu sa članom 72 stav (5) Pravila Ustavnog suda, u navedenom roku obavijesti Ustavni sud o mjerama koje su preduzete s ciljem da se izvrše ove odluke. Ustavna obaveza zakonodavca je da u postupku izvršenja ovih odluka otkloni neustavne deficite kako bi se novi nacionalni krivičnoprocesni model u cijelosti uskladio s Ustavom BiH i Konvencijom, te postigla njegova unutrašnja pravna konzistentnost i koherentnost. Pozitivne obaveze koje je Ustavni sud nametnuo zakonodavcu dubinski ulaze u strukturu krivičnog postupka i treba da omogućе djelotvorno gonjenje i kažnjavanje učinilaca krivičnih djela i, istovremeno, u dovoljnoj mjeri zaštite ustavna i konvencijska prava osumnjičenih, odnosno optuženih, od nezakonitih i arbitrarnih postupaka nadležnih državnih organa. Od posebnog je značaja da tužilačke odluke kojima se zadire u osnovna ljudska prava moraju da budu podložne sudskoj kontroli. Uz to, zakonodavac ima obavezu i da uspostavi uslove za obavljanje djelotvornog sudskog nadzora nad sprovođenjem posebnih istražnih radnji.



S druge strane, na osnovu uvida u odluke Parlamentarne skupštine BiH objavljene u „Službenom glasniku BiH”, Ustavni sud BiH je na plenarnoj sjednici održanoj 31. maja 2018. godine zaključio da Parlamentarna skupština BiH nije u ostavljenom roku uskladila odredbe člana 84 st. 2, 3 i 4, člana 117 tačka d), člana 118 stav 3, člana 225 stav 2 i člana 226 stav 1 Zakona s Ustavom. U tom kontekstu, Ustavni sud podsjeća da su, prema članu VI/5 Ustava, odluke Ustavnog suda konačne i obavezujuće. Takođe, prema članu 72 stav (1) Pravila Ustavnog suda, konačne i obavezujuće odluke Ustavnog suda dužno je da poštuje svako fizičko i pravno lice, a prema stavu (2) istog člana, svi organi vlasti su dužni da u okviru svojih nadležnosti utvrđenih Ustavom i zakonom sprovedu odluke Ustavnog suda. S obzirom na to da Parlamentarna skupština BiH nije u ostavljenom roku izvršila konačnu i obavezujuću Odluku Ustavnog suda broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine, Ustavni sud je, na osnovu člana 57 stav (3) i člana 72 stav (6) Pravila Ustavnog suda, odredio način izvršenja navedene odluke. Parlamentarna skupština BiH je dužna da bez daljnjeg odlaganja izvrši navedenu odluku, a do tada će se osporene odredbe Zakona primjenjivati u skladu s navedenom odlukom, standardima iz Ustava i Evropske konvencije, te praksom Ustavnog suda i Evropskog suda. Na istoj sjednici Ustavni sud je dao slično obrazloženje i u Rješenju broj U 21/16 u odnosu na član 78 st. 3, 4 i 5 Zakona o Obavještajno-bezbjednosnoj agenciji Bosne i Hercegovine¹⁰².

Napokon, na osnovu člana IV/4a) Ustava, Parlamentarna skupština Bosne i Hercegovine, na 42. sjednici Doma naroda održanoj 11. septembra 2018. godine i na 11. hitnoj sjednici Predstavničkog doma održanoj 17. septembra 2018. godine, donijela je Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH, koji je objavljen u „Službenom glasniku BiH” broj 65/18 od 21. septembra 2018. godine, a stupio je na snagu 29. septembra 2018. godine.

(1) U članu 117 (krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje) članom 2 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona tačka d) mijenja se tako da ove radnje dolaze u obzir i za krivična djela: izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti; protivpravno lišenje slobode; neovlašteno prisluškivanje i zvučno ili optičko snimanje; povreda slobode opredjeljenja birača; krivotvorenje novca; krivotvorenje vrijednosnih papira; pranje novca; utaja poreza ili prevara; krijumčarenje; organizovanje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe; carinska prevara; primanje dara i drugih oblika koristi; davanje dara i drugih oblika koristi; primanje dara ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem; davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem; zloupotreba položaja ili ovlašćenja; protivzakonito oslobađanje lica lišenog slobode; pomoć počiniocu poslije učinjenog krivičnog djela; pomoć licu koje je optužio međunarodni krivični sud;

102 „Službeni glasnik BiH” br. 12/04, 20/04, 56/06, 32/07, 50/08 i 12/09.



sprečavanje dokazivanja; otkrivanje identiteta zaštićenog svjedoka; ometanje pravde; udruživanje radi činjenja krivičnih djela i organizovani kriminal. Uz to, iza tačke d) dodaje se tačka e) koja glasi: „e) druga krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna”.

(2) U članu 3 Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH član 118 (nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji) stav 3 mijenja se tako da istražne radnje iz člana 116 stav 2 tač. a)-d) (nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka; nadzor i tehničko snimanje prostorija; tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima) i tačka g) ovog zakona (nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela) mogu trajati najduže do mjesec dana, a ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se na obrazložen prijedlog tužioca produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tač. od a) do c) (nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka; nadzor i tehničko snimanje prostorija) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže četiri mjeseca.

Mjere iz tač. d) (tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima) i g) (nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela) mogu trajati ukupno najduže tri mjeseca za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže dva mjeseca. Izuzetno, u odnosu na krivično djelo organizovani kriminal i krivična djela terorizma, istražne radnje iz člana 116 stav 2 tač. a)-d) i tačka g) ovog zakona, ako daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se na obrazložen prijedlog tužioca produžiti još do tri mjeseca. Prijedlog za radnju iz člana 116 stav 2 tačka f) ovog zakona (simulirani i kontrolisani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine) može se odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv istog lica mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.

7. Novine u Zakonu o krivičnom postupku Republike Srpske u pogledu posebnih istražnih radnji

Posebne istražne radnje sistematizovane su u Republici Srpskoj u Glavi XVII Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske¹⁰³ (čl. 234–240). Ovaj zakonski okvir postoji od 2003. godine kada je usvojen novi Zakon o krivičnom postupku Republike

103 „Službeni glasnik Republike Srpske” br. 53/12, 91/17 i 66/18.



Srpske koji je usklađen s odredbama ostalih zakona o krivičnom postupku koji se primjenjuju u Bosni i Hercegovini¹⁰⁴.

Tokom 2018. godine, Narodna skupština Republike Srpske je unijela dvije izmjene u Zakon o krivičnom postupku¹⁰⁵: prva, koja se tiče vrste krivičnih djela kod kojih se može narediti primjena posebnih istražnih radnji, i druga, kojom se mijenja izraz jedne zakonske odredbe. Na ovaj način, zakonodavac je smatrao da je izvršio usklađivanje s Odlukom Ustavnog suda broj U 5/16, novim Krivičnim zakonikom Republike Srpske¹⁰⁶ i međunarodnim standardima, ali i pristupio preciznijem propisivanju pravnih normi.

U tom kontekstu, propisano je da se posebne istražne radnje iz člana 234 stav 2 ovog zakona mogu odrediti za krivična djela: a) protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Republike Srpske, b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, v) terorizma i g) za koja se prema Krivičnom zakoniku može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. Krivična djela protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Republike Srpske sistematizovana su u Glavi XXII (čl. 278-298) Krivičnog zakonika, nakon koje su sistematizovana krivična djela terorizma u Glavi XXIII (čl. 299-305). Ovim grupama krivičnih djela inkriminisana su i neka potpuno nova krivična djela (protivzakonito formiranje paravojnih i parapolicijskih snaga – član 287, stvaranje grupe ili organizovane kriminalne grupe za vršenje krivičnih djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske – član 296, stvaranje terorističkih grupa ili organizacija – član 301, javno podsticanje na terorističke aktivnosti – član 302, vrbovanje i obučavanje za vršenje terorističkih djela – član 303, formiranje i obučavanje grupa radi pridruživanja stranim terorističkim organizacijama – član 304) u odnosu na koja je, ako su ispunjeni i ostali zakonski uslovi, moguće primijeniti posebne istražne radnje.

Ipak, najvažnija izmjena ove odredbe odnosi se na tačku g) kojom je propisano da se posebne istražne radnje mogu odrediti za krivična djela za koja se prema Krivičnom zakoniku može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna¹⁰⁷. Kao što se uočava, sužen je krug krivičnih djela za koja se mogu odrediti primjene posebnih istražnih radnji tako što je opšta granica zapriječene kazne podignuta s tri na pet godina zatvora. Na ovaj način, zakonodavac je ograničio primjenu posebnih istražnih radnji na teža krivična djela, što je svakako i njihova svrha propisivanja. To je i u skladu s pomenutom Odlukom Ustavnog suda broj U 5/16 u kojoj je, između ostalog, navedeno

104 Posebne istražne radnje propisane su i Zakonom o krivičnom postupku Federacije BiH („Službene novine Federacije BiH” br. 35/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14), Glava IX čl. 130-136 i Zakonom o krivičnom postupku Distrikta Brčko BiH („Službeni glasnik Distrikta Brčko BiH” br. 34/13 – prečišćeni tekst i 27/14), Glava IX, čl. 116-122.

105 „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 66/18.

106 „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 64/17.

107 U zakonima o krivičnom postupku Federacije BiH i Distrikta Brčko BiH i dalje je propisano da se posebne istražne radnje mogu odrediti za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna (čl. 131 Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH i 117 Zakona o krivičnom postupku Distrikta Brčko BiH).



da se zakonodavac kod određivanja krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje mora ograničiti samo na ono što je nužno u demokratskom društvu, odnosno omogućiti srazmjer između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom posebne istražne radnje.

Uočljivo je da je zakonodavac zadržao raniji način određenja krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje određujući pojedina krivična djela ili grupe krivičnih djela koja zbog svoje specifičnosti, bez obzira na propisanu kaznu, zahtijevaju da budu obuhvaćena zakonskom odredbom krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, kao i propisivanjem minimalnog okvira zapriječene kazne od pet godina. Iako je ovaj način poznat¹⁰⁸, praksa mnogih zemalja, uključujući uporedna zakonodavstva u Srbiji¹⁰⁹ i Hrvatskoj¹¹⁰, ide u prilog određivanju liste krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje.

Drugom izmjenom zakonodavac je u dijelu koji se tiče nadležnosti za određivanje i trajanje istražnih radnji u članu 236 u stavu 3 riječi „iz posebno važnih razloga” zamijenio riječima „ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza”. Ove izmjene su bitne zbog toga što su mnoge presude u Republici Srpskoj osporavane upravo u pogledu produžavanja trajanja posebnih istražnih radnji. Tako je najčešća praksa sudova prilikom donošenja naredbe kojom se određuje primjena posebnih istražnih radnji bila da se prepíše zakonski osnov za primjenu posebnih istražnih radnji, ne obrazlažući posebno ni osnove sumnje u pogledu izvršenog krivičnog djela, niti razloge zbog čega se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način. Identična situacija je bila i prilikom dostavljanja prijedloga za produženje primjene posebnih istražnih radnji.

8. Posebne istražne radnje u Bosni i Hercegovini *de lege ferenda*

Može se postaviti pitanje zbog čega zakonodavac nije izvršio i neke druge izmjene i dopune kod posebnih istražnih radnji koje su bile predmet kritike i rasprava u

108 U Sloveniji se mjere tajnog nadzora mogu odrediti, pored taksativno navedenih krivičnih djela, i za ona djela za koja je predviđena kazna zatvora od pet godina ili teža kazna (član 149a stav 4 tačka 1), odnosno mjera nadzora elektronskih komunikacija putem prisluškivanja i snimanja, kao i kontrola i obezbjeđivanje dokaza o svim oblicima komunikacije prenijetih u elektronskoj komunikacionoj mreži, za ona krivična djela za koja je zakonom propisana kazna zatvora od osam godina ili teža kazna (član 150 stav 3 Zakona o krivičnom postupku, „Uradni list Republike Slovenije” broj 32/12). U Crnoj Gori mjere tajnog nadzora mogu se narediti za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora u trajanju od deset godina ili teža kazna (član 158 stav 1 Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni list Crne Gore” br. 57/09, 49/10, 47/14 i odluke Ustavnog suda Crne Gore, br. 2/15 i 35/15), kao i taksativno navedena druga krivična djela.

109 To je u Srbiji učinjeno članom 162 Zakonika o krivičnom postupku („Službeni glasnik Republike Srbije” br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

110 U Hrvatskoj je katalog krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne dokazne radnje propisan u članu 334 Zakona o kaznenom postupku („Narodne novine” br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11 – prečišćeni tekst, 91/12 – Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14 i 70/17).



proteklom periodu. Ove radnje se često označavaju kao specijalne dokazne radnje, odnosno specijalne istražne tehnike jer predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se primjenjuju samo u odnosu na neka krivična djela¹¹¹. Takođe, često se nazivaju tajne metode ili prikrivene operacije (Lukić, 2005: 83-84; npr. u Sjedinjenim Američkim Državama), odnosno prikrivene istrage (npr. u Njemačkoj) kojima se izražava njihova osnovna karakteristika, a to je tajnost ili prikrivenost njihove primjene (Banović, 2006: 131). U Sloveniji i Crnoj Gori u upotrebi su i termini tajni nadzor, u Srbiji i Hrvatskoj posebne dokazne radnje i dr. Precizniji naziv bi bio posebne dokazne radnje, čiji naziv odražava njihovu jasnu i nedvosmislenu svrhu.

Nadalje, nazivi pojedinih posebnih istražnih radnji nisu u potpunosti adekvatni. Tako se naziv mjere „nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija” može smatrati preširoko određenim, a doživio je svojevrsnu transformaciju. U svom prvobitnom obliku, ali i doslovno, telekomunikacije su predstavljale komunikaciju na daljinu. Danas telekomunikacije imaju mnogo širi smisao i u prvi plan ističe se telekomunikaciona industrija koja, osim komunikacionih uređaja, obuhvata i široko područje potrošačke elektronike i time obezbjeđuje široku infrastrukturu (Klaić, Turek, 2001: 101). Telekomunikacije su globalni sistem od koga korisnici očekuju raspoloživost bez vremenskih i prostornih ograničenja, te različite usluge – od osnovnih, cijenom prihvatljivih najširoj populaciji, do onih namijenjenih ciljanim grupama korisnika (Lovrek, 2007: 1). Njihov zadatak je ostvarivanje komunikacije i pružanje informacione i/ili komunikacione usluge upotrebom jednog ili više oblika informacija, odnosno s jednim ili više medija: govor, zvuk, slika, video, tekst ili podatak (Lovrek, 2007: 4). Ako uzmemo u obzir da telekomunikacione mreže prema namjeni mogu da budu javne i privatne u zavisnosti od dostupnosti usluga, kao i da se mogu odnositi na prenos govora ili podatka u zavisnosti od vrste informacije kojom se komunicira, onda se postavlja pitanje da li je realno očekivati uspostavljanje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija.

Ukoliko se tome doda nagli razvoj novih oblika telekomunikacija, preciznije komunikacija putem društvenih mreža, onda ova pitanja još više dolaze do izražaja. Određivanje ovako širokog naziva ove mjere stvara pogrešan utisak da je moguće vršiti nadzor i tehničko snimanje svih ovih telekomunikacija, što nije ostvarivo ni u tehničko-tehnološkom, niti u pravnom smislu. Osim toga, pored tehničko-tehnoloških (ne)mogućnosti, postoje i pravna pitanja jer vodeći davaoci internet usluga (*Internet Service Provider*) sjedište imaju u drugim državama, te u zavisnosti od zakonodavstva tih država odlučuju o ustupanju vrste i količine traženih podataka. U

111 U pravnoj literaturi se mogu pronaći i terminološke oznake: „posebne istražne mjere”, „posebne metode i sredstva”, „posebne operative mjere”, „posebne prikrivene metode i sredstva izvida”, „prikrivene preiskovalne metode”, „prikrivene istrage”, „posebne izvidne metode”, „undercover methods”, „undercover operations and procedures”, „intelligence collection” i „crime intelligence”.



tom smislu, optimalan naziv ove mjere bi bio „nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora i drugih komunikacija na daljinu” po uzoru na komparativna rješenja u Hrvatskoj (član 332 stav 1 tačka 1 Zakona o krivičnom postupku Hrvatske) ili „tajni nadzor komunikacija” koji obuhvata nadzor i snimanje komunikacije koja se obavlja putem telefona ili drugih tehničkih sredstava ili nadzor elektronske ili druge adrese osumnjičenog i zapljenu pisama i drugih pošiljki, kako je to propisano u Srbiji (član 166 Zakona o krivičnom postupku Srbije).

Još jedna mjera ima naziv koji onemogućava njenu potpunu primjenu. To je „nadzor i tehničko snimanje prostorija”. Ovom radnjom ograničava se jedno od osnovnih ljudskih prava – pravo na privatnost, poštovanje privatnog života, kao i druga prava koja se nadovezuju na pobrojana prava, ali i pravo na privatnost i drugih lica koja ostvaruju kontakt s osumnjičenim, bez obzira na to da li su u vezi s predmetnim krivičnim djelom (Klaić, Turek, 2001: 101). Ova mjera podrazumijeva tajni ulazak u prostorije radi postavljanja optičkih i akustičkih uređaja kojima se omogućava njihov nadzor. Međunarodnopravne i ustavne garancije prava na nepovredivost stana su u potpunosti jasne, tako da tumačenje kojim se „podrazumijeva” ulazak u prostorije radi ostvarivanja njihovog nadzora i tehničkog snimanja nije opravdano. Dakle, pod sadašnjim nazivom ovu mjeru je moguće realizovati jedino putem savremenih uređaja koji omogućavaju nadziranje i tehničko snimanje prostorija s određene vanjske udaljenosti. Ipak, njihova primjena je ograničena optičkom vidljivošću, vremenskim uslovima, stručnošću operatera i drugih uslova. Zbog toga se čini opravdanom promjena njenog naziva, kako je to učinjeno u zakonodavstvu Hrvatske gdje je ona naslovljena kao „ulazak u prostorije radi sprovođenja nadzora i tehničkog snimanja prostorija” (član 332 stav 1 tačka 3 Zakona o krivičnom postupku Hrvatske).

Pored toga, u zakonu su propisani isključivo uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji, ali ne i način kako se primjenjuju (Simović, Simović, 2016: 453). Kod posebnih istražnih radnji nisu konkretizovani način i mjesto njihovog preduzimanja, što bi značilo da nisu određeni posebnim pravilima o formi, te samim tim spadaju u radnje bez posebne procesne forme (Ristić, 2003: 293). U takvom slučaju, procesni subjekat vrši radnju na način koji smatra najpogodnijim za postizanje cilja u skladu s opštim odredbama o formama procesnih radnji i u skladu s osnovnim načelima postupka i osnovnim načelima pravnog poretka (Vasiljević, 1981: 256). Kako se radi o mjerama kojima se u značajnom obimu privremeno ograničavaju osnovna ljudska prava i slobode, sasvim opravdano se nameće potreba detaljnijih zakonskih propisivanja i načina njihove primjene. Podzakonskim aktima se mogu dodatno razraditi pojedine zakonske odredbe.

S obzirom na to da naredbu kojom se određuje primjena posebnih istražnih radnji izvršava policijski organ, trebalo bi unijeti nove odredbe kojima se detaljnije propisuje način njegovog postupanja. To se posebno odnosi na propisivanje obaveze sačinjavanja



dnevnih izvještaja i dokumentacije s tehničkim snimcima i drugim materijalima koji se dostavljaju postupajućem tužiocu na njegov zahtjev. Obaveza policijskog organa da nakon prestanka primjene posebnih istražnih radnji mora sve informacije, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, kao i izvještaj o tome predati tužiocu, već je propisana.

9. Zaključak

Posebne istražne radnje, pored tužilačkog koncepta istrage, bile su glavna karakteristika krivičnih procesnih zakona u BiH iz 2003. godine, kada su i uvedene u krivičnoprocesno zakonodavstvo. Mnoge od njih (nadzor telefonskih razgovora, specijalna opservacija, tajni nadzor prostorija, kontrolisana isporuka predmeta) i ranije su imale svoju primjenu, koja je do tada imala isključivo operativni karakter. Međutim, uvođenjem ovih odredbi u bh. zakonodavstvo, one su dobile dokazni karakter. To je stvorilo obavezu države da obezbijedi i adekvatnu zaštitu osnovnih prava i sloboda, koja su ovim radnjama ograničena.

Brojni slučajevi iz prakse Evropskog suda i Ustavnog suda u vezi sa članom 8 Evropske konvencije i zaštitom prava na privatnost ukazuju na značaj i složenost ovog pitanja. Efikasno i ekspeditivno dokazivanje najtežih oblika kriminaliteta može iziskivati ograničavanje prava na privatnost, ali standardi koji se tiču predvidljivosti, ograničavanja diskrecionih ovlašćenja i kontrole zakonitosti ne smiju pri tome biti zanemareni. U radu su, u tom kontekstu, predstavljeni standardi koje su osmislili Evropski sud i Ustavni sud, te je proučavan stepen usklađenosti bh. regulative s njima. Jedan od ključnih problema je neobjavljivanje zainteresovanog lica o primjeni posebnih istražnih radnji, s obzirom na to da iz ovoga proizlazi nemogućnost ostvarivanja prava na pritužbu, ali i da se na osnovu negativnih primjera iz prakse unaprijedi postupanje nadležnih organa.

Pod uticajem presuda Evropskog suda, ali i djelovanja Savjeta Evrope i organa Evropske unije, u Evropi je sve više prisutna tendencija „unifikacije” posebnih istražnih radnji. U osnovi se za njihovo određenje i sprovođenje traži ispunjenje strogih uslova zasnovanih na načelima srazmjernosti i supsidijarnosti. Zakonski propisi kojima se određuju i propisuju uslovi koji moraju biti ispunjeni da bi se moglo naložiti sprovođenje posebnih istražnih radnji moraju udovoljavati uslovu „predvidivosti” po kojem svako lice mora znati granice i uslove u kojima se može dogoditi ograničenje njegovih prava.

Iako je Ustavni sud do sada donio više odluka povodom apelacija koje su podnesene zbog povreda Ustava u krivičnom postupku, a jednom je ocijenio odredbu Zakona nesaglasnom s Ustavom, ukupan dosadašnji rad Ustavnog suda u krivičnopravnom području nije dosegao konstitucionalizirajući efekat odluka od 1. juna 2017. godine.



Osim za krivičnoprocesno pravo i krivično pravosuđe, odluke od 1. juna 2017. godine pomiču granice u samom ustavnom sudovanju. Obrazloženje Ustavnog suda o neustavnosti odredbi Zakona i Zakona o Obavještajno-bezbjednosnoj agenciji BiH od 1. juna 2017. godine vrlo je vrijedan izvor za tumačenje ustavnog, ali i krivičnoprocesnog prava. Treba očekivati da će bh. krivičnoprocesno pravo provodeći citirane odluke Ustavnog suda krivični postupak doista urediti onako kako je nužno.

LITERATURA

- Antonić, V., Mitrović, D. (2012). *Modul 1, Posebne istražne radnje, Projekat: Jačanje tužilačkih kapaciteta u sistemu krivičnog pravosuđa*. Sarajevo: Visoko sudsko i tužilačko vijeće BiH.
- Banović, B. (2006). *Specijalne istražne radnje i njihov doprinos u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela i izvršilaca*. Beograd: Revija za kriminologiju i krivično pravo, 44(2), 129-147.
- Banović, B. (2013). *Primjena specijalnih istražnih tehnika u prevenciji i represiji teških oblika kriminala*. Zbornik radova „Teški oblici kriminala i državna reakcija”, vol. 4, broj 1, Trebinje.
- Barašin, M., Hasanspahić, S. (2010). *Posebne istražne radnje: zakonito presretanje (zakonska regulativa)*. Banja Luka: Pravna riječ.
- Bejatović, S. (2005). *Krivičnoprocesna pitanja novih metoda otkrivanja i istrage krivičnih djela organizovanog kriminala*. Zbornik „Organizovani kriminal – stanje i mjere zaštite”, Beograd.
- Beljanski, S. (2000). *Pravo na privatnost*. Beograd: Branič, vol. 113, broj 1.
- Beulke, W. (2000). *Strafprozeßrecht*. Heidelberg: Müller.
- Burzić, D. et al. (2017). *Monitoring odgovora pravosuđa na korupciju u BiH: pilot izvještaj*. Sarajevo: Analitika – Centar za društvena istraživanja.
- Delmas-Marty, M. (1995). *The Criminal Process and Human Rights: Toward a European Consciousness*. Dordrecht – Boston – London: Martinus Nijhoff Publishers.
- Dragojlović, J., Čeranić, M. (2015). *Potrebe za bezbjednošću i sigurnošću u hijerarhiji ljudskih potreba*. Kultura polisa, XII(28) 291-299.
- Dundović, D. (2003). *Tajne policijske operacije*. Zagreb: Informator.
- Duraković, A. (2010). *Prikriveno policijsko djelovanje i analitički rad kao sredstvo suzbijanja krivičnih djela vezanih za droge*. Zenica: Anali Pravnog fakulteta u Zenici.



- Đukić, S. (2016). *Suzbijanje teških oblika kriminaliteta – posebna ovlaštenja i subjekti*. Doboj: Visoka poslovno-tehnička škola.
- Gluščić, S. (2012). *Posebne dokazne radnje*. Zagreb: Policija i sigurnost, 21, (3).
- Govedarica, M. (2010). *Posebne istražne radnje*. Istočno Sarajevo: Godišnjak Pravnog fakulteta, (1).
- Gropp, W., Huber, B. (2000). *Rechtliche Initiative gegen Organisierte Kriminalität*. Freiburg: Max-Planck-Institut für Strafrecht.
- Grubač, M. (2008). *Posebna ovlaštenja organa krivičnog gonjenja i ustavna prava i slobode građana*, Zbornik radova „Demokratski nadzor nad primjenom posebnih ovlaštenja”, Beograd.
- Halilagić, N., Hasanspahić, S. (2012). *Posebne istražne radnje – efikasan odgovor društva na organizovani kriminal*. Zbornik radova „Kriminalističko-krivičnoprocesne karakteristike istrage prema Zakonu o krivičnom postupku u protekloj deceniji”, vol. 5, (1), Banja Luka, 229-230.
- Halilović, H. (2005). *Prikriveni istražitelj – pravno-kriminalistički pristup*. Sarajevo: Fakultet kriminalističkih nauka.
- Hasanspahić, S. (2009). *Posebne istražne radnje i uslovi za njihovu primjenu prema zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini*. Travnik: Zbornik radova, Fakultet pravnih nauka, Sveučilište/Univerzitet Vitez, (2).
- Huber, B. (2008). *Criminal Procedure in Europa: Germany*. Freiburg: Max-Planck - Institut.
- Ivanović, Z., Banović, B. (2011). *Analiza pravne regulative nadzora nad komunikacijama i praksa Evropskog suda za ljudska prava*. Beograd: Bezbednost, vol. 53, broj 1.
- Ignjatović, D. (2015). *Mjere preispitivanja komunikacije zadržavanja podataka iz perspektive Strazbura i propisa i prakse u Republici Srbiji*. Beograd: Beogradski centar za bezbjednosnu politiku.
- Ilić, G., Majić, M., Beljanski, S., Trešnjev, A. (2013). *Komentar zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik.
- Ilić, G., Bošković, M. (2015). *Posebne mjere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pregled iz pravosuđa*. Beograd: Beogradski centar za bezbjednosnu politiku.
- Išerić, H. (2018). *Sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava*. Sarajevo: Pravna misao, 9–10.
- Kajmaković, D. (2010). *Iskustva i problemi u primjeni posebnih istražnih radnji*. Sarajevo: Pravo i pravda, (1), 241-254.
- Karović, S. (2012). *Posebne istražne radnje u krivičnom procesnom zakonodavstvu Bosne i Hercegovine*. Sarajevo: Civitas, (4).



- Kilkelly, U. (2001). *The Right to Respect for Private and Family Life, A Guide to the Implementation of Article 8 of the European Convention on Human Rights*. u: Pravo, Strazbur: Directorate General of Human Rights Council of Europe.
- Klaić, A., Turek, F. (2001). *Nacionalna sigurnost i telekomunikacije*. Međunarodne studije, 2(4), 97-112.
- Kovačević, M. (2014). *Tajni nadzor komunikacije – usklađenost sa praksom Evropskog suda za ljudska prava*. Beograd: Anali Pravnog fakulteta u Beogradu, vol. 62, broj 2.
- Kozarev, A. (1997). *Uloga specijalnih istražnih mjera u savremenoj borbi protiv kriminaliteta, sa posebnim osvrtom na praksu u Republici Makedoniji*. Zbornik dokumenata „Nezavisno sudstvo”, Republički sudski sovjet, Skoplje: Centar za demokratiju i bezbjednost.
- Krapac, D. (1997). *Posebne mjere i radnje za otkrivanje i suzbijane kaznenih djela organiziranoga kriminaliteta u novom Zakonu o kaznenom postupku Republike Hrvatske*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 4, (2).
- Lovrek, I. (2007). *Telekomunikacijska tehnologija i specifičnosti telekomunikacijskog tržišta*. U: Lovrek, I. i Gledec, G. (ur.), *Telekomunikacije – tehnologija i tržište*, Zagreb: Element, 1-37.
- Lukić, T. (2005). *Otkrivanje i dokazivanje krivičnih djela organizovanog kriminala u Srbiji – kontrolisan prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela kao posebna mjera otkrivanja i dokazivanja krivičnih djela organizovanog kriminala*. Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu 39(3), Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu, 79-93.
- Lukić, T. (2011). *Informacije (obaveštenja) službi bezbednosti kao dokaz u krivičnom postupku*. Novi Sad. Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 45, broj 1.
- Marinković, D. (2010). *Suzbijanje organizovanog kriminala – specijalne istražne metode*. Novi Sad.
- Matić, G. (2007). *Specijalne istražne tehnike u krivičnoprocesnom zakonodavstvu Republike Srbije – posebne radnje dokazivanja*. Beograd: Pravni život, (10), 97-110.
- Milosavljević, B. (2008). *Ovlašćenja policije i drugih državnih organa za tajno prikupljanje podataka: domaći propisi i evropski standardi*. Zbornik radova, Beograd.
- Milošević, M., Matić, G. (2007). *Posebne dokazne radnje u kojima se zadire u pravo na privatnost – pozitivnopravni i uporednopravni aspekti*”. Beograd: Bezbednost, (1).
- Nicević, M., Manojlović, D. (2013). *Osvrt na krivičnoprocesni i kriminalistički institut posebne dokazne radnje*. Novi Pazar: Pravne teme, (1).
- Panović-Đurić, S. (2013). *Primjena specijalnih istražnih sredstava*. Beograd: Savjet Evrope, Kancelarija u Beogradu.



- Radivojević, N. (2013). *Parlamentarna kontrola bezbednosno-informativne agencije sa aspekta bezbednosne kulture - stanje i problemi*. Novi Sad: Zbornik radova Pravnog fakulteta, Novi Sad, vol. 47, broj 3.
- Richards, N. (2013). *The dangers of surveillance*. Harvard Law Review, 7.
- Ristić, B. (2003). *Neki aspekti primjene novog krivičnog zakonodavstva, sa osvrtom na posebne istražne radnje*. Zbornik radova „Reforma krivičnog zakonodavstva u Republici Srpskoj”, Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova, 293-305.
- Roagna, I. (2012). *Protecting the right to respect for private and family life under The European Convention on Human Rights*. Strasbourg: Council of Europe.
- Roxin, C., Schünemann, B. (2014). *Strafverfahrensrecht*. 28. Auflage. München: C. H. Beck.
- Seiler, S. (2008). *Strafprozessrecht*. 9. Auflage. Wien: facultas.wuv.
- Sijević et al. (2005). *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Sarajevo: Savjet/Vijeće Evrope.
- Sijerčić Čolić, H. (2009). *Prikrivene istražne radnje u borbi protiv organiziranog kriminaliteta u Bosni i Hercegovini*. Split: Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu, 46(4).
- Sijerčić Čolić, H. (2018). *Uočene slabosti u procesuiranju korupcije u Bosni i Hercegovini – procesnopravni i organizacionopravni aspekti*. Sarajevo. Analitika – Centar za društvena istraživanja.
- Simović, M. (2005). *Praktični komentar Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova Banja Luka.
- Simović, M. (2008). *O nekim pitanjima ograničenja osnovnih ljudskih prava u krivičnom postupku*. Zbornik radova „Primjena savremenih metoda i sredstava u suzbijanju kriminala”, Brčko: Internacionalna asocijacija kriminalista, Brčko, 7.
- Simović, M., Simović, M. (2012). *Neka pitanja određivanja i primjene posebnih istražnih radnji u Bosni i Hercegovini*. Zbornik radova „Kaznena politika – raskol između zakona i njegove primjene”, Istočno Sarajevo.
- Simović, M., Simović, V. (2016). *Krivično procesno pravo – uvod i opšti dio*, Bihać: Pravni fakultet Univerziteta u Bihaću.
- Simović, M., Šikman, M. (2017). *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*. Banja Luka: Pravni fakultet Univerziteta u Banjoj Luci.
- Simović, M., Simović M. (2017). *Osnovna pitanja primjene posebnih istražnih radnji u BiH: Međunarodni aspekt i praksa Ustavnog suda BiH*. Sarajevo: Pravo i pravda, Sarajevo, godina XVI, 1.



- Sindelić, Ž. (2012). *Pravo na privatnost – krivičnopravni, krivičnoprocesni i kriminalistički aspekti*, doktorska disertacija, Pravni fakultet, Beograd.
- Solove, D. (2007). *I've got nothing to hide' and other misunderstandings of privacy*. *San Diego Law Review*, 44.
- Stojanović, Z. (2009). *Komentar krivičnog zakonika*, Beograd: Službeni glasnik.
- Stojanović, Z. (2005). *Krivično pravo - opšti deo*. Beograd: Pravna knjiga.
- Šikman, M. (2008). *Kriminalistički aspekti primjene specijalnih istražnih tehnika*. Zbornik radova „Primjena savremenih metoda i sredstava u suzbijanju kriminaliteta”, Brčko.
- Šikman, M. (2011). *Organizovani kriminalitet*. Banja Luka: Visoka škola unutrašnjih poslova.
- Šikman, M. (2017). *Zakonitost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u svjetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava*. Zbornik „Reformski procesi i poglavlje 23 (godinu dana poslije) – krivičnopravni aspekt”, Zlatibor: Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu, 401-416.
- Škulić, M. (2003). *Organizovani kriminalitet – pojam i krivičnoprocesni aspekti*. Beograd: Dosije.
- Škulić, M. (2011). *Specijalne istražne tehnike u funkciji suzbijanja organizovanog kriminaliteta*. Zbornik radova „Društveni aspekt organizovanog kriminala”, Beograd: Institut za međunarodnu politiku i privredu.
- Škulić, M. (2015). *Organizovani kriminalitet – pojam, pojavni oblici, krivična djela i krivični postupak*. Beograd: Službeni glasnik.
- Taylor, N. (2002). *State surveillance and the right to privacy*. *Surveillance and Society*, 1.
- Tomašević, G., Gluščić, S. (2001). *Neka pitanja primjene posebnih izvidnih mjera predviđenih čl. 180 -182 Zakona o kaznenom postupku*. *Zagreb: Hrvatska pravna revija*, 1, (8).
- Vasiljević, T. (1981). *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena administracija.
- Weigend, T., Salditt, F. (2007). *The investigative Stage of the Criminal Proces sin Germany*, in: Cape, E., Hodgson, J., Prakken, T., Taru Spronken, T. (2007). *Suspect in Europe: Procedural Rights at the Investigative Stage of the Criminal roces sin the European Union*. Singapur: Intersentia.
- Zupančić, B. (1996). *Ustavno kazneno procesno pravo*. Ljubljana.



Academician Miodrag N. Simović¹¹²

Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina

SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES IN THE FIGHT AGAINST THE MOST SEVERE FORMS OF CRIME – IN THE CONTEXT OF INTERNATIONAL STANDARDS AND THE DECISION OF THE CONSTITUTIONAL COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA NO. U 5/16 OF 1 JUNE 2017

Abstract: *Ever since the introduction into the criminal procedure legislation of Bosnia and Herzegovina (2003), special investigative measures have been the subject-matter of scholarly and expert discussions. The position that was taken in the majority of cases was that their employment was necessary in suppressing the most severe forms of crime on the one hand, while simultaneously increasing the risk of restricting human rights and freedoms on the other hand. That is the reason why reaching a balance between the employment of these measures and actions (only if really necessary) and the protection of guaranteed rights and freedoms of citizens (their restriction to the extent necessary) was set as an imperative. Over the years-long employment of special investigative measures certain judicial and criminal law practices have been established, which may provide the answers to some of the questions asked, as well as to point to new dilemmas and problems in their practical application. At the same time, the European Court of Human Rights took a number of positions on these issues. Also, a procedure for the review of constitutionality of corresponding provisions of the Criminal Procedure Code of BiH was conducted before the Constitutional Court of BiH, which created an obligation to harmonize the legal framework with practical procedures in the employment of special investigative measures. In that context, the Parliamentary Assembly of BiH and the National Assembly of the Republika Srpska implemented during 2018 certain amendments in this sense to the Criminal Procedure Codes of BiH and the Republika Srpska, which may be considered a step forward. On the other hand, dilemmas remain with respect to other provisions, particularly those concerning individual special investigative measures, which are, at the same time, most frequently applied.*

Key words: *special investigative measures, prosecutor, court, human rights, police authority, law.*

112 Judge of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina, Full Professor of the Faculty of Law of the University of Banja Luka, Corresponding Member of the Academy of Sciences and Art of Bosnia and Herzegovina, Active Member of the European Academy of Sciences and Arts, Foreign Member of the Russian Academy of Natural Sciences and Active Member of the Balkan Scientific Center of the Russian Academy of Natural Sciences.



Doc. dr Dragomir Vukoje

Sudija Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine

ZAKONITOST DOKAZA U SVJETLU ODLUKE O DOPUSTIVOSTI BROJ U 5/16 OD 1. JUNA 2017. GODINE S NAGLASKOM NA DOKAZE PRIBAVLJENE NA OSNOVU POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI

Sažetak: *Bit ovog referata odnosi se na postupanje Suda BiH u vezi s ispitivanjem zakonitosti dokaza u svjetlu Odluke Ustavnog suda BiH broj U 5/16 povodom djelimično usvojenog zahtjeva Borjane Krišto koja je utvrdila, između ostalog, da je odredbom člana 117 tačka d) Zakona o krivičnom postupku BiH (ZKPBiH) omogućeno da se izuzetak pretvori u pravilo, odnosno da se u krivično zakonodavstvo unose elementi nesrazmjernosti, prekomjernosti i skrivene arbitrarnosti. Time je preko osporene odredbe otvorena mogućnost preduzimanja posebnih istražnih radnji za gotovo sva krivična djela navedena u krivičnom zakonu. To je nametnulo pitanje postupanja Suda BiH u vremenu nakon donošenja odluke Ustavnog suda pa sve dok nadležno zakonodavno tijelo konačno ne usaglasi neustavne odredbe ZKPBiH. U vezi s navedenim, otvara se i pitanje pravičnosti postupka u cjelini.*

Ključne riječi: *posebne istražne radnje, legitiman cilj, proporcionalnost, ljudska prava, pravo na privatni život, pravo na pravičan postupak, arbitrarnost, obim diskrecije dodijeljene sudiji, organizovani kriminalitet.*

Uvod

Na današnjem stepenu razvoja društva u Bosni i Hercegovini (BiH) opšta obaveza države je da zaštiti univerzalna ljudska prava i slobode, pravna dobra građana i osnovne društvene vrijednosti od različitih oblika povrede i ugrožavanja. Prilikom uređenja krivičnog postupka jedan od osnovnih problema s kojima se suočavamo je uspostavljanje optimalnog odnosa i poželjnog balansa između dviju suprotstavljenih tendencija koje se u njemu susreću. Jedna od njih je težnja za efikasnošću i djelotvornošću krivičnog postupka u skladu s pozitivnom obavezom države da istraži



krivična djela i krivično goni izvršioca, a drugom se želi spriječiti neopravdani progon i osuda nedužnog lica, te, ne manje važno, da se tokom preduzimanja mjera u toku istrage od strane državnih organa spriječi uplitanje države i uspostavljanje kontrole nad privatnim životom građana.¹

Posebne istražne radnje u krivično-procesno zakonodavstvo BiH uvedene su 2003. godine upravo kako bi se povećala efikasnost agencija za suprotstavljanje najtežim oblicima kriminaliteta, pogotovo organizovanog, koji podrivaju same osnove društva, a time i sva osnovna ljudska prava i slobode. Pod pojmom posebne istražne radnje podrazumijevamo ona sredstva ili tehnike koje se koriste za prikupljanje dokaza i/ili obavještajnih podataka ili informacija na takav način (tj. prikriveno/tajno) da oni koji su predmet istrage na to nisu upozoreni. Neminovno je da primjena tih sredstava podrazumijeva kršenje prava na poštovanje privatnog života, što oni koji provode tu operaciju ili izdaju ovlaštenja za njeno provođenje moraju da opravdaju.² Međutim, dosadašnja tužilačka praksa je u velikoj mjeri izlazila iz zakonskih okvira kada je u pitanju predlaganje provođenja posebnih istražnih radnji i davanje procesnog imuniteta, a to je za sobom neminovno povlačilo kao posljedicu kršenje zagarantovanih ljudskih prava i stalno povećanje broja apelacija pred Ustavnim sudom BiH i Evropskim sudom za ljudska prava.

Nakon što je Ustavni sud BiH donio Odluku o dopustivosti broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine, kojom je utvrdio da pojedine odredbe ZKPBiH nisu u skladu s odredbama Ustava BiH, Sud BiH je pristupio detaljnoj analizi te odluke s ciljem razjašnjenja dilema o načinu postupanja i dalje primjene predmetnih odredbi u otvorenim i budućim predmetima Suda BiH.

U tom pogledu, zaključeno je da se u otvorenim predmetima od dana donošenja Odluke Ustavnog suda pa sve dok nadležna zakonodavna tijela konačno ne usaglasu odredbe ZKPBiH s Ustavom BiH treba postupati *in concreto* u odnosu na svaki pojedini slučaj, pri tome vodeći računa da se primjena neustavnih standarda svede na minimum, a da se primjenjuju međunarodni standardi na koje je ukazao Ustavni sud BiH u obrazloženju svoje odluke. Postupajući *in concreto*, potrebno je sagledati pravičnost postupanja u tom krivičnom postupku, uzimajući u obzir srazmjernost, kvalitet i pouzdanost pribavljenih dokaza.

1 Vesna Antonić, Dragan Mitrović, *Modul: Posebne istražne radnje*, Sarajevo, februar 2012. godine, str. 11.

2 Hilmo Vučinić, *Sudačka kontrola ograničavanja temeljnih ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku izdavanja naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji*, USAID, Sarajevo, 21. mart 2018. godine.



Mogućnosti postupanja tokom perioda usaglašavanja neustavnih odredbi

U praksi je moguće očekivati pojavu različitih procesnih situacija, zavisno od faze predmeta, koje bi mogle imati direktne reperkusije na sam meritorni ishod postupka. U tom pogledu stranke, prevashodno optuženi sa svojom odbranom, mogle bi isticati zahtjeve ili prigovore da se pitanje zakonitosti neke od preduzetih procesnih radnji na koje se odluka Ustavnog suda BiH odnosi riješi *in temporis* tokom glavnog pretresa ili pak da prvostepenu presudu pobijaju žalbom, tj. isticanjem bitnih povreda odredaba krivičnog postupka.

Prije svega, ako se razmatranje pojave eventualnih situacija analizira s aspekta podnošenja novih prijedloga Tužilaštva za krivična djela iz člana 117 tačka d) ZKPBiH, bilo bi neophodno naglasiti obavezu da se takvi prijedlozi obrazlože. Pitanje obrazloženosti prijedloga, odnosno same naredbe za postupanje po takvom prijedlogu, problematizovano je u drugoj vrsti prigovora u smislu poštovanja člana 8 Evropske konvencije za ljudska prava, kao i člana 6 Evropske konvencije za ljudska prava. U tom pogledu su Evropski sud za ljudska prava i Ustavni sud BiH u svojim ranijim odlukama ukazali na uopštenu neophodnost obrazloženosti naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji, bez obzira na to po osnovu kojeg djela iz člana 117 ZKPBiH se one izdaju. Naime, osnovi sumnje i obrazloženje o tome da dokaze nije moguće pribaviti na drugi način razmatrani su kroz povredu prava na privatni i porodični život, te je ukazano da obrazloženje u tom kontekstu ne može ostati na paušalnoj zakonskoj formulaciji. Do izražaja je naročito došlo preispitivanje uslova pod kojima bi bilo moguće pribaviti dokaze na drugi način, te da li bi takvo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim poteškoćama, zbog čega je i upozoreno na to da se takav zaključak ne može izvoditi samo na osnovu postojanja osnova sumnje za počinjenje krivičnog djela koje je specifično po svojoj prirodi, već da se uistinu treba detaljnije razmotriti. Kada se navedena problematika koja je dakle već isticana u skorijem vremenu dovede u vezu s novonastalom spornom situacijom, moglo bi se očekivati da je trenutno potrebno da se prijedlozi tužioca, a sljedstveno tome i naredbe sudije za prethodni postupak, još detaljnije pozabave pitanjem obrazlaganja uslova za primjenu sada već upitno ustavne odredbe procesnog zakona. U vezi s tim, može se očekivati da se budući prijedlozi, kao i naredbe, fokusiraju na pitanje težine krivičnog djela i radnje izvršenja kako s aspekta (ne)mogućnosti pribavljanja dokaza na drugi način tako i s aspekta dodatnih okolnosti na koje je kao neophodne ukazao Ustavni sud BiH. Kada bi se u samom prijedlogu tužioca, a sljedstveno tome i naredbi sudije za prethodni postupak, obrazložili svi neophodni uslovi na koje je već ranije ukazano, kao i oni koje je prepoznao Ustavni sud BiH u novoj odluci, mogao bi se konvalidirati nedostatak postojeće zakonske odredbe tokom perioda usaglašavanja.



Pored pitanja budućih prijedloga Tužilaštva na osnovu proglašanih neustavnih odredbi, izvjesni su prigovori i razmatranje slučajeva okončanih prvostepenih predmeta gdje bi se u žalbenom postupku mogao istaknuti prigovor provođenja procesne radnje po neustavnim odredbama. Iako bi se teoretski mogla cijeniti okolnost da su sporne radnje preduzete prema tada važećim i neupitnim zakonskim odredbama, Sud ne može da zanemari da krivični zakoni (i procesni i materijalni) u svojoj suštini uvijek daju primat interesu optuženog lica, a s aspekta činjenice da njegova zagarantovana prava daju ključnu prevagu prilikom odluke koju odredbu primijeniti. Pri tome, sve do pravosnažnog okončanja postupka sva pitanja u vezi s tim ostaju otvorena. Međutim, ako se cijeni prethodno izneseni navod da valja postupati *in concreto*, očigledno uzimajući u obzir širi kontekst i ukupnosti provođenja sporne radnje, onda bi i apelaciono vijeće prilikom preispitivanja pobijane presude trebalo ići u tom smjeru. Tako istaknuti prigovor ne bi trebalo *a priori* ni odbijati, niti usvajati. Apelaciona vijeća bi trebala u svakom konkretnom slučaju procijeniti ukupnost provođenja radnje i okolnosti pod kojima su posebne istražne radnje provedene, te utvrditi da li je prijedlog tužioca, odnosno naredba sudije za prethodni postupak, obuhvatio sve one okolnosti na koje je Ustavni sud u svojoj odluci i ukazao. Postupajući po takvom prigovoru, potrebno je, faktički, sve to analizirati sa šireg aspekta u odnosu na zakonom postavljenu odredbu, a u korist lica prema kojem je takva radnja preduzeta. Pod tim se podrazumijeva strože preispitivanje preduzimanja takve radnje, te naredbe (i prijedloga) na osnovu koje je preduzeta jer je upravo to smisao navoda „u korist lica prema kojem je takva radnja preduzeta”. Njegova prava neće biti narušena ako su poštovani svi potrebni uslovi za preduzimanje te radnje.

Može se očekivati da će se pojaviti i prijedlozi za ponavljanje postupka u predmetima koji su pravosnažno okončani, a u kojima su dokazi pribavljeni primjenom odredaba ZKPBiH koje su proglašene neustavnim. Međutim, ako se analiziraju precizno postavljeni uslovi za ponavljanje postupka, s obzirom na to da je ponovno otvaranje pravosnažno okončane krivične stvari jako osjetljivo pitanje, dolazi se do zaključka da ne bi bilo osnova ponavljati postupak zbog kasnije osporenih odredbi zakona koje su u momentu njihove primjene bile važeće te u potpunosti poštovane prilikom preduzimanja procesne radnje. Potrebno je napraviti razliku u tome kakve posljedice ovakva situacija proizvodi na postupke koji su još uvijek u toku u odnosu na one koji su pravosnažno okončani.

Zaključak

Navedena pitanja bi se mogla zaključno razmotriti i s aspekta pravičnosti postupka u njegovoj cjelini.



ZKPBiH ne propisuje pravila o prihvatljivosti dokaza. Nijedno pravilo nije propisano zakonom u vezi s pitanjem relevantnosti, autentičnosti ili dokazne vrijednosti dokaza. U članu 10 ZKPBiH u stavu 1 propisano je: „Zabranjeno je od osumnjičenog, optuženog ili bilo kojeg drugog lica koje učestvuje u postupku iznuđivati priznanje ili kakvu drugu izjavu”, dok je u narednom stavu navedeno: „Sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih ustavom i međunarodnim ugovorima koje je Bosna i Hercegovina ratifikovala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama ovog zakona.” U stavu 3 stoji: „Sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima koji su dobijeni na osnovu dokaza iz stava 2 ovog člana.” Dakle, ovaj član ne govori o prihvatljivosti dokaza.

U neodlučnoj poziciji, u kojoj je jedan ustavnopravno zaštićen interes suočen s ustavnopravno zaštićenim suprotnim interesom, izlaz iz ove situacije je u odmjeraivanju interesa prema načelu srazmjernosti, preciznije rečeno u iznalaženju odgovora saobrazno načelu pretežnosti interesa.

Prilikom preispitivanja da li se radilo o zakonito pribavljenim dokazima vijeća se ne trebaju ograničiti samo na pitanja restriktivne primjene pojedine zakonske odredbe, s obzirom na to da bi takav pristup bio neprimjeren redukcionizam konkretnoj situaciji, već takvom preispitivanju valja pristupiti s aspekta pravičnosti postupka u cjelini i uopšte razmotriti pitanje zakonitosti i prihvatljivosti spornih dokaza, s obzirom na način njihovog pribavljanja i okolnosti koje ukazuju na njihovu vjerodostojnost.

Ovakav pristup preispitivanju dokaza svoj osnov nalazi u stavu Evropskog suda za ljudska prava koji je izražen u predmetu *Lisica protiv Hrvatske* (zahtjev broj 20100/06, presuda od 25. februara 2010. godine), kada je Sud zaključio: „Kad se utvrđuje je li postupak u cjelini bio pošten, potrebno je uzeti u obzir i jesu li poštivana prava obrane. Osobito se mora ispitati je li podnositelju zahtjeva pružena prilika osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovoj uporabi. Osim toga, mora se uzeti u obzir i kvaliteta dokaza, između ostalog i je li, zbog okolnosti u kojima je dokaz pribavljen, dovedena u pitanje njegova pouzdanost ili točnost.”

Dakle, u svakoj konkretnoj situaciji potrebno je cijeliti cijeli tok pribavljanja spornih dokaza, te u vezi s tim doći do zaključka o njihovom kvalitetu, pouzdanosti i tačnosti. U tom pogledu trebalo bi uzeti u obzir da ne bi imalo smisla izdvajati pouzdane dokaze zbog eventualne proceduralne manjkavosti ograničenog značaja, a naročito ukoliko bi se radilo o takvoj manjkavosti koja ne dovodi u pitanje čitav tok pribavljanja dokaza koji ostavlja utisak pravilnog postupanja. Pri tome, cijeneći pravičnost postupka u njegovoj cjelini, svakako je potrebno cijeliti činjenicu da li je optuženom licu data mogućnost osporavanja dokaza, te da li su u tom smislu poštovana zagaranтована prava.

Na kraju, bitno je imati u vidu opšti stav Evropskog suda za ljudska prava po kome država ima „pozitivnu obavezu” da djelotvorno spriječi i istraži krivična djela



i krivično goni izvršioca. Naravno, u sklopu takvog postupanja prava optuženih za takva krivična djela moraju uvijek biti u ravnoteži s tim pozitivnim obavezama, pa je polazeći od navedenog u svakom konkretnom predmetu neophodno utvrditi da li je takav balans narušen, te da li su preduzete mjere na pribavljanju dokaza tokom istrage, uprkos određenim proceduralnim manjkavostima, bile srazmjerne legitimnom cilju.

Popis literature i drugih izvora koji su korišćeni u izradi referata

1. Vesna Antonić, Dragan Mitrović, *Modul: Posebne istražne radnje*, Sarajevo, februar 2012. godine
2. Hilmo Vučinić: *Presuda Ustavnog suda BiH u predmetu U 5/16*, USAID/Justice Project in Bosnia and Herzegovina, Sarajevo, 21. mart 2018. godine
3. Hilmo Vučinić, *Sudačka kontrola ograničavanja temeljnih ljudskih prava i osnovnih sloboda u postupku izdavanja naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji*, USAID, Sarajevo, 21. mart 2018. godine
4. Ustavni sud BiH, Odluka o dopustivosti broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine, „Službeni glasnik BiH” broj 49/17 od 7. jula 2017. godine
5. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine „Službeni glasnik BiH” broj 65/18 od 21. septembra 2018. godine
6. Usaglašeni prijedlog Suda BiH i Tužilaštva BiH u vezi sa Zakonom o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u skladu s Odlukom Ustavnog suda BiH broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine upućen Ministarstvu pravde BiH, Sud BiH, broj Su-11-01-17/17 od 29. decembra 2017. godine



Assistant Professor Dr Dragomir Vukoje

Judge of the Appellate Division of the Court of Bosnia and Herzegovina

**LAWFULNESS OF EVIDENCE IN THE LIGHT OF THE ADMISSIBILITY
DECISION NO. U 5/16 OF 1 JUNE 2017 WITH EMPHASIS ON EVIDENCE
OBTAINED BY USE OF SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES**

Abstract: *This paper deals with an adjudication of the Court of BiH in examining the lawfulness of the evidence in light of the Decision of the Constitutional Court of BiH No. U 15/16, wherein a request by Borjana Krišto was partially granted. In the request it was asserted, inter alia, that the provision of Article 117 (d) of the Criminal Procedure Code of BiH („the CPC of BiH”) made it possible for the exception to be turned into a rule, that is to say that elements of disproportion, excessiveness and covert arbitrariness are introduced into the criminal legislation. Thus, the impugned provision opened up a possibility for undertaking investigative measures in almost all criminal offenses enumerated in the Criminal Code. This imposed the question of an adjudication of the Court of BiH following the adoption of the Decision of the Constitutional Court of BiH pending a final harmonization of the unconstitutional provisions of the CPC of BiH by the relevant legislative authority.*

Key words: *special investigative measures, legitimate aim, proportionality, human rights, right to respect for private life, arbitrariness, the scope of discretion conferred on a judge, organised crime.*



Доц. др Милијана Буха

Члан Високог судског и тужилачког савјета Босне и Херцеговине

ИЗМЈЕНЕ ОДРЕДАБА ЗАКОНА О КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ БИХ – РС О ПОСЕБНИМ ИСТРАЖНИМ РАДЊАМА У СВЈЕТЛУ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА БИХ¹

Апстракт: Посебне истражне радње, да би биле легално и легитимно доказно средство у рукама овлашћених службених лица (по приједлогу тужиоца, а на основу наредбе судије) за прикупљање доказа о извршењу најтежих кривичних дјела, треба да задовоље захтјев за ефикасношћу кривичног поступка и да се њиховом примјеном не начини повреда права на неуплитање у приватни и породични живот човјека загарантованог Уставом. Посебне истражне радње су нужно доказно средство које се користи када на други начин није могуће прикупити потребну доказну грађу о извршеном кривичном дјелу. Примјеном посебних истражних радњи оправдано је уплитање у право на приватност и породични живот осумњиченог једино ради спречавања извршења најтежих кривичних дјела којим се угрожава право на живот и здравље људи, безбједност државе. Докази прибављени посебним истражним радњама законити су само ако су оне спроведене у складу са принципом пропорционалности, сразмјерности, нужности примјене таквих радњи у прикупљању доказа о извршењу најтежих кривичних дјела.

Кључне ријечи: измјене одредаба о посебним истражним радњама, одлука Уставног суда БиХ, нужно доказно средство

1. Увод

Примјена посебних истражних радњи у откривању тешких облика криминала² регулисана је посебним правилима како би било оправдано уплитање у

1 Др Милијана Буха, доцент на Катедри за Кривично право Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, milijana.buha@pf.unibl.org.

2 Милан Шкулић: „Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма”, Међународни научни скуп, Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера, Теслић, 2016, 94-123.



приватни и породични живот осумњиченог. У том смислу нужно је да су испуњени законски услови за примјену посебних истражних радњи, како то налажу чл. 6. и 8. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода (у даљем тексту: ЕКЉП). То би значило да држава треба да успостави ефикасан и у духу људских права компатибилан правни оквир за примјену посебних истражних радњи.

Члан 8 ЕКЉП захтијева да се у поступку примјене посебних истражних радњи мора да направи баланс између два супротстављена јавна интереса, спречавање „озбиљног, софистицираног” криминала и ограничења која поставља држава у правцу уплитања у човјеково право на приватни и породични живот. Право на приватност, садржано у члану 8 став 1 ЕКЉП, није апсолутно право, те је примјена овог права ограничена потребом да се заштите и неке друге вриједности у друштву. Посебним истражним радњама ограничава се право на приватни и породични живот осумњиченог за извршење неког тешког кривичног дјела, те осумњичени има право да оспорава законитост доказа³ прибављених посебним истражним радњама уколико оне нису спроведене у складу са законом.

Облигаторни услови за примјену посебних истражних радњи су: да се ради о тешком кривичном дјелу (тешко доказивом кривичном дјелу) и да је примјена ових радњи посљедње и нужно средство у прикупљању доказа. Ови услови су кумулативно постављени.

2. Посебне истражне радње

Посебне истражне радње су доказне радње принуде према осумњиченом, односно оптуженом у смислу ограничавања његовог основног права на приватни и породични живот.

Према осумњиченом, односно оптуженом у кривичном поступку могу да се примјењују репресивне мјере с тим да су једне мјере процесне принуде у

3 Уставни суд Босне и Херцеговине, предмет број АП 4413/13. Ова одлука Уставног суда БиХ је занимљива с обзиром на чињеницу да Суд сматра да су законити докази који су прибављени наредбом о спровођењу посебних истражних радњи која је издата прије наредбе о истрази, а Законом о кривичном поступку је прописано да се истрага сматра покренутом издавањем наредбе о истрази. Више о овој одлуци Уставног суда БиХ и незаконитим доказима прибављеним посебним истражним радњама, Милијана Буха: „(НЕ)законитост посебних истражних радњи”, „Српска правна мисао”, број 51, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2018, 41-57; Снежана Бркић: „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 1, 2011, 183-214; Милан Шкулић: „Доказ и доказни поступак на главном претресу”, Главни претрес и суђење у разумном року, Мисија ОЕСБ-а у Србији, Београд, 2015, 193-218; Давор Крапац: „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права”, Зборник ПФЗ, (60), 3, Загреб, 2010, 1207-1240; Миодраг Симовић: „Кривично процесно право, увод и општи дио”, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2016, 496-525.



сврху обезбјеђивања присуства осумњиченог, односно оптуженог у кривичном поступку, а друге мјере процесне принуде усмјерене су на прикупљање доказа у кривичном поступку. Сврха мјера процесне принуде ради прикупљања доказа у кривичном поступку је обезбјеђивање ефикасног вођења кривичног поступка.⁴ Ове мјере су репресивне не само према осумњиченом него и према другим лицима према којима могу да се предузимају према одређеним условима прописаним законом (члан 116 став 3 ЗКПБиХ).⁵ Мјерама процесне принуде, притвором и посебним истражним радњама се ограничавају основна права осумњиченог, односно оптуженог, а то су право на слободу и право на приватни и породични живот човјека. Основана и битна разлика између поменутих процесних радњи принуде према осумњиченом, односно оптуженом јесте да процесне радње доказне принуде могу да се примјењују и када постоји најнижи стандард сумње о извршењу кривичног дјела, то је основ сумње. Основаност законског рјешења у погледу постављања најнижег стандарда сумње, основи сумње, за примјену посебних истражних радњи огледа се у чињеници да је сврха ових доказних радњи да се прибави доказна грађа за кривична дјела која су тешко доказива због начина на који се чини такво кривично дјело. Најнижи стандард сумње постављен је као довољан основ за примјену посебних истражних радњи (којима се ограничавају основна права човјека), па се као императив намеће потреба досљедне примјене начела сразмјерности и пропорционалности у примјени ових доказних радњи.

Услови за примјену посебних истражних радњи су материјални и формални. Материјални услови, како се помиње у теорији, везују се за врсту кривичног дјела у погледу којег могу да се одреде посебне истражне радње, као и за немогућност да се докази прикупе на други начин. Формални услови за примјену посебних истражних радњи чине два кумулативно постављена елемента. Први елеменат је процесна иницијатива тужиоца, путем образложеног приједлога, а други елеменат је наредба судије за претходни поступак за спровођење конкретне посебне истражне радње.⁶

Материјални услов за примјену посебних истражних радњи који се односи на кривично дјело треба да задовољи захтјеве постављене у члану 8 став 2 ЕКЉП у смислу да је ријеч о кривичном дјелу којим се угрожавају национална

4 Елизабета Ивичевић-Карас: „Радње и мјере процесне присиле ради прибављања предмета за потребе казног поступка”, Хрватски љетопис за кривично право и праксу, Загреб, 2008, бр. 2, вол. 15, 941.

5 Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине” број 03/03, након доношења овог закона учињен је низ његових измјена и допуна, доступно на <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>, Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске” бр. 53/12, 91/17, 66/18.

6 Ђорђе Игњатовић, Милан Шкулић: „Организовани криминалитет”, Београд, 2010, 275.



безбједност, јавна безбједност, економска добробит земље, живот и здравље људи или права или слободе других људи.

Добро образложена наредба о примјени посебних истражних радњи је други материјални услов за примјену ових доказних радњи. Нужност да се образложе приједлог тужиоца и наредба судије о примјени посебних истражних радњи црпи се и из законских одредаба, члана 116 став 1, као и члана 118 став 1 ЗКПБиХ, који прописује да ће се примијенити нека од посебних истражних радњи ако докази не могу да се прибаве на други начин, или ако је њихово прибављање повезано са несразмјерним трошковима. Европски суд за људска права у случају Драгојевић и Башић је усвојио становиште да је учињена повреда члана 8 став 2 ЕКЉП, јер су прибављени докази посебним истражним радњама супротно принципу законитости, у смислу да се посебне истражне радње нису спровеле у складу са одредбама ЗКПРХ које налажу обавезу да се образложе наредбе о примјени посебних истражних радњи, члан 332 став 1 Закона о казненом поступку Републике Хрватске.⁷

Потреба да се образложи наредба о посебним истражним радњама⁸ се црпи из саме чињенице да су наредбе једна од врста судских одлука у кривичном поступку која мора да буде образложена.⁹ Образложење судске одлуке о примјени посебне истражне радње треба да укаже да се судија на приједлог тужиоца определио за примјену конкретне посебне истражне радње у датом случају, јер је другим доказним средствима било немогуће прикупити потребну доказну грађу о бићу кривичног дјела. Заправо, само образложење судске наредбе о спровођењу посебне истражне радње треба да се темељи на принципу нужности примјене оваквих доказних средстава у кривичном поступку.

Принцип нужности у примјени посебних истражних радњи наводи нас да укажемо и на условну сличност између посебних истражних радњи као нужног доказног средства у кривичном процесном праву и института нужне одбране у материјалном кривичном праву.

Посебне истражне радње треба посматрати као доказне радње нужне одбране. Условна сличност између института нужне одбране и посебних истражних радњи огледа се у томе што се и посебним истражним радњама, као

7 Закон о казненом поступку Републике Хрватске, доступно на <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, посјећено 25.6.2018.

8 О значају образлагања судских наредби у кривичном поступку о примјени посебних истражних радњи указао је и Европски суд за људска права у случају Драгојевић против Хрватске и Башић против Хрватске. Европски суд за људска права, Драгојевић против Хрватске, захтјев број 68955/11, пресуда од 11. јануара 2015, Европски суд за људска права, Башић против Хрватске, захтјев број 22251/136, пресуда од 25. октобра 2016.

9 Више о образложењу судске одлуке у кривичном поступку, Горан Илић: „Право на образложену судску одлуку”, *Crimen* (II), 2/2011, Београд, 227-244.



и нужној одбрани, прибјегава само када надлежни орган, тј. судија за претходни поступак, на приједлог тужиоца не види да је на други начин могуће открити тешко кривично дјело које представља опасност по живот и здравље људи, те безбједност државе. Право надлежних органа да предузимају процесне радње којима се уплиће у приватни и породични живот осумњиченог произилази из основа сумње да је осумњичени извршио неко тешко кривично дјело које је пријетња по живот, здравље људи и безбједност државе. Постоји и извјесна разлика између нужне одбране и посебних истражних радњи. За разлику од нужне одбране у којој напад мора да буде „стварни”, код посебних истражних радњи довољно је да постоје „основи сумње” да је извршено неко тешко кривично дјело. Тачније, не мора стварно да буде извршено кривично дјело, јер не постоје докази да је оно и почињено, већ докази тек треба да се прикупе. Када је ријеч о услову истовремености који се тражи код нужне одбране, може се рећи да је тај услов задовољен и код посебних истражних радњи, јер се оне предузимају док је радња извршења кривичног дјела у току, како би се учинилац дјела ухватио на дјелу. Сматрамо да се услов сразмјерности у примјени посебних истражних радњи процјењује са аспекта члана 8 став 2 ЕКЉП. Према члану 8 став 2 ЕКЉП, сразмјерност се оцјењује тако да је оправдано мијешање јавне власти у сферу приватног и породичног живота, ако је то учињено у легитимне сврхе ради спречавања криминала, нереда, заштите морала и здравља, или ради заштите права и слобода других. За нужну одбрану законодавац каже да је то она одбрана која је неопходно потребна. Исто се може рећи и за посебне истражне радње - да је битно да су оне неопходно потребне да би се открило тешко кривично дјело.¹⁰

Наше мишљење је да се циљеви кривичног материјалног права и кривичног процесног права, као и посебних истражних радњи међусобно допуњавају. Основни циљ материјалног кривичног права је заштита основних вриједности друштва, док је циљ кривичног поступка откривање и доказивање да је извршено кривично дјело којим су нарушене неке правно заштићене вриједности, а посебним истражним радњама се остварују циљеви и материјалног кривичног права, као и кривичног процесног права.

Овлашћено службено лице примјеном неке од посебних истражних радње мијеша се у право осумњиченог на приватни и породични живот ради спречавања извршења кривичног дјела којим се повређују основна права човјека на живот, здравље, као и кривичних дјела која су пријетња по безбједност државе.

10 Види више о условној сличности између посебних истражних радњи и нужне одбране, Милијана Буха: „Посебне истражне радње између ефикасности кривичног поступка и права на приватност”, „Правни живот” број 9, Београд, 2017, 771-782.



3. Одлука Уставног суда БиХ о нужности измјена одредаба о посебним истражним радњама

Уставни суд Босне и Херцеговине у својој Одлуци број У 5/16 констатовао је да је одредба члана 117 став 1 тачка д) ЗКПБиХ неуставна, јер законодавац није обезбидио да ће уплитање у право на приватни и породични живот бити у оној мјери у којој је строго нужно за очување демократских институција. Поред наведеног, Суд напомиње и да за велики број кривичних дјела која и немају обиљежја тешких кривичних дјела може да се изрекне казна затвора од три године због чега је Уставни суд БиХ исказао бојазан да у пракси може доћи до олаке примјене посебних истражних радњи. Колико је оваква бојазан Уставног суда БиХ основана с обзиром на чињеницу да једини услов за примјену посебних истражних радњи није само висина запријеђене казне за кривично дјело него и чињеница да докази не могу да се прибаве на други начин, како је то прописано у члану 116 став 1 ЗКПБиХ.

Законом о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку БиХ из 2018.¹¹ године измијењена је одредба члана 117 став 1 тачка д) ЗКПБиХ из 2003. године у смислу да су таксативно побројана кривична дјела у погледу којих може да се одреди примјена посебних истражних радњи. Измјена наведене одредбе учињена је и у правцу да је додата и нова тачка е) која прописује да посебне истражне радње могу да се одреде и за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година или тежа. Императивни услов за примјену посебних истражних радњи прописан чланом 116 став 1 ЗКПБиХ из 2003. године остао је неизмијењен у смислу да посебне истражне радње могу да се одреде за кривична дјела прописана чланом 117 ЗКПБиХ из 2003. године и измјенама из 2018. године, ако на други начин не могу да се прибаве докази, или ако би њихово прибављање било повезано са несразмјерним тешкоћама. Измјенама ЗКПБиХ из 2018. године законодавац је чланом 117 став 1 тачка д) таксативно побројао кривична дјела у погледу којих може да се одреди примјена посебних истражних радњи. За више побројаних кривичних дјела из поменуте законске одредбе могуће је изрећи казну затвора од пет година а у погледу којих би могла да се примијени нова тачка е) која прописује да посебне истражне радње могу да се одреде и за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година или тежа. Стога се поставља питање смислености посебног издвајања кривичних дјела с обзиром на то да је ријеч о кривичним дјелима у погледу којих би била примјењива тачка е) става 1 члана 117 ЗКПБиХ из 2018. године. За нека од побројаних кривичних

¹¹ Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку БиХ, „Службени гласник БиХ” број 65/2018.



дјела Кривичним законом БиХ предвиђена је мања казна затвора од пет година, тачније казна затвора од три године. Ријеч је о кривичним дјелима из члана 151 КЗБиХ: повреде слободе опредјељења бирача, организовање групе људи или удружења за кријумчарење или растурање неоцарињене робе из члана 215 КЗБиХ, помоћ учиниоцу послјије учињеног кривичног дјела из члана 232 КЗБиХ, помоћ лицу које је оптужио Међународни кривични суд из члана 233 КЗБиХ, откривање идентитета заштићеног свједока из члана 240 КЗБиХ и организовани криминал из члана 250 КЗБиХ. Законодавац је омогућио примјену посебних истражних радњи и за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од три године. Поставља се питање да ли је законодавац сматрао да таква кривична дјела која је таксативно побројао у тачки д) става 1 члана 117 ЗКПБиХ измјенама из 2018. године имају значај дјела којима, према члану 8 став 2 ЕКЉП, могу да се одреде посебне истражне радње, тј. дјела која су пријетња по живот, здравље људи, безбједност државе.

Примјена посебних истражних радњи предвиђена је и за кривично дјело ометање правде. Законодавац у Босни и Херцеговини познаје кривично дјело ометање рада правосуђа из члана 240 КЗБиХ, па бисмо кривично дјело ометање правде можда могли да доведемо у везу са кривичним дјелом ометање рада правосуђа. Да ли кривично дјело ометање правде које познаје ЗКПБиХ у својим измјенама из 2018. може да се доведе у везу са кривичним дјелом ометање рада правосуђа, не може се засигурно тврдити, јер нам није дефинисано биће кривичног дјела ометање правде ниједним од поменутих закона. У сваком случају треба имати на уму да је свако аналогно тумачење у кривичном праву строго забрањено. С обзиром на то да ЗКПБиХ из 2018. омогућава примјену посебних истражних радњи и у погледу кривичног дјела које не познаје КЗБиХ, сматрамо да је нужно учинити измјене или ЗКПБиХ из 2018. године, у смислу да се отклони могућност примјене посебних истражних радњи за кривично дјело које није инкриминисано нашим законодавством као кривично дјело, или да се из измјене КЗБиХ инкриминишу дјела као кривична дјела. Отклањање постојећих законских дилема и нејасноћа је нужно према начелу правне сигурности грађана у правном поретку државе у којој живе.

Уставни суд БиХ у својој Одлуци број У 5/16 закључио је да је нејасна и непрецизна синтагма „посебно важни разлози” из члана 118 став 3 ЗКПБиХ, јер законодавац није направио било какву разлику између кривичних дјела на која продужење посебних истражних радњи не треба да се односи. У измјенама из 2018. Закон о кривичном поступку БиХ, прије свега, прописао је да рокови за примјену посебних истражних радњи могу да се продуже ако примјена дате посебне истражне радње даје резултате и ако постоје разлози за даљу примјену такве истражне радње ради прикупљања доказа. Дужина трајања посебних



истражних радњи условљена је не само врстом посебне истражне радње него и тежином кривичног дјела. Сходно томе, законодавац прописује да могу да се продуже рокови за примјену посебних истражних радњи из члана 116 став 2 тач. од а) до д) ЗКПБиХ из 2018. године најдуже до шест мјесеци за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година или дужа, а за остала кривична дјела најдуже четири мјесеца. Измјенама члана 118 став 3 ЗКПБиХ из 2018. године продужење рокова за примјену посебних истражних радњи везује се за један формални услов, а то је образложени приједлог тужиоца. Имајући у виду да Уставни суд БиХ у претходно поменутој одлуци указује на значај правне прецизности када је ријеч о примјени посебних истражних радњи, уочавамо да је она изостала у измјенама ЗКПБиХ из 2018. године када је ријеч о постојању формалних услова за продужење рокова за примјену посебних истражних радњи. Законодавац прописује да посебне истражне радње могу да се продуже на образложен приједлог тужиоца. Слиједећи дух, смисао законских одредаба о посебним истражним радњама да је њихова примјена могућа на образложен приједлог тужиоца, а по основу наредбе судије, било би сасвим логично да се овај „пут” слиједи и када је ријеч о продужавању рокова за примјену посебних истражних радњи. Зарад правне прецизности и избјегавања да се одредба члана 118 став 3 измјена ЗКПБиХ из 2018. године, усљед досљедног језичког тумачења, тумачи на начин да је за продужење примјене посебних истражних радњи довољно постојање једног формалног услова, а то је образложени приједлог тужиоца, без наредбе судије, сматрамо да би било пожељно отклонити овакве законске непрецизности. С обзиром на чињеницу да је законодавац оставио могућност да се примијене посебне истражне радње у односу на нека таксативно побројана кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од три године, њима је скратио рокове за продужење примјене посебних истражних радњи. Рокови за продужење примјене посебних истражних радњи условљени су не само утврђивањем да постоје резултати у примјени посебних истражних радњи и потребом за њиховом даљом примјеном него и тежином кривичног дјела.

Измјене Закона о кривичном поступку РС из 2018. године¹² учињене су у правцу да посебне истражне радње могу да се одреде и за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година ако на други начин не могу да се прибаве докази. Законодавац је смањио обим кривичних дјела у погледу којих може да се одреди примјена посебних истражних радњи повећавањем кривичног прага за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година. Правна синтагма „посебно важни разлози”, која се везивала за продужење рокова за примјену посебних истражних радњи, измјенама ЗКПРС

¹² Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске ” број 66/18.



из 2018. године прецизирана је на начин да је легитимна и даља примјена посебних истражних радњи ако њихова примјена даје резултате и ако постоје разлози да се настави њихово спровођење ради прикупљања доказа.

4. Закључак:

У фокусу овог рада биле су измјене одредаба ЗКПБиХ и ЗКПРС из 2018. године које се односе на посебне истражне радње. Измјенама одредаба о посебним истражним радњама законодавац није разматрао основни императивни услов за примјену посебних истражних радњи као нужно доказно средство, а то је нужност њихове примјене само ако докази не могу да се прикупе на други начин.

Одлуком Уставног суда БиХ број У 5/16 као спорна неуставна одредба препозната је у члану 117 став 1 тачка д) ЗКПБиХ, јер законодавац није обезбиједио да ће уплитање у право на приватни и породични живот бити у оној мјери у којој је строго нужно за очување демократских институција. Заправо, Уставни суд БиХ напомиње да за велики број кривичних дјела која и немају обиљежја тешких кривичних дјела може да се изрекне казна затвора од три године због чега је овај суд исказао бојазан да може доћи до олаке примјене посебних истражних радњи у пракси.

Измјенама одредаба о посебним истражним радњама ЗКПБиХ из 2018. године законодавац и даље у потпуности није искључио могућност примјене посебних истражних радњи у погледу кривичних дјела за која може да се изрекне казна затвора од три године или више. Стога се као дилема у раду намеће да таквим кривичним дјелима за која може да се изрекне казна затвора од три године, а која су таксативно побројана у члану 117 тачка д) ЗКП измјенама из 2018. године жели да призна да су од значаја за живот, здравље људи и безбједност државе, како то налаже члан 8 став 2 ЕКЉП. Једно од питања које је отворено у раду јесте због чега се законодавац определијелио да таксативно побраја и кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година, а за која може да се одреди примјена посебних истражних радњи, ако тачком е) члана 117 ЗКПБиХ прописује да посебне истражне радње могу да се одреде и за кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година или тежа. Да ли законодавац издваја овако 11 таксативно побројаних кривичних дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година у односу на друга кривична дјела за која може да се изрекне казна затвора од пет година од других за која може да се изрекне иста казна, јер су „значајнија”, „битнија” у смислу члана 8 став 2 ЕКЉП. У сваком случају битно је да примјене посебних истражних радњи нема ако није образложено зашто докази за неко кривично дјело не могу да се прикупе на други начин и зашто је нужна примјена посебних истражних радњи у односу



на конкретно кривично дјело, тако да од пресудног значаја није питање хоће ли се таксативно побројавати или не кривична дјела у односу на која могу да се примијене посебне истражне радње.¹³

Литература:

Стручна литература:

- Снежана Бркић: „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије”, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 2011, 183-214.
- Милијана Буха: „(НЕ)законитост посебних истражних радњи”, „Српска правна мисао”, број 51, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2018, 41-57.
- Милијана Буха: „Посебне истражне радње између ефикасности кривичног поступка и права на приватност”, „Правни живот”, број 9, Београд, 2017, 771-782.
- Ђорђе Игњатовић, Милан Шкулић: „Организовани криминалитет”, Београд, 2010.
- Елизабета Ивичевић-Карас: „Радње и мјере процесне присиле ради прибављања предмета за потребе казног поступка”, „Хрватски љетопис за кривично право и праксу”, Загреб, 2008. број 2, вол. 15, 939-970.
- Горан Илић: „Право на образложену судску одлуку”, *Crimen* (II), 2/2011, Београд, 227-244.
- Давор Крапац: „Незаконити докази у казном поступку према пракси Европског суда за људска права”, Зборник ПФЗ, (60), 3, Загреб, 2010, 1207-1240.
- Миодраг Симовић: „Кривично процесно право, увод и општи дио”, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2016.
- Милан Шкулић: „Доказ и доказни поступак на главном претресу”, „Главни претрес и суђење у разумном року”, Мисија ОЕСБ-а у Србији, Београд, 2015, 193-218.
- Милан Шкулић: „Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма”, Међународни научни скуп, Кривичноправни инструменти супротстављања тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера, Теслић, 2016, 94-123.

13 Материјални услови за примјену посебних истражних радњи постављени су кумулативно: природа кривичног дјела, односно његова тежина, начин извршења са немогућношћу да се докази прикупе на други начин, погледај више, Милијана Буха: *op. cit.*, 775-779.



Прописи и судске одлуке:

- Европски суд за људска права, *Башић против Хрватске*, захтјев број 22251/136, пресуда од 25. октобра 2016.
- Европски суд за људска права, *Драгојевић против Хрватске*, захтјев број 68955/11, пресуда од 11. јануара 2015.
- Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку БиХ, „Службени гласник БиХ” број 65/2018.
- Закон о измјенама и допунама Закона о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске” број 66/18.
- Закон о казненом поступку Републике Хрватске, доступно на <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, посјећено 25.6.2018.
- Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине”, број 03/03, након доношења овог закона учињен је низ измјена и допуна Закона, доступно на <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>.
- Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске” бр. 53/12, 91/17, 66/18.
- Уставни суд Босне и Херцеговине, предмет број АП 4413/13.
- Уставни суд Босне и Херцеговине, предмет број У 5/16.



Assistant Professor Dr Milijana Buha
Member of the High Judicial and Prosecutorial Council of
Bosnia and Herzegovina

**AMENDMENTS TO THE SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES OF THE
CRIMINAL PROCEDURE CODE IN BOSNIA AND HERZEGOVINA AND THE
REPUBLIKA SRPSKA¹⁴**

Special investigative measures are a necessary proof that is used when it is impossible to collect the necessary evidence of the committed crime. The use of special investigative measures justifies the interference with the right to privacy and the family life of the suspect, only to prevent the commission of the most serious crimes that endanger the right to life and health of people or the security of the state. Amendments to the provisions of the Criminal Procedure Code in BiH came as a consequence of a court decision of the BiH Constitutional Court. The Constitutional Court of BiH found that the provision of Article 117, paragraph 1, item d) of the Criminal Procedure Code BiH was unconstitutional, because the legislator did not ensure that the interference with the right to private and family life would be necessary for the preservation of democratic institutions. One of the issues that is open in this article is why the legislator has taxed criminal offenses for which imprisonment of five years can be imposed if the same provision in the following paragraph prescribes the possibility of applying special investigative measures for criminal offenses for which a sentence of imprisonment of five years may be imposed. In the end, it's important to say that it is a basic requirement for the application of special investigative measures why the evidence could not be otherwise collected.

14 PhD Buha Milijana, assistant professor at the Criminal Law Department Faculty of Law, University of Banja Luka, milijana.buha@pf.unibl.org.



Minka Kreho

Predsjednica Krivičnog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine

PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE U POGLEDU PRIMJENE ODREDBI ZKP-a O POSEBNIM ISTRAŽNIM RADNJAMA OD OGLAŠAVANJA NEUSTAVNOSTI DO USVAJANJA IZMJENA ZAKONA

Sažetak: Posebne istražne radnje se često koriste s ciljem prikupljanja dokaza u predmetima koji se vode pred Odjelima II i III Suda Bosne i Hercegovine. Ovo pitanje je od stupanja na snagu Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine do danas u Sudu Bosne i Hercegovine prošlo određenu evoluciju u praktičnoj primjeni shodno praksi i stavovima koje su u svojim odlukama iznijeli Ustavni sud Bosne i Hercegovine i Evropski sud za ljudska prava.

Ovaj članak tretira pitanje prakse Suda Bosne i Hercegovine u primjeni posebnih istražnih radnji nakon posljednje odluke Ustavnog suda kada su pojedine odredbe ZKPBiH koje se odnose na ovo pitanje proglašene neustavnim.

Ključne riječi: Zakon o krivičnom postupku, odluka Ustavnog suda, posebne istražne radnje, Sud Bosne i Hercegovine, međunarodni standardi, neustavnost, praksa.

Uvod

Tekuću 2018. godinu, kada je u fokusu krivično sudovanje na državnom nivou, svakako su obilježili „problemi oko usvajanja izmjena Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u dijelu koji je Ustavni sud Bosne i Hercegovine proglasio neustavnim. U vezi s temom Pravosudnog foruma to su odredba člana 117. tačka d) ZKPBiH – krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje i odredba člana 118. stav 3. ZKPBiH – nadležnost za određivanje i trajanje posebnih istražnih radnji.

U ovom izlaganju bit će predstavljena praksa Suda Bosne i Hercegovine, odnosno kako se Sud suočio sa situacijom gdje, s jedne strane, imamo ključne odredbe Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine koje se odnose na krivične istrage proglašene neustavnim, a, s druge strane, pasivan odnos nadležnih za usvajanje potrebnih izmjena



zakona. Sud se našao u poziciji da ima žive krivične istrage u toku, odredbe koje naj snažnije zadiru u ljudsko pravo na privatnost proglašene su neustavnim, te potrebu ispunjavanja svog mandata u zaštiti društva i države od najkompleksnijih oblika organiziranog kriminala i na koncu neizgledno usvajanje izmjena zakona. Navedeno je sasvim realno moglo ishoditi paralizom pravosudnog sistema na državnom nivou. Međutim, situacija je vrlo uspješno prevaziđena.

1. Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je u plenarnom sazivu, 1. juna 2017. godine, donio djelimičnu odluku o dopustivosti i meritumu kojom je nekoliko odredbi Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine proglašeno neustavnim. U pogledu naslovne teme, to su odredba člana 117. tačka d) ZKPBiH – krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje i odredba člana 118. stav 3. ZKPBiH – nadležnost za određivanje i trajanje posebnih istražnih radnji.

Odredbom člana 117. tačka d) ZKPBiH propisano je da se posebne istražne radnje mogu odrediti i za *krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna*. Ustavni sud je za posebne istražne radnje utvrdio da je njihov legitimni cilj suprotstavljanje najtežim oblicima kriminaliteta, što opravdava zadiranje u ljudsko pravo iz člana 8. Evropske konvencije. S druge strane, Ustavni sud je zaključio da se prema važećoj odredbi iz tačke d) posebne istražne radnje mogu odrediti za veliku većinu krivičnih djela iz Krivičnog zakona. Samim tim, prema stavu Ustavnog suda, nije osiguran srazmjer između težine zadiranja u pravo na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom posebnih istražnih radnji, iz kojeg razloga je ovu odredbu proglasio neustavnom.

Odredbom člana 118. stav 3. ZKPBiH propisano je da se posebne istražne radnje određuju na mjesec dana, te da se iz posebno važnih razloga mogu, na obrazložen prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana, a najduže do tri odnosno šest mjeseci. Ustavni sud je našao da je praksom Evropskog suda za ljudska prava razvijen standard u pogledu posebnih istražnih radnji, koje su tajne mjere i nisu podložne preispitivanju od strane lica na koja se odnose ili šire javnosti, da bi bilo suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlaštenja, tako da zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jamči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja. Ustavni sud je istakao da uvjet za produženje posebnih istražnih radnji glasi „posebno važni razlozi”, što predstavlja neodređen pojam koji ni u jednoj drugoj odredbi Zakona nije korišten. Prema stavu Ustavnog suda, iz citirane odredbe ne proizlazi na šta se odnose posebno važni razlozi, tj. da li se odnose na nemogućnost daljnjeg pribavljanja dokaza uslijed



toga što posebne istražne radnje ne daju očekivane rezultate ili se odnose na samu prirodu i okolnosti izvršenja krivičnog djela, te da li i u kojoj mjeri rezultati do tada prikupljenih informacija primjenom posebnih istražnih radnji moraju biti poznati sudiji za prethodni postupak. Dakle, proizlazi da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u zakonu prema kojima bi mogao razmotriti prijedlog tužioca za produženje posebnih istražnih radnji i u skladu s tim prijedlog odbiti, odnosno usvojiti i odrediti produženje. Zbog toga, da li će obrazloženje tužioca kojim predlaže produženje posebnih istražnih radnji biti dovoljno u smislu „posebno važnih razloga” zavisi isključivo od diskrecione ocjene sudije za prethodni postupak, pa je odredba u ovom dijelu proglašena neustavnom.

Također, kada je u pitanju razlika u mogućnosti trajanja posebnih istražnih radnji, Ustavni sud je našao da zakonodavac prilikom propisivanja trajanja posebnih istražnih radnji nije vodio računa o srazmjeru između ograničavanja ljudskih prava i težine krivičnih djela, odnosno pitanje trajanja posebnih istražnih radnji nije uskladio s prirodom pojedinih krivičnih djela na koja se produživanje objektivno ne treba odnositi, pa je odredba i u ovom dijelu proglašena neustavnom.

Shodno izloženom, posebne istražne radnje su se i dalje mogle pod punim zakonskim ovlaštenjem odrediti za krivična djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine, protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom i terorizma, a što je propisano tačkama a), b) i c) člana 117. ZKPBiH. Međutim, proglašena je neustavnom i odredba o mogućnosti produženja, kao i o ukupnom trajanju posebnih istražnih radnji, koja je propisano jednaka mogućnost trajanja za sva djela za koja se mogu izreći posebne istražne radnje. Parlamentarnoj skupštini Bosne i Hercegovine ostavljen je rok od šest mjeseci da uskladi neustavne odredbe, odnosno da donese odgovarajuće izmjene ZKPBiH.

2. Smjernice Suda Bosne i Hercegovine

Nakon što je Ustavni sud BiH donio Odluku o dopustivosti broj U 5/16 od 1. 6. 2017. godine kojom je utvrdio da pojedine odredbe ZKPBiH nisu u skladu s odredbama Ustava BiH, Sud BiH je pristupio detaljnoj analizi odluke s ciljem razjašnjenja dilema o načinu postupanja i daljnje primjene predmetnih odredbi u otvorenim i budućim predmetima Suda BiH.

Odluka je posebno analizirana na redovnom godišnjem koledžu Suda BiH održanom u septembru 2017. godine kao zasebna tema dnevnog reda, uz učešće pravnih eksperata iz Evropskog suda za ljudska prava i AIRE centra. Nakon iscrpne analize i diskusije svih učesnika koledža, usvojen je zaključak da će Sud BiH u predmetima otvorenim od dana donošenja odluke Ustavnog suda do konačnog usaglašavanja odredbi ZKPBiH s Ustavom BiH od strane nadležnih zakonodavnih tijela prilikom



primjene neusaglašenih odredbi postupati *in concreto* u odnosu na svaki pojedinačni slučaj, primjenu neustavnih standarda svesti na minimum, **te prilikom odlučivanja o proporcionalnosti pojedinih mjera primjenjivati međunarodne standarde i standarde na koje je u obrazloženju odluke ukazao Ustavni sud BiH.**

S ciljem osiguranja jedinstvene prakse u predmetima na koje se reflektira odluka Ustavnog suda, zaključak je dodatno razrađen, te su na sjednici Krivičnog odjeljenja Suda BiH usvojene Smjernice za postupanje nakon odluke Ustavnog suda.

Smjernicama je razrađeno nekoliko procesnih situacija u zavisnosti od faze postupka u kojoj se predmeti nalaze, i to:

- slučajevi u kojima su već primijenjene neustavne odredbe ZKPBiH,
- novi prijedlozi za posebne istražne radnje,
- okončani prvostepeni predmeti u kojima su primjenjivane posebne istražne radnje,
- pravomoćno okončani krivični predmeti u kojima su dokazi pribavljeni primjenom odredaba ZKPBiH koje su proglašene neustavnim.

Što se tiče novih prijedloga za posebne istražne radnje, Smjernicama je ukazano: „(...) i dalje se mogu podnositi za krivična djela iz tačke d) člana 117. ZKP-a. Međutim, tužilac bi sada bio dužan da obrazloži postojanje uvjeta koji bi ovu zakonsku odredbu činili usaglašenom s Ustavom. Dakle, tužilac bi bio dužan da obrazloži postojanje osnova sumnje i činjenicu da s obzirom na vrstu krivičnog djela i radnje izvršenja na drugi način nije moguće pribaviti dokaze, kao i činjenicu da se radi o teškom krivičnom djelu za čije procesuiranje postoje važni društveni razlozi (porast vrste kriminala, međunarodne posljedice i sl.). Također, sada i sudija za prethodni postupak ima obavezu da to jasno obrazloži u naredbi koju izdaje.”

Na samom kraju izveden je sljedeći zaključak: „Pošto je izvjesno da Parlament neće u ostavljenom roku od šest mjeseci izvršiti usaglašavanje ZKPBiH s Ustavom, treba očekivati prigovore da su osporene odredbe prestale da važe. Sud će morati odlučivati o ovakvim prigovorima i dati jasne i uvjerljive razloge. Nema jasnih pravnih razloga za zauzimanje stava da se smatra da su osporene odredbe prestale da važe. Ustavni sud to nigdje nije jasno rekao. Iz ‘poruka’ i konteksta odluke Ustavnog suda može se nesumnjivo zaključiti da je neophodno njihovo konkretiziranje kako bi bili vidljivi ‘legitimni interesi društva’ i ‘ravnoteža ciljeva’. Otuda je za Sud jedini izlaz da nastavi s praksom koju je uspostavio nakon donošenja odluka Ustavnog suda.”

Na ovaj način, Sud je nakon dugotrajnog analiziranja i argumentiranih rasprava, uz učešće stranih eksperata, na nivou Krivičnog odjeljenja usvojio Smjernice koje su omogućile ujednačeno postupanje, ali, s druge strane, ostavljajući dovoljno prostora svakom sudiji da shodno sudijskoj nezavisnosti donese odluku u svakom pojedinačnom slučaju.



3. Praksa Suda Bosne i Hercegovine

U ovom poglavlju predstavljeno je nekoliko primjera o načinu postupanja Suda BiH u krivičnim predmetima nakon donošenja odluke Ustavnog suda i u skladu sa Smjernicama navedenim u gornjem poglavlju, i to: primjer kojim je prijedlog Tužilaštva za izdavanje naredbe za izvođenje posebnih istražnih radnji vraćen na uređenje, primjer u kojem je prijedlog Tužilaštva odbijen kao neosnovan i primjer u kojem je Sud izdao naredbe za izvođenje posebnih istražnih radnji uz adekvatno obrazloženje.

Primjer 1.

PREDMET: Vraćanje prijedloga za izdavanje naredbe za provođenje posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. tačka a) i d) ZKPBiH na uređenje

Dana XX. XX. 2018. godine Sud je primio vaš prijedlog za izdavanje naredbe za određivanje posebnih istražnih radnji nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija iz člana 116. stav 2. tačka a) Zakona o krivičnom postupku BiH (ZKPBiH) i tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima iz člana 116. stav 2. tačka d) ZKPBiH protiv osumnjičenih XY i dr., zbog postojanja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo organizirani kriminal iz člana 250. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZBiH), u vezi s krivičnim djelom neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom, te proizvodima dvojne upotrebe iz člana 193. stav 1. KZBiH i krivičnim djelom neovlašteni promet opojnih droga iz člana 195. KZBiH.

Uvidom u sadržaj prijedloga, Sud je ustanovio određene nedostatke koji se ogledaju u primjeni odredaba ZKPBiH, kako slijedi:

Odredbom člana 116. stav 1. ZKPBiH propisano je da se posebne istražne radnje mogu odrediti protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u učinjenju krivičnog djela i ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama.

Odredbom člana 118. stav 3. ZKPBiH propisano je da posebne istražne radnje iz člana 116. stav 2. tačka od a) do d) i g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazložen prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana.

Na prvom mjestu, Sud naglašava da unatoč tome što je Tužilaštvo prijedlogom tražilo određivanje posebnih istražnih radnji, Sud je uvidom u spis utvrdio da se zapravo radi o prijedlogu za njihovo produženje s obzirom na to da su u odnosu na ista lica već određene tražene radnje.

U tom smislu je, u skladu s odredbom člana 118. stav 3. ZKPBiH, kao i u skladu s Odlukom Ustavnog suda BiH broj U 5/16 od 1. 6. 2017. godine, neophodno da



Tužilaštvo svakim novim prijedlogom za produženje posebnih istražnih radnji ukaže na relevantne rezultate posebnih istražnih radnji koje su provedene u proteklom periodu, a koji bi uvjerali Sud u postojanje hitne društvene potrebe za nastavkom njihovog provođenja.

U konkretnom slučaju, postupajući tužilac je izvršio kopiranje svih presretnutih razgovora, čineći na taj način prijedlog nepotrebno obimnim i konfuznim, a pri tome ne dajući objašnjenje koje su to relevantne komunikacije i na koji način su one povezane s elementima bića krivičnih djela koja se svakom osumnjičenom, ponaosob, stavljaju na teret.

Odredbom člana 118. stav 1. ZKPBiH propisano je da naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog tužioca, pa je za zakonitost naredbe Suda neophodno da prijedlog Tužilaštva sadrži sve zakonom propisane elemente.

Stoga je potrebno da Tužilaštvo prijedlog uredi na način da opiše rezultate primjene posebnih istražnih radnji za protekli period, s naglaskom na period XX. XX.-YY. YY. 2018. godine, pri čemu se nužno ograničiti samo na relevantne rezultate, bez nepotrebnog opterećivanja teksta prijedloga. Opis rezultata provedenih radnji potrebno je izvršiti u odnosu na svakog osumnjičenog ponaosob kako bi Sud stekao uvjerenje u opravdanost produženja mjera prema svakom od osumnjičenih protiv kojih su predložene radnje. Također, opis rezultata provedenih radnji potrebno je dovesti u vezu s krivičnim djelima koja se osumnjičenima stavljaju na teret, te dati tužilački osvrt na njih, ukazujući na koji način su takvi rezultati potvrdili osnov sumnje o počinjenim djelima i koji su to posebni razlozi koji nalažu produženje primjene radnji s obzirom na to da njihovo trajanje mora biti svedeno na najmanju moguću mjeru.

Primjer 2.

SUD BOSNE I HERCEGOVINE, sudija AA kao sudija za prethodni postupak, u krivičnom postupku protiv osumnjičenih XX i dr., zbog postojanja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo organizirani kriminal iz člana 250. stav 2. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZBiH), u vezi s krivičnim djelom neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom, te proizvodima dvojne upotrebe iz člana 193. stav 1. KZBiH, krivičnim djelom nedozvoljena proizvodnja i promet oružja i eksplozivnih materija iz člana 361. Krivičnog zakona Republike Srpske (KZRS) i krivičnim djelom neovlašteni promet opojnim drogama iz člana 195. KZBiH, povodom prijedloga Tužilaštva Bosne i Hercegovine broj... od... godine, primljenog... godine, uređenog... godine, za izdavanje naredbe za provođenje posebnih istražnih radnji, na osnovu člana 116. stav 2. tačke a) i d), člana 118. st. 1. i 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (ZKPBiH),... 2018. godine donosi:

R J E Š E N j E

ODBIJA SE kao neosnovan prijedlog Tužilaštva Bosne i Hercegovine broj... od... 2017. godine, primljen... 2017. godine, uređen... 2018. godine, za izdavanje naredbe za



određivanje i produženje provođenja posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. tačke a) i d) ZKPBiH u odnosu na osumnjičenu XX.

O b r a z l o ž e n j e

Dana... 2017. godine Sud je primio prijedlog za izdavanje naredbe za produženje i određivanje posebnih istražnih radnji nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija iz člana 116. stav 2. tačka a) ZKPBiH i tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima iz člana 116. stav 2. tačka d) ZKPBiH protiv osumnjičenih YY i dr., zbog postojanja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo *organizirani kriminal* iz člana 250. stav 2. KZBiH, u vezi s krivičnim djelom *neovlašteni promet oružjem i vojnom opremom, te proizvodima dvojne upotrebe* iz člana 193. stav 1. KZBiH, krivičnim djelom *nedozvoljena proizvodnja i promet oružja i eksplozivnih materija* iz člana 361. KZRS i krivičnim djelom *neovlašteni promet opojnim drogama* iz člana 195. KZBiH.

Odlučujući o ovom prijedlogu, Sud je... 2018. godine donio rješenje kojim se on odbija, pa je, nakon odluke vanraspravnog vijeća koje je, odlučujući o žalbi Tužilaštva, predmet vratilo na ponovno odlučivanje, Sud... 2018. godine uputio Tužilaštvu dopis kojim se prijedlog vraća na uređenje. Dana... 2018. godine Tužilaštvo je Sudu dostavilo uređen prijedlog.

Odredbom člana 116. stav 1. ZKPBiH propisano da se posebne istražne radnje mogu odrediti *protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u učinjenju krivičnog djela i ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama*, dok odredba člana 118. stav 1. ZKPBiH propisuje da *obrazloženi prijedlog tužioca, kao i sama naredba Suda, treba da sadrže, pored ostalog, i podatke o licu protiv kojeg se radnja preduzima*. Istom odredbom propisano je i da posebne istražne radnje iz člana 116. stav 2. tačke od a) do d) i g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz *posebno važnih razloga* mogu se, na obrazložen prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana.

Uvidom u sadržaj prijedloga, Sud je ustanovio određene nedostatke koji se ogledaju u primjeni odredaba ZKPBiH, te je u tom smislu pozvao Tužilaštvo da dopuni podneseni prijedlog, između ostalog, i u pogledu postojanja posebno važnih razloga koji zahtijevaju produženje primjene posebnih istražnih radnji u ovom predmetu, a u odnosu na osumnjičene A, S i XX, u skladu s odredbom člana 118. stav 1. ZKPBiH. U tom smislu, Sud je podsjetio Tužilaštvo na Odluku Ustavnog suda BiH broj U 5/16 od 1. 6. 2017. godine kojom je, između ostalog, ukazano na značaj postupnosti u primjeni posebnih istražnih radnji, uslijed čega se one nakon proteka mjesec dana od njihovog određivanja mogu produžiti samo ako postoje posebno važni razlozi, čija se detaljnija definicija očekuje u okviru izmjena ZKPBiH. Do trenutka usklađivanja relevantnih odredaba ZKPBiH s odlukom Ustavnog suda BiH, Sud je dužan s naročitom pažnjom pristupati analizi osnovanosti prijedloga za produženje posebnih istražnih radnji, cijeneći da li rezultati provođenja ranije određenih posebnih istražnih radnji ukazuju na ispunjenost ovog standarda, čime bi se opravdalo produženje primjene ovih radnji.



Nakon što je izvršio uvid u sadržaj dopunjenog prijedloga od... 2018. godine, Sud je utvrdio da je Tužilaštvo propustilo da prijedlog dopuni u pogledu postojanja posebno važnih razloga koji opravdavaju produženje izvođenja posebnih istražnih radnji u odnosu na osumnjičenu XX. Po logici stvari, takvi razlozi se, na prvom mjestu, moraju zasnivati na rezultatima provođenja posebnih istražnih radnji čije se produženje traži jer samo kontinuitet otkrivenih činjenica i okolnosti može opravdati produženje ovih posebnih istražnih radnji.

U obrazloženju podnesenih prijedloga, Tužilaštvo se većim dijelom osvrće na saznanja prikupljena u ranijem istražnom periodu, dok sadržina i obim rezultata primjene posebnih istražnih radnji određenih naredbom Suda... od... 2017. godine nisu prezentirani u odnosu na osumnjičenu XX. Bilo je logično očekivati da će se na osnovu nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija u odnosu na sva osumnjičena lica koja su bila obuhvaćena naredbom doći do podataka o kontaktima osumnjičenih lica međusobno, kao i o komunikacijama s drugim licima u vezi s počinjenjem navedenog krivičnog djela, što bi, uz postojanje drugih dokaza, moglo predstavljati važne razloge za produženje ovih posebnih istražnih radnji. Tužilaštvo nije u prijedlogu navelo nijednu relevantnu komunikaciju niti radnju koja je zabilježena primjenom tajnog praćenja, a koja bi predstavljala posebno važan razlog za produženje primjene posebnih istražnih radnji prema osumnjičenoj XX, čime su razlozi koji su opredijelili Tužilaštvo za predlaganje produženja posebnih istražnih radnji u odnosu na ovo lice ostali nepoznati Sudu.

Kako bi Sud donio odluku o neophodnosti daljnje primjene posebnih istražnih radnji, a s ciljem zaštite kontrole zakonitosti produženja njihovog trajanja, ona se mora zasnivati na ispitivanju rezultata ostvarenih prethodnom primjenom, a koji su u konkretnom slučaju izostali.

Sud podsjeća da je u vezi s dijelom prijedloga koji se odnosi na osumnjičene A, S i Y našao da je on pravilan i potpun, zbog čega je izdao naredbu kojom se produžava i određuje provođenje posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. tačke a) i d) u odnosu na ta lica.

Primjer 3.

Sud Bosne i Hercegovine, sudija BB kao sudija za prethodni postupak, u krivičnom postupku protiv osumnjičenih... i dr., zbog postojanja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo organizirani kriminal iz člana 250. Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (KZBiH), u vezi s krivičnim djelima krijumčarenja iz člana 214. stav 1. KZBiH, zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 220. stav 1. KZBiH, primanje dara ili drugih oblika koristi iz člana 217. stav 1. KZBiH, carinska prevara iz člana 216. KZBiH i u vezi s krivičnim djelom davanje dara i drugih oblika koristi iz člana 218. stav 1. KZBiH, odlučujući o prijedlogu Tužilaštva Bosne i Hercegovine... za izdavanje naredbe za određivanje posebnih istražnih radnji, na osnovu člana 116. st. 1. i 2. tačka a) Zakona o krivičnom postupku BiH (ZKPBiH), člana 117. tačka d) ZKPBiH, te člana 118. ZKPBiH,... 2018. godine izdaje



N A R E D B U

protiv osumnjičenih lica:

- 1) ...;
- 2) ...;

zbog postojanja osnova sumnje da je počinjeno krivično djelo organizirani kriminal iz člana 250. KZBiH, u vezi s krivičnim djelima krijumčarenje iz člana 214. stav 1. KZBiH, zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 220. stav 1. KZBiH, primanje dara ili drugih oblika koristi iz člana 217. stav 1. KZBiH, carinska prevara iz člana 216. KZBiH i u vezi s krivičnim djelom davanje dara i drugih oblika koristi iz člana 218. stav 1. KZBiH,

I

ODREĐUJE SE izvođenje posebnih istražnih radnji:

NADZOR I TEHNIČKO SNIMANJE TELEKOMUNIKACIJA iz člana 116. stav 2. tačka a) ZKPBiH,

i to presretanje i snimanje razgovora opremom za presretanje i snimanje, zatim snimanje svih razgovora na drugi način audioopremom koja ne podrazumijeva presretanje i snimanje, te svakodnevno izlistavanje dolaznih i odlaznih poziva, dolaznih i odlaznih poruka, IMEI brojeva mobilnih telefonskih aparata i praćenje baznih stanica preko kojih mobilni aparati ostvaruju komunikacije, sve s ciljem otkrivanja osumnjičenih u pripremanju i izvršenju navedenih krivičnih djela, otkrivanja i identifikiranja drugih pripadnika grupe i prikupljanja materijalnih dokaza protiv njih.

II

Izvođenje posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. tačka a) ZKPBiH iz tačke I ove naredbe trajat će 1 (jedan) mjesec, u periodu **od... 2018. godine do... 2018. godine**.

III

Ova naredba se donosi na osnovu usvojenog prijedloga Tužilaštva BiH... za izdavanje naredbe za određivanje posebnih istražnih radnji, s njegovim prilogima, na osnovu člana 116. stav 2. tačka a), člana 117. tačka d), te člana 118. st. 1. i 3. Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (Prijedlog).

Na osnovu dostavljenog prijedloga Tužilaštva za određivanje posebnih istražnih radnji kao i iz priloga dostavljenih uz njega, Sud je utvrdio postojanje osnova sumnje da osumnjičeni..., postupajući u svojstvima..., propuštaju obavljanje službene dužnosti, vršeći krivično djelo zloupotreba položaja ili ovlaštenja iz člana 220. KZBiH, te primaju dar za radnje koje ne bi smjeli obavljati..., ostvarujući time obilježja krivičnog djela iz člana 217. KZBiH, a sve u vezi s krivičnim djelom organizirani kriminal iz člana 250. KZBiH. Iz dokaza dostavljenih uz prijedlog Tužilaštva proizlazi osnov sum-



nje da su navedena lica organizirala..., dok su osumnjičeni... O načinu postupanja..., svjedoči lice od koga je osumnjičeni... zatražio 500 eura kako bi..., a koje je odbilo dati takav dar.

Cijeneći sve naprijed navedeno, ovaj sud smatra da su se stekli uvjeti za primjenu posebnih istražnih radnji iz člana 116. stav 2. tačka a) ZKPBiH, navedenih u tački I naredbe, jer bi se samo na osnovu predloženih radnji mogli prikupiti dokazi da se osumnjičena lica bave spomenutim aktivnostima. Cijenjena je činjenica da sva lica koja učestvuju u izvršenju krivičnih djela... ostvaruju međusobnu dobru saradnju i komunikaciju, koja se ogleda u tome da prije samih izvršenja krivičnih djela pripremaju svu potrebnu dokumentaciju kako bi osigurali uredno stanje u slučaju naknadnih provjera. Također,..., pa je osumnjičenim licima teško prići na bilo koji drugi način, pri čemu je neophodno imati u vidu i činjenicu da su neki od... već bili predmet rada Sipe, pa su oni, pored toga što poznaju većinu službenika ove agencije, izuzetno oprezni prilikom realiziranja kriminalnih zamisli. Stoga je Sud zaključio da je prijedlog Tužilaštva osnovan, te da se dokazi u ovom predmetu ne bi mogli pribaviti na drugi način ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama, uslijed čega je izdao ovu naredbu.

Ispitujući osnovanost prijedloga za izdavanje ove naredbe, u kontekstu Odluke Ustavnog suda BiH broj U 5/16 od 1. 6. 2017. godine, Sud je, uzimajući u obzir argumentaciju koju je Ustavni sud dao u ovoj odluci, našao da je prijedlog osnovan. Naime, Ustavni sud je spomenutom odlukom proglasio neustavnom odredbu člana 117. tačka d) ZKPBiH, nalazeći da je njom ostavljena mogućnost za primjenu posebnih istražnih radnji na neopravdano širokom katalogu krivičnih djela, uslijed čega je potrebno izmijeniti ovu odredbu, precizirajući krivična djela poimenično ili obilježjima koja bi tvorila užu grupu djela u odnosu na koja postoji legitiman društveni interes za zadiranje u pravo na privatnost u ovoj mjeri. Kako zakonodavac do danas nije postupio u skladu sa spomenutom odlukom, to je zadatak Suda da u svakom konkretnom slučaju procijeni da li prijedlog za posebne istražne radnje ispunjava kriterije navedene u odluci Ustavnog suda.

U konkretnom slučaju, Tužilaštvo je predložilo provođenje posebnih istražnih radnji protiv..., zaposlenika..., te protiv tri..., koji, djelujući u međusobnom dogovoru, kontinuirano, već duži vremenski period, izbjegavaju primjenu relevantnih odredaba..., a sve s ciljem stjecanja protivpravne imovinske koristi, čime svjesno narušavaju pravilno funkcioniranje javne službe. Pored toga, dokazi upućuju na osnov sumnje da... od strane... primaju određeno mito za učinjene ustupke, što predstavlja interni napad na integritet Službe, pa je nesumnjivo postojanje hitne društvene potrebe za otkrivanjem svih dimenzija počinjenja ovog krivičnog djela, koje zasigurno predstavlja napad na osnovne vrijednosti društva. U tom smislu se ne smije zanemariti činjenica da je BiH društvo na specifičan način suočeno s problemom korupcije, čija suptilna rasprostranjenost sprečava napredak BiH ka EU integracijama, o čemu svjedoče i recentni izvještaji međunarodnih grupacija koje se bave ovim problemom. Pri tome je Sud uzeo u obzir i činjenicu da se radi o stjecaju više krivičnih djela iz glave



XVIII i XIX Krivičnog zakona BiH, pri čemu je za krivično djelo iz člana 217. KZBiH (primanje dara i drugih oblika koristi) propisana kazna zatvora u rasponu od jedne do deset godina, što s jedne strane govori o izuzetnom značaju ovog oblika povrede objekta zaštite, a s druge strane upućuje na osnovanu pretpostavku da će zakonodavac, podižući opću granicu kazne koja će biti polazno mjerilo za osnovanost određivanja posebnih istražnih radnji, takvom modificiranom odredbom obuhvatiti i krivično djelo iz člana 217. KZBiH.

Ukupnost svih opisanih činjenica uvjerila je Sud da je zadiranje u pravo na privatnost, kakvo se vrši primjenom mjera određenih dispozitivom naredbe, proporcionalno legitimnom cilju koji se nastoji postići njihovom primjenom.

Iz navedenih primjera očituje se način na koji je Sud postupao u nekoliko procesnih situacija, a koje su u potpunosti anulirale mogućnost paralize pravosuđa, vješto uspostavile ravnotežu između neustavnih odredbi i potrebe za zaštitom društva od kriminaliteta, a također osigurale procesnu ispravnost i garantiranje procesnih prava, što u konačnici dovodi i do garantiranja ljudskih prava.

4. Rješenje Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Rok od šest mjeseci koji je dat Parlamentarnoj skupštini za usklađivanje neustavnih odredbi ZKPBiH istekao je 29. decembra 2017. godine. Od tog trenutka nalazili smo se u pravnom vakumu, očekujući da će Ustavni sud donijeti odluku kojom odredbe koje su proglašene neustavnim u konačnici i ukida. Za to vrijeme, Sud je u postupao u skladu sa Smjernicama, ali pripremajući se i za scenarij ukidanja odredbi. Na svu sreću, to se nije desilo i Ustavni sud je rješenjem od 31. 5. 2018. godine konstatirao da Parlamentarna skupština nije izvršila odluku Ustavnog suda, te odredio način njenog izvršenja dok izmjene zakona ne budu usvojene, na način da se odredbe ZKPBiH koje su proglašene neustavnim primjenjuju u skladu s Odlukom od 1. 6. 2017. godine, standardima iz Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije, te praksom Ustavnog i Evropskog suda za ljudska prava.

Na ovaj način stav Suda Bosne i Hercegovine iz Smjernica da će **prilikom odlučivanja o proporcionalnosti pojedinih mjera primjenjivati međunarodne standarde i standarde na koje je u obrazloženju odluke ukazao Ustavni sud BiH** potvrđen je odlukom samog Ustavnog suda, a praksa iz relevantnog perioda na taj način je stekla i dodatno opravdanje. Sud Bosne i Hercegovine je prema tome spremno odgovorio i na ovaj recentni izazov koji se desio, pokazujući profesionalnost i efikasnost, sve s ciljem maksimalnog garantiranja ljudskih prava, s jedne strane, i, s druge strane, osiguravajući procesnu pravilnost krivičnih postupaka čiji je cilj zaštita društva od kriminala.



5. Usvojene izmjene ZKPBiH

U septembru tekuće 2018. godine, dakle nakon više od godinu dana od proglašavanja odredbi ZKPBiH neustavnim usvojene su izmjene zakona.

Usvojene izmjene članova 117. i 118. su:

U članu 117. tačka d) mijenja se i glasi:

„d) izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti; protivpravno lišenje slobode; neovlašteno prisluškivanje i zvučno ili optičko snimanje; povreda slobode opredjeljenja birača; krivotvorenje novca; krivotvorenje vrijednosnih papira; pranje novca; utaja poreza ili prevara; krijumčarenje; organiziranje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe; carinska prevara; primanje dara i drugih oblika koristi; davanje dara i drugih oblika koristi; primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu utjecajem; davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu utjecajem; zloupotreba položaja ili ovlaštenja; protivzakonito oslobađanje lica lišenog slobode; pomoć počiniocu poslije učinjenog krivičnog djela; pomoć licu koje je optužio Međunarodni krivični sud; sprečavanje dokazivanja; otkrivanje identiteta zaštićenog svjedoka; ometanje pravde; udruživanje radi činjenja krivičnih djela; organizirani kriminal;”

Iza tačke d) dodaje se tačka e) koja glasi:

„e) druga krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna.”

U članu 118. stav (3) mijenja se i glasi:

„(3) Istražne radnje iz člana 116. stav (2) tač. od a) do d) i tačka g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se, na obrazložen prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tač. od a) do c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže četiri mjeseca. Mjere iz tač. d) i g) mogu trajati ukupno najduže tri mjeseca za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže dva mjeseca. Izuzetno, u odnosu na krivično djelo organiziranog kriminala i krivična djela terorizma istražne radnje iz člana 116. stav (2) tač. od a) do d) i tačka g) ovog zakona, ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se, na obrazložen prijedlog tužioca, produžiti još do tri mjeseca. Prijedlog za radnju iz člana 116. stav (2) tačka f) ovog zakona može se odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv istog lica mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.”



U pogledu neustavne tačke d) člana 117. ZKPBiH koja je ranije propisivala mogućnost određivanja posebnih istražnih radnji za sva krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna zakonodavac se u izmjenama odlučio za kombinirani pristup, pa je u izmijenjenoj tački d) taksativno naveo krivična djela koja zbog svoje prirode, bez obzira na kaznu, zahtijevaju da budu obuhvaćena zakonskom odredbom krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje. Konkretnije, radi se od krivičnim djelima iz Krivičnog zakona BiH za koja se može izreći kazna zatvora manja od pet godina (ovdje su navedena i krivična djela za koja se može izreći i veća kazna od pet godina zatvora, ali je raspon kazne u Krivičnom zakonu postavljen da može i ispod pet godina, npr. od jedne do deset godina ili najmanje tri godine). Zakonodavac je dodao novu tačku e) u kojoj je podigao opću granicu kazne za koju se mogu određivati posebne istražne radnje, a to je kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. Kada je u pitanju odredba člana 118. stav 3. ZKPBiH zakonodavac je predvidio određivanje mjera i prvo produženje svih posebnih istražnih radnji kao i u ranijem tekstu zakona (najduže mjesec dana). Međutim, u pogledu razloga za produženje zakonodavac je sintagmu „posebno važni razlozi” izbrisao, te ju je precizirao na način da je za produženje postavio ispunjavanje dva kumulativna uvjeta, i to: **ako daju rezultate i ako postoji razlog da se nastavi s njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza**. Zakonodavac je također predvidio obavezu postojanja obrazloženog prijedloga tužioca.

Što se tiče ukupnog trajanja posebnih istražnih radnji zakonodavac je izvršio podjelu kako po vrstama, kao i u ranijem tekstu ove odredbe, tako i po granici zapriječene kazne, ali i po prirodi pojedinih krivičnih djela (posebno su izdvojeni u trajanju organizirani kriminal i terorizam).

6. Zaključak

Teško je u ovom momentu zaključiti da li usvojene izmjene zakona u potpunosti odražavaju zaključke i stavove koje je iznio Ustavni sud u pogledu posebnih istražnih radnji. Potreban je određen vremenski period njihove primjene u praksi kako bi se utvrdilo da li one odražavaju duh Ustava Bosne i Hercegovine i EKLJP u pogledu poštovanja ljudskih prava, te da li one garantiraju vladavinu prava, jednakost građana pred zakonom i da li su u potpunosti otklonile mogućnost od proizvoljnog miješanja u privatnost pojedinca.



Minka Kreho

President of the Criminal Division of the Court of Bosnia and Herzegovina

**COURT OF BOSNIA AND HERZEGOVINA CASE-LAW ON ENFORCEMENT OF
CPC SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES FROM DECLARING THE PROVISIONS
UNCONSTITUTIONAL TO PASSING AMENDMENTS TO THE LAW**

Abstract: *Special investigative measures are often used when obtaining evidence in cases pending before Division II and Division III of the Court of Bosnia and Herzegovina. As from the entry into force of the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina, the special investigative measures issue has evolved through a practical application in accordance with the case-law of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and the European Court of Human Rights.*

This article examines the case-law of the Court of Bosnia and Herzegovina concerning the application of special investigative measures following the last decision of the Constitutional Court when certain provisions of the CPC of BiH as to this issue were declared unconstitutional.

Key words: *Criminal Procedure Code, Decision of the Constitutional Court, special investigative measures, Court of Bosnia and Herzegovina, international standards, unconstitutionality, case-law*



Vesna Antić

Predsjednica Vrhovnog suda Republike Srpske

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE U KONTEKSTU ČLANOVA 6 I 8 EVROPSKE KONVENCIJE O LJUDSKIM PRAVIMA I OSNOVNIM SLOBODAMA

Sažetak: Krivičnoprocesna zakonodavstva, međunarodnopravni akti, kao i krivičnopravne teorije priznaju potrebu primjene savremenih naučnih i tehnoloških dostignuća u sprječavanju i suzbijanju kriminaliteta, pogotovo u segmentu njegovog otkrivanja i obezbjeđenja dokaza. Jedno od osnovnih pitanja čije se rješavanje mora uzeti u obzir pri konstituisanju bića krivičnog zakonodavstva jeste u kojoj srazmjeri u njemu uvažiti dvije suprotne, antagonistički postavljene tendencije. Prva je težnja za efikasnošću (djelotvornošću) krivičnog zakonodavstva, koja sadrži nastojanje da svaki učinilac krivičnog djela bude otkriven, procesuiran i sankcionisan, bez obzira na način na koji se to postiže, dok druga u prvi plan stavlja čovjeka kao individuu s korpusom svojih sloboda i prava kao štittom od „neukrotive državne sile“. Kada govorimo o uslovima i ograničenjima osnovnih ljudskih prava i sloboda onda se, prije svega, pozivamo na zahtjeve Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Sadašnji uslovi ograničenja prema Konvenciji mogu se prilagoditi svakoj državi, bez obzira na specifičnosti pravnog sistema država i njihovih pravnih međunarodnih obaveza.

Ključne riječi: posebne istražne radnje, zaštita i ograničenja ljudskih prava i osnovnih sloboda, pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku, pravo na pravični postupak.

1. Uvodno razmatranje

Krivičnoprocesna zakonodavstva, međunarodnopravni akti, kao i krivičnopravne teorije priznaju potrebu primjene savremenih naučnih i tehnoloških dostignuća u sprječavanju i suzbijanju kriminaliteta, pogotovo u segmentu njegovog otkrivanja i obezbjeđenja dokaza. Pod njima se podrazumijeva primjena posebnih istražnih radnji u domaćem krivičnom zakonodavstvu, što je analogno specijalnim istražnim tehnikama definisanim Konvencijom Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog



organizovanog kriminaliteta. Svrha ovih mjera ogleda se u uspješnom i efikasnom suprotstavljanju ugrožavanju nacionalne bezbjednosti, organizovanom kriminalu i terorizmu, a te mjere podrazumijevaju primjenu određenih specifičnih metoda koje nisu svakodnevne i uobičajene kod „konvencionalnog kriminaliteta”.¹ Posebne istražne radnje predstavljaju istražnu djelatnost do koje se dolazi (*ultima ratio*) u slučaju istraživanja teških krivičnih djela, kada na drugi način nije moguće pribaviti dokaze ili bi njihovo pribavljanje predstavljalo nesrazmjernu teškoću.²

Najmanje četiri razloga se mogu navesti za uvođenje posebnih istražnih radnji u procesno zakonodavstvo: prvo, nije sporno da država, ako želi osnažiti borbu protiv najsloženijih oblika kriminaliteta, naročito organizovanog, mora na normativnom planu predvidjeti i urediti posebne istražne radnje koje bi se koristile u strategiji borbe protiv ovog društvenog zla. Drugo, država je dužna da se bori protiv rastućeg organizovanog kriminaliteta koji ugrožava ne samo bezbjednost građana već i cijelo demokratsko uređenje, odnosno samu državu. Treće, na uvođenje posebnih istražnih radnji obavezuju i brojni međunarodni dokumenti, koje su države dužne da primjenjuju ukoliko se žele uključiti u krug savremenih demokratskih zajednica. Četvrto, opšteprihvaćeno je mišljenje da upravo specifičnosti savremenog organizovanog kriminaliteta zahtijevaju uvođenje posebnih istražnih radnji u otkrivanju i dokazivanju krivičnih djela.³

2. Uopšteno o posebnim istražnim radnjama

U procesu realizacije pojedinih posebnih istražnih radnji, uz neophodno korišćenje tehničkih sredstava i metoda, može doći i dolazi do zadiranja u pojedina ljudska prava i slobode. U javnosti se to često tumači kao izraz nedemokratski društva i države, koja zloupotrebljava svoja ovlašćenja u uspostavljanju kontrole nad privatnim životom svojih građana. Pri tome se najčešće gubi iz vida činjenica da svako krivično djelo predstavlja ugrožavanje pojedinih prava i sloboda čovjeka, a savremeni kriminalitet, pogotovo organizovani, podriva same osnove društva, a time i osnovna ljudska prava i slobode. Prema tome, nema dileme da li državni organi, posebno organi otkrivanja i gonjenja, treba da koriste savremena tehnološka dostignuća u suzbijanju kriminaliteta.⁴ Opšti stav Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) jeste da država ima „pozitivnu obavezu” da djelotvorno spriječi i istraži krivična

- 1 Šikman, M. *Zakonitost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u svjetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava*. Zlatibor. 2017. str. 401-416.
- 2 Kržalić, A. *Posebne istražne radnje: Normativna uređenost i osvrt na praktičnu primjenu*. Sarajevo. 2016.
- 3 Čolić-Sijerčić, H. *Prikrivene istražne mjere u svjetlu efikasnosti krivičnog postupka zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka*.
- 4 Simović, M. *Krivično procesno pravo*. Bihać. 2009. str. 448.



djela i krivično goni izvršioca. Prava osumnjičenih/optuženih moraju biti u ravnoteži s tim pozitivnim obavezama. Mjere preduzete tokom istrage krivičnih djela koje se miješaju u privatnost pojedinaca obično su prihvatljive, ukoliko su propisane zakonom koji je precizan i razumljiv.⁵

U savremenoj nauci krivičnog prava nema jedinstvenog i opšteprihvaćenog naziva i ove radnje se najčešće definišu kao specijalne ili posebne. Uobičajeno, takve istražne tehnike se, s obzirom na njihovu suštinu, diferenciraju u dvije grupe: mjere tajne opservacije, odnosno nadzora i mjere infiltracije, odnosno prodora u kriminalnu sredinu.⁶

U naučnoj i stručnoj javnosti prisutno je mišljenje da primjena materijalnih i procesnih rješenja u vezi s posebnim istražnim radnjama, a u postupku sprječavanja i suzbijanja savremenih formi kriminaliteta kojima se duboko zadire u sferu građanskih sloboda i prava, nije lako prihvatljiva za krivično zakonodavstvo i da se ono može pretvoriti u instrument totalitarne države. Ekstremne forme takvih stavova ističu da će se stavljanjem u ruke istražnim organima tako moćnih i ofanzivnih dokaznih tehnika, poput tajnog audio i video nadzora, ili mjera infiltracije u kriminalnu sredinu stvoriti savremeni pretorijanci u kojim će moderna demokratska država i društvo ponovo postaviti pitanje ko će stražariti nad stražarima (*quis custodiet ipsos custodes*). Takvi stavovi i strahovi su neopravdani i ispravnije je i racionalnije razmišljati upravo u suprotnom smjeru – davanjem podrške efikasnim rješenjima i metodama namijenjenim suzbijanju organizovanog, ali i drugih teških oblika kriminaliteta. Krivično zakonodavstvo ne samo da neće postati policijski instrument torture i gušenja demokratije već će se cjelishodno staviti u funkciju očuvanja opšte društvene bezbjednosti, što je ujedno osnovni cilj i smisao njegovog postojanja. Time će se policiji i pravosudnim organima omogućiti primjena efikasnih, legitimnih i legalnih procedura putem kojih će biti sposobni da uspješnije realizuju povjerenu misiju suprotstavljanja kriminalu. Ono što je posebno važno u ovom slučaju jeste propisivanje preciznih i jasnih zakonskih normi koje će urediti postojanje i primjenu takvih procedura i rješenja u skladu s univerzalnim demokratskim načelima i standardima, s predviđanjem strogog nadzora i kontrole samog postupka primjene takvih procedura i rješenja, kako bi se izbjegle eventualne zloupotrebe.⁷

Jedno od osnovnih pitanja čije se rješavanje mora uzeti u obzir pri konstituisanju bića krivičnog zakonodavstva jeste u kojoj srazmjeri u njemu uvažiti dvije suprotne, antagonistički postavljene tendencije. Prva je težnja za efikasnošću (djelotvornošću) krivičnog zakonodavstva, koja sadrži nastojanje da svaki učinilac krivičnog djela bude

5 AntoniĆ, V./Mitrović D. *Modul: Posebne istražne radnje*, Visoki sudski i tužilački savjet. Sarajevo. 2012.

6 Sijerčić-Čolić, H., Hadžiomeraġić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Savjet Evrope. 2005. str. 349.

7 V. AntoniĆ/D. Mitrović. *Modul: Posebne istražne radnje*. Visoki sudski i tužilački savjet. Sarajevo. 2012.



otkriven, procesuiran i sankcionisan, bez obzira na način na koji se to postiže, dok druga u prvi plan stavlja čovjeka kao individuu s korpusom svojih sloboda i prava kao štitom od „neukrotive državne sile” koja, između ostalog, materijalizuje i krivičnopravne norme. Prva tendencija ističe da je efikasnost krivičnog zakonodavstva u primarnom interesu zaštite pojedinca i društva u cjelini, zbog čega propisivanje krivičnih djela, odgovornost za njih i krivične sankcije, kao i postupak otkrivanja i dokazivanja, izricanja sankcija i njihove neposredne primjene mora biti takav da u što većem procentu garantuje ostvarenje te zaštite. Međutim, pri svemu tome se mora uzeti u obzir da se uskraćivanje ili ograničavanje sloboda i prava čovjeka u krivičnom postupku preduzima prema licima protiv kojih postoji prilično nizak stepen vjerovatnoće o njihovoj krivici, koja se potvrđuje tek pravnosnažnom sudskom odlukom, usljed čega postoji mogućnost da takva ograničenja i lišavanja sloboda i prava pogode i nevine građane. Takođe, demokratska pravna država mora poštovati ličnost i dostojanstvo svakog svog člana, bez obzira na to da li je riječ o izvršiocu krivičnog djela ili lojalnom građaninu, pa i sam postupak utvrđivanja odgovornosti, odnosno kažnjavanja mora biti dostojanstven, legitiman i legalan, čime se država promovise kao civilizovana i humana, odnosno moralno superiorna u odnosu na izvršioce krivičnog djela.

3. Međunarodni pravni okviri

U pogledu realnih opasnosti od kriminaliteta internacionalnog karaktera koji ne poznaje političke, državne i ideološke granice među narodima i državama, međunarodna zajednica je razvila i koncipirala strategije opšte borbe protiv najopasnijeg oblika kriminaliteta. U tom smislu je doneseno više međunarodnopravnih akata.⁸ Prvi međunarodni dokument koji je predvidio primjenu posebnih istražnih radnji jeste Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (Bečka konvencija, 1988. god.) koja predviđa obavezu država potpisnica da u svom nacionalnom zakonodavstvu inkriminišu brojne aktivnosti u vezi s trgovinom opojnim drogama i da odrede mogućnost korišćenja posebnih istražnih tehnika (kontrolisana isporuka na međunarodnom nivou).

Svakako među najvažnijim međunarodnim dokumentima je Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminaliteta⁹ (Palermo, Italija, 2000. g.), kao i dva dodatna protokola – jedan za prevenciju, suzbijanje i kažnjavanje trgovine ljudskim bićima, naročito ženama i djecom¹⁰ i drugi protiv krijumčarenja mi-

8 Jovišević, D. *Pranje novca – novo krivično djelo u međunarodnom i krivičnom pravu*. „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 14/1990”.

9 United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. Palermo, Italy, 12-15 december 2000.

10 The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children, Palermo, Italy 12 -15 December 2000.



granata kopnom, morem i vazduhom. Konvencija je otvorila mnogobrojna pitanja, ali i postavila određene standarde u borbi protiv transnacionalnog kriminaliteta, te omogućila korišćenje kontrolisane isporuke, kao i druge posebne tehnike istrage.

Na primjenu posebnih istražnih radnji, odnosno tehnika upućuje i Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju, zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (tzv. Evropska strazburška konvencija, 1990. god.)¹¹, zatim Konvencija Savjeta Evrope o pranju, traženju zapljeni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom i o finansiranju terorizma (Varšavska konvencija, 2005. god.), kao i Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije (2003. god.).

Isto tako, treba imati u vidu da se primjenom posebnih istražnih radnji privremeno ograničavaju ustavna prava i slobode, posebno pravo na privatnost lica na koje se odnosi njihova primjena, a ponekad i na treća lica, koje je proklamovano mnogim međunarodnim pravnim aktima, među kojima su posebno značajne Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima (1948. god.), Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima i Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (u daljem tekstu: Konvencija).

4. Uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji i normativna određenost u nacionalnom zakonodavstvu

Postavljeni ciljevi sadržani u navedenim međunarodnim ugovorima identični su ciljevima posljednje reforme krivičnog zakonodavstva u BiH, a odnose se na obezbjeđenje najefikasnijih zakonskih instrumenata usmjerenih na suzbijanje specifičnih i složenih oblika organizovanog kriminala kao realne pojave savremenog doba, a time i na povećanje ukupne efikasnosti subjekata za sprovođenje zakona, odnosno jačanje kapaciteta krivičnog pravosuđa.

Posebne istražne radnje sistematizovane su u Glavi XVII Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske¹² (u daljem tekstu: ZKPRS) u čl. 234-240. Ovaj zakonski okvir postoji od 2003. godine, kada je usvojen novi ZKPRS, koji je u većoj mjeri bio usklađen s odredbama ostalih zakona o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini.¹³

11 Pavišić, B. *Kazneno pravo Vijeća Evrope*. Zagreb, 2006. godine. str. 354-357.

12 Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018.

13 Krivičnoprocesno zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini čine četiri zakona o krivičnom postupku. Posebne istražne radnje propisane su svakim od njih, i to: Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, Glava IX, čl. 116-122, Zakonom o krivičnom postupku Federacije BiH, Glava IX, čl. 130-136 i Zakonom o krivičnom postupku Distrikta Brčko BiH, Glava IX, čl. 116-122. Uporedi: Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik BiH” br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 - dr. zakon, 93/2009 i 72/2013, Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, „Službene novine FBiH” br.



Najvažnija odredba zakona u vezi s primjenom posebnih istražnih radnji odnosi se na katalog krivičnih djela za koja se može odlukom suda odobriti korišćenje ovih radnji (uz istovremeno ispunjenje drugih ranije pomenutih zakonskih uslova koji se tiču postojanja osnova sumnje i poteškoća u pogledu načina prikupljanja dokaza). Tako je u prvobitnoj verziji ZKPRS iz 2003. godine lista krivičnih djela za koja su se mogle odrediti posebne istražne radnje dobijena kombinacijom načela enumeracije – kataloga (krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, krivična djela protiv ustavnog uređenja Republike Srpske i krivično djelo terorizma) i načela gdje je za određivanje posebnih istražnih radnji visina zakonom predviđene kazne najmanje tri godine ili teža kazna (Zakon o krivičnom postupku BiH takođe koristi ova dva načela, dok krivično procesno zakonodavstvo FBIH i Distrikta Brčko koristi načelo gdje je za određivanje posebnih istražnih radnji kriterijum visina zakonom predviđene kazne – najmanje tri godine ili teža kazna). Takvo zakonsko rješenje je u samom startu demantovalo ona stanovišta prema kojima su reformom krivičnog zakonodavstva u BiH stvorene neophodne normativne pretpostavke za efikasno suzbijanje organizovanog kriminaliteta i korupcije. To je neposredno slijedilo iz visine propisanih kazni za koruptivna krivična djela, odnosno neispunjavanja zakonskog uslova neophodnog za određivanje posebnih istražnih radnji za ta djela. Takvo stanje je trajalo sve do 2009. godine kada su izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku na sva četiri nivoa stvorene zakonske pretpostavke za primjenu posebnih istražnih radnji, između ostalih i za suzbijanje koruptivnih krivičnih djela. Tako je ranija odredba o katalogu krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje ostala neizmijenjena, a novelirana odredba zakona izmijenjena je u pogledu kriterijuma visine zapriječene kazne koja predviđa mogućnost određivanja posebnih istražnih radnji za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.

Tako su, svakako, otklonjene zakonske prepreke za primjenu posebnih istražnih radnji prilikom istraživanja koruptivnih krivičnih djela, ali je istovremeno proizvelo drugu krajnost, a to je široko određen katalog krivičnih djela za koja se predviđa mogućnost određivanja posebnih istražnih radnji.

Dakle, Krivičnoprocesni zakon Republike Srpske i ostali krivičnoprocesni zakoni u Bosni i Hercegovini u spornim su odredbama, koje uređuju institut posebnih istražnih radnji, stvorili procesnu mogućnost preširoke upotrebe ovih osjetljivih radnji dokazivanja dajući im karakter potencijalno redovnih radnji dokazivanja za najveći broj krivičnih djela, omogućili proizvoljnost upotrebe posebnih istražnih radnji i time stvorili realnu opasnost od kršenja međunarodnih i ustavnih prava na

35/2003, 56/2003 - ispr., 78/2004, 28/2005, 55/2006, 27/2007, 53/2007, 9/2009, 12/2010, 8/2013 i 59/2014 i Zakon o krivičnom postupku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Distrikta Brčko BiH” br. 34/2013 – prečišćen tekst i 27/2014.



privatnost građana koja garantuje član 8 Konvencije, kao i član 17 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima i član II stav 3 (f) Ustava Bosne i Hercegovine. Dakle, zakonodavac je prešao dozvoljeni stepen slobodne procjene i putem zakonom dozvoljenog miješanja u privatni i porodični život građana došao u situaciju da obim miješanja ne može opravdati neophodnom mjerom u demokratskom društvu.

Stoga je proizašlo primarno pitanje ustavnosti same zakonske odredbe s aspekta međunarodnih standarda (član 8 Konvencije) otvaranjem pitanja „kvaliteta zakona”.

Slijedom toga, Ustavni sud BiH je donio Odluku broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine¹⁴ u kojoj je raspravljao o pitanju kvaliteta samog zakona s aspekta prava garantovanih u članu II stav 3 (f) Ustava BiH i članu 8 Konvencije, što je impliciralo donošenje Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske,¹⁵ kao i Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (sigurno je da će uslijediti izmjene i dopune Zakona o krivičnom postupku FBiH i Distrikta Brčko).

Donošenjem Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske (u junu 2018. godine) zakonodavac je izvršio dvije izmjene i na taj način uskladio Zakon s Odlukom Ustavnog suda BiH broj U 5/16 novim Krivičnim zakonikom Republike Srpske¹⁶ (u daljem tekstu: KZRS) i međunarodnim standardima. Prva izmjena se odnosi na vrste krivičnih djela za koja se mogu primijeniti posebne istražne radnje. Tako je ranija odredba o katalogu krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje ostala neizmijenjena, a novelirana odredba zakona izmijenjena je u pogledu kriterijuma visine zapriječene kazne koja predviđa mogućnost određivanja posebnih istražnih radnji za krivična djela za koja se prema Krivičnom zakoniku može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna. Na taj način, zakonodavac je ograničio primjenu posebnih istražnih radnji na teža krivična djela, tj. ograničio se samo na ono što je nužno u demokratskom društvu, odnosno obezbijedio srazmjeru između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom posebnih istražnih radnji. Na taj način, navedena materija se potpuno precizno reguliše i ne ostavlja prostor za dodatna tumačenja.¹⁷

Drugom izmjenom zakonodavac je u dijelu koji se tiče nadležnosti za određivanje i trajanje istražnih radnji sintagmu „iz posebno važnih razloga” zamijenio sintagmom „ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza”. Ove izmjene su bitne zbog toga što su mnoge presude osporavane

14 Odluka Ustavnog suda BiH broj U 5/16. „Službeni glasnik BiH” broj 49/17.

15 Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 66/2018.

16 Krivični zakonik Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 64/2017.

17 Šikman M./Bajičić V. *Posebne istražne radnje – novine u pravnom okviru i praktičnom postupanju*. Banja Luka: Pravna riječ. 2018. str. 351-370.



upravo u pogledu produžavanja trajanja posebnih istražnih radnji. Naime, dijelom odredbe koja glasi „posebno važnih razloga” povrijeđeno je načelo vladavine prava i pravo na pravično suđenje jer odredba nije bila jasna i transparentna, tako da je ostavljala mogućnost arbitrarnog tumačenja i postupanja tijela pred kojim se vodio postupak. Nadalje, navedena sintagma „posebno važnih razloga” predstavljala je neodređen pojam jer se nije znalo na šta se posebno važni razlozi odnose, tj. da li se odnose na nemogućnost daljeg pribavljanja dokaza usljed toga što posebne istražne radnje nisu davale očekivane rezultate ili se odnose na samu prirodu ili okolnosti izvršenja krivičnog djela, te da li prikupljene informacije primjenom posebnih istražnih radnji moraju biti poznate sudiji. Dakle, proizlazi da sudija nije imao precizna mjerila u Zakonu prema kojima bi mogao razmotriti prijedlog tužioca za produženje posebnih istražnih radnji i u skladu s tim prijedlogom odbiti prijedlog, odnosno usvojiti i odrediti produženje. Stoga je sintagma „posebno važnih razloga” zavisila isključivo od diskrecione ocjene sudije. U takvoj situaciji, implementacija navedene zakonske odredbe suprotna je Ustavu Bosne i Hercegovine jer osporena odredba nije dovoljno jasno propisala obim diskrecije dodijeljene sudiji i imala je oblik neograničenog ovlaštenja.¹⁸

5. Posebne istražne radnje s aspekta ograničenja osnovnih ljudskih prava i sloboda

Očuvanje osnovnih prava i sloboda je od izuzetnog značaja kod primjene posebnih istražnih radnji jer implicira i očuvanje vladavine prava. Kada govorimo o uslovima i ograničenjima osnovnih ljudskih prava i sloboda onda se prije svega pozivamo na zahtjeve iz Konvencije Savjeta Evrope o ljudskim pravima i osnovnim slobodama. Sadašnji uslovi ograničenja prema Konvenciji mogu se prilagoditi svakoj državi bez obzira na specifičnosti pravnog sistema zemalja i njihovih pravnih međunarodnih obaveza.

Evropska konvencija o ljudskim pravima ostavlja mogućnost ograničenja zaštićenih prava i „miješanje ili ograničavanje” su sinonimi i znače ograničavanje prava i sloboda trećih strana, a ta ograničenja moraju biti propisana zakonom, moraju imati cilj ili ciljeve koji su legitimni, a samim tim moraju biti neophodni u demokratskom društvu za ostvarenje cilja ili ciljeva. Prema tome, ovo opšte načelo „klauzula javnog reda” sadrži četiri osnovna načela. Prvo načelo odnosi se na postojanje pravnog osnova i kada je u pitanju postojanje pravnog osnova svako ograničenje osnovnog prava mora biti utvrđeno zakonom. Evropski sud pojam zakona sagledava u suštinskom smislu, a ne u formalnom smislu. Kao posljedica toga, pravni osnov ne odnosi se samo na

¹⁸ Šikman M./Bajičić V. *Posebne istražne radnje – novine u pravnom okviru i praktičnom postupanju*. Banja Luka: Pravna riječ. 2018. str. 351-370.



zakonske tekstove, već uključuje i akte nižeg ranga, kao i sudsku praksu. U sferi koja je obuhvaćena pisanim zakonom, zakon je strogo formalni akt koji je na pravnoj snazi i koji nadležni sudovi tumače bez bilo kakvog praktično novog razvoja (predmet *Kruslin protiv Francuske*).

Dakle, pravni osnov mora da sadrži kriterijume kvaliteta, pa tako mora biti jasan i precizan, potpuno detaljan i za razliku od administrativne prakse mora dovoljno jasno da naznači obim i način izvršenja takvog diskrecionog prava, imajući u vidu legitiman cilj. Na ovaj način fizičkom licu se pruža adekvatna zaštita od proizvoljnog miješanja (slučajevi *Melone protiv Velike Britanije*, *Taylor-Sabori protiv Velike Britanije*, *Huvig protiv Francuske*) i svaka nejasnost i nesigurnost mora biti isključena iz zakona, što implicira da treba da postoje adekvatne i djelotvorne garancije protiv zloupotrebe.

Isto tako, zakon mora biti predvidiv, što znači formulisan s dovoljnom preciznošću kako bi se građaninu omogućilo da reguliše svoje ponašanje, odnosno građanin mora biti u mogućnosti da predvidi svoje ponašanje do stepena koji je razumljiv u okolnostima posljedice do koje može dovesti neko njegovo ponašanje (predmet *Sandi Tajms protiv Velike Britanije*).

Kad govorimo o legitimnom cilju, treba napomenuti da svaki član Konvencije reguliše osnovno uslovno pravo i iscrpno navodi legitimne ciljeve za koje bi ometanje tog prava moglo da bude legitimno. U kontekstu prava na privatnost (član 8 Konvencije), ti ciljevi su interesi nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomskog blagostanja zemlje, sprječavanje nereda ili kriminala, zaštita zdravlja ili morala i zaštita prava i sloboda.

Nadalje, načela nužnosti i srazmjernosti u suštini predstavljaju „neophodnost u demokratskoj zemlji”. Kao rezultat toga, sudske odluke (nacionalne, Evropskog suda) stručnjaci dovode u konfuziju u pogledu ovih pojmova, pa tako neophodnost podvode pod izraz srazmjernost, a srazmjernost pod izraz neophodnost. Takvi neskladi nisu od značaja jer sudovi i stručnjaci u svim slučajevima prepoznaju da načela neophodnosti i srazmjernosti trebaju sagledavati zajedno, i to kroz određen broj obaveza. Neophodnost miješanja u demokratskoj zemlji, koju Evropski sud tumači kao implikaciju da je miješanje u društvu potrebno pod uslovom da ono ostaje i dalje demokratsko i da zadovoljava specifične društvene potrebe koje moraju biti utvrđene. U okviru načela neophodnosti nužnost je podijeljena u dva zahtjeva. Prije svega, mora se identifikovati specifična društvena potreba za miješanjem, i to u široj sferi željenog legitimnog cilja. Istovremeno, ova potreba mora biti hitna, što drugim riječima znači da mora imati određen nivo hitnosti, odnosno ozbiljnosti, jer ukoliko se ne postupi prema ovim načelima može se nanijeti šteta društvu, uzimajući u obzir stavove društva i druga različita mišljenja u vezi s ovom potrebom. Postojanje ove ozbiljne i hitne potrebe mora biti dokazivo. Ovi osnovi moraju biti sadržani u pravnom osnovu kako bi se osigurala



srazmjernost. Utvrđivanje potrebe za miješanjem u datom slučaju znači utvrđivanje da je miješanje prikladno kako bi se postigao željeni cilj i kako bi se djelotvorno ublažila šteta koja je prouzrokovana društvu. Uspostavljanjem neophodnosti miješanja svakako treba utvrditi pregled djelotvornosti postojećih mjera s ciljem da se objasni zašto postojeće mjere više nisu dovoljne i da će tek te nove predložene mjere dovesti do cilja.

Kad govorimo o načelu srazmjernosti, i ono sadrži dva osnovna zahtjeva. Kroz neophodnost je potrebno dokazati poštovanje zahtjeva srazmjernosti prema Evropskom sudu i pri tome izabrati onu mjeru koja u manje stepenu ugrožava privatnost. Nadalje, kad govorimo o miješanju, onda to miješanje eksplicitno mora biti ograničeno samo na ono što je strogo potrebno i podrazumijeva četiri podnačela: a) što je veća i ozbiljnija šteta društvu, odnosno što je veća šteta kojoj je društvo izloženo, to je i miješanje opravdano, b) obim miješanja ne smije da prelazi ono što je potrebno za postizanje željenog cilja, što znači da je u najvećoj mjeri ograničen obim upada u privatnost (broj pogođenih lica), vrijeme u kojem će mjera biti djelotvorna, c) miješanje mora biti manje restriktivno po svojoj prirodi, d) uticaj miješanja ne smije dovesti do gašenja zaštićenog prava. Dakle, ograničenja su mjere koje čine mogućim poštovanje prava koje je dovedeno u pitanje, a takođe čine mogućim i poštovanje srazmjernosti. Njima se obezbjeđuje ekvivalentna zaštita tamo gdje test neophodnosti ili test srazmjernosti pokazuje slabosti ili gdje su garancije koje su predviđene zakonom neizvodljive u određenim okolnostima.

5.1. Standardi Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu prava garantovanih članom 8 Konvencije

Kada je riječ o sistemu zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda koji je postavljen da bi član 8 Konvencije uopšte bio uzet u obzir, a da istovremeno prava koja se njime proklamuju budu poštovana i da ne dođe do kršenja prava na privatnost, upravo treba da budu ispunjena razmatrana opšta načela.

Svrha člana 8 Konvencije je da zaštiti pojedinca od arbitrarnih poteza javnih vlasti. Ta svrha postiže se zaštitom četiri dimenzije personalne autonomije pojedinca: privatnog života, porodičnog života, doma i prepiske. Prava iz člana 8 Konvencije opisana su kao „najmanje definisana i najmanje određena od svih prava predviđenih Konvencijom”. Teško je protiviti se takvoj ocjeni jer član 8 Konvencije državama nameće obavezu da poštuju širok obim nedefinisanih interesa pojedinaca koji se dotiču većeg broja međusobno isprepletenih oblasti. Ni za jedan od četiri interesa navedenih u članu 8 (1) Konvencije – privatni život, porodični život, dom i prepiska – nije data definicija u Konvenciji i njihova sadržina je predmet tumačenja. Kao i mnogi



drugi izrazi koji se koriste u Konvenciji, svaki od ovih interesa predstavlja autonomni koncept, te Evropski sud nije vezan ocjenama i tumačenjima nacionalnih sudova. Rezultat navedenog jeste da se stalno širi obim zaštite koja se pruža ovom odredbom.

Član 8 Konvencije ima istu strukturu kao i ostali članovi Konvencije kojima se proklamuju prava i u prvom stavu navodi se pravo koje se štiti i sadržina garancija, dok se derogirajuća klauzula nalazi u drugom stavu istog člana i njom su predviđeni opšti uslovi i specifični osnovi na koje se države članice mogu pozvati kada ograničavaju prava i slobode predviđene u stavu 1 Konvencije.

Odluka da se izvrši presretanje nečije korespondencije ili mejlova ili da se postave prislušni uređaji u stan ili druge prostorije ili vozilo dovodi do miješanja u pravo na poštovanje privatnog ili porodičnog života, doma ili prepiske u smislu člana 8 Konvencije.

Države su pokušavale da određenim vrstama komunikacije oduzmu karakter privatnosti, tvrdeći da razgovori o izvršenju krivičnih djela *ipso facto* ne predstavljaju razgovore iz sfere privatnih razgovora, te da ne uživaju zaštitu koju uživaju privatni razgovori. Primjer za navedeno je predmet *A protiv Francuske*¹⁹, u kome je država tvrdila da presretnuti razgovor u kome se govorilo o izvršenju ubistva ne spada u domen privatnosti. Komisija (koja je tada još uvijek postojala) smatrala je, međutim, da javni interes, koliki god on bio, ne može oduzeti razgovoru karakter privatnosti. Član 8 stav 1 Konvencije se, dakle, primjenjuje bez obzira na sadržinu komunikacije. Država će u ovakvim slučajevima lakše opravdati primjenu derogirajućih klauzula iz člana 8 (2) i svoje miješanje u privatnost određenih lica, ali se pravo na privatnost i primjena stava 1 Konvencije ne mogu isključiti zbog sadržine komunikacije.

Nadalje, Evropski sud je zauzeo stav da presretanje komunikacija predstavlja miješanje u pravo na privatnost.

Naime, nesporno je da većina lica čija se komunikacija presreće toga nije svjesna u trenutku presretanja. Neki ljudi mogu sumnjati da im se presreću komunikacije, bez obzira na to da li se to zaista i dešava. Ukoliko presretanja komunikacije ima, ono će biti objelodanjeno tek na suđenju. Moguće je i da presretanja bude, a da ono nikada ne bude obznanjeno zbog nepokretanja krivičnog postupka ili zbog lošeg kvaliteta tog dokaza ili zbog drugih razloga. Međutim, sve i da se materijal pribavljen presretanjem komunikacija ne koristi, presretanje predstavlja miješanje u privatnost pojedinca (*Kopp protiv Švajcarske*)²⁰. Evropski sud je u ovoj odluci utvrdio kontradiktornost između jasnog teksta zakona koji štiti advokatsku tajnu, kada se advokat nadzire kao treća strana, i prakse koja se primjenjuje u predmetnom slučaju. Iako je sudska praksa uspostavila načelo, koje je generalno prihvaćeno, da advokatska tajna obuhvata

19 *A protiv Francuske*, predstava br. 14838/89, presuda od 23. novembra 1993.

20 *Kopp protiv Švajcarske*, zahtjev br. 23224/94 od 25. marta 1998.



isključivo odnos između advokata i njegovih klijenata, zakon jasno ne propisuje kako, pod kojim uslovima i po čemu se pravi razlika između pitanja povezanih s advokatskom djelatnošću (povjerljiv odnos između advokata i njegovih klijenata koji se direktno odnosi na pravo na odbranu) i pitanja koja se odnose na druge aktivnosti. Isto tako, Evropski sud je utvrdio da je nedopustivo da se posebne istražne radnje dodjeljuju službeniku pravnog odjela pošte, koji je član izvršne vlasti, bez nadzora od sudije, posebno u ovom osjetljivom području povjerljivih odnosa između advokata i njegovih klijenata koji se direktno odnose na status trećih lica (pravo na odbranu).

Evropski sud se izjašnjavao i u predmetima u kojima su iznesene tvrdnje da prikupljanje i korištenje ličnih podataka ili presretanje komunikacija fizičkih lica koje vrše državna tijela nije u skladu s odredbama člana 8 (1) Konvencije.

U dva predmeta (*Klass i drugi protiv SR Njemačke*)²¹i (*Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*)²² podnosioci zahtjeva tvrdili su da su njihova prava na privatni život i prepisku po članu 8 Konvencije prekršena tajnim presretanjem telekomunikacija tokom krivičnog postupka. U prvom predmetu Evropski sud je utvrdio da je zapadnonjemački zakon dovoljno precizan i da su sve mjere u postupku prikupljanja informacija posebnim istražnim radnjama u skladu sa zakonom, koji je dovoljno precizan da bi bili ispunjeni zahtjevi zakonitosti primjene člana 8 (2) Konvencije. Evropski sud je utvrdio da potreba države da se zaštiti od „neposrednih opasnosti” koje prijete slobodnom demokratskom ustavnom poretku predstavlja zakonit cilj države po odredbi o ograničenju koje je potrebno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, a radi sprječavanja nereda i krivičnih djela. Konačno, Evropski sud je našao da je pomenuti postupak dovoljan da obezbijedi da mjere države ostanu u srazmjeri s tim zakonitim ciljevima²³.

U predmetu *Malone* Evropski sud je utvrdio da, iako je registrovanje telefonskih poziva, za razliku od presretanja komunikacija, uobičajeno u poslovnoj praksi, dostavljanje takvih podataka policiji, bez zakonskog regulisanja ili saglasnosti lica čiji se razgovori bilježe, predstavlja neopravdano miješanje u privatnu sferu prema članu 8 Konvencije. Evropski sud je utvrdio da su i presretanje i registrovanje telefonskih poziva u ovom predmetu bili suprotni zahtjevu zakonitosti, te je smatrao da nije potrebno da se upušta u to da li su ove mjere bile potrebne u demokratskom društvu. Isto tako, Evropski sud je utvrdio da su propisi Ujedinjenog Kraljevstva kojima se reguliše nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora suviše nejasni da bi odgovarali standardu „saglasnost sa zakonom”. Dakle, sud zaključuje da bi bilo suprotno vladavini prava kada bi se diskreciona sloboda, data izvršnoj vlasti, izražavala

21 *Klass i drugi protiv SR Njemačke*, zahtjev br. 4378/02 od 10. marta 2009.

22 *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 8691/79 od 26. aprila 1985.

23 Nakić J./Rogić M. (Ne)Zakoniti dokazi u kaznenom postupku (Poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama). Rijeka. 2016. str. 533-560.



kao neobuzdana moć. Slijedi da zakon mora dovoljno jasno ukazati na granice takve diskrecione slobode date nadležnim tijelima i na način njenog korišćenja, imajući u vidu zakoniti cilj određene mjere, da bi se pojedincu pružila zaštita od samovoljnog miješanja. Isti stav je Evropski sud zauzeo u predmetu *Bykov protiv Rusije*,²⁴ gdje je ponovio da izraz „u skladu sa zakonom” ne samo da zahtijeva usklađenost s domaćim pravom nego se odnosi i na kvalitet tog prava, zahtijevajući da bude u skladu s načelom vladavine prava. Evropski sud je utvrdio da je Zakon o aktivnostima operativnih pretraga dopuštao da se operativni eksperimenti sprovode kod istraživanja ozbiljnih zločina, ali je takođe utvrdio da zakon nije definisao koje mjere takvi eksperimenti uključuju. Vlada Rusije je isticala da za upotrebu uređaja za radio-prijenos nije bilo potrebno sudsko odobrenje, dok je Evropski sud zauzeo suprotno stanovište da kada je u pitanju nadzor komunikacija za potrebe policijske istrage zakon mora biti potpuno jasan u svojim pojmovima da građanima omogući prikladno uputstvo o okolnostima i uslovima u kojima su javne vlasti ovlašćene da pribjegnu tajnom i potencijalno opasnom miješanju u pravo poštovanja privatnog života i korespondencije. Takođe je Evropski sud utvrdio da poštovanjem zahtjeva „kvalitet prava” mora biti određen obim diskrecije, dok detaljne procedure i uslovi ne moraju nužno biti inkorporirani u pravila materijalnog prava.

U predmetima *Huwig protiv Francuske*²⁵ i *Kruslin protiv Francuske*²⁶ činjenice su slične kao u predmetu *Malone*. U oba slučaja Evropski sud je utvrdio da propisi i praksa u Francuskoj nisu u skladu s uslovima zakonitosti iz člana 8 Konvencije. Kršenje člana 8 Konvencije Evropski sud je utvrdio i kada građanin tajno snima telefonske razgovore uz pomoć visoko pozicioniranog činovnika policije (*A. protiv Francuske*) i kada policija nadzire telefonske pozive zaposlenog u policijskoj upravi (*Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).²⁷ U ovom posljednjem predmetu Evropski sud nije prihvatio vladin argument da je policija imala pravo nadziranja telefona u njihovim sopstvenim prostorijama bez prethodnog dobijanja naloga, utvrđujući da je ta praksa nezakonita u smislu člana 8 Konvencije.

Evropski sud, u načelu, ostavlja državama jako široko polje slobodne procjene pri prikupljanju i korišćenju podataka van krivičnog postupka, na šta upućuje predmet (*Leander protiv Švedske*)²⁸ u kome se podnosilac zahtjeva žalio da je država prikupila tajne podatke o njemu i koristila se njima da bi mu uskratila pristup državnoj službi. Evropski sud je utvrdio da je preciznost odgovarajuće uredbe u skladu sa zahtjevom zakonitosti, nalazeći da član 8 Konvencije nije povrijeđen. Ujedno je utvrdio da se

24 *Bykov protiv Rusije*, zahtjev br. 4378/02 od 10. marta 2009.

25 *Huwig protiv Francuske*, zahtjev br. 1105/84 od 24. aprila 1990.

26 *Kruslin protiv Francuske*, zahtjev br. 11801/85 od 24. aprila 1990.

27 *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 20605/92.

28 *Leander protiv Švedske*, zahtjev br. 11801/85 od 24. aprila 1990.



Konvencijom ne garantuje pravo stupanja u javnu službu i da mjere koje je država preduzela u ovom predmetu ne predstavljaju prepreku vođenju privatnog života po slobodnom izboru podnosioca zahtjeva.

5.2. Standardi Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu prava garantovanih članom 6 Konvencije

Konvencijom i Pravilima postupka pred Evropskim sudom jednim od najznačajnijih članova u pogledu ostvarivanja te zaštite svakako se smatra član 6 Konvencije. Koliko god taj član izgledao precizno postavljen, on je jedan od najsloženijih i najdinamičnijih članova kako u Konvenciji tako i u praksi Evropskog suda, na šta ukazuje i podatak da je ovo, u praksi Suda, najčešće kršeni član. Dok član 6 stavovi 2 i 3 Konvencije sadrže konkretne odredbe kojima se predviđaju dodatni proceduralni standardi koji se odnose samo na lica koja su optužena za „krivična” djela, član 6 stav 1 Konvencije se odnosi kako na „građanske” tako i na „krivične” postupke. Važno je pomenuti da se većina predmeta koji se iznose pred Sud, a u kojima se poziva na „krivični” dio člana 6 Konvencije, odnosi na pravičnost postupanja predstavnika države u fazi istrage, suđenja ili žalbenog postupka, čiji je ishod osuđujuća presuda. Dakle, konkretno, institucionalne i procesne pretpostavke predviđene članom 6 Konvencije, a ustanovljene i razvijene praksom Evropskog suda, jesu nezavisan i nepristrasan sud ustanovljen zakonom, pravičnost postupka i pravo na suđenje u razumnom roku.²⁹ Naime, pravo na pravičan postupak predstavlja fundamentalni element člana 6 Konvencije i podrazumijeva ispitivanje pravičnosti postupka sagledanog u cjelini. Konkretno, to je popis i pregled svih faza postupka i mogućnosti koje su pružene podnosiocu predstavke, a ne vrednovanje izolovane procesne manjkavosti *per se*. Pitanje da li je postupak bio pravičan je, naravno, potpuno odvojeno od pitanja da li je sud donio ispravnu ili pogrešnu odluku. U isto vrijeme, posljednjih godina Sud je počeo da pridaje sve veći značaj izvjesnim ključnim momentima u postupku, i to prije svega prvom ispitivanju osumnjičenog u krivičnom postupku, zatim da li se preispitivanjem pred višom sudskom instancom može ispraviti procesni nedostatak iz neke ranije faze postupka zavisi od prirode miješanja, od ovlaštenja i obima preispitivanja kome pribjegne taj viši sud. Slično tome, nedostatak procesnih garancija u kasnijoj fazi postupka može da se nadoknadi mogućnošću koja se pruža podnosiocima predstavke da svoja prava ostvare u ranijoj fazi.

Nadalje, shodno načelu supsidijarnosti, član 6 Konvencije ne dopušta da Sud djeluje kao sud četvrtog stepena – da ponovo utvrđuje činjenice datog predmeta ili da

²⁹ Mijović, Lj.: Standardi Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa pravom na obrazloženu sudsku odluku – Značaj obrazloženja u presudama Evropskog suda za ljudska prava. U: Pravo na obrazloženu sudsku presudu - obavezni standardi u sudskim postupcima: zbornik radova. Sarajevo: Ustavni sud Bosne i Hercegovine; London: The Aire Centre, 2018: str. 49-64.



preispituje navodna kršenja unutrašnjeg prava, niti mu dopušta da presuđuje o prihvatljivosti dokaza. Države su i dalje slobodne da primjenjuju krivično pravo na svaku radnju u mjeri u kojoj time ne krše druga prava zaštićena po Konvenciji i da definišu sastavne elemente prestupa koji na taj način nastaje. Iz tog proizlazi da nije uloga Evropskog suda da diktira sadržinu unutrašnjeg krivičnog prava. Posljednjih godina se, međutim, u nekoliko navrata dogodilo da je Evropski sud ustanovio kršenje člana 6 Konvencije zbog toga što su u okviru jednog istog apelacionog suda uporno o istom pitanju donošene različite sudske odluke ili zbog toga što su u žalbenom postupku odlučivali različiti okružni sudovi, naglasivši da je „istinska i davnašnja” priroda nesa- glasnosti u sukobu s načelom pravne sigurnosti u najširem značenju tog pojma. Veliko vijeće je nedavno naglasilo da nije funkcija Evropskog suda po osnovu člana 6 Kon- vencije da poredi različite odluke domaćih sudova – čak i ako su donijete u naizgled sličnim postupcima – osim u slučajevima kada je riječ o očiglednoj proizvoljnosti.³⁰

Dakle, ukoliko Evropski sud ustanovi da je u bilo kojem od segmenata u kojima se cijeni pravičnost postupka (raspravni postupak, načelo jednakog tretmana strana u postupku, pravo na javnu raspravu, zakonitost dokaza, obrazložena presuda) došlo do nepoštovanja istih prava, on će bez dileme ustanoviti povredu člana 6 stav 1 Konvencije, s tim što će u izreci samo konstatovati povredu i odrediti da li je podnosilac dobio zadovoljenje već samim ustanovljavanjem povrede ili je potrebno posebno izreći i naknadu, bilo materijalne, bilo nematerijalne štete, što će u svakom konkretnom slučaju zavisiti od prirode predmeta. Izreka, dakle, neće sadržavati razloge zbog kojih je Sud odlučio na određen način jer se isti razlozi, baš kao i u unutrašnjem postupku, navode u obrazloženju presude.

Kada govorimo o praksi Evropskog suda u segmentu prava na pravičan postupak, a na području dokaznih zabrana, pojam nezakonitih dokaza u primjeni posebnih istražnih radnji treba shvatiti uslovno. Dakle, sud ne provjerava da li je određeni dokaz nezakonit po nacionalnom pravu, nego da li je korištenje tog dokaza suprotno Konvenciji³¹. Zapravo, Konvencija ne sadrži pravna pravila o zakonitosti i nezakonitosti dokaza, što i sam Evropski sud redovno ističe u svojim odlukama,³² što znači da ovaj sud ne priznaje kao posebno konvencijsko pravo pravo na suđenje na osnovu zakonitih dokaza³³. Ipak, Sud primjenom elastičnog kriterija „pravičnog postupka” iz člana 6

30 Vitkauskas D./Dikov G. *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Savjet Evrope. Strazbur, 2012.

31 Martinović, I., Kos, D. *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*, Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 23(2). 2016. str. 319.

32 Pajčić, M., Valković, L. *Presude Europskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje (članak 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 19(2), 2012. str. 756.

33 Obradović, B., Župan, I. *Plodovi otrovne voćke u hrvatskom i poredbenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 18(1), 2011. str. 124.



stav 1 Konvencije procjenjuje da li se u nacionalnom postupku način pribavljanja ili izvođenja dokaza u nekom konkretnom slučaju odrazio na pravičnost postupka u cjelini ili je tom prilikom povrijeđeno i neko drugo konvencijsko pravo³⁴. Tako nezakonitim pribavljanjem dokaza može doći do povrede konvencijskih prava, prava na poštovanje privatnog i porodičnog života i u tom slučaju Evropski sud će utvrditi povredu člana 8 Konvencije, a ne automatski i povredu člana 6 Konvencije koji garantuje pravo na pravično suđenje. Posljedica drugačijeg stanovišta značila bi uvođenje konvencijskog ekskluzijskog pravila, odnosno impostiranje supranacionalne dokazne zabrane.³⁵ Na ovo upućuje i stav Evropskog suda izražen u predmetu *Schenk protiv Švajcarske* (1988. god.),³⁶ u kojem je prihvatio da pravo na pošteno suđenje nije nužno prekršeno kada je dokaz pribavljen kršenjem prava na poštovanje privatnog života. Tako, kada dokaz – nezakonito presretanje komunikacija – nije jedini dokaz protiv optuženog u predmetu, nije bilo kršenja prava na pošteno suđenje. Dakle, u pogledu dokaza koji su pribavljeni povredama nekog uslovljenog konvencijskog prava, kao što je pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana 8 Konvencije, Evropski sud najprije ispituje da li radnja pribavljanja ili upotrebe dokaza predstavlja ograničenje toga prava „propisano zakonom”, a zatim da li je preduzeta u legitimnom cilju iz stava 2 tog člana Konvencije, te da li je bila nužna „u demokratskom društvu”.

Upravo je navedeno utvrđivao Evropski sud u dva slučaja 2015. i 2016. godine: *Dragojević protiv Hrvatske*³⁷ i *Bašić protiv Hrvatske*³⁸ u kojima je utvrdio povredu prava na privatnost i porodični život (član 8 Konvencije).

U slučaju *Dragojević protiv Hrvatske* podnosilac je tvrdio da je tajni nadzor nad njim bio nezakonit jer se zasnivao na nalozima istražnog sudije koji su izdati u suprotnosti s mjerodavnim domaćim pravom i sudskom praksom viših domaćih sudova, s obzirom na to da nisu sadržali procjenu vjerovatnosti da je krivično djelo učinjeno, te da se istraga tog krivičnog djela ne može sprovesti na drugačiji, manje intruzivan način. Sud je utvrdio da je tajni nadzor nad podnosiocem bio zasnovan u mjerodavnom domaćem pravu, čija dostupnost ne uzrokuje nikakve probleme u ovom predmetu. Ipak, prigovor podnosioca nije usmjeren na manjak pravnog osnova u mjerodavnom domaćem zakonu, već prvenstveno na činjenicu da istražni sudija nije djelovao u skladu s postupcima predviđenima zakonom, posebno onim vezanim uz efikasnu procjenu da li je upotreba tajnog nadzora bila nužna i opravdana u ovom predmetu. U tom smislu, Evropski sud je utvrdio da, iako postoji precizan zakonski okvir, postoje i dva

34 Krapac, D. *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Evropskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60(3), Zagreb: Pravni fakultet, 2010. str. 1207.

35 Bojanić, I., Đurđević, Z. *Dopuštenost upotrebe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (2). 2008. str. 976.

36 *Schenk protiv Švajcarske*, zahtjev broj 10862/84.

37 Predmet *Dragojević protiv Hrvatske*, zahtjev br. 68955/11 (15. januar 2015).

38 Predmet *Bašić protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 22251/13 (25. oktobar 2016).



suprotstavljena stava koja su usvojili Ustavni sud i Vrhovni sud, a koja su u sukobu s jasnim tekstom zakona koji ograničava ostvarivanje diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti kad je u pitanju sprovođenje tajnog nadzora. Iz navedenog razloga Evropski sud je utvrdio da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu obima i načina ostvarivanja diskrecije dodijeljene tijelima javne vlasti, te posebno u praksi nije osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba. U skladu s tim, postupak za naganje i nadziranje provođenja mjera nadzora telefona podnosioca nije bio u potpunosti u skladu s pretpostavkama zakonitosti, niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnosioca na poštovanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo nužno u demokratskom društvu. U tom smislu, Evropski sud je u konkretnom predmetu presudio da je došlo do povrede člana 8 Konvencije.

U predmetu *Bašić protiv Hrvatske* podnosilac zahtjeva prigovorio je da je bio podvrgnut nezakonitim posebnim izvidnim mjerama tajnog nadzora i da su tako pribavljeni dokazi upotrijebljeni u krivičnom postupku koji se vodio protiv njega, suprotno članu 6 stav 1 i članu 8 Konvencije. Evropski sud je u ovom predmetu, kao i u predmetu *Dragojević*, utvrdio postojanje naloga istražnog sudije koji se odnosi na određivanje mjera tajnog nadzora po zahtjevu državnog tužilaštva, koji je uključivao zakonski izraz „ako se izvidi krivičnih djela ne bi mogli sprovesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama”. Međutim, nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a naročito razloga zbog kojih se izvidi nisu mogli provesti na druge, manje nametljive načine. Dakle, Evropski sud je utvrdio da nedostatak obrazloženja u nalogu istražnog sudije, zajedno s praksom domaćih sudova koja zaobilazi takav nedostatak obrazloženja retroaktivnim opravdavanjem primjene tajnog nadzora, nije u skladu s mjerodavnim domaćim pravom i da zbog toga u praksi nisu obezbijeđene odgovarajuće garancije protiv mogućih zloupotreba. Sud je stoga smatrao da takve prakse nisu bile u skladu sa zahtjevom zakonitosti, niti su bile dovoljne da bi miješanje u pravo podnosioca zahtjeva na poštovanje njegovog privatnog života i dopisivanja bilo nužno u demokratskom društvu.

Na kraju vrijedi navesti i predmet *Matanović protiv Hrvatske*³⁹. Podnosilac je prigovarao da su protiv njega protivzakonito određene mjere tajnog nadzora i praćenja, čiji rezultati su korišćeni tokom krivičnog postupka u kojem je osuđen. Nadalje, prigovarao je da je žrtva podstrekavanja na krivično djelo i da u tom pogledu nije imao odgovarajuće procesne garancije predviđene članom 6 Konvencije, te da mu nije bio dopušten uvid u dio dokaza koje su prikupili organi gonjenja tokom primjene posebnih istražnih radnji. U navedenom predmetu Sud je utvrdio da je došlo do povrede prava na poštovanje privatnog života (član 8 Konvencije) i povrede prava na

39 Predmet *Matanović protiv Republike Hrvatske*, zahtjev br. 2742/12 (4. april 2017).



pošteno suđenje (član 6 Konvencije) zbog toga što nije imao pristup dijelu dokaza koji je prikupljen putem primjene tajnih mjera. Isto tako, u pogledu određivanja tajnih mjera, Evropski sud je, pozivajući se na svoja ranija utvrđenja u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, utvrdio da postupak izdavanja i sudske kontrole naloga za presretanje njegovog telefona nije bio u skladu sa zakonom, što je dovelo do povrede prava na poštovanje njegovog privatnog života. S druge strane, utvrdio je da nije došlo do povrede prava na pošteno suđenje zbog korišćenja prikrivenog istražioca u krivičnom postupku jer nije došlo do podsticanja na činjenje krivičnog djela, već naprotiv, da su tijela krivičnog progona bila pasivna, te postupala u skladu s djelovanjem kakvo se zahtijeva kod primjene prikrivenog istražioca.

Zaključak:

Izvršena reforma zakonodavstva u Bosni i Hercegovini iz 2003. godine je donijela novitete ne samo u pogledu same koncepcije i organizacije krivičnog postupka već i u pogledu sadržine pojedinih procesnih radnji kojima je postupak znatno obogaćen. To se, prije svega, odnosi na uvođenje posebnih istražnih radnji u katalog djelatnosti tužioca. Posebne istražne radnje predstavljaju istražnu djelatnost do koje se dolazi (*ultima ratio*) u slučaju istraživanja teških krivičnih djela, onda kada na drugi način nije moguće pribaviti dokaze ili bi njihovo pribavljanje predstavljalo nesrazmjernu teškoću. U naučnoj i stručnoj javnosti prisutno je mišljenje da primjena i materijalnih i procesnih rješenja u vezi s posebnim istražnim radnjama, a u postupku sprječavanja i suzbijanja savremenih formi kriminaliteta, kojima se duboko zadire u sferu građanskih sloboda i prava, nije lako prihvatljiva za krivično zakonodavstvo i da se ono može pretvoriti u instrument totalitarne države. Ekstremne forme takvih stavova ističu da će se stavljanjem u ruke istražnim organima tako moćnih i ofanzivnih dokaznih tehnika, poput tajnog audio i video nadzora ili mjera infiltracije u kriminalnu sredinu, stvoriti savremeni pretorijanci u kojim će moderna demokratska država i društvo ponovo postaviti pitanje ko će stražariti nad stražarima (*quis custodiet ipsos custodes*). Smatram da su takvi stavovi i strahovi neopravdani i da je ispravnije i racionalnije razmišljati upravo u suprotnom smjeru – davanjem podrške efikasnim rješenjima i metodama namijenjenim suzbijanju organizovanog, ali i drugih teških oblika kriminaliteta krivično zakonodavstvo ne samo da neće postati policijski instrument torture i gušenja demokratije već će se cjelishodno staviti u funkciju očuvanja opšte društvene bezbjednosti, što je ujedno osnovni cilj i smisao njegovog postojanja. Time će se policiji i pravosudnim organima omogućiti primjena efikasnih, legitimnih i legalnih procedura putem kojih će biti sposobni da uspješnije realizuju povjerenu misiju suprotstavljanja kriminalu. Ono što je posebno važno u ovom slučaju jeste



propisivanje konciznih zakonskih normi koje će urediti postojanje i primjenu takvih procedura i rješenja u skladu s univerzalnim demokratskim načelima i standardima, predviđanjem strogog nadzora i kontrole samog postupka primjene takvih procedura i rješenja, kako bi se izbjegle eventualne zloupotrebe. U tom smislu, aktuelni zakonski okvir, uključujući i najnovije izmjene u ovom pogledu iz 2018. godine, može se smatrati zadovoljavajućim. Naravno, uvijek postoji prostor za preciznije regulisanje pojedinih odredbi, čime se stvaraju mogućnosti za još efikasniju primjenu posebnih istražnih radnji koje će i dalje imati značajnu ulogu kada je u pitanju suzbijanje najtežih krivičnih djela, što je i njihova osnovna svrha.

Popis literature:

- Antonić, V./Mitrović D. *Modul: Posebne istražne radnje*. Visoki sudski i tužilački savjet. Sarajevo. 2012.
- Bojanić, I., Đurđević, Z. *Dopuštenost upotrebe dokaza pribavljenih kršenjem temeljnih ljudskih prava*. Zagreb: Hrvatski ljetopis za krivično pravo i praksu (2), 2008. str. 976.
- Čolić-Sijerčić, H. *Prikrivene istražne mjere u svjetlu efikasnosti krivičnog postupka zaštite osnovnih prava i sloboda čovjeka*.
- Čolić-Sijerčić, H., Hadžiomeračić, M., Jurčević, M., Kaurinović, D., Simović, M. *Komentari zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*. Savjet Evrope. 2005. str. 349.
- Jovišević, D. *Pranje novca – novo krivično djelo u međunarodnom i krivičnom pravu*. „Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori broj 14/1990”.
- Krapac, D. *Nezakoniti dokazi u kaznenom postupku prema praksi Europskog suda za ljudska prava*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, 60(3), Zagreb: Pravni fakultet. 2010. str. 1207.
- Krivični zakonik Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 64/2017.
- Kržalić, A. *Posebne istražne radnje: Normativna uređenost i osvrt na praktičnu primjenu*. Sarajevo. 2016.
- Martinović, I., Kos, D. *Nezakoniti dokazi: teorijske i praktične dvojbe u svjetlu prakse Europskog suda za ljudska prava*. Hrvatski ljetopis za kaznene znanosti i praksu 23(2). 2016. str. 319.
- Mijović, Lj.: Standardi Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda u vezi sa pravom na obrazloženu sudsku odluku – Značaj obrazloženja



- u presudama Evropskog suda za ljudska prava. U: Pravo na obrazloženu sudsku presudu - obavezni standardi u sudskim postupcima: zbornik radova. Sarajevo: Ustavni sud Bosne i Hercegovine; London: The Aire Centre, 2018: str. 49-64.
- Nakić, J./Rogić, M. *(Ne)Zakoniti dokazi u kaznenom postupku (Poseban osvrt na mjere tajnog snimanja telefonskih razgovora i trećega u tim radnjama)*. Rijeka. 2016. str. 533-560.
 - Obradović, B., Župan, I. *Plodovi otrovne voćke u hrvatskom i poredbenom pravu*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 18(1). 2011. str. 124.
 - Odluka Ustavnog suda BiH broj U 5/16. „Službeni glasnik BiH” broj 49/17.
 - Pajčić, M., Valković, L. *Presude Evropskog suda za ljudska prava protiv Republike Hrvatske zbog povrede prava na pravično suđenje (članak 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda)*. Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu 19(2). 2012. str. 756.
 - Pavišić, B. *Kazneno pravo Vijeća Europe*, Zagreb. 2006. godine, str. 354-357.
 - Simović, M. *Krivično procesno pravo*, Bihać. 2009. str. 448.
 - Šikman, M. *Zakonitost dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u svjetlu odluka Evropskog suda za ljudska prava*. Zlatibor. 2017. str. 401-416.
 - Šikman M./Bajičić V. *Posebne istražne radnje – novine u pravnom okviru i praktičnom postupanju*, Banja Luka: Pravna riječ. 2018. str. 351-370.
 - The Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons Especially Women and Children. Palermo. Italy 12 -15 December 2000.
 - United Nations Convention Against Transnational Organized Crime. Palermo. Italy. 12-15 december 2000.
 - Vitkauskas D./Dikov G. *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Savjet Evrope. Strazbur. 2012.
 - Zakon o izmjenama Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” broj 66/2018.
 - Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske. „Službeni glasnik Republike Srpske” br. 53/2012, 91/2017 i 66/2018.

Presude Evropskog suda za ljudska prava:

- *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 8691/79
- *Shenk protiv Švajcarske*, zahtjev broj 10862/84
- *Huvig protiv Francuske*, zahtjev broj 1105/84
- *Leander protiv Švedske*, zahtjev broj 11801/85



- *Kruslin protiv Francuske*, zahtjev broj 11801/85
- *A. protiv Francuske*, zahtjev broj 14838/89
- *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev broj 20605/92
- *Kopp protiv Švajcarske*, zahtjev broj 23224/94
- *Klass i drugi protiv Njemačke*, zahtjev broj 4378/02
- *Bykov protiv Rusije*, zahtjev broj 4378/02
- *Dragojević protiv Hrvatske*, zahtjev broj 68955/11
- *Matanović protiv Hrvatske*, zahtjev broj 2742/12
- *Bašić protiv Hrvatske*, zahtjev broj 22251/13

Vesna Antonić

President of the Supreme Court of the Republika Srpska

**SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES IN THE CONTEXT OF ARTICLES
6 AND 8 OF THE EUROPEAN CONVENTION OF HUMAN RIGHTS AND
FUNDAMENTAL FREEDOMS**

Abstract: *Criminal procedure legislation, international legal acts, as well as criminal law theories recognize the need for application of modern scientific and technological achievements to prevent and combat crime especially in detecting criminal offences and taking evidence. One of the basic issues to be resolved in establishing the body of the criminal legislation is the proportion in which two opposing, antagonistically set tendencies are to be considered. The first tendency is the tendency towards the effectiveness of criminal legislation, which contains an attempt to detect, prosecute and sanction any perpetrator of the criminal offense, regardless of the manner in which this was achieved. The other tendency puts a person, as an individual, on the forefront with the corpus of his/her own freedoms and rights representing a safeguard against “ungovernable state power”. As to the conditions and limitations of fundamental human rights and freedoms, we, first of all, refer to the requirements of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms. The current restrictions under the Convention may be adjusted to apply to each state, regardless of the particularities of the legal system of states and their legal international obligations.*

Key words: *Special investigative measures, protection and limitations of human rights and fundamental freedoms, the right to private and family life, home and correspondence, the right to a fair trial.*



Damjan Kaurinović

Predsjednik Apelacionog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE (uslovi za primjenu, krivična djela za koja se mogu odrediti i sudska praksa)

Apstrakt: U posljednje vrijeme, u stručnoj i naučnoj javnosti, ponovo se postavlja pitanje usklađenosti zakonskih rješenja kojima su propisane posebne istražne radnje u krivičnoprocenim zakonima Bosne i Hercegovine sa pravom na poštivanje privatnog i porodičnog života, odnosno prava na privatnost. Da bi se dao odgovor na ovo pitanje, bilo je potrebno ponovo izvršiti komparativnu analizu domaćih i međunarodnih pravnih propisa. Rezultati izvršene analize upućuju na zaključak da i dalje postoji realna opasnost od preširoke primjene posebnih istražnih radnji koja može da dovede u pitanje legitimnost krivičnoprocenog zakona, a time i njegovu ustavnost. Dakle, pitanje ustavnosti odredaba koje određuju procesni institut posebnih istražnih radnji ostaje otvoreno i nakon usklađivanja osporenih odredaba člana 117 tačka d) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine sa odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Imajući u vidu obavezu da se obezbijedi najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda u BiH, kao i činjenicu da su odluke Ustavnog suda konačne i obavezujuće, takođe se postavlja pitanje da li su javne vlasti posljednjim izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine u potpunosti izvršile odluku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Ključne riječi: posebne istražne radnje, pravo na privatnost, osnovi sumnje, krajnja mjera, miješanje u skladu sa zakonom, neophodnost, legitimnost.

Uvod

Sa aspekta efikasne borbe protiv organizovanog kriminala i drugih oblika ozbiljnih i složenih krivičnih djela svaka država mora da izgradi što potpuniji krivičnoprocenim sistem reakcije na ovaj oblik kriminaliteta koji odgovara i međunarodno prihvaćenim standardima. Praktično, usklađenost sa međunarodnopravnim standardima je obavezna u pravnom sistemu Bosne i Hercegovine ako se ima u vidu direktna primjena Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP)



i njenih protokola koji imaju prioritet nad svim ostalim zakonima¹, što potvrđuje i nadzakonski karakter konvencijskih prava. Korišćenje savremenih tehničkih sredstava i posebnih metoda dokazivanja u borbi protiv nekih vrsta teškog kriminala postalo je danas neophodno. Savremeni kriminal, naročito organizovani, postavlja pred organe krivičnog gonjenja sve teže i složenije zadatke koji ne mogu da budu uspješno izvršeni bez korišćenja savremenih tehničkih sredstava i posebnih postupaka za sticanje dokaza. Lišeni upotrebe tih sredstava i metoda, državni organi gonjenja bi postali neravnopravni u odnosu na učinioce krivičnih djela koji ta sredstva i te metode bez ikakvih prepreka široko koriste, naročito pri vršenju teških krivičnih djela. Korišćeni pod uslovima strogo utvrđenim zakonom, samo u neophodnim slučajevima, po odluci suda i uz dobro organizovanu kontrolu, ti načini pribavljanja dokaza za krivični postupak sami po sebi ne dovode u pitanje slobode i prava građana, a ni pravo osumnjičenog na odbranu, jer tako pribavljeni dokazi nisu ni iznuđeni, ni stečeni obmanom ili nekim drugim nedozvoljenim načinom.² Postoji više definicija posebnih istražnih radnji, ali je, čini se, najpotpunija ona koja pod posebnim istražnim radnjama podrazumijeva specijalne dokazne istražne tehnike koje predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se primjenjuju samo u odnosu na neka krivična djela, koja su, s jedne strane, veoma teška, odnosno ozbiljna, kako u faktičkom pogledu s obzirom na posljedice koje prouzrokuju u jednom opštem životnom smislu, tako i u krivičnopravnom pogledu s obzirom na kaznu koja je za njih propisana. S druge strane, takva djela, zahvaljujući nekim njihovim fenomenološkim karakteristikama, te psihološkim i drugim osobinama njihovih učinilaca veoma teško se otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem uobičajenih, odnosno redovnih dokaznih metoda.³

Radi potpunijeg razumijevanja ovih specifičnih radnji dokazivanja, u radu su obrađeni osnovni međunarodni i domaći pravni izvori sa aspekta poštivanja prava na privatnost, uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji, krivična djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje i praksa domaćih i međunarodnih sudova u ovoj oblasti.

- 1 Prof. dr Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžiomeragić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović, prof. dr Miodrag Simović: *Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini*, Savjet Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005. godina, str. 348-374.
- 2 Prof. dr Momčilo Grubač, prof. dr Branko Vučković: *Komentar Zakona o krivičnom postupku Crne Gore*, Fakultet za mediteranske poslovne studije, Tivat, 2010. godina, str. 380-393.
- 3 Prof. dr Milan Škuljić: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, „Službeni glasnik”, Beograd, 2007. godina, str. 475-492.



1. Relevantni međunarodni i domaći propisi

1.1. Konvencija o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLP)

Član 8

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života

1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.
2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanja nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

1.2. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (MPGPP)

Član 17

1. Niko ne može biti izložen proizvoljnom ili nezakonitom miješanju u privatni život, porodicu, stan ili prepisku, niti protivzakonitim napadima na čast ili ugled.
2. Svako ima pravo na zakonsku zaštitu od takvog miješanja ili napada.

1.3. Ustav Bosne i Hercegovine

Član II stav 1

Ljudska prava

Bosna i Hercegovina i oba entiteta će obezbijediti najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda.



Član II stav 2

Međunarodni standardi

Prava i slobode predviđeni u Evropskoj konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i u njenim protokolima se direktno primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim ostalim zakonima.

Član II stav 3f)

Katalog prava

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2 ovog člana, što uključuje:

- Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku.

1.4. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

(„Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09 i 72/13)

Član 116

Vrste posebnih istražnih radnji i uslovi za njihovu primjenu

(1) Protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u učinjenju krivičnog djela iz člana 117 ovog zakona mogu se odrediti posebne istražne radnje, ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi, ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama.

Član 117

Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje

Istražne radnje iz člana 116 stav 2 ovog zakona mogu da se odrede za krivična djela:

- a) protiv integriteta Bosne i Hercegovine,
- b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom,
- c) terorizma,



- d) za koja prema zakonu može da se izrekne kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.

Član 118

Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji

- (1) Istražne radnje iz člana 116 stav 2 ovog zakona određuju se naredbom sudije za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog tužioca koji sadrži: podatke o licu protiv kojeg se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 116 stav 1 ili 3 ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnje, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog tužioca, kao i utvrđivanje trajanja naređene radnje.

1.5. Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” broj 65/18 od 21.9.2018. godine)

Član 2

U članu 117 tačka d) mijenja se i glasi:

„d) Izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti; protivpravno lišenje slobode; neovlašćeno prisluškivanje i zvučno ili optičko snimanje; povreda slobode opredjeljenja birača; krivotvorenje novca; krivotvorenje vrijednosnih papira; pranje novca; utaja poreza ili prevara; krijumčarenje; organizovanje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe; carinska prevara; primanje dara ili drugih oblika koristi; davanje dara i drugih oblika koristi; primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem; davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem; zloupotreba položaja ili ovlašćenja; protivzakonito oslobođenje lica lišenog slobode; pomoć počiniocu poslije učinjenog krivičnog djela; pomoć licu koje je optužio međunarodni krivični sud; sprečavanje dokazivanja; otkrivanje identiteta zaštićenog svjedoka; ometanje pravde; udruživanje radi činjenja krivičnih djela; organizovani kriminal.”

Poslije tačke d) dodaje se tačka e) koja glasi:

„e) druga krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora od pet godina ili teža kazna.”



2. Uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji

2.1. Miješanje u pravo na privatnost

Postoje različita ljudska prava i osnovne slobode svakog pojedinca u koje država ne smije da se miješa, osim kada su kumulativno ispunjeni uslovi iz člana 8 stav 2 EKLJP. U smislu navedene konvencijske odredbe, miješanje je dozvoljeno ako je u skladu sa domaćim zakonom, neophodno u demokratskom društvu i da ima jasan legitiman cilj: interes nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanje nereda ili sprečavanje zločina, zaštita zdravlja i morala ili zaštita prava i sloboda drugih. Pravo iz člana 8 EKLJP sadrži četiri samostalna segmenta koja se u praktičnom životu međusobno prepliću i teško jasno razlikuju: privatni život, porodični život, dom i prepiska. Skup navedenih prava iz člana 8 EKLJP u praksi se jednostavno naziva „pravo na privatnost”⁴.

Naravno, nijedno pravo nije apsolutno, pa ni pravo na privatnost iz člana 8 EKLJP, s obzirom na to da podliježe određenim ograničenjima koja se uvijek moraju restriktivno tumačiti kako bi se obezbijedila maksimalna i efikasna zaštita prava na privatnost. Svako ograničenje prava na privatnost predstavlja neposredno miješanje države koje se u praksi lako dokazuje. Međutim, postoji i posredno miješanje države u situacijama kad su izvor miješanja privatna lica ili organi nejavne vlasti. U takvim okolnostima dovoljno je dokazati da su javne vlasti doprinijele ili pomogle u nedozvoljenom miješanju (npr. policija, tužilaštvo ili sud)⁵. Praktično, treba dokazati da su javne vlasti pružile tehničku pomoć u tajnom prikupljanju dokaza, sadržinu prepiske, razgovora ili fotografije koje su bile u njihovom posjedu dostavile trećim licima, npr. medijima i dr.

2.2. Miješanje u skladu sa zakonom

Kad se utvrdi da je došlo do miješanja državnih organa u pravo iz člana 8 EKLJP, prelazi se na ispitivanje dopuštenosti, dozvoljenosti miješanja u smislu da li je miješanje izvršeno u skladu sa zakonom. Pod zakonom se podrazumijeva domaće pravo države koje mora da bude u skladu sa načelom vladavine prava, a u našem slučaju radnje koje su proizvele miješanje su posebne istražne radnje propisane Zakonom o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: ZKPBiH). Jedno od osnovnih načela ZKPBiH je princip zakonitosti koji u članu 2 stav 2 eksplicitno propisuje da

4 Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran P. Ilić, Ivan Janković, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić i Dragoljub Popović: Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni glasnik”, Beograd, 2017. godina, str. 161-213.

5 Violeta Beširević i dr.: Komentar EKLJP, *ibid*.



osumnjичeni ili optuženi može da bude ograničen u svojoj slobodi i pravima samo pod uslovima koje propisuje ovaj zakon. Navedeni uslovi su propisani u ZKPBiH Glava IX – Posebne istražne radnje. Dodatno, zakonodavac u članu 10 ZKPBiH (zakonitost dokaza) propisuje zabranu zasnivanja sudske odluke na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanim Ustavom i međunarodnim ugovorima, kao i na dokazima koji su pribavljeni povredama ovog zakona. Za razliku od negativne obaveze države koja, u pravilu, podrazumijeva suzdržavanje od povrede i miješanja u zaštićena prava pojedinca, navedene krivičnoprocesne odredbe su rezultat aktivno preduzetih zakonodavnih mjera koje dodatno obezbjeđuju poštovanje prava na privatnost i, ujedno, predstavljaju ispunjenje pozitivnih obaveza države prema zahtjevima prava na privatnost.

U navedenom pravcu odredbe člana 116 stav 1 i 118 stav 1 ZKPBiH su jasno i precizno odredile materijalnopravne i formalnopravne uslove za određivanje posebnih istražnih radnji. Prvi materijalnopravni uslov je postojanje osnova sumnje da je određeno lice samo ili sa drugim licima učestvovalo ili učestvuje u izvršenju krivičnih djela iz člana 117 ZKPBiH. Osnovi sumnje moraju da postoje prije donošenja odluke o određivanju posebnih istražnih radnji. Izraz osnovi sumnje u ovom članu vezan je ne samo za određeno krivično djelo nego i za konkretnog izvršioca ili izvršioce. Zaključak o postojanju osnova sumnje je rezultat već preduzetih provjera određenih činjenica o osumnjičenom licu kao izvršiocu određenog krivičnog djela.⁶ Drugi materijalnopravni uslov odnosi se na utvrđenje da se u konkretnom slučaju dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama, predstavlja takve okolnosti zbog kojih javne vlasti uopšte ne mogu da dođu do dokaza o pravno relevantnim činjenicama, odnosno njihovo prikupljanje prate takve teškoće koje predstavljaju ozbiljan rizik od neotkrivanja teških krivičnih djela i njihovih učinilaca. Navedeni uslov potvrđuje ograničenu primjenu posebnih istražnih radnji i ukazuje na njihovu izuzetnost i restriktivno korišćenje.

Formalnopravni uslovi za odobrenje primjene posebnih istražnih radnji određeni su u članu 118 stav 1 a to su potpuno obrazloženi prijedlog tužioca sa precizno određenom zakonskom sadržinom: podaci o licu protiv kojeg se radnja preduzima, osnove sumnje, razloge za njihovu primjenu i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje i naredba sudije za prethodni postupak koja sadrži najmanje iste podatke kao i prijedlog tužioca. To je jedan od procesnih izuzetaka kojim zakonodavac zahtijeva detaljan popis obaveznih sastavnih elemenata koji uključuje i potpuno, jasno i razumljivo obrazloženje naredbe kao posebne vrste sudske odluke. Da li je u pitanju

6 Prof. dr Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžiomerađić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović, prof. dr Miodrag Simović: Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, *ibid*.



miješanje u pravo na privatnost u skladu sa zakonom, ili se radi o povredi navedenog prava od presudnog značaja je dosljedno poštovanje svih navedenih pravila krivičnog postupka propisanih u prethodno navedenim odredbama ZKPBiH. Poštovanje zakona, u smislu standarda „u skladu sa zakonom”, uvijek se provjerava kroz obrazloženu odluku suda o određivanju posebnih istražnih radnji. Iz naredbe sudije za prethodni postupak mora da bude jasno i nedvosmisleno obrazloženo postojanje osnova sumnje za tačno određeno krivično djelo osumnjičenog, nemogućnost pribavljanja dokaza redovnim radnjama dokazivanja, ili bi pribavljanje dokaza bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama. Naredba je detaljno obrazložena ako iz samog obrazloženja očigledno i nedvosmisleno proizilazi da su ispunjeni svi zakonski preduslovi za primjenu posebnih istražnih radnji, te da je njihova primjena neophodna i legitimna u konkretnom slučaju. Od zakonodavca, a potom od suda, očekuje se da označi krug lica prema kojima može da se primijeni posebna istražna radnja, prirodu krivičnog djela koja pruža osnov za odstupanje od pravila o nemiješanju u privatnost pojedinca, vrstu radnje, vremensko trajanje, način kontrole⁷, uvijek imajući na umu da su posebne istražne radnje krajnja mjera supsidijarnog karaktera, da njihova neophodnost i legitimnost moraju da budu utvrđene u svakom konkretnom slučaju. Na kraju, sud prilikom izdavanja naredbe za provođenje neke od posebnih istražnih radnji treba da se opredijeli za onu posebnu istražnu radnju koja bi bila najdjelotvornija za otkrivanje konkretnog krivičnog djela s obzirom na sličnosti između pojedinih posebnih istražnih radnji.⁸

2.3. Miješanje kao neophodna mjera u demokratskom društvu i legitimni ciljevi

Ograničenje prava na privatnost mora da bude neophodno u demokratskom društvu zbog neophodne društvene potrebe da se zaštiti legitiman interes društvene zajednice. Sastavni dio neophodnosti je zahtjev da ograničenje prava mora da bude srazmjerno cilju kome se teži, odnosno da miješanje mora da bude maksimalno ograničeno kako bi bilo proporcionalno cilju koji se želi ostvariti. Upravo zbog toga član 8 stav 2 EKLJP utvrđuje opšte smjernice i posebne razloge na koje se javne vlasti mogu pozvati pri ograničenju prava na privatnost. Na ovaj način se pomaže uspostavljanju ravnoteže između prava na privatnost i širih interesa demokratskog društva kao cjeline u onim slučajevima kada oni mogu biti u sukobu.⁹

7 Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik”, Beograd, 2014. godina, str. 434-467.

8 Milijana Buha: Posebne istražne radnje između efikasnosti krivičnog postupka i prava na privatnost, „Pravni život” broj 9, tom I, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2017. godina, str. 771-782.

9 Donna Gomien: Evropska konvencija o ljudskim pravima, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007. godina, str. 121.



Legitimni ciljevi koji opravdavaju miješanje u pravo na privatnost propisani su u članu 8 stav 2 EKLJP. Nacionalna bezbjednost, javna bezbjednost ili ekonomska dobrobit zemlje nesumnjivo su legitimni ciljevi koji opravdavaju određivanje posebnih istražnih radnji za krivična djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine propisana u Glavi XVI Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: KZBiH)¹⁰ i krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom iz Glave XVII KZBiH (npr. špijunaža iz člana 163, terorizam iz člana 201, falsifikovanje novca iz člana 205 i dr.).

Sprečavanje nereda i kriminala je legitiman cilj za miješanje u pravo na privatnost kod određenih krivičnih djela (npr. sprečavanje povratka izbjeglica i raseljenih lica iz člana 146, javno podsticanje na terorističke aktivnosti iz člana 202a, ometanje rada pravosuđa iz člana 241).

Zaštita zdravlja ili morala su interesi koji opravdavaju primjenu posebnih istražnih radnji kod pojedinih krivičnih djela (npr. međunarodna trgovina ljudima iz člana 186, međunarodno navođenje na prostituciju iz člana 187, neovlašćeni promet opojnim drogama iz člana 195 i dr.).

Zaštita prava i sloboda drugih lica je legitiman cilj za ograničenje prava na privatnost kod npr. krivičnog djela protivpravno lišavanje slobode iz člana 147.

3. Krivična djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje

3.1. Analiza odredaba člana 117 tačka d) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine za koje je Ustavni sud BiH utvrdio da su u suprotnosti sa Ustavom Bosne i Hercegovine

Odredbe tačke d) člana 117 ZKPBiH koja je ranije važila stvarale su realnu opasnost da navedeno zakonsko rješenje u praksi dovede do nesrazmjernog miješanja javnih vlasti u privatni i porodični život građana i problematizuje samu ustavnost Zakona. Zbog toga se postavljalo pitanje da li u KZBiH određen katalog krivičnih djela za koja mogu da se primijene posebne istražne radnje predstavlja neophodnu zakonsku mjeru u demokratskom društvu radi zaštite osnovnih društvenih vrijednosti. Izvršene analize krivičnih djela propisanih u KZBiH su pokazale da je za veliku većinu krivičnih djela koja nisu imala karakter teških, ozbiljnih i složenih djela postojala mogućnost primjene posebnih istražnih radnji na osnovu ranijih odredaba člana

¹⁰ „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” br. 3/03, 32/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 53/06, 55/06, 32/07, 8/10, 47/14, 22/15, 20/15 i 35/18.



117 tačka d) ZKPBiH. Ovo utvrđenje se, prije svega, odnosilo na krivična djela za koja je zakonom propisana kazna zatvora do tri godine, što istovremeno predstavlja poseban zakonski maksimum kazne zatvora koja može da se izrekne za takva krivična djela (npr. uskraćivanje biračkog prava iz člana 150 KZBiH, prevara pri glasanju iz člana 152 KZBiH, zloupotreba međunarodnih znakova iz člana 184 stav 1 KZBiH - za sva navedena krivična djela propisana je novčana kazna ili kazna zatvora do tri godine). Na kraju, navedeno zakonsko rješenje je omogućavalo javnim vlastima da posebne istražne radnje, kao izuzetne radnje dokazivanja, mogu da primijene prema 96 % krivičnih djela propisanih u KZBiH. Očigledno, institut posebnih istražnih radnji je od procesnog izuzetka, ranijim zakonskim rješenjem, pretvoren u redovnu radnju dokazivanja sa aspekta mogućnosti primjene propisane zakonom. Nezavisno od legitimnog cilja, preko navedene odredbe je otvorena mogućnost da se preduzmu istražne radnje za gotovo sva krivična djela propisana u KZBiH.

Odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 od 1. 6. 2017. godine, između ostalog, utvrđeno je da odredbe člana 117 tačka d) ZKPBiH nisu u skladu sa odredbama člana I stav 2 u vezi sa članom II stav 3 tačka f) Ustava Bosne i Hercegovine i naloženo Parlamentu Bosne i Hercegovine da osporene odredbe člana 117 tačka d) ZKPBiH uskladi sa navedenom odlukom.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine je podsjetio da se određivanjem, odnosno primjenom posebnih istražnih radnji miješa u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8 EKLJP. Takvo miješanje opravdano je u smislu stava 2 člana 8 samo ako je „u skladu sa zakonom”, teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te je „nužno u demokratskom društvu” kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi. Posebne istražne radnje predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni život i korespondenciju i, prema tome, moraju da budu zasnovane na „zakonu” koji je posebno precizan. Primjena posebnih istražnih radnji je posebno značajna za efikasnu borbu protiv teških krivičnih djela koja se manifestuju nasiljem i napadom na osnovne vrijednosti čovjeka i društva u cjelini. Dakle, nije sporan legitiman cilj za primjenu posebnih istražnih radnji radi suprotstavljanja najtežim oblicima kriminaliteta. Međutim, propisivanjem da se posebne istražne radnje određuju i za veliku većinu krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom, a koja nemaju obilježja teških krivičnih djela, zakonodavac nije obezbijedio da će miješanje u pravo iz člana 8 biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije obezbijedio srazmjernost između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere. Zbog toga, pri određivanju krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje zakonodavac mora da se ograniči samo na ono što je nužno u demokratskom društvu, odnosno da omogući srazmjer između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne istražne radnje. Na kraju, Ustavni sud zaključuje da je odredba člana 117 tačka d) Zakona suprotna članu I



stav 2 Ustava Bosne i Hercegovine u vezi sa članom II stav 3 tačka f) Ustava Bosne i Hercegovine zato što zakonodavac nije obezbijedio da će miješanje u ovo pravo biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije obezbijedio balans između težine zadiranja u pravo privatnosti i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere (vidi tač. 46-50 i tačku 86 odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine)¹¹.

3.2. Analiza važećih odredaba člana 117 Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine

Izmjenama i dopunama ZKPBiH od 21.9.2018. godine u članu 2 Zakona izvršeno je usklađivanje odredaba člana 117 tačka d) ZKPBiH sa odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine, tako što nova odredba člana 117 sada predstavlja kombinovani metod određivanja kataloga krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje. U tač. a) i b) uvrštena su krivična djela iz dvije glave KZBiH prema grupnom zaštitnom objektu, odnosno zadržano je ranije zakonsko rješenje. U članu 117 tačka d) ZKPBiH primijenjen je princip enumeracije, taksativnog nabranjanja krivičnih djela za određivanje kataloga krivičnih djela za koja su primjenjive posebne istražne radnje i po ovom osnovu uvrštena su 24 krivična djela iz pet različitih glava Krivičnog zakona u kojima dominiraju krivična djela korupcije i krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina. Ovakvo zakonsko rješenje predstavlja novi i konačan prijedlog Radne grupe za usklađivanje odredaba ZKPBiH (u daljem tekstu: Radna grupa)¹² sa Odlukom Ustavnog suda BiH broj U 5/16. Međutim, Parlament Bosne i Hercegovine je na sjednici održanoj 17.9.2018. godine usvojio Zakon o izmjenama i dopunama ZKPBiH koji se razlikuje od prijedloga Radne grupe u pogledu uvođenja nove tačke e) na kraju člana 117, prema kojoj se katalog krivičnih djela na koja se primjenjuju posebne istražne radnje nepotrebno proširuje na sva druga krivična djela za koja može da se izrekne kazna zatvora od pet godina ili teža kazna, uključujući i sva krivična djela propisana u Glavi XXIIa - krivična djela protiv oružanih snaga BiH (osim krivičnog djela iz člana 246n - nedozvoljen ulazak u vojna postrojenja i neovlašćeno pravljenje skica i crteža vojnih postrojenja i borbenih sredstava, za koje je propisana kazna zatvora od tri mjeseca do tri godine).

Zakonodavac je za krivična djela za koja smatra da su po svojoj prirodi i drugim okolnostima teško dokaziva, a ne ulaze u katalog krivičnih djela po prethodnim zakonskim osnovima, imao mogućnost da ta pojedinačna krivična djela jednostavno

11 Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 od 1.6.2017. godine („Službeni glasnik BiH” broj 49/17 od 7.7.2017. godine).

12 Radna grupa formirana odlukom ministra pravde BiH 31.8.2017. godine, a svoj rad završila 8.12.2017. godine usaglašavanjem izmjena i dopuna Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine.



uvrsti u katalog krivičnih djela popisanih u članu 117 tačka d) ZKPBiH. Osim toga, postoji i dodatni metod određivanja kataloga krivičnih djela koji može da obuhvati i sva „buduća” krivična djela savremenog kriminala bez obzira na broj izmjena i dopuna KZBiH. Ukoliko se koristi navedeni metod određivanja kataloga krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje, obično se za osnovni kriterijum uzima minimum kazne zatvora propisane zakonom, npr. za krivična djela za koja je po zakonu propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili teža kazna, ili procesna mogućnost izricanja tačno određene kazne zatvora, npr. za krivična djela za koja može da se izrekne kazna zatvora od 10 godina ili teža kazna. Tako npr. primjenom metoda izricanja kazne zatvora od 10 godina ili teže kazne broj krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje bio bi smanjen za šest krivičnih djela propisanih u Glavi XV KZBiH - krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina, za pet krivičnih djela propisanih u Glavi XX KZBiH - krivična djela protiv pravosuđa itd! Korišćenjem navedenog metoda ograničava se broj krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje, što istovremeno sužava zakonsku mogućnost upotrebe posebnih istražnih radnji, sa aspekta neophodnosti, na prihvatljiv broj krivičnih djela.

Sa aspekta zakonitosti i ustavnosti samog zakona nisu sporna krivična djela iz grupe krivičnih djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine, protiv čovječnosti i međunarodnog prava i protiv terorizma, mada krivično djelo terorizam pripada grupi krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom i ulazi u zakonski osnov propisan u članu 117 tačka b) ZKPBiH. Ipak, krivično djelo terorizam je, najvjerovatnije zbog posebne težine, ozbiljnosti i složenosti ovog krivičnog djela, posebno uvršteno u odredbu člana 117 tačka c). U svakom slučaju, prilikom određivanja kataloga krivičnih djela zakonodavac treba imati na umu da on ne bude ni preuzak, ni preširok. U pravilu se katalog krivičnih djela određuje metodom enumeracije, kriterijumom visine kazne propisane zakonom i kombinovanom metodom. Restriktivan preuzak katalog krivičnih djela prijeti da izostanu očekivani efekti u borbi protiv savremenog kriminaliteta, a preširok katalog krivičnih djela sistem prikupljanja dokaza u krivičnom postupku izjednačava sa redovnim radnjama dokazivanja. Zato, pri određivanju kataloga krivičnih djela treba da se vodi računa o trima činjenicama: da se obuhvate teška krivična djela, krivična djela tipična za aktivnosti organizovanog kriminala i krivična djela kod kojih su istraga i prikupljanje podataka tradicionalnim tehnikama istrage posebno teški.¹³

Prema prijedlogu Radne grupe Ministarstva pravde BiH za usklađivanje odredaba člana 117 tačka d) ZKPBiH, posebne istražne radnje mogle su da se primijene prema 83 različita krivična djela ili 55 % od ukupnog broja krivičnih djela propisanih u

13 Prof. dr Drago Radulović: Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2009. godina, str. 195-204.



KZBiH. Uvođenjem tačke e) u član 117 ZKPBiH broj krivičnih djela za koje je moguće odrediti posebne istražne radnje povećao se za 55 novih krivičnih djela, tako da su na kraju posebne istražne radnje primjenjive prema 138 od ukupno 151 krivičnog djela propisanog u KZBiH ili neproporcionalnih 91 %. Neka od ovih krivičnih djela ni po jednom kriterijumu ne zaslužuju da se uvrste u ovaj zakonski osnov, a posebno krivična djela sa propisanom kaznom zatvora do pet godina, kao npr.:

krivična djela iz Glave XV - krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina: povreda ravnopravnosti čovjeka i građanina iz člana 145, nezakonito uskraćivanje identifikacionih dokumenata iz člana 149a, prevara pri glasanju iz člana 152, izborna prevara iz člana 154, uništenje izbornih isprava iz člana 155;

krivična djela iz Glave XVIII - krivična djela protiv privrede i jedinstva tržišta, te krivična djela iz oblasti carina: povreda ravnopravnosti u vršenju privredne djelatnosti iz člana 204, falsifikovanje znakova za obilježavanje robe, mjera i tegova iz člana 208, nedozvoljen promet akciznih proizvoda iz člana 210a;

krivična djela iz Glave XIX - krivična djela korupcije i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti: posluga u službi iz člana 223, falsifikovanje službene isprave iz člana 226;

krivična djela iz Glave XX - krivična djela protiv pravosuđa: lažno prijavljivanje iz člana 234, davanje lažnog iskaza iz člana 235, povreda tajnosti postupka iz člana 237, kršenje zakona od sudije iz člana 238, neizvršenje odluke Ustavnog suda BiH, Suda BiH, Doma za ljudska prava ili Evropskog suda za ljudska prava iz člana 239;

krivična djela iz Glave XXI - krivična djela povrede autorskih prava: zloupotreba autorskih prava iz člana 242, nedozvoljeno korišćenje autorskih prava iz člana 243, nedozvoljeno korišćenje prava proizvođača zvučnog snimka iz člana 244, nedozvoljeno korišćenje prava radio difuzije iz člana 245.

Na kraju, dovoljno je samo pomenuti krivično djelo iz Glave XXIa - krivična djela protiv Oružanih snaga BiH - odbijanje primanja i upotrebe oružja iz člana 246b. („Vojno lice koje protivno propisima i bez opravdanog razloga odbije primiti oružje ili ga upotrijebiti po naređenju ili po pravilima službe, kazniće se kaznom zatvora od jedne do pet godina”), pa da se zaključi da priroda i način izvršenja ovog krivičnog djela ne ispunjavaju nijedan kriterijum za odobravanje posebnih istražnih radnji. Stoga, zakon kojim se dopuštaju miješanja u prava utvrđena EKLJP ne smije da bude tako široko formulisan da dopušta miješanja koja bi predstavljala povredu Konvencije.¹⁴

14 Nuala Mole, dr Krešimir Kamber, Vaso Liaki: Ka djelotvornijoj primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou, Centar AIRE, 2018. godina, str. 49.



Tabela I - Pregled krivičnih djela po glavama KZBiH i zakonskim osnovima po kojima mogu da se odrede posebne istražne radnje

| Glava Krivičnog zakona Bosne i Hercegovine | Broj krivičnih djela | Zakonski osnov | | | | Broj krivičnih djela | |
|--|----------------------|----------------|--------------|--------------|--------------|----------------------|------------------|
| | | ZKPBiH 117a) | ZKPBiH 117b) | ZKPBiH 117d) | ZKPBiH 117e) | primjenjive radnje | nisu primjenjive |
| Glava XV- krivična djela protiv slobode i prava čovjeka i građanina | 16 | | | 4 | 7 | 11 | 5 |
| Glava XVI- krivična djela protiv integriteta BiH | 17 | 17 | | | | 17 | 0 |
| Glava XVII- krivična djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom | 42 | | 42 | | | 42 | 0 |
| Glava XVIII- krivična djela protiv privrede i jedinstva tržišta, te krivična djela iz oblasti carina | 15 | | | 7 | 6 | 13 | 2 |
| Glava XIX- krivična djela korupcije i krivična djela protiv službene i druge odgovorne dužnosti | 13 | | | 6 | 6 | 12 | 1 |
| Glava XX- krivična djela protiv pravosuđa | 14 | | | 5 | 8 | 13 | 1 |
| Glava XXI- krivična djela povrede autorskih prava | 5 | | | | 4 | 4 | 1 |
| Glava XXI A- krivična djela protiv Oružanih snaga Bosne i Hercegovine | 25 | | | | 24 | 24 | 1 |
| Glava XXII- dogovor, pripremanje, udruživanje i organizovani kriminal | 4 | | | 2 | | 2 | 2 |
| UKUPNO | 151 | 17 | 42 | 24 | 55 | 138 | 13 |
| Procentualno učešće | 100% | 11% | 28% | 16% | 36% | 91% | 9% |

Podaci iz Tabele I jasno prikazuju pregled krivičnih djela po glavama KZBiH i zakonskim osnovima po kojima mogu da se odrede posebne istražne radnje sa brojem



krivičnih djela po glavama zakona, zakonskim osnovima, te brojčanim i procentualnim učešćem u katalogu krivičnih djela za koje je moguće primijeniti posebne istražne radnje po zakonskom rješenju iz člana 117 ZKPBiH, koje je usklađeno sa odlukom Ustavnog suda Bosne i Hercegovine.

Tabela II - Pregled krivičnih djela za koja su određene posebne istražne radnje pred Sudom BiH u periodu 2012-2017. godina

| r/b | Pravni naziv krivičnog djela | 2012. | 2013. | 2014. | 2015. | 2016. | 2017. | UKUPNO |
|-----|--|-------|-------|-------|-------|-------|-------|--------|
| 1. | Finansiranje terorističkih aktivnosti | 3 | 1 | | 1 | 1 | | 6 |
| 2. | Genocid | | | | | 1 | | 1 |
| 3. | Javno podsticanje na terorističke aktivnosti | 1 | 3 | | | | | 4 |
| 4. | Krađa oružja i vojne opreme | | | | 1 | | | 1 |
| 5. | Krijumčarenje ljudi | | | | | 1 | 2 | 3 |
| 6. | Falsifikovanje novca | 1 | | | | | | 1 |
| 7. | Nedopuštena trgovina | | | 2 | | | | 2 |
| 8. | Nedozvoljeno korišćenje prava radio difuzije | | 1 | | | | | 1 |
| 9. | Neovlašćeni promet opojnim drogama | 7 | 2 | 1 | | 2 | 2 | 14 |
| 10. | Neovlašćeni promet oružjem i vojnom opremom, te proizvodima vojne upotrebe | 2 | | | | 4 | | 6 |
| 11. | Obmana kupca | | | 1 | | | | 1 |
| 12. | Ometanje rada pravosuđa | 1 | | | | | | 1 |
| 13. | Organizovanje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe | 2 | | 1 | | | | 3 |
| 14. | Organizovanje terorističke grupe | | 1 | | 1 | 3 | 1 | 6 |
| 15. | Organizovani kriminal | 72 | 73 | 71 | 43 | 37 | 23 | 319 |
| 16. | Poreska utaja ili prevara | 1 | | | 1 | | | 2 |
| 17. | Pranje novca | 1 | | | 1 | 1 | | 3 |
| 18. | Primanje dara i drugih oblika koristi | 1 | 3 | | | 2 | 1 | 7 |
| 19. | Pronevjera u službi | | | | | 1 | | 1 |
| 20. | Protivzakonito formiranje i pridruživanje stranim paravojnim ili parapolicijskim formacijama | | | 2 | 1 | | 1 | 4 |
| 21. | Ratni zločin protiv civilnog stanovništva | | 1 | 2 | 1 | 1 | | 5 |
| 22. | Ratni zločin protiv ratnih zarobljenika | | | | | 1 | | 1 |
| 23. | Terorizam | 4 | 2 | 4 | 11 | 2 | 3 | 26 |
| 24. | Međunarodna trgovina ljudima | | | | 1 | | | 1 |

| | | | | | | | | |
|----------------|---|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|-----------|------------|
| 25. | Vrbovanje radi terorističkih aktivnosti | | | | | 1 | | 1 |
| 26. | Ubistvo | | | | 1 | | | 1 |
| 27. | Udruživanje radi činjenja krivičnih djela | 2 | 2 | 4 | 4 | 3 | 2 | 17 |
| 28. | Zločin protiv čovječnosti | | | 1 | | | | 1 |
| 29. | Zloupotreba položaja ili ovlašćenja | | 3 | 2 | | 2 | 1 | 8 |
| UKUPNO: | | 98 | 92 | 91 | 67 | 63 | 36 | 447 |

Za potrebe Radne grupe Visoki sudski i tužilački savjet BiH dostavio je pregled krivičnih djela za koja su pred Sudom Bosne i Hercegovine primjenjivane posebne istražne radnje u periodu 2012-2017. godina. Iz Tabele II očigledno je da su posebne istražne radnje određivane i primjenjivane za najteže i najsloženije oblike krivičnih djela za koja je po samoj njihovoj prirodi, načinima izvršenja, osobinama njihovih učinilaca i posljedicama otežano dokazivanje, ili bi krivična djela i njihovi učinoci ostali neotkriveni. Dakle, u ovom periodu primijenjeno je ukupno 447 posebnih istražnih radnji, od čega se 319 ili 71 % odnosi na organizovani kriminal, 42 krivična djela ili 9 % od ukupnog broja odobrenih posebnih istražnih radnji pripada krivičnim djelima terorizma, 14 odobrenih radnji ili 3 % odnosi se na neovlašćeni promet opojnim drogama itd. Prema tome, u značajnom vremenskom periodu, u trajanju od pet godina, primijenjeno je 447 posebnih istražnih radnji zbog postojanja osnova sumnje da je učinjeno 29 različitih krivičnih djela propisanih u KZBiH. To potvrđuje da je dosadašnja praksa Suda BiH restriktivna, supsidijarna i proporcionalna ciljevima koji se žele postići, jer su posebne istražne radnje primijenjene za samo 29 krivičnih djela ili 19 % od ukupnog broja krivičnih djela propisanih u KZBiH, odnosno da su mjere određivane u skladu sa zakonom i kada je to neophodno u demokratskom društvu uz postojanje jasnog legitimnog cilja.

4. Sudska praksa

4.1. Krivično pravo

Praksa Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) značajna je sa aspekta postupanja domaćih sudova „u skladu sa zakonom”, kada primjenjuju pravila ZKPBiH i naređuju posebne istražne radnje. U ovoj oblasti najznačajnije su dvije odluke ESLJP, *Dragojević protiv Hrvatske* i *Bašić protiv Hrvatske*. Osim toga, navedene odluke su najpogodnije za razumijevanje i olakšanu praktičnu primjenu domaćeg zakona zbog sličnosti zakonskih rješenja kojima su propisane posebne istražne radnje u krivičnoprocesnim zakonima BiH i Republike Hrvatske.



Tako se u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* naglašava da je miješanje opravdano samo kad se vrši u skladu sa odredbama člana 8 stav 2 EKLJP a to znači da je to u skladu sa zakonom, kada ima jedan ili više legitimnih ciljeva pobrojanih u stavu 2 i kada je ono neophodno u demokratskom društvu kako bi se ostvario određeni cilj ili ciljevi. Termin „u skladu sa zakonom” iz člana 8 stav 2 EKLJP uopšteno podrazumijeva, kao prvo, da osporavana mjera treba imati neko uporište u domaćem zakonodavstvu, pored toga, dovodi se u vezu i sa kvalitetom zakonskih rješenja, podrazumijevajući da bi ona trebalo da zadovoljava standarde vladavine prava i da bude ne samo dostupna konkretnom licu nego i da mu omogući da predvidi posljedice sa kojima se može suočiti, u skladu sa standardima vladavine prava. Jer, kada izvršni organ izvršava svoja ovlašćenja u tajnosti, postoji evidentna opasnost da će se to raditi proizvoljno. Stoga, domaće zakonodavstvo mora da sadrži dovoljno jasne odredbe koje će pojedincu na adekvatan način ukazati na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima nadležni organi imaju ovlašćenje da preduzmu bilo koju od takvih mjera. Shodno tome, zakon mora da definiše obim svih diskrecionih prava koja se dodjeljuju nadležnim organima, kao i način njihovog izvršavanja i da sadrži odredbe koje su dovoljno jasne da obezbijede pojedincu adekvatnu zaštitu od neovlašćenog uplitanja države. Prema tome, domaći zakon propisuje da prethodno mora postojati nalog za korišćenje mjera tajnog praćenja, koji je detaljno obrazložen i iz kojeg je očigledno da su zakonski preduslovi za korišćenje mjere tajnog praćenja ispunjeni, te da je ta mjera neophodna i u skladu sa datim okolnostima. Striktno govoreći, kada se poziva na odredbe relevantnog domaćeg zakona, svako lice koje je u nadležnosti javnih vlasti treba da bude uvjereno da će naredbu za tajno praćenje prvo temeljito ispitati sudija, te da će biti izvršena samo na osnovu naredbe suda koja sadrži detaljno obrazloženje o neophodnosti i srazmjernosti određivanja takve mjere. U konkretnom predmetu četiri naloga za tajno praćenje podnosioca predstavke, koja je izdao istražni sudija, u suštini, zasnivaju se samo na izjavi koja se poziva na prijedlog za izdavanje naredbe za tajno praćenje i zakonsku frazu da se „istraga ne bi mogla provesti na drugi način, ili bi bila skopčana sa nesrazmjernim teškoćama”. Nijedan konkretan detalj na osnovu konkretnih činjenica u predmetu i posebnih okolnosti koje ukazuju da postoji osnov sumnje da su krivična djela učinjena i da istraga ne bi mogla da bude provedena drugim manje intruzivnim mjerama nije prezentovan. Iz svega navedenog proizilazi da su, iako ZKP izričito predviđa da prije davanja odobrenja za izdavanje naloga za tajno praćenje sud mora prethodno detaljno da ispita razloge i obrazloženja za izdavanje naloga za takvu mjeru, domaći sudovi uveli mogućnost retroaktivnog obrazloženja za korišćenje tih mjera čak i u slučajevima kada nije bio ispunjen zakonski preduslov da prije izdavanja takvog naloga sud mora detaljno da ispita i obrazloži razloge za određivanje takve mjere. Na kraju, Sud nalazi da relevantni domaći zakon, kako ga tumače i primjenjuju nadležni sudovi, nije dovoljno jasan u pogledu obima i načina korišćenja diskrecionih ovlašćenja datih javnoj vlasti a, naročito, da nije obezbijedio adekvatnu zaštitu od ra-



znih mogućih zloupotreba u praksi. Prema tome, postupak za određivanje i praćenje izvršenja mjere prisluškivanja telefona nije bio u potpunosti u skladu sa uslovom zakonitosti, niti u okviru onoga što je „nužno u demokratskom društvu”.¹⁵

Sve navedene opšte principe u vezi sa poštovanjem prava na privatnost iz člana 8 EKLJP ESLJP je potvrdio u presudi *Bašić protiv Hrvatske*.¹⁶ Sud je ponovio da se nalog istražnog sudije koji se odnosi na određivanje mjera tajnog nadzora zasnivao na zahtjevu nadležnog tužilaštva za primjenu takvog tajnog nadzora, te je uključivao zakonski izraz ako se „izvidi krivičnih djela ne bi mogli provesti na drugi način, ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama”. Međutim, on nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a posebno razloge zbog kojih istrage nisu mogle da se provedu na druge manje nametljive načine.

Poslije navedenih odluka ESLJP domaći sudovi su ubrzo počeli da dosljednije primjenjuju navedena tumačenja pojmova „miješanje u skladu sa zakonom” i „neophodno u demokratskom društvu” u praksi. U nekoliko svojih odluka ponovili su stav da se privremeno ograničavanje ustavnih prava i sloboda u skladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku može da izvrši samo ako su dokazi prikupljeni u skladu sa krivičnoprocesnim odredbama. Dakle, procesna pravila i norme propisane u krivičnoprocesnim zakonima (domaći zakon), prema praksi ESLJP, imaju peremptoran (*ius cogens*) karakter koji je jedini siguran način zaštite ljudskih prava i osnovnih sloboda koje garantuje član 8 EKLJP.

Kada je u pitanju obrazložena naredba o određivanju posebnih istražnih radnji, u jednom predmetu sud je potencirao da činjenica da su osumnjičeni policijski službenici koji su, kao organ progona, upoznati sa uobičajenim načinom pribavljanja dokaza i provođenja istraživanja radi otkrivanja i sprečavanja počinjenja kriminalne radnje, kao i činjenica da se radi o koruptivnim krivičnim djelima kojima je imanentna prikrivenost u postupanju i čije je otkrivanje samim time otežano, i po ocjeni drugostepenog suda, čine provođenje dokaza na drugi način zaista otežanim i povezanim s nesrazmjernim teškoćama. Teškoće su veće i zbog toga što se radi o djelima učinjenim isključivo prema stranim državljanima, budući da su zaustavljena vozila stranih registarskih oznaka, čime je svakako znatno teže, a bez posebnih dokaznih radnji, pribaviti dokaze kojima bi bilo moguće otkriti djelo, te utvrditi sve okolnosti njegovog učinjenja. Sve navedeno opravdano i ispravno, obrazlažući razloge za zaključak o nesrazmjernoj otežanosti prikupljanja dokaza na drugi način, iznosi vijeće u pobijanom rješenju, te sudija istrage u osporavanim nalogima.¹⁷

15 Evropski sud za ljudska prava, *Dragojević protiv Hrvatske*, presuda broj 68955/11 od 15.1.2015. godine, tač. 79 do 82, 92, 95, 97 i 101 obrazloženja.

16 Evropski sud za ljudska prava, *Bašić protiv Hrvatske*, presuda broj 22251/13 od 25.10.2016. godine, tačka 33 obrazloženja.

17 Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske broj I Kž-Us 17/2018-4 od 5.7.2018. godine, <https://sudskapraksa.csp.vsrh.hr>.



U drugom primjeru sud zaključuje da su prije podnošenja prijedloga tužilaštva za određivanje posebnih istražnih radnji postojala operativna saznanja nadležnih policijskih agencija o postojanju grupe za organizovani kriminal koja se bavi neovlašćenom prodajom opojnih droga u više evropskih država, te da se novac nakon dopremanja u BiH ulaže u legalne tokove, a koja su činila i osnov sumnje za izdavanje naredbe. Imajući u vidu krivična djela za koja su izdate naredbe suda za provođenje posebnih istražnih radnji, izdavanje naredbi po prijedlozima tužilaštva predstavljalo je neophodnu mjeru u demokratskom društvu, i to sa aspekta višeg interesa, sve u skladu sa odredbom člana 8 stav 2 EKLJP. Na ime „posebno važnih razloga” za primjenu posebnih istražnih radnji, sud na osnovu uvida kako u naredbe suda, tako i prijedloge tužilaštva za izdavanje naredbi za provođenje posebnih istražnih radnji, zaključuje da se radilo o dobro organizovanoj i uvezanoj međunarodnoj kriminalnoj grupi sa više pripadnika u više različitih evropskih država, kao i osnovima sumnje da postoje velike količine opojne droge kokain za koje je postojao osnov sumnje da se namjerava dalje prodati u evropskim državama i tako stečen novac uložiti u legalne tokove, i to sve u dužem vremenskom periodu. Dovođenjem u vezu svega navedenog vrlo jasno je ukazano da se dokazi nisu mogli pribaviti na drugačiji način osim preduzimanjem posebnih istražnih radnji, a posebno ako se imaju u vidu stalni odlasci osumnjičenih lica u inostranstvo, kao i da su osumnjičena lica bila vrlo oprezna u ostvarivanju telefonskih kontakata i organizovanju sastanaka, koristeći se pri tome u razgovorima šifrovanom terminologijom, što je predstavljalo i jedan od osnova za provođenje posebnih istražnih radnji prema licima u više različitih država.¹⁸

Nasuprot navedenom, u jednoj drugoj odluci suda s pravom se utvrđuje da miješanje u pravo na privatnost nije bilo u skladu sa zakonom imajući u vidu da naredbe koje su bile osnov za provođenje posebnih istražnih radnji nisu bile zasnovane na zakonu, budući da u njima nije obrazložen kako ni činjenični osnov za njihovo donošenje, tako ni neophodnost primjene načela supsidijarnosti (da se dokazi nisu mogli pribaviti na drugi način, ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama). Jasno je da u konkretnom slučaju nije bio ispunjen standard iz stava 2 člana 8 EKLJP, kako to pravilno zaključuje i prvostepeno vijeće u osporenoj presudi.¹⁹

Na kraju, dobro razumijevanje principa supsidijarnosti, odnosno suštine posebnih istražnih radnji, kao krajnje procesne radnje, nalazimo u odluci suda kojom je odbijen prijedlog tužilaštva za određivanje posebnih istražnih radnji. U obrazloženju se navodi da je tužilaštvo već pribavilo relevantne dokaze, iskaz svjedoka koji je predao novac osumnjičenom s ciljem da osumnjičeni ne postupi u okviru svojih službenih dužnosti, a tom svjedoku tužilaštvo je dalo imunitet, te prisustvo drugih lica ovom događaju.

18 Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S1 2 K 020632 16 K od 16.6.2017. godine, <http://www.sudbih.gov.ba>.

19 Presuda Suda Bosne i Hercegovine broj S1 2 K 019353 17 Kž od 25.5.2017. godine, <http://www.sudbih.gov.ba>.



Dakle, evidentno je da ne postoje zakonski uslovi za preduzimanje posebnih istražnih radnji kad je pribavljanje dokaza moguće pozivanjem i saslušanjem više svjedoka koji imaju saznanja o krivičnom djelu, osumnjičenom i drugim važnim okolnostima, da je jedan od svjedoka već dao iscrpan iskaz u pogledu postojanja osnova sumnje za određeno krivično djelo i njegovog učinioca i prije davanja imuniteta, da ne postoje prepreke za dolazak ostalih svjedoka na sud, niti je pribavljanje navedenih dokaza povezano sa bilo kakvim drugim teškoćama.²⁰

4.2. Građansko pravo

Pravo na privatnost uživa i građanskopravnu zaštitu od nezakonitog miješanja u ovo konvencijsko i ustavno pravo, odnosno pravo na naknadu štete zbog povrede ugleda, časti, slobode i prava ličnosti iz člana 200 Zakona o obligacionim odnosima (u daljem tekstu: ZOO).²¹ Tako je u jednoj presudi usvojen pravni stav da nema nikakve sumnje da je nematerijalna šteta nanesena tužiocu, zbog povrede ličnosti iz člana 200 ZOO, prouzrokovana radnjama zaposlenika organa javne vlasti, koji su, postupajući u službi, bili u posjedu spornih snimaka privatnih razgovora nastalih primjenom posebnih istražnih radnji između tužioca i drugog lica protiv koga su preduzimate posebne istražne radnje i koji su sadržaj razgovora neovlašćeno učinili dostupnim jednom Internet-portalu. Pošto su sporni snimci učinjeni dostupnim široj javnosti, nesumnjivo je da je to posljedica nezakonitog i nepravilnog postupanja zaposlenika javne vlasti kao odgovornih lica u smislu čl. 170 i 172 ZOO. Stoga, postoji njihova odgovornost kao solidarnih dužnika, u smislu člana 206 stav 4 ZOO, i tužilac kao povjerilac ima pravo da traži ispunjenje obaveze od svih solidarnih dužnika, ili samo od nekih dužnika po svom izboru do potpunog ispunjenja obaveze za nematerijalnu štetu koja se ogleda u povredi prava na poštovanje privatnog i porodičnog života zaštićenog članom 8 EKLJP, kao i povredi prava ličnosti iz člana 200 ZOO, jer je, usljed postupanja zaposlenika javnih vlasti, tužilac pretrpio štetu.²²

Istom problematikom bavio se i ESLJP u predmetu Apostu protiv Rumunije u kome je, između ostalog, utvrđeno da su telefonski razgovori obuhvaćeni pojmom „privatnog života” i „prepiske” u smislu člana 8 EKLJP. Objavljivanjem sadržaja telefonskih razgovora u štampi, koji nemaju gotovo nikakvu vezu sa krivičnim optužbama protiv apelanta, iznesene su informacije isključivo iz njegovog privatnog života. ESLJP je zaključio da javne vlasti nisu ispunile svoju obavezu da pouzdano čuvaju informacije

20 Rješenje Osnovnog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj 96 0 K 077654 14 Kpp od 21.3.2014. godine.

21 „Službeni glasnik SFRJ” broj 29/78.

22 Presuda Apelacionog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj 96 0 P 077415 15 Gž od 24.3.2016. godine.



do kojih su došle primjenom tajnih mjera tehničkog snimanja telefonskih razgovora i drugih komunikacija, uključujući razgovore apelanta i lica prema kojima istraga nije bila određena, i tako obezbijede poštovanje prava na privatnost iz člana 8 EKLJP.²³

Zaključak

Miješanje u pravo na privatnost „u skladu sa zakonom” primarno zavisi od dosljednog i istrajnog poštovanja procesnih pravila ZKPBiH, koja za sud predstavljaju *ius cogens*, a što se provjerava kroz jasno i potpuno obrazloženu naredbu za određivanje posebnih istražnih radnji. Obrazloženje naredbe mora očigledno i nesumnjivo da potvrdi ispunjenost svih zakonskih preduslova za primjenu posebnih istražnih radnji, kao i da je njihova primjena neophodna i legitimna u konkretnom slučaju. U suprotnom, postoji povreda prava na privatnost.

U spornim odredbama koje uređuju institut posebnih istražnih radnji intruzivnim katalogom krivičnih djela ZKPBiH nije u potpunosti otklonio mogućnost preširokog zadiranja u pravo na privatnost, jer kada javne vlasti postupaju u tajnosti, postoji evidentna opasnost da će to raditi proizvoljno. Domaći zakon kojim se dopuštaju miješanja u pravo na privatnost ne smije da bude tako široko formulisan da njegova ekstenzivnost predstavlja latentnu opasnost od povrede Konvencije.

Preširok katalog krivičnih djela za koja mogu da se odrede posebne istražne radnje, a velika većina tih djela nema obilježja složenih i teških krivičnih djela, ponovo postavlja pitanje da li se zakonodavac pri određivanju kataloga krivičnih djela ograničio samo na ono što je nužno u demokratskom društvu, odnosno da li je omogućio srazmjernost između prava na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom posebnih istražnih radnji i, konačno, da li je u cijelosti izvršena odluka Ustavnog suda BiH.

23 ESLJP, *Apostu protiv Rumunije*, presuda broj 22765/12 od 3.2.2015. godine, tač.121-132 obrazloženja, <http://hudoc.echr.int>.



Osnovna literatura

1. Violeta Beširević, Slavoljub Carić, Marija Draškić, Vladimir Đerić, Goran P. Ilić, Ivan Janković, Edo Korljan, Ivana Krstić, Tanasije Marinković, Tatjana Papić i Dragoljub Popović: Komentar Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, „Službeni glasnik”, Beograd, 2017. godina.
2. Bilten Ustavnog suda Bosne i Hercegovine 2017. godina, Ustavni sud Bosne i Hercegovine, Sarajevo, 2018. godina.
3. Thomas Buergenthal, Dinah Shelton, David P. Stewart: Međunarodna ljudska prava – IV izdanje, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Rijeka, 2011. godina.
4. Milijana Buha: Posebne istražne radnje između efikasnosti krivičnog postupka i prava na privatnost, „Pravni život” broj 9, tom I, Udruženje pravnika Srbije, Beograd, 2017. godina.
5. Gilles Dutertre, Jakob van der Velde: Ključni izvod iz izbora presuda Evropskog suda za ljudska prava i odluka i izvještaja Evropske komisije za ljudska prava, Savjet Evrope, 1998. godina.
6. Ana Garačić, Zakon o kaznenom postupku-pravni lijekovi, naklada „Libertin”, Rijeka, 2014. godina.
7. Donna Gomien: Evropska konvencija o ljudskim pravima, Pravni fakultet Sveučilišta u Rijeci, Zadar, 2007. godina.
8. Momčilo Grubač, Branko Vučković: Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Fakultet za mediteranske poslovne studije, Tivat, 2010. godina.
9. Goran P. Ilić, Miodrag Majić, Slobodan Beljanski, Aleksandar Trešnjev: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik”, Beograd, 2014. godina.
10. Damjan Kaurinović: Pravo na privatnost i posebne istražne radnje, Ustavni sud Bosne i Hercegovine/The AIRE Centre, Sarajevo, 2018. godina.
11. Džeremi Mekbrajd: Ljudska prava u krivičnom postupku-praksa Evropskog suda za ljudska prava, Savjet Evrope, Kancelarija u Beogradu, Beograd, 2009. godina.
12. Nuala Mole, dr Krešimir Kamber, Vaso Liaki: Ka djelotvornijoj primjeni Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava na nacionalnom nivou – Vodič za ključna načela i pojmove Konvencije i njihovu primjenu u domaćim sudovima, Centar AIRE, 2018. godina.
13. Tatjana Papić: Zbirka odluka o ljudskim pravima II, Beogradski centar za ljudska prava, Beograd, 2002. godina.
14. Berislav Pavišić: Komentar Zakona o kaznenom postupku, IV izdanje, Žagar, Rijeka, 2003. godina.
15. Šime Pavlović: Zakon o kaznenom postupku, naklada „Libertin”, Rijeka, 2014. godina.



16. Drago Radulović: Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore, Pravni fakultet Podgorica, Podgorica, 2009. godina.
17. Hajrija Sijerčić-Čolić, Malik Hadžiomeraġić, Marinko Jurčević, Damjan Kaurinović, Miodrag Simović: Komentari Zakona o krivičnom/kaznenom postupku u Bosni i Hercegovini, Savjet Evrope/Evropska komisija, Sarajevo, 2005. godina.
18. Milan Škulić: Komentar Zakonika o krivičnom postupku, „Službeni glasnik”, Beograd, 2007. godina.

Damjan Kaurinović

President of the Appellate Court of the Brčko District of
Bosnia and Herzegovina

SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES

**(requirements for application, criminal offences in respect of
which such measures may be ordered and case-law)**

Abstract: *The issue of compatibility of the BiH criminal procedure legislation prescribing special investigative measures with the right to respect for private and family life or the right to privacy has been recently raised again in academic community. In order to answer that question, it was necessary to make a comparative analysis of national and international legal regulations. The conclusion of the analysis is that there is still a real risk of too broad application of special investigative measures which may call into question the legitimacy of criminal procedure legislation and, therefore, its constitutionality. Thus, the issue of constitutionality of the provisions prescribing the procedural mechanism of special investigative measures remains open even following the harmonization of the contested provisions of Article 117(d) of the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina in accordance with the decision of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina. In view of the obligation to ensure the highest level of internationally recognized human rights and freedoms in BiH, and the fact that the decisions of the Constitutional Court are final and binding, the issue arises whether the public authorities enforced the decision of the Constitutional Court of BiH fully after the last amendments to the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina have been passed.*

Key words: *special investigative measures, right to privacy, grounds for suspicion, measure of last resort, interference in accordance with the law, necessity, legitimacy*



Dr. sc. Ljiljana Filipović

Slavko Marić

Mr. Božidarka Dodik

Sudije Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine

OSPORAVANJE ZAKONITOSTI POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI U KRIVIČNOM POSTUPKU

Sažetak: U radu se ukazuje na učestalost osporavanja, i tokom istrage i u prvostepenom i drugostepenom krivičnom postupku, zakonitosti posebnih istražnih radnji te ističe nužnost dosljedne primjene domaćih zakona o krivičnom postupku pri ocjeni samog prava na osporavanje zakonitosti dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama, kao i procesnih posljedica isticanja prigovora nezakonitosti tih dokaza. Posebno su obrađena pitanja procesnih posljedica zasnivanja presude na dokazu na kome se prema odredbama zakona o krivičnom postupku ne može zasnivati presuda te prava na osporavanje zakonitosti posebnih istražnih radnji tokom istrage i u žalbama na rješenje o određivanju i/ili produženju pritvora. Istaknuta je razlika između apelacione nadležnosti Ustavnog suda BiH i nadležnosti redovnih drugostepenih sudova i iz toga proistekla neprihvatljivost preuzimanja od strane redovnih drugostepenih sudova, pri ocjeni žalbenih prigovora zakonitosti dokaza i procesnih posljedica utvrđenih nezakonitosti, načina postupanja Ustavnog suda BiH u okviru njegove apelacione nadležnosti. U zaključku, između ostalog, ukazano je na moguće izmjene domaćih zakona o krivičnom postupku u dijelu koji se odnosi na pitanja razmatrana u radu, a s ciljem uspostavljanja balansa između zahtjeva za efikasnošću krivičnog postupka i zaštite osnovnih prava osumnjičenih odnosno optuženih lica u krivičnom postupku.

Ključne riječi: posebne istražne radnje, osporavanje zakonitosti dokaza, zasnivanje sudske odluke na nezakonitom dokazu, bitna povreda odredaba krivičnog postupka, drugostepeni postupak.

Uvodne napomene

Jedna od konsekvenci primjene posebnih istražnih radnji i zasnivanja sudskih odluka na njihovim rezultatima je gotovo redovno osporavanje njihove zakonitosti i tokom istrage i tokom prvostepenog i drugostepenog krivičnog postupka. Pred sudom se zakonitost pojedinih drugih radnji dokazivanja znatno rjeđe dovodi u pitanje. Ta



konstatacija, zasnovana na percepciji drugostepenih sudija, zahtijeva davanje odgovora zašto je to tako. Nameću se tri moguća razloga: radi se o radnjama dokazivanja koje se određuju i primjenjuju u tajnosti, što pogoduje zanemarivanju zakonskih odredaba kojima su regulirane, radi se o vrlo efikasnom dokaznom sredstvu, pa se posebni naponi ulažu u diskreditaciju postupka određivanja i primjenjivanja tih radnji ili se radi o neadekvatnom ili nepotpunom pravnom okviru koji, kao takav, generira probleme i poteškoće pri primjeni posebnih istražnih radnji.

Upravo zbog toga određena pažnja, iako još uvijek nedovoljna, posvećuje se analizi postojećeg zakonskog okvira koji se odnosi na posebne istražne radnje kako bi se produkcija nezakonitih dokaza proisteklih iz posebnih istražnih radnji svela na manju mjeru.

Međutim, čini nam se da se u određenoj sjeni u odnosu na pitanje kada se dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama smatraju nezakonitim dokazima nalaze pitanja kakve su procesne posljedice, dakle posljedice u krivičnom postupku i prema zakonu o krivičnom postupku, upotrebe nezakonitih dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama i kada se prigovori nezakonitosti tih dokaza mogu podnijeti u krivičnom postupku.

Upravo u odnosu na ta dva pitanja u ovom radu su data viđenja zasnovana na praksi Vrhovnog suda Federacije Bosne i Hercegovine (Vrhovni sud FBiH). Pri tome, s obzirom na uočene tendencije u praksi pojedinih redovnih sudova, određena pažnja je posvećena razlici između apelacione nadležnosti Ustavnog suda BiH i uloge redovnih drugostepenih sudova pri ispitivanju žalbenih prigovora o nezakonitosti provedenih posebnih istražnih radnji i dokaza pribavljenih njihovom primjenom.

Apelaciona nadležnost Ustavnog suda BiH i zasnivanje presude na nezakonitom dokazu

Odredbom člana VI/3.b) Ustava BiH propisano je da Ustavni sud BiH ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u tom ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

Dugo vremena je Ustavni sud BiH bio izložen kritikama da se, postupajući u okviru svoje apelacione nadležnosti, ponaša kao redovni sud trećeg odnosno četvrtog stepena i da se, u okviru te nadležnosti, upušta u preispitivanje činjeničnih i pravnih zaključaka redovnih sudova u presudama odnosno odlukama protiv kojih je izjavljena apelacija.

Ustavni sud BiH je, pak, u svojim odlukama redovno ukazivao i ukazuje da, prema praksi Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP) i Ustavnog suda, zadatak tih sudova nije da preispituju zaključke redovnih sudova u pogledu činjeničnog stanja i primjene materijalnog prava nego da je zadatak Ustavnog suda ispitati je li eventualno došlo do povrede ili zanemarivanja ustavnih prava i je li primjena zakona bila proizvoljna



ili diskriminaciona, odnosno da se u okviru apelacione nadležnosti Ustavni sud BiH bavi isključivo pitanjem eventualne povrede ustavnih prava ili prava iz Evropske konvencije u postupku pred redovnim sudovima.¹ Ili, kako je to Ustavni sud BiH, u jednoj ranijoj odluci, u vezi s njegovom nadležnošću iz člana VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, navodeći da je ona ograničena samo na „pitanja sadržana u Ustavu”, konstatirao: „Ustavni sud nije nadležan da ocjenjuje kako su redovni sudovi utvrdili činjenično stanje ili tumačili i primijenili zakon, osim u slučaju kada odlukama redovnih sudova dođe do kršenja ustavnih prava. To će biti slučaj kada se odlukom redovnog suda ustavna prava pojedinca zanemare ili pogrešno primijene, kada se zakon očito proizvoljno primijeni, kada je primijenjeni zakon sam po sebi neustavan ili kada dođe do povrede osnovnih principa pravičnog postupka (pravično suđenje, pristup sudu, efikasni pravni lijekovi, itd.)”²

U skladu s tim, oslanjajući se na praksu ESLJP, razmatrajući navode apelanata kojima ukazuju da su osporene presude zasnovane na nezakonitim dokazima, Ustavni sud BiH napominje: „...da član 6 Evropske konvencije garantira pravo na pravično suđenje, ali ne postavlja bilo kakva pravila prihvatljivosti dokaza. To je prevashodno pitanje koje se regulira domaćim zakonodavstvom... Zbog toga, kao stvar načela, Evropski sud smatra da njegova uloga nije da utvrđuje da li određena vrsta dokaza – na primjer dokazi koji su pribavljeni nezakonito u smislu domaćeg prava mogu biti prihvatljivi ili, upravo, da li je aplikant kriv ili ne. U tom smislu pitanje na koje se mora odgovoriti je da li je postupak kao cjelina, uključujući i način na koji su dokazi pribavljeni, bio pravičan. Ovo uključuje ispitivanje ‘nezakonitosti’ u pitanju i, tamo gdje je u pitanju povreda drugih prava iz EKLJP, prirode utvrđene povrede... Zatim, prema stanovištu Evropskog suda, pri ocjeni da li je postupak kao cjelina bio pravičan, takođe se mora imati u vidu i da li su poštovana prava odbrane. Mora se ispitati da li je aplikantu bila data mogućnost da osporava zakonitost dokaza i da se protivi njegovom korištenju... Pored toga, mora se uzeti u obzir kvalitet dokaza, uključujući da li okolnosti u kojima je pribavljen ukazuju na sumnju o njegovoj pouzdanosti ili tačnosti... Mada se problem pravičnosti neće neophodno pojaviti tamo gdje pribavljeni dokaz nije podržan drugim materijalima, treba imati u vidu da kada je dokaz veoma jak i nema rizika da je nepouzdan, analogno tome potreba za dokazima koji ga podržavaju je slabija...”³

Međutim, ovakvo postupanje Ustavnog suda BiH, proisteklo iz suštine njegove apelacione nadležnosti, preuzimaju pojedini redovni drugostepeni sudovi prilikom ispitivanja prvostepene presude povodom izjavljene žalbe iako se za takvo postupanje redovnih sudova, prema našoj ocjeni, ne može naći osnov u zakonima o krivičnom postupku koji se primjenjuju u BiH.

1 Vidi, naprimjer, Odluku Ustavnog suda BiH broj AP 4489/16 od 11. 10. 2018. godine, § 31.

2 Odluka Ustavnog suda BiH broj U 29/02 od 27. 6. 2003. godine, § 23.

3 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3152/16 od 11. 9. 2018. godine, § 31.



Naime, iz pojedinih odluka Ustavnog suda BiH, iz dijelova u kojima se prenosi navodi presuda redovnih sudova protiv kojih je izjavljena apelacija, vidljivo je da žalbeni prigovor optuženog da je prvostepena presuda zasnovana na nezakonitom dokazu drugostepeni sud ocjenjuje neosnovanim zbog toga što prvostepena presuda nije isključivo ili u pretežnom dijelu zasnovana na tom dokazu. Tako se, naprimjer, u jednoj odluci Ustavnog suda BiH navodi: „U vezi sa navodima apelanata da se kao dokaz nisu mogle koristiti službene zabilješke policijskih inspektora o vršenju posebne istražne radnje tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, Ustavni sud zapaža da je prvostupanjsko vijeće navelo da je taj prigovor neutemeljen jer se ne radi o informativnim službenim zabilješkama, nego o zabilješkama službenih osoba koje su sačinili na temelju obavljene posebne istražne radnje tajnog praćenja koja je poduzeta na temelju naredbe suda o čemu je vođa tima inspektora svjedočio neposredno pred sudskim vijećem, što je na kraju bilo i osnov za uvođenje službene zabilješke u spis i njenog korištenja kao dokaza. Takođe, Ustavni sud zapaža da je Apelacijsko vijeće u vezi sa tim žalbenim prigovorima istaklo da prvostupanjska presuda i nije utemeljena isključivo ili u pretežitom dijelu na tim dokazima, nego su službene zabilješke analizirane i cijenjene u svezi sa ostalim dokazima izvedenim tijekom glavnog pretresa, o čemu je prvostupanjski sud dao sasvim jasne, određene i uvjerljive razloge.”⁴ Na osnovu takvih navoda iz presuda redovnih sudova i činjenice da je odbrana apelanata imala mogućnost osporavati sadržaj dokaza za koje se i u apelaciji tvrdi da su nezakoniti, Ustavni sud BiH je u svojoj odluci naveo da nije mogao zaključiti da u konkretnom slučaju bilo što ukazuje da je „postupljeno suprotno odredbama ZKP BiH kojima je propisano vršenje te radnje, odnosno da sporne službene zabilješke predstavljaju nezakonite dokaze i da bi zbog toga bilo povrijeđeno pravo apelanata na pravično suđenje.”⁵

Međutim, postupak „apelacionog vijeća” i njegovi argumenti, na koje se pozvao i Ustavni sud BiH pri ocjeni apellantovih navoda i donošenju zaključka o osnovanosti izjavljene apelacije, prema našem mišljenju, neprihvatljivi su za redovne drugostepene sudove kada ocjenjuju osnovanost žalbenih navoda da je prvostepena presuda zasnovana na nezakonitom dokazu te da je time učinjena apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Naime, svi domaći zakoni o krivičnom postupku propisuju da bitna povreda odredaba krivičnog postupka postoji ukoliko se presuda zasniva na dokazu na kome se prema odredbama tog zakona ne može zasnivati presuda⁶ te da će

4 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3152/16 od 11. 9. 2018. godine, § 33.

5 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3152/16 od 11. 9. 2018. godine, § 33.

6 Član 312. stav 1. tačka i) Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH – ZKPFBiH („Službene novine FBiH” br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14), član 311. stav 1. tačka z) Zakona o krivičnom postupku Republike Srpske – ZKPRS („Službeni glasnik RS” br. 53/12, 91/17 i 66/18), član 297. stav 1. tačka i) Zakona o krivičnom postupku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine – ZKPBDiH („Službeni glasnik Distrikta Brčko BiH” br. 33/13 i 27/14), član 297. stav 1. tačka i) Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine – ZKPBH („Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18).



drugostepeni sud, uvažavajući žalbu, rješenjem ukinuti prvostepenu presudu ukoliko postoji ta bitna povreda odredaba krivičnog postupka.⁷ Prema tim zakonima dužni su postupati sudovi, pa i drugostepeni sudovi, te tužilac i drugi učesnici u krivičnom postupku predviđeni tim zakonom kada postupaju u krivičnim stvarima⁸, naravno, pod uvjetom da nisu u suprotnosti s Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i osnovnih sloboda (EKLJP). Slijedom toga, ukoliko je žalba izjavljena zbog navedene bitne povrede odredaba krivičnog postupka, tj. zbog toga što je presuda zasnovana na dokazu na kome se prema odredbama zakona o krivičnom postupku presuda ne može zasnivati, drugostepeni sud je dužan da se jasno i određeno izjasni o osnovanosti tog navoda i, ako utvrdi da se radi o nezakonitom dokazu, da konstatira da je učinjena navedena bitna povreda odredaba krivičnog postupka i ukine prvostepenu presudu. Odnosne odredbe domaćih zakona o krivičnom postupku postojanje te apsolutno bitne povrede odredaba krivičnog postupka ne uvjetuju zahtjevom da je prvostepena presuda isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na nezakonitom dokazu. Stoga, uzimanje u razmatranje da li je prvostepena presuda isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na dokazu za koji se u žalbi tvrdi da je nezakonit predstavlja odstupanje od jasne odredbe zakona o krivičnom postupku i, praktično, snižavanje nivoa zaštite koja se u krivičnom postupku pruža osumnjičenom odnosno optuženom. Čak i pod pretpostavkom da zasnivanjem presude na dokazu koji nije zakonito pribavljen, prema shvaćanju ESLJP i Ustavnog suda BiH, nije povrijeđeno pravo optuženog na pravičan postupak zbog toga što je optuženi imao mogućnost da osporava zakonitost konkretnog dokaza tokom prvostepenog postupka, što je sud iznio konkretne razloge zbog kojih te navode smatra neosnovanim, što se ne ukazuje na činjenice i okolnosti koje ozbiljno dovode u sumnju pouzdanost tog dokaza, ostaje očigledno da je u redovnom krivičnom postupku optuženom onemogućen onaj nivo zaštite, kada se radi o nezakonitom dokazu u smislu domaćih zakona o krivičnom postupku, koji mu pružaju ti zakoni, a prema kojima su dužni da postupaju redovni sudovi u krivičnim stvarima.

Ocjena postojanja bitne povrede odredaba krivičnog postupka u slučaju zasnivanja presude na dokazu na kome se prema odredbama zakona o krivičnom postupku ne može zasnivati presuda u praksi Vrhovnog suda FBiH

Vrhovni sud FBiH ne primjenjuje navedenu praksu pri ocjeni osnovanosti žalbenog prigovora da je prvostepena presuda zasnovana na dokazu na kome se prema odredbama Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine (ZK-PFBiH) ne može zasnivati presuda i da je usljed toga učinjena bitna povreda odre-

7 Član 330. stav 1. tačka a) ZKPFBiH, član 329. stav 1. tačka a) ZKPRS, član 315. stav 1. tačka a) ZKPBDBiH, član 315. stav 1. tačka a) ZKPBiH.

8 Član 1. ZKPFBiH, član 1. ZKPRS, član 1. ZKPBDBiH, član 1. ZKPBiH.



daba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKPFBiH. U skladu s tom zakonskom odredbom, pri postojanju navedenog žalbenog prigovora ocjenjuje se samo da li je dokaz na koji se ukazuje nezakonit zbog razloga sadržanih u žalbi⁹ i da li je presuda zasnovana na tom dokazu. Tako je, naprimjer, u jednoj odluci ovog suda, donesenoj upravo povodom žalbe kojom se prvostepena presuda osporavala zbog bitne povrede odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKPFBiH tvrdnjom da su provedene posebne istražne radnje nezakonit dokaz na kome se prema odredbama ZKPFBiH ne može zasnivati presuda, navedeno: „Predmetne naredbe očigledno ne sadrže odgovarajuće obrazloženje koje bi opravdalo njihovo izdavanje od strane sudije za prethodni postupak. S tim u vezi, ovaj sud podsjeća i na praksu Evropskog suda za ljudska prava koja je zauzeta u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, presuda tog suda od 15.01.2015. godine... Istovjetno kao što je to uočeno u ranije navedenom predmetu, i u konkretnom slučaju, naredbe kojima je odobreno provođenje posebnih istražnih radnji nisu sadržavale konkretne razloge za utvrđenje suda o postojanju osnova sumnje zbog kojih bi tražene naredbe trebalo odobriti, kao ni razloge iz kojih bi bilo vidljivo da se dokazi koji će se pribaviti njihovim provođenjem na drugi način ne mogu pribaviti ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nerazmjernim teškoćama... Ovakvo postupanje suda je suprotno odredbi člana 132. stav 1. ZKP FBiH. Predmetne naredbe su zbog ovog propusta izdate protivno navedenoj odredbi, pa su, dakle, dokazi do kojih se došlo njihovim provođenjem pribavljeni bitnim povredama odredaba ZKP FBiH, a sud u skladu sa članom 11. stav 2. ranije navedenog zakona, svoje odluke na takvim dokazima ne može zasnivati. Iz naprijed navedenih razloga ovaj sud nalazi da se pobijana presuda u tački 1a) i 1b), pored ostalog temelji i na nezakonitim dokazima. Radi toga prvostepeni sud je učinio bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 312. stav 1. tačka i) ZKP FBiH, na koje je pravilno ukazano u osobnoj žalbi optuženog, žalbi njegovog oca, te u žalbama branitelja optuženog... Iz prethodno navedenih razloga ovaj sud je, na osnovu člana 330. stav 1. tačka a) ZKP FBiH donio rješenje kojim je djelimičnim uvažavanjem žalbi optuženog, njegovog oca, te njegovih branitelja... pobijanu presudu ukinuo i predmet vratio prvostepenom sudu na ponovno suđenje...”¹⁰

Inače i Ustavni sud BiH je u jednoj svojoj novijoj odluci konstatirao: „Konsekventno tome, bitna povreda krivičnog postupka postoji ako se presuda zasniva na dokazu na kome se, prema odredbama ZKP BiH, ne može zasnivati. Prema ovakvom zakonskom određenju, proizilazi da postojanje ove bitne povrede odredaba krivičnog postupka nije uvjetovano time da je korištenje nevaljanog dokaza bilo od odlučujućeg značaja za donošenje presude. Dosljedno tome, dovoljno je da bude korišten nevaljani dokaz

9 U skladu s odredbom člana 321. ZKPFBiH drugostepeni sud ispituje presudu u onom dijelu u kojem se ona pobija žalbom, a po službenoj dužnosti da li je na štetu optuženog povrijeđen Krivični zakon.

10 Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024169 17 Kž 18 od 7. 11. 2017. godine.



za donošenje presude, pa da se izvede zaključak o tome da je učinjena bitna povreda odredaba krivičnog postupka. Naime, iako odredba člana 10. stav 2. ZKP BiH govori samo o nemogućnosti zasnivanja sudske odluke na nezakonitim dokazima, načelo pravičnog postupka zahtijeva izdvajanje nezakonitih dokaza iz spisa kako ti dokazi ne bi bili dostupni raspravnom vijeću odnosno sudiji pojedincu u toku glavnog pretresa i kako bi se spriječio njihov štetan uticaj na proces odlučivanja.”¹¹ U istoj odluci, Ustavni sud BiH je konstatirao da zasnivanje sudske odluke na dokazu na kome se prema odredbama Zakona o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine ne može zasnivati sudska odluka predstavlja bitnu povredu odredaba krivičnog postupka iz člana 297. stav 1. tačka i) tog zakona „koja je apsolutna i koja povlači ukidanje presude, te ne postoji mogućnost konvalidacije (ukoliko se ocijeni da bi i bez tog iskaza bila donesena ista presuda)”¹²

Mogućnost podnošenja prigovora nezakonitosti dokaza tokom istrage odnosno u žalbama izjavljenim protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora osumnjičenom u praksi Ustavnog suda BiH u okviru njegove apelacione nadležnosti

Posebnu pažnju, takođe u vezi s tretiranjem dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama, zaslužuju stavovi Ustavnog suda BiH u pogledu mogućnosti isticanja prigovora nezakonitosti rezultata posebnih istražnih radnji na kojima se zasnivaju rješenja o određivanju odnosno produženju pritvora. Ili, tačnije, posebnu pažnju zahtijeva pojava preuzimanje argumentacije Ustavnog suda BiH od strane redovnih drugostepenih sudova ili apelacionih vijeća kada odlučuju o žalbama izjavljenim protiv rješenja o određivanju odnosno produženju pritvora.

U jednoj od svojih ranijih odluka, na koju se poziva i u novijim odlukama, odlučujući o apelaciji tada osumnjičenog, izjavljenoj protiv rješenja o produženju pritvora, a koja je tom odlukom Ustavnog suda bila odbačena kao nedopuštena zbog toga što je očigledno (*prima facie*) neosnovana, Ustavni sud BiH se pozvao na razloge drugostepenog suda koji je, odlučujući o žalbenim navodima osumnjičenog, naveo, između ostalog, da je detaljnija ocjena dokaza koji su dostavljeni uz prijedlog za određivanje ili produženje pritvora u fazi istrage preuranjena, te da će navedeno, ukoliko predmet dođe u fazu optuženja, biti zadatak pretresnog vijeća koje će imati zadatak da izvrši savjesnu ocjenu svih dokaza, uključujući i ocjenu zakonitosti tih dokaza.¹³ Takva argumentacija redovnog suda ukazuje na stav da rasprava o prigovoru nezakonitosti dokaza nije primjerena fazi istrage. U toj odluci Ustavni sud

11 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 865/16 od 7. 3. 2017. godine, § 48.

12 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 865/16 od 7. 3. 2017. godine, § 50.

13 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3343/09 od 15. 5. 2012. godine § 5.



BiH je ukazao da pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja nije pitanje koje potpada pod član 5. stav 1. tačka c) EKLJP jer, prihvaćajući izričito navode redovnog suda, Ustavni sud BiH smatra da to pitanje može biti predmet ispitivanja u eventualno daljnjem toku krivičnog postupka, ali nikako u trenutnoj fazi postupka (istraga) kako to, prema ocjeni Ustavnog suda BiH, pogrešno smatra apelant.¹⁴

Ako bi se i prihvatio stav Ustavnog suda BiH da pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja nije pitanje koje potpada pod član 5. stav 1. tačka c) EKLJP i dalje ostaje otvoreno pitanje zašto obaveza preispitivanja zakonitosti pribavljanja dokaza, pa i dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama na kojima je zasnovana osnovana sumnja, ne može ili ne treba biti predmet preispitivanja od strane redovnog suda i tokom istrage. Pri tome je potrebno napomenuti da se Ustavni sud BiH u odluci o kojoj je ranije bilo riječi, pri podršci stavu redovnog suda da to pitanje može biti predmet ispitivanja u eventualno daljnjem toku krivičnog postupka, a nikako u predmetnoj fazi postupka (istraga), nije pozvao ni na jednu zakonsku odredbu kao što to, prema navodima iz odluke Ustavnog suda BiH, nije učinio ni redovni sud. U svojim kasnijim odlukama, pozivajući se na ranije spomenutu odluku, Ustavni sud BiH je postupao na isti način.¹⁵ Još kasnije, Ustavni sud BiH je navode iz apelacije kojima se osporavala zakonitost pribavljanja dokaza na kojima je zasnovano utvrđenje postojanja osnovane sumnje da je osumnjičeni učinio krivično djelo, kao općeg uvjeta za određivanje odnosno produženje pritvora, ocjenjivao neosnovanim, ističući da će to pitanje biti „predmet ocjene sudova u odluci prilikom rješavanja eventualnih prigovora na optužnicu i odluke o meritumu stvari, dakle, prilikom utvrđivanja eventualne krivične optužbe protiv apelantice”.¹⁶

Praksa Vrhovnog suda FBiH u pogledu mogućnosti osumnjičenog da pri izjašnjenju o prijedlogu za određivanje ili produženje pritvora odnosno u žalbi izjavljenoj protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora osporava zakonitost posebnih istražnih radnji

Stav Ustavnog suda BiH je, dakle, da pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja nije pitanje koje potpada pod član 5. stav 1. tačka c) EKLJP. Kako je ranije navedeno, i neki redovni sudovi, i bez takve argumentacije, zastupaju stav da se pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja ne može postaviti tokom istrage

14 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3343/09 od 15. 5. 2012. godine § 14.

15 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 5671/15 od 7. 6. 2016. godine, § 39.

16 Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 1250/18 od 10. 4. 2018. godine, § 41.



u žalbama izjavljenim protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora nego da se takvi prigovori mogu isticati samo u prigovoru protiv optužnice ili na glavnom pretresu.

Vrhovni sud FBiH ne slijedi takvu praksu. Tako je u rješenju donijetom povodom žalbe izjavljene protiv rješenja o produženju pritvora, u kojoj se to rješenje osporavalo i navodima da naredbe za provođenje posebne istražne radnje nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija nisu zakonite i da se na dokazima koji su pribavljeni njihovim provođenjem ne može zasnovati sudska odluka (u konkretnom slučaju rješenje), Vrhovni sud FBiH istakao: „Pogrešno je pozivanje prvostupanjskog suda na pravno stajalište iz odluke Ustavnog suda BiH u predmetu AP 5542/15 od 17. 02. 2016. godine po kojem pitanje zakonitosti ili nezakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja nije pitanje koje potpada pod ranije navedenu odredbu EKLJP i da isto može biti predmet eventualnog ispitivanja u daljnjem toku predmetnog kaznenog postupka... U svojoj odluci Ustavni sud se određuje u odnosu na minimalne garancije koje osobi koja je lišena slobode pruža EKLJP i tu odluku treba promatrati sa tog aspekta. Kroz raniju analizu važećeg procesnog zakona (domaći zakon) je jasno naglašeno da se, u skladu sa odredbom člana 133. stav 3. ZKP FBiH, zakonitost pribavljenih dokaza može cijeniti u fazi istrage odnosno u vrijeme njihovog pribavljanja.”¹⁷

Navedeni stav je proistekao iz tumačenja domaćeg zakona o krivičnom postupku, tačnije ZKPFBiH.

Naime, s obzirom na to da je tim zakonom, kao i ostalim domaćim zakonima o krivičnom postupku izričito propisano da se prigovorom protiv optužnice može, između ostalog, osporavati zakonitost dokaza¹⁸, to pravo odbrane, u toj fazi postupka, uopće nije upitno. Nadalje, budući da se prvostepena presuda ne može zasnivati na dokazima na kojima se prema odredbama zakona o krivičnom postupku ne može zasnovati presuda i da suprotno postupanje predstavlja apsolutno bitnu povredu odredaba krivičnog postupka,¹⁹ sasvim je nesporno i pravo optuženog da osporava zakonitost pribavljenih dokaza tokom glavnog pretresa, te predlaže izdvajanje pojedinih dokaza iz dokazne građe, a, zatim, da zakonitost dokaza osporava i u žalbi izjavljenoj protiv prvostepene presude.

Ali, to pravo optuženog da u eventualnom kasnijem toku krivičnog postupka osporava zakonitost pribavljanja dokaza ne može isključiti njegovo pravo da to čini i

17 Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024765 16 Kž 6 od 10. 8. 2016. godine. Član 133. stav 3. ZKPFBiH propisuje obavezu sudije za prethodni postupak da bez odlaganja, a nakon preduzimanja posebnih istražnih radnji, obavijesti lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta, te da to lice može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera.

18 Član 248. stav 1. tačka d) ZKPFBiH, član 248. stav 1. tačka d) ZKPRS, član 233. stav 1. tačka d) ZKPBDiH, član 233. stav 1. tačka d) ZKPBiH.

19 Član 312. stav 1. tačka i) ZKPFBiH, član 311. stav 1. tačka z) ZKPRS, član 297. stav 1. tačka i) ZKPBDiH, član 297. stav 1. tačka i) ZKPBiH.



u ranijim fazama postupka. Prije svega, na to upućuju jasne odredbe domaćih zakona o krivičnom postupku kojima je određeno da sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i međunarodnim ugovorima koje je BiH ratificirala, niti na dokazima koji su pribavljeni bitnim povredama zakona o krivičnom postupku, kao ni na dokazima koji su dobiveni na osnovu tih dokaza.²⁰ Izričito zakonsko određenje da sud ne može zasnovati bilo koju svoju odluku na takvim dokazima te, zatim, da se u krivičnom postupku odluke donose u obliku presude, rješenja i naredbe²¹ jasno ukazuje da se zabrana zasnivanja sudskih odluka na nezakonitim dokazima odnosi i na sudska rješenja, pa i na rješenje o određivanju ili produženju pritvora.

Dakle, opća odredba o zakonitosti dokaza ne isključuje pravo osumnjičenog da u toku istrage osporava zakonitost dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja.

Kada su u pitanju posebne istražne radnje, na to posebno ukazuje zakonska odredba koja propisuje da će sudija za prethodni postupak, dakle sudija koji postupa u toku istrage, bez odlaganja, a nakon preduzimanja posebnih istražnih radnji, obavijestiti lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta, a da lice protiv kojeg je mjera bila preduzeta može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera.²² Domaći zakoni o krivičnom postupku ne propisuju dalje postupak ispitivanja zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera, niti propisuju posebna pravna sredstva za ispitivanje te odluke. Usljed toga, te uz navedenu sadržinu opće odredbe o zakonitosti dokaza, ne može se reći da je isključeno pravo osporavanja zakonitosti pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja tokom istrage i u žalbama izjavljenim protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora.

Ako se to pravo osumnjičenih lica, s obzirom na pozitivne zakonske odredbe, ne može isključiti, onda se ne može isključiti ni obaveza suda koji odlučuje o tim žalbama da se o prigovoru zakonitosti pribavljanja dokaza izjasni. To, naravno, podrazumijeva i obavezu suda koji odlučuje o prijedlogu za određivanje odnosno produženje pritvora i pred kojim se u vezi s tim prijedlogom održava ročište radi izjašnjenja osumnjičenog o prijedlogu za određivanje odnosno produženje pritvora da se određeno izjasni o eventualnim prigovorima o zakonitosti dokaza na kojima je zasnovana tvrdnja u prijedlogu da postoji osnovana sumnja da je osumnjičeni učinio krivično djelo. Svako isključivanje ili ograničenje navedenih prava osumnjičenog i odgovarajuće obaveze suda snižava nivo zaštite osumnjičenih lica koji proizlazi iz izričitih zakonskih odredaba.

Vrhovni sud FBiH se i o tome izjašnjavao u svojim odlukama: „Koji dokazi su zakoniti određuje odredba člana 11. ZKP FBiH, ali ni u ovoj, kao ni u drugim odred-

20 Član 11. ZKPFBiH, član 10. ZKPRS, član 10. ZKPDBiH, član 10. ZKPBiH.

21 Član 177. stav 1. ZKPFBiH, član 74. stav 1. ZKPRS, član 163. stav 1. ZKPDBiH, član 163. stav 1. ZKPBiH.

22 Član 133. stav 3. ZKPFBiH, član 237. stav 3. ZKPRS, član 119. stav 3. ZKPDBiH, član 119. stav 3. ZKPBiH.



bama ranije navedenog zakona, na bilo koji način nije određeno u kojoj fazi kaznenog postupka se zakonitost pojedinih dokaza može ispitivati. Ovaj sud nalazi da se ocjena zakonitosti prikupljenih dokaza (ovisno o ukazanoj potrebi) može vršiti u svakoj fazi kaznenog postupka... Ovako istaknutim prigovorima branitelja ranije navedenih optuženika suštinski je ukazano na nezakonitost izdanih naredbi za provođenje posebne istražne radnje nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, a onda, posljedično tome, i na nezakonitost dokaza koji su pribavljeni njenim provođenjem. U danim je okolnostima u svemu prihvatljiv stav iz žalbe da je prvostupanijski sud predmetne prigovore bio dužan riješiti neposredno po njihovom iznošenju, odnosno prije donošenja odluke o prijedlogu kantonalnog tužitelja iz optužnice kojim je zatraženo produžavanje pritvora u odnosu na sve optužene.”²³ Ili: „...Potrebno je naglasiti da razlozi prvostepenog suda koji su dati u obrazloženju pobijanog rješenja... i na kojima se temelji stav tog suda da se u ovoj fazi krivičnog postupka prvostepeni sud ne može upuštati u ocjenu zakonitosti ili nezakonitosti dokaza nema utemeljenja ni u jednoj zakonskoj odredbi, a niti se prvostepeni sud poziva na konkretnu zakonsku odredbu u vezi sa navedenim stavom.”²⁴

Pri tome, smatramo da je neophodno razlikovati pravo osumnjičenog da u toku istrage osporava zakonitost pribavljanja dokaza na kojima je zasnovana osnovana sumnja, odnosno obavezu suda da se o tom prigovoru izjasni od same mogućnosti suda da u vezi s istaknutim prigovorom donese konačnu odluku. Naime, budući da je riječ o istrazi kao početnoj fazi postupka koju vodi tužilac, a da sud, prilikom odlučivanja o prijedlogu za određivanje odnosno produženje pritvora, raspolaže samo dokazima koje mu je dostavio tužilac ili, eventualno, i dokazima koje mu je odbrana predočila na ročištu za izjašnjenje o prijedlogu za određivanje odnosno produženje pritvora, sud neće uvijek biti u prilici da donese konačnu odluku o osnovanosti prigovora o zakonitosti dokaza. Međutim, u tim slučajevima sud je dužan da određeno navede razloge zbog kojih nije bio u prilici da donese konačnu odluku o zakonitosti dokaza. Tako je Vrhovni sud FBiH u odluci donijetoj pri odlučivanju o žalbi na rješenje o produženju pritvora, a kojom je osporavana zakonitost izvršenog pretresa i dokaza pribavljenih tom radnjom dokazivanja, naveo: „U konkretnom slučaju, ono što je moguće ispitati je to, da li su radnje dokazivanja o kojima je riječ, provedene pod kontrolom suda ili ne, što je učinio i prvostepeni sud (pozivajući se na odredbe člana 74, 75 i 76. ZKP FBiH), no odgovor na pitanje o obavještanju osumnjičenih, uključujući i osumnjičenog M. A., te o mogućnostima da svi oni budu obaviješteni ili ne, ovisit će od preispitivanja svih okolnosti pod kojima su ti pretresi izvršeni, pa će tek tada biti moguće izvesti zaključak o tome da li su prilikom vršenja pretresa eventualno počinjene nepravilnosti i ako jesu, u čemu se one sastoje, i da li su

23 Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024765 16 Kž 6 od 10. 8. 2016. godine.

24 Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024765 16 Kž 8 od 31. 8. 2016. godine.



takvi propusti u konačnici doveli do nezakonitosti dokaza u onom smislu kako je to prethodno pojašnjeno.”²⁵ Iako se spomenuti dio obrazloženja iz odluke Vrhovnog suda FBiH odnosi na pretresanje prostorija, on ilustrira stav ovog suda o neophodnosti preispitivanja zakonitosti dokaza i prilikom odlučivanja o žalbama izjavljenim protiv rješenja o produženju pritvora, a i o objektivnim ograničenjima koja mogu postojati za donošenje konačne odluke o zakonitosti dokaza.

Odlaganje prava isticanja prigovora nezakonitosti posebnih istražnih radnji i ocjene takvog prigovora na neke buduće neizvjesne faze krivičnog postupka ne samo da nema pravni osnov u domaćim zakonima o krivičnom postupku i da može imati veoma teške posljedice za osnovna ljudska prava osumnjičenih za krivično djelo nego se protivi i pravilima logike. Naime, ukoliko bi, naprimjer, zaključak o postojanju osnovane sumnje bio zasnovan na iskazu osumnjičenog, pri čijem pribavljanju osumnjičenom nisu date pouke i upozorenja koji su izričito propisani zakonom i usljed čega se na takvom iskazu osumnjičenog, prema izričitoj zakonskoj odredbi, ne može zasnivati sudska odluka, potpuno je besmisleno, pri postojanju takvog prigovora iznesenog u žalbi izjavljenoj protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora, reći da to pitanje ne može biti predmet ispitivanja u toj fazi postupka nego eventualno u daljnjem toku krivičnog postupka. Naprotiv, takvo rezonovanje ne samo da bi bilo suprotno izričitim zakonskim odredbama nego bi u značajnoj mjeri ugrozilo konkretni krivični postupak jer se radi o propustu koji se može ispraviti u toku same istrage. Takvo postupanje dovelo bi do teških posljedica za osumnjičeno lice jer bi se nalazilo u pritvoru na osnovu evidentno nezakonitog dokaza na kome se ne može zasnivati sudska odluka.

Zaključak

Kao što je već više puta napomenuto, svi domaći zakoni o krivičnom postupku već u svojoj prvoj odredbi koja nosi naziv „Primjena pravila krivičnog postupka” propisuju da su svi učesnici krivičnog postupka predviđeni tim zakonima dužni postupati po pravilima krivičnog postupka utvrđenim tim zakonima kada postupaju u krivičnim stvarima. Ta dužnost naročito obavezuje sudove koji su, po prirodi svoje funkcije, a i prema brojnim zakonskim odredbama, dužni da ispituju zakonitost postupanja drugih učesnika krivičnog postupka.

Sudovi su dužni, u slučaju da pojedina zakonska rješenja ne osiguravaju učesnicima krivičnog postupka zaštitu njihovih osnovnih ljudskih prava i sloboda, da, radi osiguranja tih prava, neposredno primjenjuju EKLJP. Stoga je praksa ESLJP, a i Ustavnog suda BiH, od izuzetnog značaja za ispravno vršenje sudske funkcije u krivičnom po-

25 Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 023687 16 Kž 3 od 4. 3. 2016. godine.



stupku. Ali, u slučajevima kada domaće krivičnoprocesno zakonodavstvo nekim učesnicima u krivičnom postupku neka prava garantira u većoj mjeri nego sama EKLJP dodjeljujući im određena procesna prava i pogodnosti, dužnost je redovnog suda da u svojoj praksi dosljedno primjenjuje odnosne zakonske odredbe.

To se odnosi i na odredbe koje propisuju procesne posljedice kršenja zakona pri određivanju i primjeni posebnih istražnih radnji i samu mogućnost osporavanja zakonitosti primijenjenih posebnih istražnih radnji i dokaza pribavljenih njihovom primjenom.

Ukoliko se smatra da su neka od odnosnih zakonskih rješenja neadekvatna, odnosno da propisivanje na određeni način procesnih posljedica kršenja zakonskih odredaba o određivanju i/ili primjeni posebnih istražnih radnji dovodi u pitanje efikasnost krivičnog postupka u znatnijoj mjeri nego što doprinosi procesnom položaju osumnjičenog odnosno optuženog, onda je nužno razmotriti potrebu njihove zakonodavne izmjene.

To se, naprimjer, odnosi na zakonsku odredbu prema kojoj je svako zasnivanje presude na dokazu na kojem se prema odredbama zakona o krivičnom postupku ne može zasnivati presuda apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka koja, kada je utvrđena, vodi ukidanju prvostepene presude. Valjalo bi, naime, razmotriti da li bi se potreba za zakonitošću dokaznog postupka i zaštitom osumnjičenih odnosno optuženih lica mogla ostvariti povratkom na ranije zakonsko rješenje prema kojem bi u navedenom slučaju apsolutno bitna povreda odredaba krivičnog postupka postojala samo ako je očigledno da bez odnosnog nezakonitog dokaza ne bi bila donesena ista presuda ili, u skladu sa sada češće korištenim izrazima, samo ako je presuda isključivo ili u odlučujućoj mjeri zasnovana na tom dokazu.

Takođe, kada je riječ o mogućnosti osporavanja zakonitosti posebnih istražnih radnji tokom istrage, ako se želi rasteretiti postupak odlučivanja o žalbama izjavljenim protiv rješenja o određivanju ili produženju pritvora, neophodno bi bilo bliže regulirati postupak osporavanja zakonitosti posebnih istražnih radnji tokom istrage, a u vezi sa zakonskom odredbom koja obavezuje sudiju za prethodni postupak da o primjeni posebnih istražnih radnji, nakon njihovog završetka, obavijesti one na koje su se one odnosile upravo kako bi im se omogućilo osporavanje zakonitosti primijenjenih radnji. To reguliranje bi trebalo obuhvatiti određivanje funkcionalno nadležnog organa za odlučivanje o tom prigovoru, srazmjerno kratkih rokova za podnošenje prigovora i za donošenje odluke o podnesenim prigovorima, mogućnosti podnošenja žalbe protiv te odluke, obaveze izdvajanja iz sudskih spisa dokaza čija se nezakonitost utvrdi u tom postupku kako bi se osiguralo da se, u skladu sa zakonima o krivičnom postupku, nijedna sudska odluka, pa ni rješenje o pritvoru, ne zasniva na nezakonitom dokazu.



Korišteni izvori

Ustav i zakoni:

1. Ustav Bosne i Hercegovine,
2. Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine („Službene novine FBiH” br. 35/03, 37/03, 56/03, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14),
3. Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske („Službeni glasnik RS” br. 53/12, 91/17 i 66/18),
4. Zakon o krivičnom postupku Distrikta Brčko Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik Distrikta Brčko BiH” br. 33/13 i 27/14),
5. Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH” br. 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05, 48/05, 46/06, 76/06, 29/07, 32/07, 53/07, 76/07, 15/08, 58/08, 12/09, 16/09, 93/09, 72/13 i 65/18).

Odluke Ustavnog suda BiH i Vrhovnog suda FBiH:

6. Odluka Ustavnog suda BiH broj U 29/02 od 27. 6. 2003. godine,
7. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 4489/16 od 11. 10. 2018. godine,
8. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3152/16 od 11. 9. 2018. godine,
9. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 865/16 od 7. 3. 2017. godine,
10. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 3343/09 od 15. 5. 2012. godine,
11. Odluka Ustavnog suda BiH broj AP 5671/15 od 7. 6. 2016. godine,
12. Odluka Ustavnog suda BiH, broj AP 1250/18 od 10. 4. 2018. godine,
13. Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024169 17 Kž 18 od 7. 11. 2017. godine,
14. Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024765 16 Kž 6 od 10. 8. 2016. godine,
15. Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 024765 16 Kž 8 od 31. 8. 2016. godine,
16. Rješenje Vrhovnog suda FBiH broj 09 0 K 023687 16 Kž 3 od 4. 3. 2016. godine.



Ljiljana Filipović, Sc.D.

Slavko Marić

Božidarka Dodik, M.A.

Judges of the Supreme Court of the Federation of Bosnia and Herzegovina

CHALLENGING THE LAWFULNESS OF SPECIAL INVESTIGATIVE MEASURES IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Abstract: *The paper examines a frequency in which lawfulness of special investigative measures is disputed during the investigation in the first instance and the second instance criminal proceedings. It also emphasizes the necessity of consistent application of national criminal procedure codes when assessing the very right to challenge the lawfulness of evidence obtained by special investigative measures and procedural consequences of filing complaints as to the lawfulness of these evidence. In particular, it examines the issue of procedural consequences in cases where the judgment is based on evidence on which it cannot be based as pursuant to the provisions of the Criminal Procedure Code. In addition, it also examines the right to challenge the lawfulness of special investigative measures both during the proceedings and in the complaints against decisions on imposing and/or extending the prison sentence. The paper highlights the distinction between the appellate jurisdiction of the Constitutional Court of BiH and the jurisdiction of ordinary second instance courts finding it unacceptable for ordinary second instance courts to take over the manner in which the Constitutional Court acts within its appellate jurisdiction when assessing the complaints as to the lawfulness of evidence and procedural consequences of the established irregularities. Conclusion, among other things, raises an issue of possible amendments to national criminal procedure codes with respect to the issues considered in the paper aimed at establishing a balance between the requirements for effectiveness of the criminal proceedings and protection of fundamental rights of suspect or accused persons in the criminal proceedings.*

Key words: *special investigative measures, challenging of the lawfulness of evidence, judicial decision based on unlawful evidence, substantial violation of the provisions of the criminal procedure code, second instance proceedings*



PORUKE S KONFERENCIJE

Na temelju izloženih referata i vrlo angažiranih izlaganja, na skupu je zaključeno da se neće donositi obvezni zaključci, poštujući pri tome ustavnu i zakonsku neovisnost i samostalnost sudionika skupa, ali su usvojene sljedeće poruke:

- Podržava se Pravosudni forum za BiH kao vid godišnje konferencije najviših sudova u BiH u svrhu jačanja kapaciteta sudova za poštivanje ustavnih prava i sloboda;
- Pravosudni forum zaključuje da je vrlo važno da zakonska rješenja koja reguliraju pitanje posebnih istražnih radnji budu u okviru standarda iz Ustava BiH i EK. Međutim, zakonska rješenja treba pratiti i dobra sudska praksa;
- Pravičnost postupka (u smislu članka 6. Konvencije) se treba promatrati u okviru cijeloga postupka, uključujući način prikupljanja dokaza;
- Prigodom utvrđivanja pravičnosti postupka mora se voditi računa o tome jesu li bila poštovana prava na obranu, je li osumnjičeniku ili optuženiku bila pružena prilika da ospori dokaze, je li kvaliteta dokaza prikupljenih posebnim istražnim radnjama takva da postoji sumnja da su pouzdani, kao i način uporabe tih dokaza (je li se radilo o jedinom i odlučujućem dokazu);
- Kada je riječ o članku 8. Konvencije u posebnim istražnim radnjama, treba imati na umu sljedeće: je li pravo zaštićeno, postoji li miješanje u to pravo, je li ono sukladno zakonu, legitiman cilj i proporcionalnost;
- Svako miješanje u pravo iz članka 8. Konvencije mora biti zakonito. Zakonitost podrazumijeva postojanje pravne norme, te kvalitetu te norme. Kvaliteta norme podrazumijeva da je ona dostupna, predvidiva i jasna;
- Diskusija vođena na Konferenciji mora zaživjeti u praksi, odnosno poruke s Konferencije treba implementirati i prenijeti ih dalje, na pogodan način (primjerice, putem centara za edukaciju i sl.), onima koji se u praksi najviše bave ovim pitanjima (tužiteljima i drugima);
- S obzirom na to da se, prema Ustavu BiH, Europska konvencija izravno primjenjuje i da ima supremaciju nad svim zakonima, domaći sudovi moraju je ak-



tivno primjenjivati i u slučaju kada nema odgovarajućeg zakonskoga rješenja, primijeniti Europsku konvenciju;

- Pozdravlja se pristup najviših redovitih sudova u primjeni Odluke Ustavnoga suda BiH broj U 5/16 i prije donošenja izmjene zakona, a sukladno standardima iz te odluke koje je utvrdio Ustavni sud;
- Pozivaju se redoviti sudovi da koriste mogućnost iz članka VI/3.(c) Ustava BiH, te da pitanja glede toga je li zakon o čijem važenju ovisi njihova odluka kompatibilan sa Ustavom BiH i Europskom konvencijom ili sa zakonima BiH, ili glede postojanja ili domašaja nekog općega pravila međunarodnoga javnoga prava koje je bitno za odluku suda prosljeđuju Ustavnome sudu BiH;
- Postoje određena prijeporna pitanja u kontekstu posebnih istražnih radnji (primjerice, utvrđivanje faze postupka u kojoj se vrši ocjena zakonitosti dokaza i pravni lijek u tome pogledu) na koja će ubuduće biti potrebno dati odgovarajuće odgovore sukladno standardima ustavnih prava i sloboda putem preciznijih zakonskih rješenja ili izgradnje stabilne sudske prakse;
- Pozivaju se svi sudionici ovoga foruma da dostave svoje pismene radove na adresu Ustavnoga suda BiH u svrhu tiskanja u Zborniku radova i daljnjeg distribuiranja krajnjim korisnicima;
- Podržava se ideja o održavanju sljedećeg Pravosudnog foruma u Brčko distriktu BiH u 2019. godini.



CONFERENCE MESSAGES

Bearing in mind their constitutional and legal independence and autonomy, the Forum participants decided to adopt the following messages rather than binding conclusions:

- To support the Judicial Forum for BiH as a form of annual conference of the highest BiH courts, with a view to building the courts' capacity to respect constitutional rights and freedoms;
- The Judicial Forum concludes that it is very important that the legal provisions governing special investigative measures comply with the standards laid down in the BiH Constitution and the ECHR. However, the law must be accompanied by good case-law;
- Fairness of trials (in the meaning of Article 6 of the Convention) needs to extend to the entire proceedings, including the manner in which evidence is collected;
- When ruling on the fairness of a trial, consideration must be given to compliance with the right to a defence, whether the suspect or defendant had the opportunity to challenge the evidence, whether the quality of the evidence collected by special investigation measures gives rise to any doubts about its reliability and how such evidence was used (was it the exclusive and decisive piece of evidence);
- The following issues need to be borne in mind with respect to special investigative measures and Article 8 of the Convention: is that right protected, has it been interfered in, is the interference in accordance with the law, does it pursue a legitimate aim and is it proportionate;
- Any interferences with Article 8 rights must be lawful. Lawfulness entails the existence of a legal norm and quality of that norm. Quality of the norm means that it is available, foreseeable and clear;
- The discussion held at the Conference must take root in practice, i.e. the Conference messages need to be implemented and disseminated in an



appropriate manner (e.g. via education centres, et al) to those who focus on these issues in practice the most (prosecutors and others);

- Given that the European Convention applies directly under the BiH Constitution and supersedes all laws, the domestic courts must actively apply the ECHR and, in the absence of relevant legal provisions, apply the ECHR;
- The Forum participants applaud the highest regular courts' decision to apply BiH Constitutional Court Decision U 5/16 even before the amendment of the law and in compliance with the standards the Constitutional Court set in this Decision;
- The Forum participants call on the regular courts to avail themselves of the possibility under Article VI/3.(c) of the BiH Constitution and refer to the BiH Constitutional Court any issues concerning whether a law, on whose validity their decision depends, is compatible with the BiH Constitution and the ECHR, or concerning the existence of or the scope of a general rule of public international law pertinent to their decisions;
- There are specific open issues in the context of special investigative measures (e.g. determination of the stage of the proceeding when the lawfulness of the evidence is reviewed and the legal remedy in that respect) that need to be addressed in the future in compliance with the standards of constitutional rights and freedoms and by fine-tuning the legal provisions or building stable case-law;
- All Forum participants are invited to send their written papers to the BiH Constitutional Court, which will publish them in the Collection of Papers and distribute them to the final beneficiaries;
- The participants in the event support the idea of holding the next Judicial Forum in the Brčko District in 2019.



PRILOG

Pregled prakse Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa posebnim istražnim radnjama

UVOD

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropska konvencija) garantuje svakome osnovna prava i slobode koje su proklamovane Konvencijom, te omogućava svakom pojedincu koji smatra da su mu povrijeđena prava da podnese predstavku Evropskom sudu za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud). Posljednje dvije decenije veliki broj predavki pred Evropskim sudom pokrenuo je različita pitanja o sprovođenju posebnih istražnih radnji te njihovom uticaju na, između ostalih, prava iz člana 6 Evropske konvencije (pravo na pravično suđenje) i člana 8 (pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku). Zaštita ljudskih prava i njihovo privremeno ograničavanje primjenom posebnih istražnih radnji postalo je izazov za sudsku praksu. Rezultat tog izazova je obimna praksa Evropskog suda koja je za države članice uspostavila neke osnovne smjernice i opšta načela. Iz bogatstva te prakse u nastavku će biti izdvojeni neki od karakterističnih i važnih primjera koji upućuju na standarde koje je u okviru teme posebnih istražnih radnji utvrdio Evropski sud.

Pravo na pravično suđenje

Iako je osnovna svrha člana 6 Evropske konvencije, kada je riječ o krivičnom postupku, obezbijediti pravično suđenje na „sudu” koji je nadležan rješavati o „svakoj krivičnoj optužbi”, to ne znači da se taj član ne primjenjuje i na prethodne postupke. Prema tome, član 6 može biti mjerodavan prije nego predmet dođe u fazu suđenja ako i u mjeri u kojoj postoji vjerovatnoća da će pravičnost suđenja biti ozbiljno narušena inicijalnim nepoštovanjem odredaba tog člana.¹

Član 6 Evropske konvencije, mada garantuje pravo na pravično suđenje, ne postavlja bilo kakva pravila o prihvatljivosti dokaza, već je to, prije svega, pitanje koje se

1 Evropski sud, *Ibrahim i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 50541/08, 13. septembar 2016. godine, stav 253.



reguliše domaćim zakonodavstvom.² Zbog toga, kao stvar načela, Evropski sud smatra da njegova uloga nije da utvrđuje da li određena vrsta dokaza, na primjer dokazi koji su pribavljeni nezakonito u smislu domaćeg prava, može biti prihvatljiva ili, upravo, da li je aplikant kriv ili ne. Stoga, pitanje na koje se mora odgovoriti jeste da li je postupak kao cjelina, uključujući i način na koji su dokazi pribavljeni, bio pravičan. To uključuje ispitivanje „nezakonitosti” koja je u pitanju i, tamo gdje je riječ o povredi drugih prava iz Konvencije, prirodu utvrđene povrede.³

Prema stanovištu Evropskog suda, pri ocjeni da li je postupak kao cjelina bio pravičan također se mora imati u vidu da li su poštovana prava odbrane. Mora se ispitati da li je aplikantu bila data mogućnost da osporava zakonitost dokaza i da se protivi njegovom korišćenju.⁴

Pored toga, mora se uzeti u obzir kvalitet dokaza, uključujući i to da li okolnosti u kojima je dokaz pribavljen ukazuju na sumnju o njegovoj pouzdanosti ili tačnosti.⁵ Mada se problem pravičnosti neće neophodno pojaviti tamo gdje pribavljeni dokaz nije podržan drugim materijalima, treba imati u vidu da je, kada je dokaz veoma jak i nema rizika da je nepouzdan, analogno tome potreba za dokazima koji ga podržavaju slabija.⁶

Nadalje, pri ocjeni da li je postupak kao cjelina bio pravičan treba uzeti u obzir značaj javnog interesa u istraživanju i kažnjavanju krivičnog djela koje je u pitanju nasuprot značaju interesa pojedinca da dokazi protiv njega budu pribavljeni zakonito.⁷

Evropski sud, dakle, razmatrajući svaki slučaj pojedinačno, analizira pitanje prihvatljivosti nezakonito pribavljenih dokaza.

Prvi predmet Evropskog suda u kome je jedini dokaz protiv optuženog koji je doveo do osude podnosioca predstavke bio dokaz pribavljen na način za koji je utvrđeno da je povrijedio član 8 Evropske konvencije, a za koji nije postojao djelotvoran pravni lijek prema članu 13 Evropske konvencije, jeste predmet *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁸. U konkretnom slučaju, potajni snimci razgovora podnosioca predstavke bili su „nezakoniti” samo utoliko što britansko pravo nije predvidjelo izričit zakonski osnov za njihovu registraciju, a kao dokaz protiv podnosioca predstavke upotrijebljeni su nakon što je sudija odbio prethodni prigovor nedopuštenosti podnosioca predstavke

2 Evropski sud, *Schenk protiv Švajcarske*, 12. jul 1988. godine, st. 45-46 i *Teixeira de Castro protiv Portugala*, 9. jun 1998. godine, stav 34.

3 Evropski sud, *Bykov protiv Rusije [VV]*, predstavka broj 4378/02, 10. mart 2009. godine, stav 89 i *Lee Davies protiv Belgije*, predstavka broj 18704/05, 28. jul 2009. godine, stav 41.

4 Evropski sud, *Szilagyi protiv Rumunije (dec.)*, predstavka broj 30164/04, 17. decembar 2013. godine.

5 Evropski sud, *Lisica protiv Hrvatske*, predstavka broj 20100/06, 25. februar 2010. godine, stav 49.

6 Evropski sud, *Lee Davies protiv Belgije*, predstavka broj 18704/05, 28. jul 2009. godine, stav 42 i već citirani *Bykov*, stav 90.

7 Evropski sud, *Jalloh protiv Njemačke [VV]*, predstavka broj 54810/00, stav 97.

8 Evropski sud, *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 35394/97, 12. maj 2000. godine.



i nakon što je odbrana podnosioca predstavke dala potvrdno očitovanje o izmijenjenoj optužbi. U odgovoru na pitanje da li je postupak u cjelini bio pravičan, Evropski sud je zaključio da se u konkretnom slučaju, u uslovima kada je englesko pravo aplikantu pružilo dovoljne mogućnosti osporavanja dopustivosti spornog dokaza i kada su prvostepeni, a i viši sudovi, postupivši prema tom osporavanju, uzeli u obzir ilegalni način prisluškivanja te efekat koji su snimci kao rezultati prisluškivanja imali na postupak prema okrivljeniku, ne može govoriti o povredi načela „pravičnog postupka” iz člana 6 stav 1 Evropske konvencije.

U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*⁹ Evropski sud je primijetio da podnosilac predstavke nije osporio pouzdanost informacija dobijenih primjenom mjera tajnog nadzora, već je svoje primjedbe ograničio na formalnu upotrebu tih informacija u smislu dokaza u postupku (aplikant je smatrao da se radi o nepravdi koja je bila prouzrokovana činjenicom da je njegova osuđujuća presuda bila zasnovana na dokazima pribavljenim primjenom nezakonitih mjera tajnog nadzora). Budući da je podnosiocu predstavke bila pružena mogućnost da ospori autentičnost dokaza, kao i da to nije bio jedini dokaz na kome se zasnivala osuđujuća presuda, Evropski sud je zaključio da nema ničeg što bi moglo poslužiti kao osnov za zaključak da njegova prava na odbranu nisu bila propisno poštovana. Sljedstveno tome, Evropski sud je zaključio da nije bio prekršen član 6 stav 1 Evropske konvencije.

Za razliku od prethodna dva primjera, Evropski sud je u predmetu *Lisica protiv Hrvatske*¹⁰, u kojem se bavio isključivo članom 6 Evropske konvencije u kontekstu pitanja zakonitosti dokaza, utvrdio povredu člana 6 stav 1 Evropske konvencije. Policija je uhapsila podnosioca predstavke pod sumnjom da su opljačkali vozilo koje je pripadalo jednoj banci. Dok su se nalazili u pritvoru u pretkrivičnom postupku, izvršen je pretres ukradenog vozila koje je policija našla na mjestu izvršenja krivičnog djela i vozila koje je u vlasništvu jednog od dvoje podnosilaca predstavke. Prilikom pretresa nisu bili prisutni ni podnosioci predstavke ni njihov pravni zastupnik. Nakon dva dana protiv podnosilaca predstavke pokrenut je krivični postupak, a sutradan je izvršen novi pretres oba vozila na osnovu naloga za pretres i u prisustvu branioca podnosilaca predstavke. U zapisniku s tog pretresa, između ostalog, navedeno je da je u vozilu BMW, koje je bilo u vlasništvu jednog od podnosilaca predstavke, pronađen plastični otisak automobilske brave. Protiv podnosilaca predstavke i još četiri druga lica sproveden je krivični postupak. Proglašeni su krivim za pljačku banke i određene su im zatvorske kazne. Sud se, između ostalog, pozvao na posredne dokaze, odnosno indicije da je u vozilu marke BMW pronađen plastični otisak automobilske brave za koji se pretpostavlja da potiče od razbijene brave ukradenog kombija kojim je izvršena

9 Evropski sud, *Dragojević protiv Hrvatske*, predstavka broj 68955/11, 15. januar 2015. godine.

10 Evropski sud, *Lisica protiv Hrvatske*, predstavka broj 20100/06, 25. februar 2010. godine.



pljačka. Minimalni zahtjev koji se postavlja prilikom pretresanja u krivičnoj istrazi jeste da se optuženom pruži odgovarajuća mogućnost da prisustvuje tom pretresanju. Prema mišljenju Evropskog suda, postojale su sumnje u pogledu pouzdanosti nalaza posljednjeg pretresanja. Sporni predmet nađen prilikom tog pretresa, plastični otisak automobilske brave, iako nije bio jedini dokaz na kome se zasnivala osuđujuća presuda, ipak je u odlučivanju nacionalnih sudova imao značajno mjesto. Iako nije zadatak Evropskog suda da procjenjuje da li bi podnosioci predstavke bili osuđeni i bez tog dokaza, jasno je da je on predstavljao jedinu neposrednu vezu između vozila u vlasništvu jednog od podnosilaca predstavke i vozila koje je korišćeno u pljački banke. U zaključku, Evropski sud je iznio stanovište da je u ovom slučaju prekršen član 6 stav 1 Evropske konvencije.

Predmet *Lee Davies protiv Belgije*¹¹ također je jedan od primjera iz prakse koji je potrebno spomenuti u kontekstu zakonitosti dokaza generalno. U ovom predmetu podnosilac predstavke je, prije svega, naveo da je prekršen član 6 stav 1 Evropske konvencije jer su dokazi na osnovu kojih je on krivično gonjen bili nezakonito pribavljeni. Podnosilac predstavke je boravio u Belgiji kada su policajci bez naloga za pretres ušli na privatno zemljište i tu pronašli podnosioca predstavke i još jedno lice, koje je tu bilo nastanjeno, kao i velike količine kanabisa. Na osnovu dokaza prikupljenih na taj način, g. Davies je optužen za ilegalni promet droga i zločinačko udruživanje. U prvom stepenu oslobođen je zbog toga što su dokazi protiv njega nezakonito prikupljeni. Apelacioni sud u Gentu proglasio je podnosioca predstavke krivim u junu 2004. godine, uz obrazloženje da, iako je samo jedan dio policijskog pretresa bio zakonit, to nije bilo nauštrb pravičnosti suđenja sagledanog u cjelini. Zaključak Evropskog suda u ovom slučaju je da okolnosti u kojima su prikupljeni sporni dokazi nisu bacile ni najmanju sjenku sumnje na pouzdanost ili tačnost tih dokaza. Podnosilac predstavke je imao mogućnost da ospori dokaze na tri pravosudna nivoa, kao i da ospori njihovo korišćenje i zaključke koji su na osnovu njih izvedeni, te stoga član 6 Evropske konvencije nije prekršen. U odnosu na član 8 Evropske konvencije, podnosilac predstavke je naveo da žalbeni sud ne može smatrati da prostor gdje je obavljen „pretres” ne predstavlja „dom” u smislu Evropske konvencije budući da je u njemu obavljao svoju profesionalnu ili trgovačku djelatnost. Jedini dokaz koji je podnosilac predstavke naveo u prilog svojoj tezi je obavljanje njegove profesionalne ili trgovačke djelatnosti. Evropski sud je u vezi s tim navodima istakao da je njegova djelatnost trgovca antikvitetima u potpunosti čudna za prostor gdje je obavljen pretres, koji mu je poslužio kao osnov za trgovinu narkoticima. Ta posljednja kriminalna djelatnost, prema mišljenju Evropskog suda, ne može se smatrati profesionalnom djelatnošću i/ili komercijalnom djelatnošću zaštićenom pojmom doma u smislu člana

11 Evropski sud, *Lee Davies protiv Belgije*, predstavka broj 18704/05, 28. jul 2009. godine.



8 Evropske konvencije, te su navodi podnosioca predstavke o tom članu odbačeni kao *ratione materiae* nedopušteni.¹²

Govoreći o posebnim istražnim radnjama, potrebno je ukazati i na primjere iz prakse Evropskog suda koji se odnose na policijsko podstrekiavanje. U jednom od njih (*Ramanauskas protiv Litvanije*) Evropski sud je jasno ukazao na to da primjena posebnih istražnih metoda mora biti podvrgnuta jasnim ograničenjima usljed opasnosti od podstreka policije koje takve tehnike podrazumijevaju. Povukao je razliku između podstreka policije, koji je neprihvatljiv, i istrage krivične aktivnosti na suštinski pasivan način, koja je dopuštena. Također je zaključio da bi član 6 Evropske konvencije bio poštovan samo u slučaju da je podnosilac predstavke imao djelotvornu mogućnost da postavi pitanje podstrekiavanja tokom suđenja. S obzirom na to da je podnosilac predstavke tokom čitavog suđenja tvrdio da je bio podstrekiavan da izvrši krivično djelo, bilo je potrebno da domaći organi i sudovi u najmanju ruku sprovedu detaljnu istragu o tome da li su organi gonjenja prekoračili prihvatljive granice. Veliko vijeće je zaključilo da je suđenje podnosiocu predstavke bilo lišeno adekvatne pravičnosti, s obzirom na intervenciju podstrekača i način na koji je ona iskorišćena tokom krivičnog postupka, te da je došlo do povrede člana 6 stav 1.¹³

Ukoliko se malo izmaknemo od teme posebnih istražnih radnji i posmatramo samo pitanje korišćenja nezakonito pribavljenih dokaza u postupku neminovno se postavlja i pitanje upotrebe dokaza pribavljenih kršenjem člana 3 Evropske konvencije. Upotreba dokaza dobijenih povredom člana 3 u krivičnom postupku zahtijeva pomno razmatranje. Upotreba takvih dokaza, pribavljenih povredom jednog od osnovnih i apsolutnih prava garantovanih Konvencijom, uvijek postavlja ozbiljna pitanja o pravičnosti postupka, čak i ako dopuštenje izvođenja takvih dokaza nije bilo odlučujuće za donošenje odluke o krivici.¹⁴

Proces suđenja predstavlja kamen temeljac vladavine prava. Dokazi iznuđeni mučenjem nanose nepopravljivu štetu tom procesu – oni uvode silu na mjesto vladavine prava i nanose ljagu ugledu svakog suda koji ih dopusti. Dokazi iznuđeni mučenjem izuzimaju se kako bi se zaštitio integritet procesa suđenja i, konačno, sama vladavina prava. Stoga bi dopuštanje dokaza iznuđenih mučenjem bilo očigledno suprotno ne samo članu 6 Konvencije već i osnovnim međunarodnopravnim standardima pravičnog suđenja¹⁵. U predmetu Evropskog suda *Gäfgen protiv Njemačke* podnosilac predstavke se obratio Evropskom sudu navodeći da je za vrijeme ispitivanja u policiji bio podvrgnut mučenju, čime je prekršen član 3 Evropske konvencije. Osim toga,

12 *Ibid*, st. 55-56.

13 Evropski sud, *Ramanauskas protiv Litvanije*, predstavka broj 74420/01, 5. februar 2008. godine.

14 Evropski sud, *Jalloh protiv Njemačke*, predstavka broj 54810/00, 11. jul 2006. godine, st. 99 i 105.

15 Evropski sud, *Othman (Al Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 8139/09, 17. januar 2012. godine.



pozivajući se na član 6 Evropske konvencije, naveo je da je prekršeno njegovo pravo na pravično suđenje prvenstveno time što su materijalni dokazi koji su pribavljeni na osnovu njegovog priznanja, datog pod prinudom, korišćeni u sudskom postupku. Uprkos tome što je Evropski sud zaključio da je prekršen član 3 Evropske konvencije u dijelu koji se odnosi na nečovječno postupanje, u pogledu člana 6 nije utvrdio povredu. Propust da se isključe osporeni materijalni dokazi pribavljeni na osnovu izjava dobijenih nečovječnim postupanjem nije uticao na osuđujuću presudu i kaznu koja je izrečena podnosiocu predstavke. Budući da su prava na odbranu podnosioca predstavke i njegovo pravo da sam sebe ne inkriminiše bila poštovana, njegovo suđenje se u cjelini mora smatrati pravičnim suđenjem.¹⁶ Dakle, upotreba izjava u krivičnom postupku pribavljenih povredom člana 3 Evropske konvencije, bez obzira na to da li je postupanje razvrstano kao mučenje, nečovječno ili ponižavajuće postupanje, čini cijeli postupak automatski nepravičnim te protivnim članu 6 Evropske konvencije. Dopuštenje izvođenja takvih dokaza pribavljenih djelima razvrstanim kao nečovječno postupanje protivno članu 3, ali ne kao mučenje, predstavljat će povredu člana 6 samo ako je dokazano da je povreda člana 3 uticala na ishod postupka protiv optuženika, odnosno na njegovu ili njezinu osudu ili kaznu.¹⁷

Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku

Nesporno je da se primjenom posebnih istražnih radnji država miješa i u ostvarivanje prava pojedinca iz člana 8. Evropske konvencije.

U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske* Evropski sud je istakao:

„Takvo miješanje opravdano je u smislu stava 2 člana 8 samo ako je ‘u skladu sa zakonom’, teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te je ‘neophodno u demokratskom društvu’ kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi [...]. Izraz ‘u skladu sa zakonom’ na osnovu člana 8 stav 2 u načelu zahtijeva, prvo, da sporna mjera ima određeni osnov u domaćem propisu; također se odnosi i na kvalitet predmetnog propisa koji treba biti u skladu s vladavinom prava, te dostupan licu na koje se odnosi, koje mora, štaviše, moći predvidjeti posljedice za sebe, te da mjera mora biti u skladu s vladavinom prava [...]. Posebno u kontekstu tajnih mjera nadzora poput presretanja komunikacije, uslov pravne ‘predvidivosti’ ne može značiti da bi pojedinac trebao biti u stanju da predvidi kad će vlasti vjerovatno presresti njegovu komunikaciju kako bi u skladu s tim mogao prilagoditi svoje ponašanje. Međutim, kad se ova ovlašćenja izvršavaju u tajnosti, opasnost od proizvoljnosti je očigledna. Prema tome, domaći zakon mora biti dovoljno jasan u svom izričaju kako bi se pojedincu jasno ukazalo

16 Evropski sud, *Gäfgen protiv Njemačke*, predstavka broj 22978/05, 1. jun 2010. godine.

17 Evropski sud, *El Haski protiv Belgije*, predstavka broj 649/08, 25. septembar 2012. godine, stav 85.



na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti imaju ovlaštenja da posegnu za takvim mjerama [...]. U tom pogledu Sud je također naglasio potrebu za zaštitnim mjerama [...]. Konkretno, budući da sprovođenje mjera tajnog nadzora komunikacije u praksi ne može preispitati lice na koje se one odnose niti šira javnost, bilo bi suprotno vladavini prava da se zakonska diskrecija dodijeljena izvršnoj vlasti ili sudiji očituje u obliku neograničenih ovlaštenja. Posljedično, zakon mora dovoljno jasno propisivati obim takve diskrecije dodijeljene nadležnim tijelima, te način njenog ostvarivanja koji pojedincu jemči odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja [...].”

Evropski sud je također u svojoj praksi razvio sljedeće minimalne garancije koje trebaju biti propisane u zakonu kako bi se izbjegle zloupotrebe dodijeljenih ovlaštenja, a to su: priroda djela u odnosu na koja se može odrediti mjera presretanja; kategorije lica prema kojima se može odrediti mjera prisluškivanja telefona; vremensko ograničenje trajanja mjere prisluškivanja, procedura koja se mora slijediti za ispitivanje, korišćenje i pohranjivanje dobijenih podataka; mjere opreza koje se moraju preduzeti prilikom slanja podataka drugim stranama i okolnosti pod kojima snimci mogu ili moraju biti izbrisani ili trake uništene¹⁸.

Dakle, prema standardima Evropskog suda, domaći zakon mora biti dovoljno jasan i posebno precizan kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti mogu odrediti posebne istražne radnje.

U pogledu tajnih mjera nadziranja, stav da „zakon” mora da bude predvidiv Evropski sud je istakao i u predmetu *Amann protiv Švajcarske*¹⁹ u kojem se apelant, između ostalog, žalio na presretanje telefonskog poziva od javnog tužioca. U ovom slučaju Evropski sud je primijetio da je relevantno zakonodavstvo na koje se oslanjala Vlada i prema kojem će kancelarija javnog tužioca „obezbijediti informativnu i istražnu službu u interesu unutrašnje i spoljašnje bezbjednosti Konfederacije” bilo suviše široko definisano da bi zadovoljilo zahtjev „predvidivosti”. Sud je zaključio da miješanje nije bilo „u skladu sa zakonom”, te je utvrdio povredu člana 8 Evropske konvencije.

Kada je u pitanju kvalitet pravne norme u vezi s tajnim prisluškivanjem, u presudi *Roman Zakharov protiv Rusije*²⁰ Evropski sud je naveo sljedeće: „Sud je u nekoliko navrata potvrdio da pozivanje na ‘predvidivost’ u kontekstu presretanja komunikacija ne može biti isto kao i u mnogim drugim oblastima. Predvidivost u posebnom kontekstu tajnih mjera nadzora, kao što je presretanje komunikacija, ne može značiti da pojedinac treba biti u stanju da predvidi kada je vjerovatno da će vlasti presresti njegovu ili njezinu komunikaciju kako bi shodno tome mogao prilagoditi

18 Evropski sud, *Prado Bugallo protiv Španije*, predstavka broj 58496/00, 18. februar 2003. godine, stav 30.

19 Evropski sud, *Amann protiv Švajcarske*, predstavka broj 27798/95, 16. februar 2000. godine.

20 Evropski sud, *Roman Zakharov protiv Rusije*, predstavka broj 47143/06, 4. decembar 2015. godine, st. 229 i 230.



svoje ponašanje. Međutim, kada se ovlaštenja povjerena izvršnoj vlasti vrše u tajnosti, rizik od proizvoljnosti je naročito očigledan. Zbog toga je suštinski važno imati jasna, detaljna pravila o presretanju telefonskih razgovora, posebno jer dostupna tehnologija stalno postaje sve sofisticiranija. Domaće pravo mora biti dovoljno jasno da građanima dâ jasne naznake o okolnostima i uslovima pod kojima javne vlasti mogu posegnuti za takvim mjerama [...]. Štaviše, budući da predmetno lice ili javnost u cjelini u praksi ne mogu provjeravati sprovođenje mjera tajnog nadzora komunikacija, bilo bi protivno vladavini zakona da se izvršnoj vlasti ili sudiji dodijeli diskrecija koja je izražena u vidu neograničene moći. Prema tome, zakon mora dovoljno jasno da naznači obim svake takve diskrecije povjerene nadležnim organima i način njene primjene kako bi se pojedincu obezbijedila adekvatna zaštita od proizvoljnog miješanja [...].” U konačnici, Sud je zaključio da odredbe ruskog zakonodavstva kojima se uređuje pitanje prisluškivanja komunikacija ne sadrže dovoljne i djelotvorne garancije protiv proizvoljnosti i opasnosti od zloupotreba. Ti nedostaci pravnih okvira koje je Sud identifikovao ukazuju na to da postoji praksa proizvoljnog i nedopuštenog prisluškivanja zato što ruski zakoni ne zadovoljavaju zahtjev koji se postavlja u pogledu „kvaliteta zakona” i nisu kadri da ograniče primjenu metode prisluškivanja samo na one slučajeve u kojima je to „neophodno u demokratskom društvu”.

U predmetu *Kruslin protiv Francuske* Evropski sud se bavio francuskim pravom u odnosu na obim i način izvršenja diskrecije date javnim vlastima u pogledu prisluškivanja i drugih formi praćenja telefonskih razgovora. U ovom predmetu Evropski sud je istakao da sistem ne omogućava odgovarajuće garancije protiv različitih mogućih zloupotreba. Na primjer, kategorije lica koja mogu biti podvrgnuta mjerama prisluškivanja na osnovu sudskog naloga i prirode krivičnih djela koja mogu dati razlog za takav nalog nigdje nisu definisana. Sudije ništa ne obavezuje da odrede ograničenja za trajanje telefonskog prisluškivanja. Slično tome, neodređeni su postupci za sastavljanje skraćenih izvještaja o sadržini praćenih razgovora; mjere opreza s ciljem da se snimak sačuva nedirnut i u cijelosti kako bi ga eventualno preslušali sudija (koji teško da može provjeriti broj i dužinu originalnih traka na licu mjesta) i odbrana, te okolnosti u kojima se snimci mogu ili moraju izbrisati ili trake uništiti, naročito ondje gdje je optuženog oslobodio istražni sudija ili sud. Informacije koje je Vlada predočila o ovim stvarima u najboljem slučaju pokazuju postojanje prakse, ali prakse kojoj nedostaje neophodna normativna kontrola u odsutnosti zakona ili sudske prakse.²¹

Govoreći o mogućim zloupotrebama ponovno ćemo pomenuti presudu *Dragojević protiv Hrvatske* i naglasiti da je u tom predmetu Evropski sud utvrdio povredu prava iz člana 8 Evropske konvencije zaključivši da rješenja istražnog sudije kojima je dopušteno snimanje i nadziranje telefonskih razgovora podnosioca predstavke nisu

21 Evropski sud, *Kruslin protiv Francuske*, predstavka broj 11801/85, 24. april 1990. godine, stav 35.



bila dovoljno obrazložena jer uopšte nisu sadržavala obrazloženje zbog čega se ista svrha (prikupljanje dokaza) ne bi mogla ostvariti nekom blažom mjerom, iako to zahtijeva Zakon o krivičnom postupku. Također, Sud je primijetio i da situacija gdje zakon zahtijeva obrazloženje, a sudska praksa hrvatskih sudova dopušta mogućnost i da dozvola za nadzor i tehničko snimanje telefonskih razgovora uopšte ne bude obrazložena, otvara široku mogućnost zloupotrebe te tajne mjere.

Zaključna razmatranja

Praksa Evropskog suda u pogledu posebnih istražnih radnji, te u tom kontekstu korišćenja nezakonito pribavljenih dokaza i kvaliteta zakona, izuzetno je bogata. Međutim, ono što je zajedničko za tu cjelokupnu praksu jesu standardi i opšta načela koje je uspostavio Evropski sud i kojih bi se trebalo pridržavati.

Dobar zakon još uvijek nije sam po sebi dovoljan, niti je sam sebi svrha: da bi unutrašnje pravo bilo u skladu s vladavinom prava, državni organi moraju taj domaći zakon primjenjivati na takav način da zaista u praksi ostvare pravnu zaštitu.

U kontekstu posebnih istražnih radnji i pitanja prihvatljivosti i zakonitosti dokaza u svjetlu člana 6 Evropske konvencije bitno je voditi računa o sljedećima pitanjima: da li je postupak kao cjelina, uključujući i način na koji su dokazi pribavljeni, bio pravičan; prema stanovištu Evropskog suda, pri ocjeni da li je postupak kao cjelina bio pravičan također se mora imati u vidu da li su poštovana prava odbrane; da li je aplikantu bila data mogućnost da osporava zakonitost dokaza i da se protivi njegovom korišćenju, te da li se radilo o jedinom i odlučujućem dokazu.

Kada je riječ o pravima iz člana 8 Evropske konvencije u kontekstu posebnih istražnih radnji, neophodno je imati jasna, detaljna pravila o presretanju telefonskih razgovora, jasno naznačen obim diskrecije povjerene nadležnim organima, te garancije protiv zloupotrebe koje su primjerene i efikasne. Jako je naglašena potreba za zaštitnim mjerama, odnosno jasnim propisivanjem minimalnih mjera zaštite. Primjena trodijelnog testa (naveden u presudi *Dragojević*) također je jako bitna.

Svako miješanje u prava iz člana 8 Evropske konvencije mora biti zakonito. Zakonitost podrazumijeva postojanje pravne norme te kvalitet te norme. Kvalitet norme podrazumijeva da je ona dostupna, predvidiva i jasna. Prema standardima Evropskog suda, domaći zakon mora biti dovoljno jasan i posebno precizan kako bi se pojedincu jasno ukazalo na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti mogu odrediti posebne istražne radnje.



NAREDBA ZA PRETRESANJE I TAJNO PRAĆENJE

Presuda u predmetu

DRAGOJEVIĆ PROTIV HRVATSKE²²

15. januar 2015.

(predstavka br. 68955/11)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Ante Dragojević, hrvatski je državljanin koji je radio kao mornar za brodersku kompaniju sa sjedištem u Hrvatskoj.

Godine 2007. policija i Ured za suzbijanje korupcije i organizovanog kriminaliteta (USKOK) istraživali su navode o mogućem krijumčarenju narkotika između Latinske Amerike i Evrope velikim preookeanskim brodovima u kojem je učestvovalo nekoliko lica iz Hrvatske. Na osnovu jednog policijskog izvještaja, USKOK je u martu 2007. zatražio dozvolu za primjenu mjera tajnog nadzora i prisluškivanja telefonskih razgovora podnosioca predstavke i dobio je tu dozvolu.

U januaru 2009. podnosilac predstavke je uhapšen i pritvoren pod sumnjom da je krijumčario narkotike. U martu 2009. godine optužen je za krijumčarenje narkotika i pranje novca. Njegov advokat je zatražio od Županijskog suda u Dubrovniku da mu se omogući pristup audio-snimcima koji su dobijeni primjenom mjera tajnog nadzora i snimanja i taj zahtjev mu je ispunjen. Podnosilac predstavke je tada podnio prigovor na optužnicu pozivajući se na to da rezultati mjera tajnog nadzora ne upućuju na njegovu umiješanost u krivično djelo. Prigovor je odbačen kao neosnovan i Županijski sud je zaključio da postoje dovoljni osnovi sumnje da se pristupi suđenju.

Podnosilac predstavke je tada zatražio da rezultati mjera tajnog nadzora budu isključeni iz sudskih spisa kao nezakonito pribavljeni dokazi, pozivajući se na to da

²² Integralni tekst presude na hrvatskom jeziku dostupan je na internet stranici Ureda zastupnika Republike Hrvatske pred Europskim sudom za ljudska prava: <https://uredzastupnika.gov.hr/UserDocsImages//dokumenti/Presude%20i%20odluke//DRAGOJEVI%20C4%86,%20presuda-ispravak.pdf>.



rješenje o dopuštanju primjene tih mjera nije bilo u dovoljnoj mjeri obrazloženo, te je stoga bilo nezakonito prema unutrašnjem pravu. Predsjednik sudskog vijeća odbacio je taj zahtjev kao neosnovan. Tokom tog perioda istražni pritvor koji je određen podnosiocu predstavke više puta je produžavan.

U decembru 2009. Županijski sud u Dubrovniku je podnosioca predstavke proglasio krivim za krijumčarenje droge i pranje novca i osudio ga je na kaznu zatvora u trajanju od devet godina. Presuda je, između ostalog, bila zasnovana na iskazima svjedoka, dokazima koji su dobijeni prilikom mnogobrojnih pretraga i zapljena i na primjeni tajnih mjera nadzora. Osuđujuću presudu potvrdio je i Vrhovni sud u septembru 2010, a ustavna tužba koju je podnosilac predstavke podnio odbačena je u maju 2011.

2. Odluka Suda

Pozivajući se na član 8 Konvencije, podnosilac predstavke se žalio zbog primjene mjera tajnog nadzora i snimanja njegovih telefonskih razgovora. On se također žalio i po članu 6 st. 1 na nepravičnost postupka koji je vođen protiv njega, tvrdeći da suđenje nije bilo nepristrasno i da se tu radilo o nepravičnosti koja je bila prouzrokovana činjenicom da je njegova osuđujuća presuda bila zasnovana na dokazima pribavljenim primjenom nezakonitih mjera tajnog nadzora.

Član 8

Evropski sud je primijetio da nema spora oko toga da su prisluškivanje telefonskih razgovora podnosioca predstavke i tajni nadzor predstavljali zadiranje u njegova prava zajemčena članom 8. Po njegovom mišljenju, da bi zadiranje bilo „u skladu sa zakonom”, zakon o kojem je riječ mora da zadovolji određene kvalitativne zahtjeve: mora biti dostupan licu o kojem je riječ i njegove posljedice moraju biti predvidljive. Štaviše, predvidljivost u posebnom kontekstu mjera tajnog nadzora, poput presretanja komunikacija, ne može značiti da neko lice može biti u stanju da predvidi kada postoji vjerovatnoća da će vlasti presretati njegovu komunikaciju kako bi tome prilagodilo svoje ponašanje. Međutim, ukazavši na očiglednu opasnost od proizvoljnosti, Sud je smatrao da je nužno da postoje jasna, podrobna pravila o presretanju telefonskih razgovora, posebno jer raspoloživa tehnologija kontinuirano postaje sve sofisticiranija. Domaće pravo mora biti dovoljno jasno kako bi građanima adekvatno ukazalo na okolnosti i uslove u kojima su javne vlasti ovlašćene da pribjegu bilo kojoj od tih mjera. Sud je također konstatovao da u zakonu mora biti dovoljno jasno određen obim svakog diskrecionog ovlašćenja povjerenog nadležnim organima, kao i način na koji se ono vrši, kako bi lice imalo odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog zadiranja. Pored toga, kada je zakonodavstvom dozvoljen tajni nadzor, „kvalitet zakona” podrazumijeva da domaće pravo mora biti ne samo dostupno a njegova primjena predvidljiva, već se njime mora i obezbijediti da se mjere tajnog nadzora primjenjuju samo kada je to



„neophodno u demokratskom društvu”, konkretno – tako što će u njemu biti propisane odgovarajuće i djelotvorne mjere zaštite i garancije od zloupotreba.

Sud je ova načela primijenio na ovaj predmet i konstatovao da je ključno pitanje da li je sistem tajnog nadzora, na način na koji su ga sproveli hrvatski organi, pružao odgovarajuću zaštitu od zloupotreba. Primijetio je da je u domaćem pravu jasno propisano da je mjera tajnog nadzora u kontekstu krivičnog postupka zakonita ako ju je naložio istražni sudija na zahtjev državnog tužioca. Evropski sud je konstatovao da hrvatsko pravo zahtijeva da sudija koji donosi rješenje izda i pismenu izjavu u kojoj će navesti sve razloge za to što dozvoljava primjenu mjera tajnog nadzora. Na taj način je unutrašnje pravo pokušalo da obezbijedi da izdavanje dozvole za primjenu mjera tajnog nadzora bude u dovoljnoj mjeri temeljito i da se na osnovu njega može jasno dokazati da su ispunjeni uslovi za primjenu mjera tajnog nadzora. Posebno se zahtijeva da u obrazloženju bude ukazano na to da je primjena tajnih mjera neophodna i srazmjerna u datim okolnostima.

Evropski sud je naglasio da je neophodno detaljno navesti razloge kada se izdaje rješenje o primjeni mjera tajnog nadzora, budući da se na taj način jemči da postoji osnovan razlog za uvjerenost da je počinjeno krivično djelo koje je utvrđeno zakonom. Organ vlasti koji izdaje dozvolu za primjenu mjera tajnog nadzora mora tu dozvolu izdavati isključivo za slučajeve u kojima postoji činjenični osnov za sumnju da neko lice planira ili izvršava teško krivično djelo. Mjere tajnog nadzora treba da budu dozvoljene samo ukoliko nema izgleda da se nekim drugim metodom uspješno dokažu te činjenice ili ukoliko bi primjena nekog drugog metoda bila znatno teža. Na taj način se osigurava da se rješenje o dozvoljenoj primjeni mjera tajnog nadzora ne donosi proizvoljno, nepropisno ili da odluka o tome ne bude valjana i temeljno promišljena.

U slučaju ovog podnosioca predstavke, četiri rješenja o primjeni mjera tajnog nadzora koja je izdao istražni sudija Županijskog suda u Zagrebu u suštini su bila zasnovana na izjavi u kojoj je ukazano na to da postoji zahtjev USKOK-a za primjenu mjera tajnog nadzora. Pritom nisu navedene nikakve podrobnosti u vezi s konkretnim činjenicama iz slučaja ovog podnosioca predstavke, niti je na bilo koji način ukazano na specifične okolnosti koje upućuju na osnov sumnje da su ta krivična djela počinjena ili da se istraga ne može sprovesti ni na kakav drugi način.

Iako je to bilo suprotno zahtjevima relevantnog domaćeg prava i, u početku, praksi Ustavnog suda, čini se da je odobreno u praksi Vrhovnog suda, a potom i od strane Ustavnog suda. Konkretno, Vrhovni sud je smatrao da se nedovoljna obrazloženost rješenja o tajnom nadzoru, protivno Zakonu o kaznenom postupku, može nadomjestiti retroaktivnim navođenjem konkretnih razloga u vezi sa relevantnim pitanjima u kasnijoj fazi postupka, tako što će se od suda zahtijevati da iz spisa predmeta izuzme dokaze pribavljene na taj način. Ustavni sud je to očigledno prihvatio, jer je 2014. zauzeo stav da se u slučaju neobrazloženih rješenja o tajnom nadzoru, pod određenim



uslovima, razlozi mogu navesti u prvostepenoj presudi ili odluci u vezi sa zahtjevom o izuzimanju nezakonito pribavljenih dokaza.

Slijedi da su, iako je u Zakoniku o kaznenom postupku izričito propisana prethodna sudska kontrola i detaljno obrazloženje pri izdavanju rješenja o tajnom nadzoru, kako bi te mjere mogle da se sprovedu, nacionalni sudovi uveli mogućnost retroaktivnog opravdavanja njihove primjene, čak i kada zakonski uslov o prethodnoj sudskoj kontroli i detaljnom obrazloženju u rješenju nije poštovan. Ovakva je situacija neprihvatljiva u oblasti osjetljivoj poput sprovođenje tajnog nadzora, koji se shodno Konvenciji može tolerisati samo u mjeri u kojoj je to nužno da bi se zaštitile demokratske institucije. Ta situacija ukazuje na to da je praksa primjene zakona, koja sama po sebi nije dovoljno jasna, s obzirom na to da su postojala dva oprečna stava koja su usvojili Ustavni i Vrhovni sud, u suprotnosti sa jasno formulisanim tekstom zakona kojim se ograničava vršenje diskrecionih ovlašćenja vezanih za primjenu mjera tajnih nadzora povjerenih javnim vlastima.

Razmatrajući mogućnost podnosioca predstavke da ospori zakonitost mjera tajnog nadzora, Evropski sud je primijetio da su krivični sudovi ograničili svoju procjenu primjene tajnog nadzora na pitanja o tome da li se dokazi koji su na taj način pribavljeni mogu prihvatiti, bez ulaženja u suštinu navoda podnosioca predstavke o proizvoljnom miješanju u prava koja su mu zajemčena članom 8 Konvencije. Konačno, Vlada Republike Hrvatske nije dostavila informacije o pravnim lijekovima koji su na raspolaganju licu u položaju ovog podnosioca predstavke.

Iz svih tih razloga, utvrđeno je da je u ovom slučaju bio prekršen član 8.

Član 6

Evropski sud je jasno stavio do znanja da sama činjenica da je jedan od sudija koji je sjedio u Vijeću u isto vrijeme bio uključen u donošenje odluka o produženju istražnog pritvora za podnosioca predstavke ne otvara pitanje nepristrasnosti po Konvenciji.

Kada je riječ o upotrebi dokaza pribavljenih tajnim nadzorom, Evropski sud je primijetio da g. Dragojević nije osporio pouzdanost informacija dobijenih primjenom tih mjera, već je svoje primjedbe ograničio na formalnu upotrebu tih informacija u smislu dokaza u postupku. Budući da je podnosiocu predstavke bila pružena mogućnost da ospori autentičnost dokaza, kao i da to nije bio jedini dokaz na kome se temeljila osuđujuća presuda, Evropski sud je zaključio da nema ničeg što bi moglo poslužiti kao osnov za zaključak da njegova prava na odbranu nisu bila propisno poštovana.

Sljedstveno tome, Evropski sud je zaključio da nije bio prekršen član 6 st. 1.

Član 41

Evropski sud je presudio da Hrvatska treba da isplati 7.500 eura podnosiocu predstavke na ime nematerijalne štete i 2.160 eura na ime sudskih i ostalih troškova.



3. Komentar

Miješanje u pravo na poštovanje privatnog života može se opravdati na osnovu domaćeg zakona koji je kompatibilan s vladavinom prava. To znači da standardi koje nameće domaći zakon o kome je riječ moraju pružiti adekvatna i djelotvorna jamstva zaštite od proizvoljnog miješanja u prava pojedinca po osnovu člana 8. Međutim, dobar zakon još uvijek nije sam po sebi dovoljan, niti je sam sebi svrha: da bi unutrašnje pravo bilo u skladu s vladavinom prava, državni organi moraju taj domaći zakon primjenjivati na takav način da zaista u praksi ostvare pravnu zaštitu. Drugačije rečeno, ustanove domaćeg pravnog sistema moraju sprovesti u život zaštitu koju zakon pruža na zakonodavnom nivou. U tom kontekstu, posebno je važna uloga domaćih sudija. Ovaj slučaj se u suštini svodi na pitanje važnosti izričitog sudijskog obrazloženja za poštovanje i sprovođenje vladavine prava i zaštitu od kršenja prava na poštovanje privatnog života.

Sudijsko obrazloženje u ovom slučaju moglo je da bude dovoljno i razložno. Čini se da je Vrhovni sud Hrvatske tako i smatrao. Taj sud je saopštio da je to „jasno vidljivo iz činjenice da istražni sudija nije odbio da donese rješenja”. Evropski sud je, međutim, želio da vidi dodatne dokaze djelotvorne sudijske ocjene. On je smatrao da bi znatno detaljnije obrazloženo sudsko rješenje – ono kojim bi se obrazložila potreba i srazmjernost mjera nadzora za koje se tim rješenjem izdaje dozvola – bilo neophodno kako bi se dobilo jamstvo zaštite od proizvoljnog miješanja u privatni život.

Evropski sud je posebno strog kada je riječ o potrebi za odgovarajućim mehanizmima zaštite u tom kontekstu. To je vjerovatno djelimično uslovljeno time što se on u drugim jurisdikcijama susretao sa zabrinutošću zbog strogih uslova i procesa u vezi s rješenjima o primjeni sličnih mjera tajnog nadzora. Međutim, što je možda i važnije, na Evropski sud prije svega utiču razlozi srazmjernosti. On je u više navrata naglašavao da prisluškivanje telefonskih razgovora predstavlja teško miješanje u prava pojedinca. Sud smatra da je to miješanje u suštini toliko ozbiljno da ima potencijal da podrije, čak i da uništi, i samu demokratiju. Prema tome, Evropski sud dosljedno zastupa stanovište da prisluškivanje telefonskih razgovora može biti dozvoljeno samo ako postoje veoma ozbiljni razlozi i onda kada postoje odgovarajući mehanizmi zaštite.

U svjetlosti saopštenja Evropskog suda o ozbiljnosti prava po članu 8 o kojima se u ovom predmetu radilo, posebnu pažnju privlači činjenica da on u ovom predmetu (slijedeći pravac iz prethodnih predmeta) ne zaključuje kako dokazi pribavljeni prisluškivanjem telefonskih razgovora kojim je prekršen član 8 treba da budu proglašeni neprihvatljivima u postupku pred domaćim sudovima. Taj zaključak su same sudije Evropskog suda dovodile u pitanje u izdvojenim mišljenjima u prethodnim presudama. Tvrdilo se da prava po članu 8 postaju nedjelotvorna ako se državnim organima oduzme stvarni mehanizam odvratanja u pogledu nepropisne primjene tajnog nadzora. Međutim, u ovom slučaju, Evropski sud nije ispoljio nikakav znak promjene svog stava u vezi s pitanjem prihvatljivosti dokaza prikupljenih kršenjem člana 8.



Presuda u predmetu

LISICA PROTIV HRVATSKE

25. februar 2010.

(predstavka br. 20100/06)

1. Osnovne činjenice

Podnosioci predstavke, Zlatko Lisica i Meri Lisica, hrvatski su državljani, oboje rođeni 1978. godine, koji žive u Zadru, u Hrvatskoj.

U maju 2000. godine policija ih je uhapsila pod sumnjom da su opljačkali vozilo koje je pripadalo jednoj banci. Dok su se nalazili u pritvoru u prekrivičnom postupku, izvršeno je pretresanje ukradenog vozila marke *folksvagen* koje je policija našla na mjestu izvršenja krivičnog djela i vozila marke BMW koje je u vlasništvu jednog od dvoje podnosilaca predstavke. Prilikom pretresanja nisu bili prisutni ni podnosioci predstavke ni njihov pravni zastupnik. Poslije dva dana, protiv podnosilaca predstavke otvoren je krivični postupak, a sutradan je izvršeno novo pretresanje oba vozila na osnovu naredbe za pretresanje i u prisustvu branioca podnosilaca predstavke. U zapisniku s tog pretresanja između ostalog je navedeno da je u vozilu BMW, koje je bilo u vlasništvu podnosioca predstavke, pronađen plastični otisak automobilske brave.

Kako je advokat podnosilaca predstavke saznao iz nezvaničnih razgovora policajaca i kako je docnije ustanovljeno na sudu, u vozilo marke BMW, koje je zadržala policija, ušla su dvojica policajaca između spomenutih dva pretresanja kako bi uzeli uzorak tapacirunga za ispitivanje, a to su učinili bez naredbe za pretresanje i bez znanja i prisustva podnosilaca predstavke.

U septembru 2000. godine protiv ovo dvoje podnosilaca predstavke i još četiri druga lica pokrenut je krivični postupak. U februaru 2001. godine Županijski sud je podnosiocima predstavke proglasio krivim za pljačku banke i odredio im zatvorske kazne. Taj sud se, između ostalog, pozvao na posredne dokaze, odnosno indicije da je u vozilu marke BMW pronađen plastični otisak automobilske brave za koji se pretpostavlja da potiče od razbijene brave ukradenog kombija kojim je izvršena pljačka. Vrhovni sud je u maju 2002. godine odbacio žalbu podnosilaca predstavke i produžio im dosuđene kazne zatvora na šest godina i šest mjeseci, odnosno četiri godine i deset mjeseci.

2. Odluka Suda

Podnosioci predstavke su, pozivajući se na član 6 st. 1, podnijeli predstavku Sudu u Strazburu zbog toga što je način na koji su prikupljeni dokazi protiv njih u krivičnom postupku bio nepravičan.



Član 6 stav 1

Sud je ponovio da, iako nije njegova uloga da utvrđuje koji sve tipovi dokaza mogu biti prihvatljivi u jednom sudskom postupku, on mora dati odgovor na pitanje da li je postupak o kome je riječ u cjelini bio pravičan, uključujući tu i način na koji su prikupljeni dokazi.

Prvo, Sud je utvrdio da su prava na odbranu bila poštovana u tom smislu što su podnosioci predstavke mogli da ulože prigovor u vezi sa autentičnošću osporenih dokaza. Nacionalni sudovi su razmotrili taj prigovor i prihvatili izjavu policajaca da nisu podmetnuli sporni dokaz.

Nije, međutim, osporeno da su policajci ušli u vozilo bez ikakvih ovlašćenja. Zaista, tokom prvog pretresanja, izvršenog onog dana kada su podnosioci predstavke bili lišeni slobode, osporeni dokaz nije bio pronađen. Nacionalni sudovi su za to dali objašnjenje po kome je prvo pretresanje bilo površno i nedovoljno sa stanovišta jemstava pravičnog suđenja. Štaviše, minimalni zahtjev koji se postavlja prilikom pretresanja u krivičnoj istrazi jeste da se optuženome pruži odgovarajuća mogućnost da tom pretresanju prisustvuje. Po mišljenju Evropskog suda, postojale su sumnje u pogledu pouzdanosti nalaza posljednjeg pretresanja.

Sporni predmet nađen prilikom tog pretresa, plastični otisak automobilske brave, iako nije bio jedini dokaz na kome se temeljila okrivljujuća presuda, ipak je u odlučivanju nacionalnih sudova imao značajno mjesto. Iako nije zadatak Evropskog suda da procjenjuje da li bi podnosioci predstavke bili osuđeni i bez tog dokaza, jasno je da je on predstavljao jedinu neposrednu vezu između vozila u vlasništvu jednog od podnosilaca predstavke i vozila koje je korišćeno u pljački banke.

U zaključku, Sud je stao na stanovište da je u ovom slučaju bio prekršen član 6 st. 1.

Član 41

Sud je dosudio podnosiocima predstavke ukupni iznos od 2.000 eura na ime nematerijalne štete.

3. Komentar

Prvo što pada u oči u ovom slučaju jeste da je utvrđeno da se tu može primijeniti član 6, iako se konkretan incident na koji su se podnosioci predstavke žalili dogodio u „pretkrivičnom postupku”. Pravo na pravično suđenje odnosi se na svakoga protiv koga je podnijeta krivična optužba, a pojam „optužbe” je autonomni pojam po Konvenciji i on ne odgovara uvijek definiciji koja postoji u domaćem zakonodavstvu. U svakom slučaju, Sud je istakao da član 6 može biti relevantan i prije nego što počne sudski postupak u nekom predmetu, u onoj mjeri u kojoj postoje izgledi da pravičnost



suđenja bude ozbiljno ugrožena početnim propustom u pogledu poštovanja svih odredaba tog člana.

Evropski sud se u svojoj presudi pozvao na slučaj *Bikov protiv Rusije (Bykov)* (presuda Velikog vijeća od 10. marta 2009). U tom slučaju Sud je razmatrao situaciju u kojoj su vlasti inscenirale određene okolnosti, a onda upotrijebile skrivene prislušne uređaje da bi dobile priznanje od osumnjičenog. Sud je stao na stanovište da, prilikom utvrđivanja pravičnosti nekog postupka, mora se voditi računa o tome da li su bila poštovana njegova prava na odbranu i da li je podnosiocu predstavke bila pružena prilika da ospori dokaze, kao i način korišćenja tih dokaza. Pored toga, mora se uzeti u obzir i kvalitet dokaza, uključujući tu i utvrđivanje da li su okolnosti u kojima su dokazi pribavljeni bile takve da i u najmanjoj mjeri dovode u pitanje njihovu pouzdanost ili tačnost.

Sud je u ovom slučaju istakao da pridaje poseban značaj načinu na koji se postupa u krivičnim stvarima i utisku koji to postupanje ostavlja, jer nije bitno samo da se pravda izvrši, već je bitno i da se jasno vidi da je pravda izvršena. Ovdje se, naime, radi o povjerenju javnosti koje sudovi moraju uživati u jednom demokratskom društvu. Iako su podnosioci predstavke bili u prilici da ospore dokaz (prvi test iz slučaja *Bikov*), okolnosti su bile takve da su zaista ostavljale sumnju u pogledu pouzdanosti nalaza pretresanja izvršenog 27. maja, kada je pronađen plastični otisak brave iz vozila marke *folksvagen* (drugi test *Bikov*). Budući da se tu radilo o dokazu od presudnog značaja za izricanje presude podnosiocima predstavke, time je bilo prekršeno njihovo pravo na pravično suđenje.

Savjet Evrope ohrabruje zemlje članice da se postaraju da podnosioci predstavki koji su dobili strazburšku presudu o tome da je suđenje koje je protiv njih vođeno bilo nepravično zatraže reviziju postupka pred domaćim sudovima. Sud je primijetio da gospodin i gospođa *Lisica* imaju takvu mogućnost prema hrvatskom Zakoniku o krivičnom postupku. U izdvojenom ali saglasnom mišljenju, sudija Špilman (*Spielmann*) naveo je da je želio da Sud to uključi i u dispozitiv presude, kako bi Hrvatskoj ukazao da bi to bio najprimjereniji način da se ispravi kršenje Konvencije koje je bilo počinjeno. Sada će Komitet ministara biti dužan da nadzire izvršenje ove presude.



Presuda u predmetu LI DEJVIS PROTIV BELGIJE

28. juli 2009.
(predstavka br. 18704/05)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Li Martin Dejvis (*Lee Martin Davies*), britanski je državljanin rođen 1959. godine koji živi u Sitingbornu, u Ujedinjenom Kraljevstvu.

On je boravio u Belgiji 1998. godine kada su policajci ušli na privatno zemljište, bez naloga za pretresanje, i tu pronašli podnosioca predstavke i još jedno drugo lice, koje je tu bilo nastanjeno, kao i velike količine kanabisa. Na osnovu dokaza prikupljenih na taj način, g. Dejvis je optužen za ilegalni promet droga i zločinačko udruživanje. U prvom stepenu u maju 2001. godine oslobođen je zbog toga što su dokazi protiv njega nezakonito prikupljeni. Javni tužilac je uložio žalbu na odluku suda, tvrdeći da su policajci postupali u skladu sa belgijskim pravom, koje policajcima dozvoljava da u svakom trenutku uđu na „mjesto dostupna javnosti” i na „napuštenu nepokretnu imovinu”. Apelacioni sud u Gentu oglasio je krivim podnosioca predstavke u junu 2004. godine, uz obrazloženje da, iako je samo jedan dio policijskog pretresanja bio zakonit, to nije bilo na uštrb pravičnosti suđenja, sagledanog u cjelini.

Podnosilac predstavke je uložio žalbu iz proceduralnih razloga, ali je ona odbačena 16. novembra 2004. godine.

2. Odluka Suda

G. Dejvis je u predstavi, prije svega, naveo da je bio prekršen član 6 st. 1 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava, budući da su dokazi na osnovu kojih je on krivično gonjen bili nezakonito pribavljeni.

Član 6 stav 1

Pitanje prihvatljivosti dokaza prvenstveno je pitanje nacionalnog zakonodavstva. Uloga Suda ogleda se u tome da utvrdi da li je postupak u cjelini gledano bio pravičan, uključujući tu i način na koji su prikupljeni dokazi.

Apelacioni sud u Gentu ustanovio je da policijsko pretresanje nije bilo u potpunosti zakonito, ali da to nije uticalo na vrijednost prikupljenih dokaza, kao i da nije ustanovljeno kršenje prava na poštovanje privatnog života i doma.

Prilikom razmatranja da li je postupak, u cjelini gledano, bio pravičan, bilo je važno da se ustanovi da li su poštovana prava na odbranu i, prije svega, da li je podnosilac



predstavke imao mogućnost da ospori autentičnost nezakonito pribavljenih dokaza i da se usprotivi njihovom korišćenju. Kada je kvalitet dokaza veoma dobar i kada su oni prihvaćeni, nema sumnje da se potreba za pronalaženjem novih dokaza kojima bi ovi bili potkrijepljeni smanjuje. U slučaju g. Dejvisa, okolnosti u kojima su prikupljeni sporni dokazi nisu bacile ni najmanju sjenku sumnje na pouzdanost ili tačnost tih dokaza. Povrh toga, g. Dejvis je imao mogućnost da ospori dokaze na tri pravosudna nivoa, kao i da ospori njihovo korišćenje i zaključke koji su na osnovu njih izvedeni.

Iz tih razloga, može se zaključiti da su svojstva krivične optužbe protiv g. Dejvisa bila pravično ispitana, u skladu sa zahtjevima člana 6 st. 1, te da nije bila prekršena ta odredba Konvencije.

3. Komentar

Ovaj slučaj tiče se prihvatljivosti dokaza u sudskom procesu koji su nezakonito pribavljeni.

U svojoj pređašnjoj praksi, Evropski sud za ljudska prava pažljivo je pravio distinkciju između dokaza koji su pribavljeni protivno jednom od najosnovnijih prava, kao što je zabrana mučenja - čija primjena uvijek predstavlja kršenje člana 6 - i dokaza koji su, kao u ovom slučaju, pribavljeni bez poštovanja tehničkih zahtjeva nacionalnog zakonodavstva, što također predstavlja kršenje člana 8. Tako je u slučaju *Jaloh protiv Njemačke (Jalloh)* (presuda od 11. jula 2006) Veliko vijeće zaključilo da dokazi koji su pribavljeni mučenjem otvaraju ozbiljna pitanja u pogledu pravičnosti krivičnog postupka, čak i ako prihvatanje tih dokaza nije bilo odlučujući činilac za oglašavanje optuženog krivim. Nasuprot tome, u predmetu *Bikov protiv Rusije (Bykov)* (presuda od 10. marta 2009), Sud je ustanovio da je došlo do kršenja člana 8 (u pogledu nezakonitog snimanja razgovora koji je vodio podnosilac predstavke), ali to nije bilo kršenje člana 6, budući da Sud smatra da je postupak u cjelini bio pravičan, kao i da su prava na odbranu podnosioca predstavke bila poštovana.

Evropski sud i dalje, razmatrajući svaki slučaj pojedinačno, analizira pitanje prihvatljivosti nezakonito pribavljenih dokaza. U relevantne činioce koje Sud pritom uzima u obzir spada to da li su dokazi o kojima je riječ jedina ili ključna osnova na temelju koje je osuđujuća presuda izrečena i da li je podnosilac predstavke imao ili nije imao priliku da ospori prihvatljivost tih dokaza pred domaćim sudovima. Sud će se potom pozabaviti pitanjem da li je na podnosioca predstavke izvršen bilo kakav pritisak prilikom pribavljanja tih dokaza.



Presuda u predmetu**AMANN PROTIV ŠVAJCARSKE**

16. februar 2000.

(predstavka br. 27798/95)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Hermann Amann, državljanin Švajcarske, rođen je 1940. godine i živi u Švajcarskoj.

Ranih osamdesetih godina podnosilac predstavke, koji je poduzetnik, uveo je aparate za depilaciju u Švajcarsku, koje je oglašavao u magazinima. Jedna žena je 12. oktobra 1981. telefonirala podnosiocu predstavke iz bivše sovjetske ambasade u Bernu i naručila *Perma Tweez* aparat za depilaciju. Taj telefonski poziv je presretnut od strane Savezne kancelarije javnog tužioca, koja je zatim zahtijevala od obavještajne službe policije ciriškog kantona da sprovede istragu o podnosiocu predstavke.

Decembra 1981. kancelarija javnog tužioca je otvorila dosije o podnosiocu predstavke u svojoj kartoteci za nacionalnu bezbjednost, na osnovu izvještaja koji je podnijela ciriška policija. Konkretno, dosije je ukazivao na to da je podnosilac predstavke „identifikovan kao kontakt sa ruskom ambasadom” i da je poslovni čovjek. On je zaveden pod brojem (1 153 0 614), pri čemu je ta šifra značila „komunistička zemlja” (1), „Sovjetski Savez” (153), „uspostavljena špijunaža” (0) i „različiti kontakti sa Istočnim blokom” (614). Podnosilac predstavke je 1990. saznao za postojanje kartoteke koju drži kancelarija javnog tužioca i tražio da vidi svoj dosije. On je u septembru dobio fotokopiju, ali su u njoj dva pasusa bila precrtana.

Nakon uzaludnog pokušaja da otkrije sadržaj precrtanih pasusa, podnosilac predstavke je pokrenuo upravni spor pred Saveznim sudom zahtijevajući, između ostalog, 5.000 švajcarskih franaka kao nadoknadu zbog nezakonitog zavođenja njegovih ličnih podataka u kartoteci koju drži kancelarija javnog tužioca. U presudi od 14. septembra 1994. godine, koja je uručena 25. januara 1995, Savezni sud je odbacio njegov zahtjev na temelju činjenice da podnosilac predstavke nije pretrpio nikakvu ozbiljnu povredu svojih ličnih prava.

2. Odluka Suda**Žalbe**

Podnosilac predstavke se žalio da je presretanje telefonskog poziva 12. oktobra 1981. godine, otvaranje dosijea o njemu od strane kancelarije javnog tužioca i zavođenje tog dosijea u kartoteci Konfederacije povrijedilo član 8 Evropske konvencije o ljudskim



pravima. On se također žalio da nije imao djelotvorni pravni lijek u okviru značenja člana 13 Konvencije da dobije obeštećenje za navodne povrede.

Član 8

(a) u pogledu telefonskog poziva

Sud je smatrao da je presretanje telefonskog poziva od 12. oktobra 1981. godine od strane kancelarije javnog tužioca predstavljalo miješanje u pravo podnosioca predstavke na poštovanje privatnog života i prepiske. Takvo miješanje bi povrijedilo član 8 Konvencije, osim ako je bilo „u skladu sa zakonom”, težilo jednom cilju ili više opravdanih ciljeva, na koje se poziva u stavu 2 te odredbe i, uz to, bilo nužno u demokratskom društvu radi postizanja tih ciljeva.

Pri rješavanju pitanja zakonitosti, Sud je morao da ispita da li je nametnuta mjera imala zakonsku osnovu u domaćem pravu i da li je zakonska odredba bila dostupna i predvidiva za lice na koje se odnosi. Odredba je „predvidiva” ako je formulisana sa dovoljnom preciznošću da omogući bilo kom pojedincu – ako postoji potreba i sa odgovarajućom pravnom pomoći – da prilagodi svoje ponašanje. U pogledu tajnih mjera nadgledanja, Sud je ponovio da „zakon” mora da bude naročito detaljan. Sud je primijetio da su u ovom slučaju član 1 Dekreta Saveznog savjeta od 29. aprila 1958. godine o policijskoj službi kancelarije javnog tužioca i član 17 (3) Saveznog zakona o krivičnom postupku (FCPA), na koje se oslanjala Vlada i prema kojim će kancelarija javnog tužioca „obezbijediti informativnu i istražnu službu u interesu unutrašnje i spoljašnje sigurnosti Konfederacije”, bili suviše široko definisani da bi zadovoljili zahtjev „predvidljivosti”. U pogledu člana 66 i nadalje Saveznog zakona o krivičnom postupku, koji su regulisali nadgledanje telefonskih komunikacija, Vlada nije bila u stanju da dokaže da su uslovi primjene tih odredbi bili poštovani.

Sud je zaključio da miješanje nije bilo „u skladu sa zakonom”. Prema tome, došlo je do povrede člana 8 Konvencije.

(b) u pogledu dosijea

Sud je kao prvo izjavio da držanje podataka, koji se odnose na „privatni život” pojedinca, spada u okvire primjene člana 8 st. 1 Konvencije. U ovom slučaju je Sud primijetio da je otvoren dosije o podnosiocu predstavke u kome je unijeto, između ostalog, da je on poslovni čovjek i ima „kontakt sa ruskom ambasadom”. Sud je ponovio da je registrovanje podataka koji se odnose na pojedinca od strane javne vlasti predstavljalo samo po sebi miješanje u okviru značenja člana 8 Konvencije. Kasnija upotreba registrovanih podataka nije imala uticaja na taj zaključak i nije bilo na Sudu da razmatra da li su sakupljene informacije bile osjetljive ili ne i da li je lice na koje se to odnosi imalo bilo kakvih neugodnosti.



Takvo miješanje bi povrijedilo član 8 Konvencije, osim ako je bilo „u skladu sa zakonom”, težilo jednom ili više opravdanih ciljeva, na koje se poziva u stavu 2 te odredbe, i bilo, uz to, nužno u demokratskom društvu radi postizanja tih ciljeva. Sud je primijetio da, u ovom slučaju, zakonske odredbe na koje se oslanjala Vlada, naročito Dekret Saveznog savjeta od 29. aprila 1958. godine o policijskoj službi savezne kancelarije javnog tužioca, Savezni zakon o krivičnom postupku i Uputstva Saveznog savjeta od 16. marta 1981. godine, primjenljive na obradu ličnih podataka u saveznoj administraciji, nisu sadržale određene i detaljne odredbe o prikupljanju, bilježenju i držanju informacija. On je također istakao da domaće pravo, naročito član 66 FCPA, izričito predviđa da dokumenti koji nisu više „neophodni” ili su „izgubili svrhu” moraju biti uništeni. Vlasti su propustile da unište podatke koje su sakupile o podnosiocu predstavke, nakon što je postalo očigledno, kako je Savezni sud istakao u svojoj presudi od 14. septembra 1994. godine, da nije pripremano nikakvo krivično djelo.

Član 13

Evropski sud za ljudska prava je primijetio da je u ovom slučaju podnosilac predstavke bio u stanju da vidi svoj dosije čim je to zahtijevao 1990. godine. On je također primijetio da se podnosilac predstavke žalio u upravnom sporu pred Saveznim sudom da nije postojala zakonska osnova za presretanje njegovog telefonskog poziva i otvaranje njegovog dosijea i, kao drugo, da nije imao nikakav djelotvoran pravni lijek protiv tih mjera. U vezi sa tim Sud je ponovio da je Savezni sud imao nadležnost da odlučuje o tim žalbama i da ih je dužno ispitao.

Evropski sud je zaključio da je podnosilac predstavke stoga imao djelotvoran pravni lijek po švajcarskom zakonu, pa, prema tome, nije došlo do povrede člana 13 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Član 41

Sud je odlučio da je nematerijalna šteta nadoknađena na odgovarajući način samim utvrđivanjem povrede člana 8 Konvencije.

Sud je smatrao da je zahtjev na ime troškova postupka razuman i da treba da bude odobren u potpunosti (7.082,15 švajcarskih franaka).

3. Komentar

Sud je uvijek bio oprezan pri zaštiti pojedinaca od neovlašćenog policijskog nadzora od strane države, primjećujući da je ovo oblast gdje zakon treba da bude dovoljno precizan da ukaže jasno na obim i uslove upotrebe ove moći. Jedan od vodećih slučajeva na ovom polju, *Leander protiv Švedske*, iz 1987. godine, bio je predmet prilične rasprave, pošto su postojale sugestije da švedska Vlada Sudu nije otkrila sve okolnosti u vezi sa slučajem g. Leandera.



Presuda Suda pravde Evropske unije u predmetu FRANTIŠEK RYNEŠ PROTIV KANCELARIJE ZA ZAŠTITU PODATAKA O LIČNOSTI

11. decembar 2014.
(slučaj br. C212/13)

Uvod za Sud pravde Evropske unije

Prije Lisabonskog ugovora, sudove Zajednice činili su Sud pravde (ECJ), Prvostepeni sud (Sud prve instance – CFI) i sudski kolegijumi (*panels*). Ta nomenklatura je promijenjena Lisabonskim ugovorom. Izraz „Sud pravde Evropske unije” obuhvata ECJ, Opšti sud (koji je nasljednik Prvostepenog suda) i specijalizovane sudove (što je novi naziv za sudske kolegijume). Sud izriče presude u slučajevima koji se pred njega iznesu. Postoji pet najčešćih vrsta slučajeva: zahtjevi za prethodnu odluku (kao u slučaju koji slijedi), postupci koji se vode zbog propusta u pogledu ispunjenja neke obaveze (protiv vlada EU zbog neprimjenjivanja prava EU), postupci za poništenje (protiv zakona EU za koje se smatra da krše ugovore EU ili osnovna prava), postupci zbog propusta da se nešto učini (koji se vode protiv institucija EU zbog toga što nisu donijele odluke koje su od njih tražene) i neposredne tužbe.

Postupak donošenja prethodne odluke

Domaći sudovi u svakoj zemlji članici EU odgovorni su za to da obezbijede da se u toj zemlji valjano primjenjuje pravo EU. Kako bi se izbjegla opasnost da sudovi u različitim zemljama možda različito tumače pravo EU, članom 267 TFEU (Ugovor o funkcionisanju Evropske unije) predviđen je „postupak donošenja prethodne odluke”, koji omogućuje domaćem sudu da, ako je u nedoumici, zatraži tumačenje ili mišljenje o validnosti nekog zakona EU. Prethodna odluka u slučaju *Ryneš protiv Úřad pro ochranu osobních údajů (Kancelarija za zaštitu podataka o ličnosti)* (C-212/213) (u daljem tekstu *Ryneš*) odnosi se na zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Vrhovni upravi sud Češke u vezi s tumačenjem člana 3 st. 2 Direktive o zaštiti podataka 95/46/EC o primjenljivosti domaćih izuzetaka na odredbe kojima se jemče privatnost i zaštita podataka o ličnosti.

1. Osnovne činjenice

G. Frederik Ryneš, državljanin Češke, postavio je na svoju kuću sistem nadzornih kamera i koristio ga u cilju zaštite svoje porodice i imovine. Kamera je bila smještena ispod strehe njegove kuće i snimala je ne samo ulaz u tu kuću već i javni put i susjednu kuću koja se nalazila preko puta, na drugoj strani ulice. G. Ryneš je kameru postavio u oktobru 2007. zato što su u nekoliko navrata nepoznata lica napala njegovu porodicu i oštetila njegovu kuću. Dvojica napadača su 6. oktobra 2007. razbila prozor na kući g.



Ryneša i tom prilikom ih je snimila nadzorna kamera. G. Ryneš je video-snimak predao policiji, koja je na osnovu tog snimka identifikovala dvojicu osumnjičenih i podnijela krivičnu prijavu protiv njih. Dana 4. avgusta 2008, postupajući po zahtjevu jednog od osumnjičenih, Češka kancelarija za zaštitu podataka o ličnosti stala je na stanovište da je g. Ryneš svojim sistemom nadzornih kamera prekršio Direktivu o zaštiti podataka o ličnosti zato što je snimao podatke o ličnosti na ulici ili pred susjednom kućom bez pristanka snimljenih lica.

G. Ryneš je osporio tu odluku pred Gradskim sudom u Pragu tvrdeći da nadzorni snimak predstavlja izuzetak od Direktive po osnovu člana 3 st. 2, kojim su utvrđeni domaći izuzeci, ali je taj njegov prigovor odbačen. U žalbenom postupku, Vrhovni upravni sud Češke je uputio zahtjev za prethodnu odluku Sudu pravde u vezi sa sljedećim pitanjem: da li korišćenje sistema nadzornih kamera instaliranih na porodičnoj kući radi zaštite imovine, zdravlja i života vlasnika kuće može biti obuhvaćeno obradom podataka o ličnosti koju sprovodi „fizičko lice tokom aktivnosti koje su isključivo lične ili domaće prirode” u smislu člana 3 st. 2 Direktive 95/46/EC, čak i ako takav sistem kamera nadzire i javni prostor?

2. Odluka Suda pravde

U skladu sa svojim nedavnim odlukama donijetim u slučajevima *Digital Rights Ireland* i *Google Spain*, Sud pravde EU je tumačio Direktivu o zaštiti podataka o ličnosti kao propis kojim se pruža široka zaštita onima na koje se odnosi snimanje podataka. Sud pravde EU je zaključio da podaci o ličnosti prikupljeni u javnom prostoru pomoću kućnog sistema za nadzor ne spadaju u izuzetke po osnovu lične ili domaće aktivnosti, pa stoga podliježe Direktivi o zaštiti podataka o ličnosti. U svom relevantnom dijelu član 3 st. 2 Direktive o zaštiti podataka o ličnosti utvrđuje kao izuzetak „obradu podataka o ličnosti koju sprovodi fizičko lice tokom aktivnosti čija je priroda isključivo lična ili domaća”. Češka Republika ima gotovo identičan zakon – Zakon br. 101/2000. Sud pravde EU je usko tumačio taj domaći izuzetak i zaključio da se izuzetak primjenjuje samo na aktivnost koja je *isključivo* lične prirode. Iz tih razloga, Sud pravde EU je zaključio da taj video-zapis nije bio isključivo lične prirode jer se na snimku vidio i javni put i susjedna kuća.

U presudi Suda pravde EU također se ističe, u nešto apstraktnijem vidu, da osnovno pravo na zaštitu privatnog života i podataka o ličnosti preteže nad zakonitim interesima g. Ryneša da zaštiti svoj dom. Opšti pravobranilac Jääskinen je u svome mišljenju još jednom potvrdio tu presudu i naglasio da su odlučujući u donošenju odluke bili pravo na privatni život i potreba za obezbjeđivanjem djelotvornosti Direktive. Mišljenjem opšteg pravobranioaca dodatno je prošireno rezonovanje Suda pravde EU tako što je u njemu istaknuto da se Direktiva primjenjuje kako na javne vlasti, tako i na individualne građane, ali nisu uzete u obzir posljedice te odluke na obradu podataka pomoću mobilnih telefona i drugih oblika medija koji imaju sposobnost snimanja.



3. Komentar

Presuda Suda pravde EU u slučaju *Ryneš* nije značajna samo zbog toga što još jednom potvrđuje načela privatnosti i zaštite podataka koja su utvrđena u slučajevima *Digital Rights Ireland* i *Google Spain* već i zbog svoje potencijalno ekspanzivne primjene. Sudska praksa Suda pravde EU odavno priznaje pravo na privatni život i zaštitu podataka, kao što to čini i Povelja EU o osnovnim pravima, otkako je na temelju Lisabonskog ugovora stupila na snagu. Kada se primjenjuje postupak donošenja prethodne odluke – kao što je ovdje slučaj – Sud pravde EU, za razliku od Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava, ne odlučuje o meritumu nekog slučaja, već samo razjašnjava primjenljivo pravo EU i potom vraća slučaj nacionalnim sudovima radi donošenja odluke o meritumu. Tu se pred Sudom pravde EU postavljalo samo pitanje da li je „izuzetak domaće prirode” u Direktivi primjenljiv na činjenice i okolnosti date situacije. O tome da li je bilo ili nije bilo povrede Direktive treba da odluče domaći sudovi.

Sud pravde EU se prvi put pozabavio obimom i primjenljivošću izuzetka domaće prirode u slučaju *Lindqvist* (C-101/01), kada je stao na stanovište da izuzetak domaće prirode nije primjenljiv na onlajn postavljanje podataka o ličnosti na blog. U tom slučaju je opšti pravobranilac Tizzano predložio da lični dnevnik spada u domen izuzetka, dok onlajn dnevnik koji se iznosi pred javnost ne spada u domen izuzetka. Na osnovu istog rezonovanja, opšti pravobranilac Jääskinen je primijetio da je izuzetak ograničen samo na aktivnosti koje su *isključivo* privatne i povjerljive. Zato snimanje ili nadzor javnog prostora i susjedne kuće nije isključivo domaće prirode. Međutim, takvo rezonovanje Suda pravde EU zapravo samo otvara pitanje šta je to što je isključivo privatno i povjerljivo kao domaći izuzetak od Direktive. Štaviše, kako sugerišu odluke u slučajevima *Lindqvist*, *Google Spain*, a sada i *Ryneš*, to neprestano sužavanje tumačenja domaćeg izuzetka jednog dana može dovesti do toga da se sam izuzetak sasvim obesnaži, pa se tako dovode u pitanje i ostali izuzeci po osnovu te direktive.

Sud pravde EU se, međutim, pozabavio alternativnim testom ravnoteže koji je izražen u članu 7 t. f Direktive, kojim se dopušta da se razmotre zakoniti interesi nadzornika, uključujući interese zaštite života, zdravlja i imovine. Takav pristup je i promišljeniji kada je riječ o granicama zaštite privatnosti i u većoj mjeri vodi računa o individualnim činjenicama i okolnostima nekog slučaja. Reafirmacija tog pristupa u presudi Suda pravde EU ukazuje na korisnu ulogu koju test ravnoteže može imati za stvaranje korpusa zakona koji će biti temeljniji i primjeren okolnostima.

Ova presuda predstavlja korak dalje u široko zasnovanom stanovištu Suda pravde EU kada je riječ o nadzoru i privatnosti. U slučaju *Digital Rights Ireland*, Sud pravde je poništio Direktivu o zadržavanju podataka kada je stao na stanovište da masovno zadržavanje podataka i nadzor i praćenje predstavljaju miješanje u privatnost, što je povreda Povelje EU o osnovnim pravima. Donoseći tu presudu Sud pravde je odmjerio srazmjernost cilja EU u pogledu nadzora i praćenja u odnosu na kršenje prava javnosti



na privatnost i zaštitu podataka i zauzeo stav da je Direktiva nesrazmjerna takvoj povredi. U skladu s tom odlukom, Sud pravde je u slučaju *Google Spain* stao na stanovište da građani EU imaju pravo po osnovu Direktive da ospore to što internet pretraživači objavljuju ili distribuiraju privatne informacije o njima na internetu. Saglasno testu srazmjernosti, Sud pravde je istakao „pravo svakoga da bude zaboravljen” i potvrdio je pravo javnosti da zahtijeva da se obrišu onlajn podaci o ličnosti uprkos tome što je time ometeno pravo kompanije *Google* na slobodu izražavanja.

U praksi Evropskog suda za ljudska prava postoji svega nekoliko slučajeva o tajnom nadzoru nedržavnih organa i lica i svi ti slučajevi su iz vremena prije donošenja Direktive. U slučaju *Köpke protiv Njemačke* kasirka na odjeljenju za prodaju pića u supermarketu bila je izložena tajnom video-nadzoru jer se sumnjalo da krade. Evropski sud je ustanovio da obaveze države nisu nalagale da se utvrdi konkretan zakonodavni okvir jer su njemački sudovi odmjerili konkurentne interese prava zaposlene na zaštitu privatnosti i imovinskih prava vlasnika prodavnice. Evropski sud je ukazao na to da konkurentni interes u budućnosti može poprimiti drugačiju težinu i značaj zbog razmjera u kojima se razvijaju nove tehnologije kojima je omogućeno zadiranje u privatni život.

U slučaju *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (policijske kamere za nadzor na ulici), Evropski sud je ustanovio da nadzor dešavanja na nekom javnom mjestu pomoću sistema za video-nadzor sam po sebi ne otvara pitanje miješanja, ali zato snimanje i potonje korišćenje tih podataka predstavlja miješanje.

Presuda u predmetu

IODDACHI I OSTALI PROTIV MOLDAVIJE

10. februar 2009.

(predstavka br. 25198/02)

1. Osnovne činjenice

Predstavku je podnijelo pet državljana Moldavije rođenih između 1961. i 1980. godine; svi oni žive u Kišinjevu. Pripadnici su nevladine organizacije *Pravnici za ljudska prava* sa sjedištem u Kišinjevu, koja je specijalizovana za zastupanje podnosilaca predstavki pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Podnosioci predstavke smatraju da su, s obzirom na zakone koji su trenutno na snazi, izloženi ozbiljnom riziku da njihove telefonske komunikacije budu prisluškivane budući da su, time što su zastupali mnogobrojne slučajeve pred Evropskim sudom za ljudska prava u procesima protiv Moldavije u kojima je ustanovljeno da je Konvencija za zaštitu ljudskih prava prekršena, prouzrokovali ozbiljan finansijski gubitak i štetu imidžu Vlade Moldavije.



Na zahtjev podnosioca predstavke, Vrhovni sud im je dostavio statistike u vezi sa brojem zahtjeva za presretanje razgovora koje su podnijeli istražni organi a sudije ih odobrile. Iz tih statističkih podataka vidi se da je samo u 2007. godini odobreno 99,24 posto svih zahtjeva za odobrenje prisluškivanja.

2. Odluka Suda

Pozivajući se na članove 8 i 13 Konvencije, podnosioci predstavke navode da su, s obzirom na zakone koji su trenutno na snazi, oni izloženi ozbiljnoj opasnosti da njihovi telefonski razgovori budu prisluškivani, zbog toga što zastupaju slučajeve pred Evropskim sudom za ljudska prava.

Član 8

Sud je prvo primijetio da, što se tiče početne faze postupka za praćenje telefonskih komunikacija, relevantni zakonski propisi ne definišu jasno prirodu krivičnih djela za koja je moguće tražiti presretanje, niti definišu kategoriju lica koja mogu podlijegati mjeri prisluškivanja. Drugo, zakon ne propisuje jasan rok naloga za prisluškivanje i nije dovoljno očigledno šta je to što predstavlja razumnu sumnju kojom se može opravdati presretanje telefonskih razgovora.

Kada je riječ o drugoj fazi sistema prisluškivanja, onoj kada stvarno dođe do presretanja telefonskih razgovora, Sud je uočio da istražni sudija ima prilično ograničenu ulogu, pored toga, ne postoje jasna pravila o tome kako će se obavljati snimanje, pohranjivanje i uništavanje podataka prikupljenih na osnovu tajnog nadzora.

U svjetlu činjenice da su moldavski sudovi odobrili praktično sve zahtjeve za presretanje koje je tužilaštvo podnijelo tokom 2007. godine, Sud je zaključio da je sistem tajnog praćenja telefonskih razgovora u velikoj mjeri pretjerano korišćen. Iz tih razloga, Sud je zaključio da zakon koji je na snazi ne pruža zaštitu od zloupotrebe državne vlasti, čime je prekršen član 8.

Član 13

Ističući da se Konvencija ne može tumačiti kao instrument koji traži opšti pravni lijek od aktuelnog stanja unutrašnjeg zakonodavstva, Sud je ustanovio da nije došlo do kršenja ovog člana.

Član 41

Sud je podnosiocima predstavke dosudio 3.500 eura, zajedno, na ime sudskih i ostalih troškova.



3. Komentar

Tajno praćenje je upravo to – ono je po svojoj prirodi tajno. Da nije tako, ne bi bilo korisno i konstruktivno sredstvo u rukama policije i drugih državnih organa u borbi protiv raznih vidova kriminala, od kojih mnogi postaju takvi da ih je sve teže kontrolisati. Međutim, to isto tako ima za posljedicu da praćenje, odnosno presretanje postane sredstvo koje podliježe zloupotrebi, ili barem pretjeranoj upotrebi. Kada vas neko slika i kada prisluškuje vaše telefonske razgovore, to predstavlja ozbiljno miješanje u vaše pravo na poštovanje privatnog života i mora biti praćeno jednim brojem jamstava koja se primjenjuju u demokratskom društvu.

Kao što je Sud konstatovao u svojoj ranijoj praksi, kada država koristi tajni nadzor i ta činjenica ostane nepoznata licima koja su na taj način kontrolisana, posljedica je to što takav nadzor ne može biti predmet tužbe, pa se član 8 svodi na „ništavost”. Umjesto toga, u takvim situacijama Sud će razmotriti da li su podnosioci predstavke o kojima je riječ potencijalno pogođeni takvom mjerom i, ako jesu, smatraće ih „žrtvama” u smislu tužbi Sudu.

Upravo je to bila situacija u ovom slučaju, pa je, budući da nacionalno zakonodavstvo o kome je riječ nije bilo dovoljno jasno i da ono ne daje dovoljna jamstva protiv zloupotreba, ustanovljeno da se ovdje radilo o kršenju člana 8 Konvencije.

Presuda u predmetu

GILAN I KVINTON PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

12. januar 2010.

(predstavka br. 4158/05)

1. Osnovne činjenice

Podnosioci predstavke, Kevin Gilan (*Kevin Gillan*) i Peni Kvinton (*Pennie Quinton*), državljani su Velike Britanije; on je rođen 1977, a ona 1971. godine. Oboje žive u Londonu.

Podnosiocima predstavke policija je zaustavila i pretresla u septembru 2003. godine na osnovu članova 44–47 Zakona o terorizmu iz 2000. godine. Njih dvoje su tada išli na demonstracije koje su se održavale u blizini sajma oružja u Doklendsu, u istočnom dijelu Londona. G. Gilan se vozio na biciklu i nosio je ruksak kada su ga zaustavila i pretresla dvojica policajaca. Gđicu Kvinton, novinarku, zaustavio je i pretresao jedan policajac i naredio joj da prestane da snima, uprkos tome što je pokazala svoju novinarsku legitimaciju.



Na osnovu Zakona iz 2000. godine policajac koji ima viši čin može, ako smatra da je to „cjelishodno za sprječavanje terorističkih akata” da izda ovlašćenje kojim će svakom uniformisanom policajcu u određenoj jasno definisanoj geografskoj oblasti dozvoliti da zaustavi svako lice i pretrese ga, kao i da pretrese sve što to lice nosi sa sobom. To ovlašćenje mora potvrditi državni sekretar u roku od 48 sati. Pretres može biti izvršen bez obzira na to da li policajac o kome je riječ ima osnovu za sumnju, ali se to odnosi samo na one predmete koji se mogu upotrijebiti u vezi s terorizmom.

Žalbe i potonji prigovori podnosioca predstavke u vezi sa slučajevima u kojima su bili zaustavljeni i pretreseni bili su odbačeni. Dom lordova je zauzeo stanovište da se opravdano postavlja pitanje da li se uopšte za jedno površno pretresanje nekog lica može reći da predstavlja izraz odsustva poštovanja za privatni život, što znači da je pitanje može li se tu uopšte pozvati na član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda. Čak i ako bi se primijenio član 8, ovaj postupak je bio u skladu sa zakonom i ovakva primjena sile koja je u skladu sa propisima ne bi se mogla smatrati drugačijom nego srazmjernom, s obzirom na to da je primijenjena radi suprotstavljanja velikoj opasnosti koju predstavlja terorizam.

2. Odluka Suda

Podnosioci predstavke naveli su da je primjena člana 44 (Zakona o terorizmu), kojim je policajcima bilo dozvoljeno da zaustave i pretresu svakog od njih, predstavljala kršenje njihovih prava sa stanovišta članova 5, 8, 10 i 11 Konvencije.

Član 8

Primjena ovlašćenja koja dopuštaju prinudu na osnovu Zakona o terorizmu kako bi se pojedinac primorao da se podvrgne detaljnom pretresanju tijela, odjeće i ličnih stvari predstavlja jasno miješanje u pravo na poštovanje privatnog života. Javna priroda takvog pretresanja, uz nelagodu koju izaziva to što se lični podaci izlažu pogledima javnosti, može u nekim slučajevima čak i dodatno pogoršati to miješanje, zbog elementa poniženja i neugodnosti.

Razmatrajući da li je to miješanje bilo u skladu sa zakonom, Evropski sud je primijetio da u fazi izdavanja ovlašćenja nije postojao zahtjev da na taj način prenijeto pravo na zaustavljanje i obavljanje pretresanja bude „neophodno”, nego samo „cjelishodno”. Takvo ovlašćenje podliježe potvrdi državnog sekretara u roku od 48 sati, ali pritom, međutim, nije moguće promijeniti navedeno geografsko područje. Osim toga, iako državni sekretar može odbiti da izda potvrdu ili da zamijeni navedeni rok kraćim, u praksi se to nikada nije dogodilo.

Dodatnu mjeru bezbjednosti i zaštite pružao je Nezavisni revizor, koji je imenovan po osnovu Zakona iz 2000. godine. Međutim, njegova ovlašćenja svodila su se na



podnošenje izvještaja o opštoj primjeni zakonskih odredaba i on nije imao pravo da stavi van snage ili da mijenja izdata ovlaštenja, iako je neprestano izražavao stanovište da očekuje da se član 44 manje koristi.

Širina diskrecionih ovlaštenja koja su na ovaj način davana policajcu-pojedincu također je predstavljala razlog za zabrinutost, budući da je odluka policajca da zaustavi i pretrese neko lice bila utemeljena isključivo na njegovoj ili njenoj „slutnji” ili „profesionalnoj intuiciji”.

Statistički dokazi jasno pokazuju da su razmjere u kojima su se policajci odlučivali da pribjegu ovlaštenju da zaustave i pretresu na osnovu člana 44 bile šokantne, i to pokazuje da je očigledno postojao rizik od proizvoljnosti kod davanja tako širokih diskrecionih prava policajcima. Iako se u ovom slučaju nije radilo o podnosiocima predstavke crne boje kože, niti pak o ljudima azijskog etničkog porijekla, opasnost od diskriminatorne primjene tih ovlaštenja protiv takvih lica bila je sasvim realna zato što statistički podaci pokazuju da je nesrazmjerno veliki broj crnaca i Azijaca nad kojima su ta ovlaštenja primijenjena. Pored toga, postojala je opasnost da tako široko postavljena ovlaštenja budu zloupotrijebljena protiv demonstranata i raznih drugih učesnika protesta, čime bi bili prekršeni članovi 10 i 11 Konvencije.

Iako su prava stečena na osnovu ovlaštenja i potvrde koju daje policajac višeg čina odnosno državni sekretar podlijegala sudskoj reviziji, širina diskrecionih ovlaštenja o kojima se ovdje radilo bila je takva da su podnosioci predstavke bili suočeni sa zaista velikim preprekama kada su nastojali da dokažu da je svako takvo ovlaštenje i potvrda predstavljalo zloupotrebu prava, odnosno zloupotrebu službenih ovlaštenja.

Iz tih razloga, Evropski sud je zaključio da ovakvo izdavanje ovlaštenja i potvrda tih ovlaštenja, kao i pravo na zaustavljanje i pretresanje po osnovu članova 44 i 45 Zakona o terorizmu iz 2000. godine, nisu u dovoljnoj mjeri ograničena niti podliježu dejstvu odgovarajuće zakonske zaštite radi sprječavanja zloupotrebe. Iz tih razloga, ta ovlaštenja nisu u skladu sa zakonom i predstavljaju kršenje člana 8 Konvencije.

Ostali članovi

S obzirom na gore navedeni zaključak, Sud je stao na stanovište da nema potrebe da razmatra tužbene navode podnosilaca predstavke po osnovu članova 5, 10 i 11.

Član 41

Sud je zaključio da sama činjenica da je ustanovljeno da je Konvencija prekršena predstavlja dovoljno pravično zadovoljenje kada je riječ o bilo kakvoj nematerijalnoj šteti koju su podnosioci predstavke pretrpjeli. U isto vrijeme, Sud im je dosudio iznos od 33.850 eura na ime sudskih i ostalih troškova.



3. Komentar

Iako se ova presuda tiče pojedinosti britanskog Zakona o terorizmu iz 2000. godine, iz načina zaključivanja koje je Sud primijenio mogu se izvesti neke važne opšte smjernice i zaključci.

Sud je ustanovio da su pretresi predstavljali kršenje prava podnosioca predstavke po osnovu člana 8 Konvencije, budući da to miješanje nije bilo u skladu sa zakonom. Kao što je Sud već više puta imao prilike da ukaže, unutrašnje pravo mora dovoljno jasno odrediti opseg svakog diskrecionog ovlašćenja koje se daje organima izvršne vlasti, kao što mora definisati i način na koji se ta ovlašćenja mogu primijeniti. U ovom slučaju, predviđene mjere zaštite nisu bile dovoljne.

Sud je često naglašavao da ne potcjenjuje stvarnu borbu koju podrazumijeva čuvanje javnog reda u jednom savremenom društvu, kao što ne potcjenjuje ni sve izazove sa kojima su državni organi suočeni u borbi protiv terorističkih akata i organizovanog kriminala. Međutim, u tom procesu države ne mogu donositi zakone i sprovoditi praksu koji predstavljaju kršenje osnovnih ljudskih prava. Ovu presudu jednoglasno je donijelo svih sedam članova Veća koji su ustanovili da je u ovom slučaju bio prekršen član 8, ali su, međutim, državni organi Ujedinjenog Kraljevstva u medijima naveli kako namjeravaju da zatraže da slučaj bude iznijet pred Veliko vijeće. Ako taj zahtjev ne bude prihvaćen, ili ako Veliko vijeće donese sličan zaključak, onda će Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske morati da izmijeni svoj zakon, kako bi ga prilagodilo standardima Konvencije. Ostale visoke strane ugovornice Savjeta Evrope također će morati da se postaraju da njihovi zakoni kojima dopuštaju policiji ili drugim državnim organima da pretresaju pojedince sadrže i mjeru pravne zaštite od proizvoljnog miješanja.

Presuda u predmetu

PECK PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

28. januar 2003.

(predstavka br. 44647/98)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Geoffrey Dennis Peck, državljanin je Ujedinjenog Kraljevstva, rođen 1955. godine i živi u Essex-u.

Dana 20. avgusta 1995. godine u večernjim satima, pateći od depresije, g. Peck je sam hodao ulicom sa kuhinjskim nožem u ruci i pokušao samoubistvo presijecanjem vena na ručnim zglobovima. Nije bio svjestan da ga snima kamera zatvorenog televizijskog sistema (CCTV) koju je postavio Gradski savjet Brentwood-a.



Na snimku CCTV-a se nije vidjelo kako podnosilac predstavke presijeca vene; službenik je samo zapazio čovjeka sa nožem u ruci. Obaviještena je policija, koja je stigla na lice mjesta, oduzela nož podnosiocu predstavke, pružila mu medicinsku pomoć i odvela ga u policijsku stanicu, gdje je pritvoren shodno Zakonu o mentalnom zdravlju iz 1983. godine. Pregledao ga je doktor i pružio mu medicinsku pomoć, nakon čega je pušten bez krivične prijave i policajci su ga odveli kući.

Gradski savjet je 9. oktobra 1995. godine objavio dvije fotografije skinute sa snimka CCTV-a u članku naslovljenom *Lišen oružja – saradnja između CCTV-a i policije rješava potencijalno opasnu situaciju*. Lice podnosioca predstavke nije bilo maskirano. U članku je iznijeto da je primijećen čovjek sa nožem u ruci, da je bilo jasno da je nesrećan, ali da „ne traži nevolje”, da je upozorena policija i da je lice lišeno oružja i odvedeno u policijsku stanicu, gdje je ispitano i gdje mu je pružena pomoć.

Nedjeljnik *Brentwood Weekly News* 12. oktobra 1995. godine objavio je fotografiju događaja na naslovnoj strani uz članak o upotrebi i korisnosti sistema CCTV-a. Lice podnosioca predstavke nije maskirano.

U lokalnom listu *Yellow Advertiser*, koji ima tiraž od oko 24.000 primjeraka, 13. oktobra 1995. godine se pojavio članak naslovljen *Uhvaćen*. U članku uz koji je išla fotografija podnosioca predstavke skinuta sa snimka CCTV-a, spominje se kako je podnosilac predstavke bio uhvaćen sa nožem i kako je spriječena potencijalno opasna situacija. Napomenuto je da je podnosilac predstavke oslobođen bez podnošenja krivične prijave. Nastavak tog članka sa istom fotografijom objavljen je 16. februara 1996. godine. Izgleda da je veći broj ljudi prepoznao podnosioca predstavke.

Inserti snimka CCTV-a 17. oktobra 1995. godine uključeni su u program televizije *Anglia*, u lokalnoj emisiji sa prosječnim gledalištem od 350.000 gledalaca. Lice podnosioca predstavke je na usmeni zahtjev Gradskog savjeta bilo maskirano.

Krajem oktobra ili novembra 1995. godine podnosilac predstavke je saznao da je bio snimljen na CCTV-u i da je snimak objavljen jer mu je susjed rekao da ga je vidio na televiziji. On nije ništa preduzeo jer je još uvijek patio od teške depresije.

Snimci CCTV-a su također dati producentima BBC serijala *Crime Beat (Ritam zločina)*, koji se prikazuje na nacionalnoj televiziji sa prosječno 9,2 miliona gledalaca. Gradski savjet je usmeno dao više uslova, uključujući i to da na snimku niko ne smije biti prepoznatljiv i da sva lica moraju biti maskirana.

Međutim, u najavama za sljedeću epizodu serijala *Crime Beat* lik podnosioca predstavke uopšte nije bio maskiran. Nakon što su mu prijatelji rekli da su ga vidjeli 9. marta 1996. godine u najavama, podnosilac predstavke se žalio Gradskom savjetu zbog nastupajuće emisije. Gradski savjet je kontaktirao producente koji su obećali da će njegovo lice u glavnoj emisiji biti sakriveno. Snimak CCTV-a 11. marta je prikazan u emisiji *Crime Beat*. Međutim, iako je lik podnosioca predstavke bio maskiran u glavnoj emisiji, porodica i prijatelji su ga prepoznali.



Podnosilac predstavke se nakon toga više puta pojavio u medijima žaleći se na objavljivanje snimka i fotografija.

Podnosilac predstavke se 25. aprila 1996. godine žalio Komisiji za standarde u televizijskom emitovanju na, između ostalog, emisiju *Crime Beat*, tvrdeći da je došlo do neopravdane povrede njegove privatnosti i da je prema njemu nepravedno postupano. Komisija je 13. juna 1997. godine usvojila obje žalbe. Podnosilac predstavke se 1. maja 1996. godine žalio Komisiji za nezavisne televizije u vezi sa emisijom televizije *Anglia*. Ova komisija je zaključila da identitet podnosioca predstavke nije bio sakriven na odgovarajući način i da je povrijeđen pravilnik. Nakon priznanja i izvinjenja televizije *Anglia* ništa više nije preduzeto. Podnosilac predstavke se 17. maja 1996. godine neuspješno žalio Komisiji za žalbe za štampane medije u pogledu članaka u listu *Yellow Advertiser*.

On je 23. maja 1996. godine tražio od Višeg suda dozvolu da podnese zahtjev za sudsko preispitivanje postupka upravnog organa u vezi sa objavljivanjem snimaka CCTV-a od strane Gradskog savjeta. Njegov zahtjev i kasniji zahtjev za dozvolu za žalbu Apelacionom sudu su odbijeni.

2. Odluka Suda

Podnosilac predstavke se žalio na otkrivanje medijima snimaka CCTV-a, što je imalo za posljedicu da njegove slike budu objavljene i široko emitovane i na nedostatak domaćeg djelotvornog pravnog lijeka. On se pozvao na članove 8 (pravo na privatni život) i 13 (pravo na djelotvoran pravni lijek) Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Član 8

Evropski sud je primijetio da su, nakon objavljivanja snimaka CCTV-a, postupci podnosioca predstavke izloženi javnosti u stepenu koji je daleko premašio izlaganje očima prolaznika ili bezbjednosnom sistemu za praćenje i koji prevazilazi sve što je podnosilac predstavke mogao da predvidi. Objavljivanje tih snimaka od strane Savjeta predstavljalo je ozbiljno miješanje u pravo podnosioca predstavke na poštovanje privatnog života.

Sud nije zaključio da postoje relevantni ili dovoljni razlozi koji bi opravdali to što je Savjet direktno objavio fotografije podnosioca predstavke skinute sa snimaka CCTV-a u listu *CCTV News*, a da nije pribavio pristanak podnosioca predstavke niti sakrio njegov identitet; ili razlozi koji bi opravdali njihovo predavanje medijima, a da Savjet nije preduzeo korake da u najvećoj mogućoj mjeri obezbijedi sakrivanje identiteta podnosioca predstavke. Bili su neophodni naročita pažnja i nadzor, ako se ima u vidu cilj predupređivanja zločina i kontekst objavljivanja snimaka.

Evropski sud također nije smatrao da je kasnije dobrovoljno medijsko pojavljivanje podnosioca predstavke umanjilo ozbiljnu prirodu miješanja, niti da su ova pojavljivanja



umanjila potrebu za brigom u vezi sa objavljivanjem snimaka. Podnosilac predstavke je bio žrtva ozbiljnog miješanja u pravo na privatnost, koje je uključilo medijsku eksponiranost na nacionalnom i lokalnom nivou: stoga se ne može uzeti protiv njega to što je kasnije pokušao da putem medija izloži nepravdu i žali se na nju.

U skladu sa tim, Sud je zaključio da predavanje snimaka CCTV-a listovima *CCTV News* i *Yellow Advertiser* i televizijama *Anglia* i *BBC* od strane Savjeta nije bilo praćeno dovoljnim obezbjeđenjima i da je stoga predstavljalo nesrazmjerno i neopravdano miješanje u privatni život podnosioca predstavke i povredu člana 8 Konvencije.

Član 13 u vezi sa članom 8

Evropski sud je utvrdio da mogućnost sudskog preispitivanja postupka upravnog organa podnosiocu predstavke nije obezbijedila djelotvoran pravni lijek u vezi sa povredom prava na poštovanje privatnog života. Uz to, nedostatak zakonskog ovlašćenja Komisije za standarde u televizijskom emitovanju i Komisije za nezavisne televizije da dodjeljuju nadoknadu štete je značilo da ova tijela ne mogu da pruže djelotvoran pravni lijek.

Zaključivši da podnosilac predstavke stoga nije imao na raspolaganju djelotvoran pravni lijek u vezi sa povredom prava na poštovanje privatnog života, Sud je zaključio da je došlo do povrede člana 13 Konvencije.

Član 41

Evropski sud za ljudska prava je dodijelio podnosiocu predstavke 11.800 eura na ime nematerijalne štete i 18.075 eura na ime troškova postupka.

3. Komentar

Sud je često priznavao da u demokratskom društvu može biti neophodno prikupljanje privatnih podataka o pojedincima. CCTV se sada često koristi na javnim mjestima za predupređivanje ili otkrivanje zločina. U ovom slučaju je u potpunosti prihvaćeno da je korišćenje CCTV-a bilo opravdano, čak i u tom stepenu da snimci budu objavljeni. Ono što je Sud smatrao neprihvatljivim jeste da su postupci pojedinca, koji nisu bili u vezi sa činjenjem bilo kog krivičnog djela, široko objavljeni u medijima na način koji je predstavljao nesrazmjernu povredu prava na poštovanje privatnog života.

Kada je u pitanju krivični postupak, takvo objavljivanje u medijima pokrenuće pitanja po članu 6 Konvencije u vezi sa zaštitom pretpostavke nevinosti ili pravom na pravično suđenje. U ovom slučaju se nisu postavila takva pitanja. Greška nije ležala u objavljivanju snimaka, već u tri propusta: (1) propustu da se preduzmu koraci da se obezbijedi pristanak podnosioca predstavke, pošto je njegov identitet bio poznat policiji, (2) propustu da se njegov identitet sakrije prije daljeg predavanja snimaka i (3) propustu da se osigura da



televizijske kompanije koje će koristiti snimke sakriju njegov identitet. Važno je primijetiti da Sud nije smatrao da je podnosilac predstavke žrtvovao svoje pravo na privatni život time što se kasnije javno pojavljivao žaleći se na ugrožavanje privatnosti.

Presuda u predmetu

MATANOVIĆ PROTIV HRVATSKE

4. april 2017.

(predstavka br. 2742/12)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, g. Josip Matanović, hrvatski je državljanin rođen 1949. godine, koji je služio kaznu zatvora u Lepoglavi u vrijeme kada je Sud izrekao presudu.

G. Matanović je bio potpredsjednik Hrvatskog fonda za privatizaciju, pravnog subjekta koji je država osnovala, a koji je bio zadužen za sprovođenje privatizacije svojine u državnom vlasništvu. Na dan 3. aprila 2007, J. K., predstavnik jednog investicionog projekta, prijavio je Državnom tužilaštvu da mu je g. Matanović zatražio mito u zamjenu za pomoć u realizaciji njegovog projekta. Državno tužilaštvo je potom istražnom sudiji Županijskog suda u Zagrebu podnijelo zahtjev da odobri primjenu posebnih istražnih mjera u odnosu na podnosioca predstavke, konkretno – nadzor i snimanje njegovih telefonskih razgovora, tajno praćenje, korišćenje J. K. kao doušnika i sprovođenje simuliranog postupka kupovine. U nalogu izdatom istog dana naveden je dio odredbe zakona „da izvidi tih kaznenih djela ne bi se mogli provesti na drugi način ili bi bili skopčani s nerazmjernim teškoćama”. Istražni sudija je izdao još nekoliko takvih naloga tokom istrage.

G. Matanović i J. K. su se susretali više puta, a jednom je J. K. podnosiocu predstavke dao 50.000 eura u vezi sa svojim investicionim projektom. Podnosilac predstavke je potom uhapšen i pritvoren. Februara 2008. protiv njega je podignuta optužnica.

Županijski sud u Zagrebu je maja 2009. izrekao presudu kojom je utvrdio da je podnosilac predstavke u svojstvu javnog službenika primao mito, posredovao u davanju mita i zloupotrijebio svoj položaj i ovlašćenja u vezi sa određenim investicionim projektima. Sud ga je osudio na kaznu zatvora u trajanju od jedanaest godina. Sud se u velikoj mjeri oslonio na snimke tajnog nadzora, naročito na one koji su se odnosili na prvi sastanak organizovan pošto je J. K. pristao da saraduje kao doušnik. G. Matanović je na tom sastanku J. K. objasnio koliku proviziju treba da plati i da plaćanje naknade za lobiranje predstavlja uobičajenu praksu.

Podnosilac predstavke je izjavio žalbu Vrhovnom sudu, koji je potvrdio osuđujuću presudu za uzimanje mita i zloupotrebu položaja i ovlašćenja. Ustavni sud je, razmotrivši



ustavnu žalbu podnosioca predstavke juna 2011, utvrdio povredu prava podnosioca predstavke na pretpostavku nevinosti, ali je odbacio njegove ostale pritužbe.

2. Odluka Suda

Podnosilac predstavke se žalio na to da su mjere tajnog nadzora koje su domaći organi primijenili prema njemu bile suprotne garancijama iz člana 8. Pored toga je tvrdio da je bio podstrekivan da izvrši krivično djelo i da mu je onemogućen uvid u dokaze pribavljene posebnim istražnim radnjama suprotno članu 6 st. 1 i st. 3 t. b. Podnosilac predstavke je također tvrdio da tumačenje mjerodavnih odredaba Krivičnog zakona od strane domaćih sudova nije bilo u skladu sa zahtjevima iz člana 7.

Član 8

Sud se pozvao na svoju raniju praksu, u kojoj je utvrdio da hrvatski Krivični zakon, na način na koji ga nadležni sudovi tumače i primjenjuju, nedovoljno jasno određuje opseg i način vršenja diskrecionih ovlašćenja povjerenih organima javne vlasti. Utvrdio je da ni u ovom predmetu postupkom za nalaganje i nadzor sprovođenja mjera presretanja telefonskih razgovora podnosioca predstavke u praksi nisu bile obezbijeđene adekvatne garancije od raznih mogućih zloupotreba. Konkretno, nalozi istražnog sudije nisu sadržali relevantno obrazloženje u vezi sa okolnostima predmeta a naročito zašto istraga nije mogla biti sprovedena primjenom manje intruzivnih sredstava. Stoga je zaključio da je prekršen član 8.

Član 6 stav 1 (u vezi sa tvrdnjom podnosioca predstavke o podstrekavanju na izvršenje krivičnog dela)

Sud je primijetio da je tužilaštvo od J. K. zatražilo da bude doušnik tek pošto je prijavio koruptivne ponude podnosioca predstavke. Prvi sastanak između podnosioca predstavke i J. K., na kojem je J. K. djelovao uz podršku organa gonjenja, održan je 3. aprila 2007. Snimak ovog razgovora dokazivao je da je podnosilac predstavke imao potpunu kontrolu nad korupcijom vezanom za investicioni projekat o kojem je riječ, jer je J. K. objašnjavao modalitete ove protivzakonite aktivnosti i insistirao na opravdavanju svog zahtjeva za mito. Štaviše, ništa nije ukazivalo na to da je ovaj razgovor bio rezultat ranijeg podstrekavanja podnosioca predstavke da primi mito od strane J.K. Sud je stoga prihvatio da su postupci organa gonjenja ostali u granicama tajnih operacija a ne agenata provokatora, te da nije došlo do povrede člana 6 st. 1.

Član 6 stav 1 (u vezi s tim što podnosiocu predstavke nije data mogućnost da izvrši uvid i koristi dokaze pribavljene primjenom posebnih istražnih mjera)

Pritužbe podnosioca predstavke u vezi sa nepravilnošću postupka odnosile su se na osujećivanje njegovog pristupa trima osnovnim kategorijama dokaza pribavljenih primjenom tajnih mjera nadzora, koje je Sud ponaosob analizirao.



Prva kategorija dokaza je obuhvatala snimke tajnog nadzora, na osnovu kojih je domaći sud izrekao osuđujuću presudu protiv podnosioca predstavke. Odbrana je imala pristup transkriptima tih snimaka, koji su shodno domaćem pravom predstavljali samo instrument dodatne tehničke pomoći stranama u postupku, ali joj je bio uskraćen pristup samim snimcima. Sud je s tim u vezi naglasio da ništa ne ukazuje na to da izrada transkripta snimaka od strane nezavisnog i nepristranog vještaka i puštanje snimaka na suđenju nije mogla biti protivteža nemogućnosti odbrane da dobije kopije snimaka. Pored toga, transkripti su odbrani stavljani na raspolaganje u trenutku podizanja optužnice, dok je sud naložio izradu dodatnih transkripata pošto je uzeo u obzir argumente strana u postupku, a ti su transkripti odbrani blagovremeno stavljani na raspolaganje. Dakle, ništa nije ukazivalo na to da je podnosilac predstavke bio spriječen da adekvatno pripremi svoju odbranu.

Druga kategorija dokaza odnosila se na snimke tajnog nadzora koji su uvršteni u spise predmeta, ali na kojima domaći sud nije zasnovao svoju osuđujuću presudu. Sud je konstatovao da je podnosilac predstavke imao pristupa izvještajima o svojim razgovorima sa trećim licima, koji su bili dovoljno detaljni kako bi on mogao da formuliše konkretne tvrdnje o mogućem značaju određenih dijelova snimaka za njegov slučaj. Međutim, podnosilac predstavke ni u jednom trenutku nije iznio nijednu takvu konkretnu tvrdnju tokom postupka pred domaćim sudovima. Stoga je Sud zauzeo stav da navodna nemogućnost podnosioca predstavke da pristupi tim snimcima sama po sebi nije dovoljna da bi on utvrdio povredu prava podnosioca predstavke na pravično suđenje.

Treća kategorija dokaza odnosila se na snimke pribavljene posredstvom tajnog nadzora u kontekstu istog predmeta, ali u vezi sa drugim licima koja na kraju nisu optužena u postupku. Domaći sud nije zasnovao osuđujuću presudu na ovim dokazima. Međutim, za razliku od druge kategorije dokaza, oni nisu uvršteni u spise predmeta niti dati na uvid odbrani, uz obrazloženje da podnosilac predstavke nema pravo pristupa ovim snimcima koji se tiču privatnog života drugih. Istovremeno nije postojao nikakav postupak koji bi nadležnom sudu omogućio da na zahtjev podnosioca predstavke ocijeni njihov značaj za njegov predmet. Pored toga, ni prvostepeni ni Vrhovni sud nisu razmotrili postojanje ravnoteže između prava pojedinca iz člana 8 i zahtjeva podnosioca predstavke za uvid u dokaze kojim bi opravdali ograničenje prava podnosioca predstavke na odbranu i omogućili mu da iznese svoje protivargumente u vezi sa tim razmatranjima.

S obzirom na to, Sud je zauzeo stav da postupak protiv podnosioca predstavke u cjelini nije zadovoljavao zahtjeve pravičnog suđenja te da je prekršen član 6 st. 1.

Član 7

Podnosilac predstavke se žalio na to da tumačenje relevantnih odredaba Krivičnog zakona od strane domaćih sudova nije bilo u skladu sa zahtjevima iz člana 7 i da su sudo-



vi pogrešno pošli od pretpostavke da je on imao status „javnog službenika”. Sud je, međutim, konstatovao da je Vrhovni sud ispravio ovu pogrešnu kvalifikaciju nižeg suda s obzirom na to da je utvrdio da je podnosilac predstavke shodno Krivičnom zakonu zauzimao položaj „odgovornog lica”, a ne „javnog službenika”. Vrhovni sud je zatim zauzeo stav da osuđujuća presuda nije bila nezakonita zbog ove greške prvostepenog suda vezane za položaj podnosioca predstavke jer su u odredbama Krivičnog zakona, na osnovu kojih je podnosilac predstavke osuđen, predviđene iste kazne za koruptivna djela bez obzira na to da li ih je izvršilo lice koje je postupalo u svojstvu „javnog službenika” ili u svojstvu „odgovornog lica”. Podnosilac predstavke je imao mogućnost da istakne sve svoje argumente vezane za pravnu kvalifikaciju njegovog položaja i okolnosti sporne korupcije, a Vrhovni sud je propisno razmotrio te argumente. Sud u tim okolnostima nije vidio nikakav razlog da posumnja u te zaključke Vrhovnog suda, niti je smatrao da pogrešna pravna kvalifikacija položaja podnosioca predstavke od strane prvostepenog suda, koju je Vrhovni sud ispravio u svojoj presudi po žalbi podnosioca predstavke, sama po sebi nije u skladu sa zahtjevima iz člana 7 Konvencije.

Sud je stoga odbio pritužbu podnosioca predstavke o povredi člana 7 kao očigledno neosnovanu.

Član 41

Podnosiocu predstavke je dosuđeno 1.500 eura na ime nematerijalne štete i 2.500 eura na ime troškova i izdataka.

Presuda u predmetu

BENEDIK PROTIV SLOVENIJE

24. april 2018.

(predstavka br. 62357/14)

1. Osnovne činjenice

Podnositelj predstavke, Igor Benedik, državljanin je Slovenije, rođen 1977. godine, koji živi u Kranju (Slovenija).

Tokom 2006. godine policija u Švicarskoj je prosljedila informaciju policiji u Sloveniji o dinamičkoj IP adresi koja se koristila na *peer-to-peer* mreži za razmjenu podataka. Ovo je uključivalo i fotografije i videa dječje pornografije.

U avgustu 2006. slovenačka policija je od lokalnog pružatelja usluga interneta zatražila da joj se dostave podaci o korisniku kojem je dodijeljena ta IP adresa. Internet kompanija je dostavila tražene podatke.



Policija je opravdala takav zahtjev i naknadno korištenje ovih podataka shodno odredbi Zakona o krivičnom postupku. Ova odredba je omogućavala policiji da zatraži informaciju od pružatelja usluga elektronskih komunikacija o korisniku određenih sredstava elektronske komunikacije, čiji detalji nisu bili raspoloživi u relevantnom direktoriju podataka.

Policija nije imala sudski nalog u ovoj fazi, međutim, u decembru iste godine policija je zatražila izdavanje sudske naredbe da može pristupiti informacijama o prometu podataka podnositelja predstavke.

Na početku je IP adresa identificirala oca podnositelja predstavke kao pretplatnika pružatelja internet-usluga. Kasnije je utvrđeno da je podnositelj predstavke jedini koristio te usluge i da je preuzimao dokumente sa dječjom pornografijom. U novembru 2007. godine podnositelj predstavke je formalno stavljen pod istragu. Poricao je da je izvršio bilo kakvo krivično djelo tvrdeći da nije znao šta je u dokumentima. U decembru 2008. godine osuđen je za krivično djelo prikazivanja, proizvodnje, posjeda i distribucije dječje pornografije.

Nakon toga se podnositelj predstavke bezuspješno žalio Višem sudu u Ljubljani, Vrhovnom sudu i Ustavnom sudu. Kroz ove postupke, podnositelj predstavke je tvrdio da su dokazi o njegovom identitetu pribavljeni nezakonito, s obzirom da policija nije pribavila sudsku naredbu kojom bi se omogućio pristup podacima o IP adresi o kojoj je riječ. Ustavni sud je našao da su ti podaci, u načelu, zaštićeni ustavnim garancijama o privatnosti podataka – ali da se podnositelj predstavke odrekao prava na takvu zaštitu otkrivajući svoju adresu i sadržaj svoje komunikacije na mreži na kojoj se vrši razmjena dokumenata.

2. Odluka Suda

Pozivajući se na član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), podnositelj predstavke se žalio Evropskom sudu za ljudska prava navodeći da je policija pribavila informacije o njemu pristupajući podacima koji su povezani sa njegovom dinamičkom IP adresom na proizvoljan način, a da nije izdata sudska naredba.

Član 8

Sud je, prije svega, naveo da interes podnositelja predstavke da njegov identitet u pogledu njegovih aktivnosti na internetu potpada pod opseg prava na privatni život iz člana 8. Sljedeći korak za Sud je bio da procijeni da li je uplitanje policije u prava podnositelja predstavke bilo u skladu sa zakonom. Stoga, mjera o kojoj se radi morala je imati neki osnov u domaćem zakonu, zakon je morao biti predvidiv, osoba koja je pogođena morala je da ima mogućnost da predvidi posljedice njegovih ili njenih postupaka, a odredba je morala biti kompatibilna vladavini prava.



Sud je smatrao da odredba Zakona o krivičnom postupku na koju se pozvala policija radi pristupa podacima pretplatnika nije pokrenula pitanja o dostupnosti tih podataka. Međutim, morao je ustanoviti da je bilo dovoljno zaštitnih mjera protiv zloupotrebe. Naveo je da se odredba o kojoj je riječ odnosila na zahtjev o informacijama o vlasniku ili korisniku sredstava elektronske komunikacije, međutim, nije sadržavala pravila o vezi između dinamičke IP adrese i podataka pretplatnika. Suprotno tome, drugi propisi su sadržavali pravila o tajnosti i povjerljivosti elektronske komunikacije. Na primjer, član 37 Ustava zahtijeva postojanje sudske naredbe za bilo kakvo miješanje u privatnost komunikacije.

Sud je našao da odluka Ustavnog suda – da nije neophodna sudska naredbu za pristup podacima pretplatnika zasnovanim na IP adresi podnositelja predstavke, s obzirom da se podnositelj predstavke odrekao svog prava na privatnost otkrivajući svoju IP adresu i sadržaj svoje komunikacije na mreži za razmjenu podataka – nije u skladu sa opsegom prava na privatnost prema Konvenciji.

U svjetlu gore navedenog, Sud je mišljenja da je trebalo ishodovati sudska naredbu, te da ništa u zakonu nije sprječavalo policiju da dobije sudski nalog, s obzirom da je slična naredba zatražena i izdata u kasnijoj fazi. Dalje, nije bilo drugih propisa o zadržavanju relevantnih podataka, nije bilo garancija protiv zloupotrebe od strane državnih službenika u postupku pristupa i prenosa podataka, a u to vrijeme nije postojala nezavisna kontrola korištenja ovlaštenja policije u vezi sa primanjem podataka od slovenačkog pružatelja internet-usluga – iako je Sud istakao da je Slovenija od tada usvojila propis koji regulira ovu materiju.

Kao zaključak, Sud je utvrdio da zakon na koji se pozivala policija kako bi pristupila podacima o pretplatniku u vezi sa dinamičkom IP adresom nije bio jasan, te nije ponudio dovoljno garancija protiv proizvoljnog uplitanja u prava podnositelja predstavke. Ovo uplitanje, stoga, nije bilo u skladu sa zakonom, te je povrijeđen član 8.

Član 41

Sud je smatrao da je utvrđenje povrede prava dovoljna satisfakcija za bilo kakvu nematerijalnu štetu koju je pretrpio podnositelj predstavke. Dodijeljen je iznos od 3.522 eura na ime troškova i izdataka u domaćem i postupku pred Sudom.



Presuda u predmetu

SZABÓ I VISSY PROTIV MAĐARSKE

12. januar 2016.

(predstavka br. 37138/14)

1. Osnovne činjenice

Oba podnositelja predstavke, Máté Szabó i Beatrix Vissy, mađarski su državljani. U dato vrijeme radili su za nevladinu organizaciju (*Eötvös Károly Közpolitikai Intézet*), koja je iznosila kritiku Vlade.

Počev od 1. januara 2011. godine posebne antiterorističke borbene snage osnovane su u okviru policije. Njihova uloga je bila definirana zakonom – članom 7/E Zakona br. XXXIV iz 1994. o policiji, izmijenjenim Zakonom br. CCVII iz 2011. godine. Prema ovom zakonu, borbene snage su imale mandat na polju tajnog obavještajnog prikupljanja podataka. Ovo je uključivalo: tajno pretresanje kuća i tajno praćenje sa snimanjem, otvaranje pisama i paketa, kao i provjeravanje i snimanje sadržaja elektronskih ili kompjuteriziranih komunikacija – sve ovo bez odobrenja osoba koje su time pogođene.

U junu 2012. podnositelji predstavke su podnijeli ustavnu tužbu navodeći da je odredba zakona, u pogledu prikupljanja informacija za tajnu obavještajnu službu u svrhe nacionalne sigurnosti, povrijedila njihovo pravo na privatnost.

Ustavni sud je odbio većinu pritužbi podnositelja predstavke u novembru 2013. godine. Međutim, složio se sa podnositeljima predstavke da je odluka ministra kojom se naređuje prikupljanje obavještajnih podataka trebala biti obrazložena. Ustavni sud je također smatrao da je obim pitanja/zadataka nacionalne sigurnosti mnogo širi od obima zadataka vezanih za istragu pojedinog krivičnog djela – stoga su razlike između tajnog nadzora u kontekstu krivičnog postupka i nadzora u vezi pitanja nacionalne sigurnosti opravdane.

2. Odluka Suda

Pozivajući se na član 8 (pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku), podnositelji prepiske su se žalili Evropskom sudu za ljudska prava da su mogli biti podvrgnuti neopravdanim i neproporcionalno intruzivnim mjerama prema mađarskom zakonodavnom okviru (član 7/E (3)) o tajnom praćenju u nacionalne svrhe. Istakli su da bi zakonodavni okvir mogao biti sklon zloupotrebi, bez sudskog ispitivanja i kontrole.

Član 8

Sud je prvo ispitao da li su podnositelji predstavke mogli tvrditi da su žrtve navodne povrede prava iz člana 8. Sud je prihvatio da u određenim okolnostima pojedinac



može tvrditi da je žrtva zbog samog postojanja zakona koji dozvoljava tajno praćenje, čak i kada ne postoje dokazi o mjerama koje se tiču njega/nje na direktan način. U predmetnom slučaju, Sud je zaključio da je zakon direktno pogađao sve korisnike sistema komunikacije i svaki dom. Štaviše, domaći zakon navodno nije pružao mogućnost pojedincima koji su sumnjali da je njihova komunikacija presretnuta da ulože žalbu nezavisnom organu. U svjetlu ovoga, Sud je smatrao da svi podnositelji predstavke mogu tvrditi da su žrtve.

Sud je otišao dalje sa ispitivanjem da li je došlo do uplitanja u pravo podnositelja predstavke na privatnost i porodični život. Nije postojao spor između strana o tome da je cilj miješanja bio očuvanje nacionalne sigurnosti i/ili sprječavanje nereda ili zločina i da je postojao zakonski osnov za to, shodno Zakonu o policiji iz 1994. i Zakonu o nacionalnoj sigurnosti. Štaviše, Sud je prihvatio dvije situacije koje dozvoljavaju tajno praćenje u svrhe nacionalne sigurnosti po domaćem zakonu (opasnost od terorizma i operacije spašavanja mađarskih građana u nevolji u inostranstvu), koje su bile dovoljno jasne za građane da mogu da razumiju kada bi se date mjere mogle primjenjivati.

Sud je dalje ispitao da li je mađarski zakon (član 7/E) pružao dovoljno garancija koje su bile dovoljno precizne, efikasne i sveobuhvatne u vezi sa izdavanjem naredbi, izvršenjem i potencijalnim obeštećenjem. Sud je ukazao na mogućnost da bilo koja osoba u Mađarskoj bude podvrgnuta tajnom praćenju, s obzirom da zakon nije opisao osobe čija komunikacija bi, u praksi, mogla biti predmet presretanja. Dalje, vlasti su morale otkriti odgovornom vladinom ministru ime osobe/a ili „većeg broja osoba” koje se prate, bez objašnjavanja njihove stvarne ili pretpostvaljene veze sa bilo kakvom terorističkom prijetnjom.

Sud je naveo da prema tom zakonu, prilikom traženja odobrenja od ministra pravde za presretanje komunikacije pojedine osobe, antiterorističke snage su dužne da samo istaknu da je tajno obavještajno prikupljanje nužno, bez potkrjepljivanja takvih tvrdnji bilo kakvim dokazima. Sud je istakao da bi bilo koja mjera tajnog praćenja, koja nije u skladu sa kriterijem da je strogo nužna za očuvanje demokratskih institucija ili za sticanje informacija od vitalnog značaja u pojedinačnoj operaciji, bila sklona zloupotrebi od strane vlasti.

Sud je također spomenuo problem vezan za trajanje predloženog tajnog nadzora; iz teksta zakona nije bilo jasno da li se obnova naredbe može koristiti jednom ili više puta.

Vraćajući se na postupak koji je na raspolaganju za obeštećenje u vezi bilo kakve žalbe izazvane mjerama tajnog nadzora, Sud je naveo da je Vlada tražila savjet ili odobrenje od Parlamentarnog komiteta za nacionalnu sigurnost i od Ombudsmena za zaštitu podataka. Po mišljenju Suda, ovo je, međutim, značilo da nije bilo garancija protiv zloupotrebe. Istaknuto je, da vanjska, po mogućnosti sudska kontrola aktivnosti tajnog nadzora nudi najbolje garancije za nezavisnost, nepristrasnost i pravilan postupak.



Sve u svemu, imajući u vidu obim mjera i imajući u vidu koga bi te mjere mogle pogoditi, da su naredbe izdavale izvršne vlasti i bez procjene da li je presretanje komunikacije bilo strogo nužno, da je Vlada mogla da presretne masovne podatke ljudi izvan okvira onih protiv kojih se primarno vodi istraga, te odsustvo efikasnog pravnog lijeka i sudskih mjera, Sud je utvrdio da je došlo do kršenja člana 8.

Član 41

Sud je smatrao da utvrđenje povrede predstavlja dovoljnu pravičnu naknadu za bilo kakvu nematerijalnu štetu, ali je dosudio podnositeljima predstavke iznos od 4.000 eura na ime pokrića troškova.

Presuda u predmetu

KONSTANTIN MOSKALEV PROTIV RUSIJE

7. novembar 2017.

(predstavka br. 59589/10)

1. Osnovne činjenice

O ovom slučaju je odlučeno u isto vrijeme kao i u predmetima: *Akhlyustin protiv Rusije* (br. 21200/05), *Dudchenko protiv Rusije* (br. 37717/05), *Moskalev protiv Rusije* (br. 44045/05) i *Zubkov i drugi protiv Rusije* (br. 29431/05, 7070/06, i 5402/07). Svi slučajevi su se odnosili na mjere nadzora u Rusiji tokom krivičnog postupka.

Podnositelj predstavke u ovom slučaju je Konstantin Moskalev, državljanin Rusije. Podnositelj predstavke je bio policajac, međutim, u decembru 2009. godine osuđen je za pokušaj prevare i osuđen na kaznu zatvora od dvije godine. Oduzet mu je čin u policiji.

Domaći sud je svoju odluku kojom je osudio podnositelja predstavke zasnovao na iskazu svjedoka, mišljenju vještaka, te telefonskim razgovorima podnositelja predstavke koji su presretnuti tokom operacije nadzora.

Tokom krivičnog postupka podnositelj predstavke se bezuspješno žalio zbog presretanja njegovih telefonskih razgovora bez sudskog odobrenja, što je bilo dozvoljeno prema domaćem zakonu, tj. prema Zakonu o operativnim pretragama (*Operational Search Activities Act*) – koji bi se trebalo koristiti u hitnim slučajevima. Dalje je podnositelj predstavke u žalbenom postupku isticao da su dokazi protiv njega stečeni nezakonito i da se nisu trebali koristiti za njegovu osudu. Njegova osuda je, međutim, potvrđena u žalbenom postupku u aprilu 2010. godine. Žalbeni sud je istakao da su ispravne odluke kojima su ti dokazi prihvaćeni kao dopušteni.



2. Odluka Suda

Podnositelj predstavke se žalio Evropskom sudu za ljudska prava pozivajući se na član 8, pravo na privatni život i prepisku, navodeći da domaći sudovi nisu ni na koji način ispitali da li je u njegovom slučaju hitna procedura bila opravdana. Sud je dalje ispitaio, shodno članu 13 u vezi sa članom 8, da li je bilo moguće za podnositelja predstavke da efikasno osporava presretanje njegovih telefonskih razgovora.

Član 13

Sud je jednoglasno utvrdio povredu člana 13 u vezi sa članom 8 u konkretnom slučaju, s obzirom da podnositelj predstavke nije na raspolaganju imao efikasan pravni lijek koji bi mu omogućio procjenu da li su mjere nadzora protiv njega bile „u skladu sa zakonom” i „neophodne u demokratskom društvu”.

Član 8

Sud je prvo istakao da mjere usmjerene na presretanje telefonskih razgovora predstavljaju miješanje u ostvarivanje prava podnositelja predstavke iz člana 8 Konvencije.

U nastavku se Sud osvrnuo na to da li je miješanje „u skladu sa zakonom”.

Sud je uputio na slučaj *Roman Zakharov protiv Rusije* i naveo da postupci sudskih odobrenja koje predviđaju ruski zakoni nisu bili u stanju da obezbijede da se tajne mjere nadzora ne izdaju slučajno, neredovno i bez odgovarajućeg dužnog i odgovarajućeg razmatranja. Jedno pitanje u tom slučaju je bilo to da u svakodnevnoj praksi sudovi u Rusiji ne utvrđuju postojanje „osnovane sumnje” protiv dotične osobe niti primjenjuju test „nužnosti” i „proporcionalnosti”.

Vlada nije dostavila bilo kakve dokaze kojima bi pokazala da su ruski sudovi drugačije postupali u slučaju podnositelja predstavke. Posebno nije dostavila kopije odobrenja nadzora u pogledu podnositelja predstavke i stoga je za Sud bilo nemoguće da potvrdi da su odobrenja zasnovana na osnovanoj sumnji ili da su izneseni „relevantni” i „dovoljni” razlozi koji opravdavaju mjere nadzora.

Dalje, kada je cijenio zahtjev za otkrivanje odobrenja za tajni nadzor, domaći sudovi s bili dužni da osiguraju odgovarajuću ravnotežu između interesa subjekta nadzora i javnog interesa, a subjektu nadzora je morao biti omogućen pristup dotičnim dokumentima osim ako je postojala ozbiljna zabrinutost koja je sprječavala takvu odluku.

U svjetlu sudske prakse gore u tekstu, Sud je naveo da hitna procedura u Zakonu o operativnim pretragama nije pružala dovoljno garancija koje bi osigurale umjereno korištenje ove mjere i samo u propisno opravdanim slučajevima. Posebno, iako ruski zakoni zahtijevaju da sudija odmah bude obaviješten o svakom slučaju hitnog



presretanja, sudija nije imao ovlaštenja da ispita da li je hitna procedura opravdana. Ovi propusti su također prisutni i u predmetu podnositelja predstavke.

Dalje, nije bilo sudskog preispitivanja odluke policije o snimanju telefona podnositelja predstavke niti je nezavisna vlast preispitala da li je primjena hitne procedure bila opravdana i zasnovana na osnovanoj sumnji.

Stoga je utvrđena povreda člana 8.

Član 6

Podnositelj predstavke se žalio da su njegove osude zasnovane na snimljenim kasetama koje su nezakonito stečene, što je protivno članu 6(1). Sud je pridavao težinu činjenici da snimci njegovih telefonskih razgovora nisu bili jedini dokazi na kojima je zasnovana osuda; ovi dokazi su bili potkrijepljeni drugim dokazima. Stoga, u tim okolnostima, Sud je utvrdio da dokazi pribavljeni snimanjem nisu u sukobu sa zahtjevima pravičnosti iz člana 6(1). Sud je našao da je ova pritužba nedopuštena kao očigledno neosnovana.

Podnositelj predstavke se također žalio da je prekršeno njegovo pravo na pretpostavku nevinosti izjavama istražitelja u njegovim odlukama. Istražitelj je u njegovim odlukama pretpostavio krivnju podnositelja predstavke tokom istrage. Sud je naveo da je, u ranijim slučajevima, ispitivao slične navode tužitelja i utvrdio da ne postoji kršenje načela pretpostavke nevinosti. Iako je izbor riječi nesretan, Sud je naveo da istražitelj nije dao sporne izjave nezavisno od konteksta krivičnog postupka, kao što su one na konferenciji za štampu, nego u toku obrazložene odluke u prethodnoj fazi tog postupka. Stoga, Sud je utvrdio da sporne izjave nisu dovele do povrede pretpostavke nevinosti u članu 6(2) i proglasio je pritužbu kao nedopuštenu zbog očigledne neosnovanosti.

Stoga, pritužbe podnositelja predstavke prema članu 6 su odbačene.

Član 41

Sud je dosudio podnositelju predstavke iznos od 7.500 eura u pogledu naknade nematerijalne štete.



Presuda u predmetu**DRAGOȘ IOAN RUSU PROTIV RUMUNIJE**

31. oktobar 2017.

(predstavka br. 22767/08)

1. Osnovne činjenice

Podnositelj predstavke je Dragoș Ioan Rusu, rumunski državljanin i univerzitetski istraživač koji živi u gradu Bacău (Rumunija).

U januaru 2005. godine pošta u Bacău obavijestila je policiju o kovertama koje su sadržavale sumnjive predmete. Pregledanjem koverti policija je utvrdila da su sadržavale Diazepam, koji je zabranjeni lijek. Tužiteljstvo je naknadno izdalo naredbe kojima se odobrava oduzimanje koverti po hitnom postupku u skladu sa domaćim zakonima, naime – u skladu sa članom 98(1) Zakona o krivičnom postupku. Hitna naredba je dostavljena Okružnom sudu u Bacău na znanje.

Kasnije je krivična istraga pokrenuta i postavljen je nadzorni sistem u poštanskom uredu u Bacău.

U martu 2005. godine podnositelj predstavke je identificiran u dva različita poštanska ureda kako šalje sumnjive kovertu u inostranstvo. Kovertu su oduzete po istoj hitnoj proceduri propisanoj članom 98(1), o čemu je informiran Okružni sud. Dva farmaceuta su također identificirala podnosioca predstavke kao osobu kojoj su lijek prodala bez recepta. Tužitelj je zaključio da je podnositelj predstavke pokušao da lijek koji je klasificiran kao droga proda u inostranstvo, te mu se sudilo zbog trgovine drogama.

Tokom postupka, podnositelj predstavke je negirao bilo kakvu umiješanost u trgovinu drogama tvrdeći da je naučne papire i primjerke slao u inostranstvo radi svog istraživanja. Uprkos tome, podnositelj predstavke je osuđen pred Okružnim sudom u Bacău u februaru 2009. godine zbog trgovine drogama na uslovnu kaznu zatvora od tri godine.

Okružni sud se oslonio na sljedeće dokaze: oduzete kovertu, uključujući mišljenje eksperta o sadržaju koverti i rukopisu na kovertama (za koje je utvrđeno da pripada podnosiocu predstavke); transkripte audio i video nadzora; izjave svjedoka (uglavnom farmaceuta, radnika u poštanskom uredu i njegovih kolega istraživača); rezultate provjera primatelja koverti i kretanju novca koje je primao podnositelj predstavke iz inostranstva; kao i policijskih izvještaja o provjeri apoteka koje je podnositelj predstavke koristio, te na njegovom navodno inostranom istraživačkom radu preko interneta.

Podnositelj predstavke se žalio zbog nezakonitosti presretanja, međutim, sud je ove prigovore odbacio. Sud je istakao da je tužitelj imao odobrenje prema zakonu da presretne kovertu bez sudskog odobrenja, s obzirom na to da se radi o hitnoj situaciji,



te je istakao da su sudovi naknadno o tome bili obaviješteni (što je bio slučaj). Žalba podnosioca predstavke nije bila uspješna.

2. Odluka Suda

Oslanjajući se na član 8 (pravo na poštovanje prepiske), podnositelj predstavke se žalio Evropskom sudu za ljudska prava. Podnositelj predstavke je tvrdio da je presretanje njegove prepiske nezakonito. Također je naveo da prema članu 6 (pravo na pravično suđenje) njegova osuda nije bila pravična iz razloga što se temelji na nezakonitim dokazima, naime, kovertama koje je tužiteljstvo oduzelo u poštanskom uredu bez sudskog odobrenja.

Član 8

Uvažavajući pravo na prepisku, Sud je obrazložio da u utvrđivanju prava „svakoga” na poštovanje njegove „prepiske”, član 8 štiti povjerljivost „privatne komunikacije”, bez obzira na to kakav je sadržaj predmetne prepiske i u kojem obliku može biti. Ovo znači da član 8 štiti povjerljivost svih razmjena u kojima pojedinci mogu biti uključeni u komunikacijske svrhe. Iz tih razloga, u konkretnom slučaju, presretanje prepiske je dovelo do miješanja u ostvarivanje prava iz člana 8.

Sud je stoga ispitao da li su mjere o kojima je riječ bile u skladu sa zakonom.

Sud je naveo da je prema relevantnom zakonodavstvu standardni postupak podrazumijevao da tužitelj podnese zahtjev koji treba da potvrdi sud. Međutim, u hitnim situacijama bilo je dozvoljeno postupiti prema članu 98 Zakona o krivičnom postupku. Sud je primijetio da član 98(1) Zakona o krivičnom postupku nameće obavezu tužiteljima da domaće sudove odmah obavijeste o poduzetoj mjeri nadzora. Međutim, Sud nije mogao da utvrdi da li je domaći sud, zapravo, i ispitao naredbu tužitelja.

Sud je konačno naveo da zakonsko diskreciono pravo dato izvršnoj vlasti ne bi trebalo biti izraženo u neograničenoj moći. Stoga, čak i pod pretpostavkom da se hitan postupak koji omogućava tužiteljima da zaobiđu sudsku kontrolu može smatrati legitimnim, ovo se ne bi smjelo zloupotrijebiti pod bilo kakvim okolnostima.

Vraćajući se na predmetni slučaj, Sud je istakao da bi hitan postupak mogao biti opravdan i takva opravdanja bi trebalo da ispituju domaći sudovi koji pružaju najbolju garanciju nezavisnosti i nepristrasnosti. Iako su sudovi bili obaviješteni o mjeri nadzora, nije bilo moguće utvrditi da li su zaista ispitali naredbu tužitelja. Štaviše, nije bilo ničega što bi ukazalo da je u ovom slučaju hitnost bila potrebna.

Dalje, nije bilo objašnjenja zašto tužitelj nije mogao primijeniti uobičajeni postupak za tajni nadzor u situaciji gdje je policija već mjesec dana prije nego što je operacija nadzora zapravo započeta bila upoznata o sumnjivim kovertama koje se šalju u ino-



stranstvo. Štaviše, domaći sudovi navodno nisu ispitali da li je i u kojoj mjeri bilo legitimno da tužitelj primijeni hitnu proceduru u periodu od preko dva mjeseca, počev od januara do marta 2005. godine.

Stoga je Sud zaključio da hitan postupak za oduzimanje prepiske podnositelja predstavke nije bio adekvatno zaštićen od moguće zloupotrebe, te da nije bio u skladu sa zakonom. Utvrđena je povreda člana 8.

Član 6

Sud je naveo da, iako nije utvrđeno da su dokazi protiv podnositelja predstavke nezakonito pribavljeni shodno članu 8 zbog nepostojanja adekvatnih mjera zaštite, Sud je smatrao da je krivični postupak protiv podnositelja predstavke za trgovinu drogama bio pravičan.

Istaknuto je da je podnositelj predstavke imao mogućnost da osporava valjanost oduzetih koverti i da su sudovi cijenili njegove prigovore. Uz to, nije bilo ničega u predmetu što bi dovelo u sumnju pouzdanost ili tačnost dokaza. Također, iako su koverta bile od odlučujućeg značaja, one nisu bile jedini dokaz protiv podnositelja predstavke – predstavljale su jedan dio složenih dokaza koje je Sud cijenio.

Stoga je Sud našao da postupak u slučaju podnositelja predstavke, posmatran u cjelini, nije bio u suprotnosti sa zahtjevima pravičnog suđenja, te iz tog razloga nije utvrđena povreda člana 6(1).

Član 41

Sud je utvrdio da utvrđenje povrede prava predstavlja samo po sebi dovoljnu satisfakciju za bilo kakvu nematerijalnu štetu koju je podnositelj predstavke pretrpio.



PRIKRIVENI ISTRAŽITELJI I KORIŠTENJE NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA U POSTUPKU

Presuda u predmetu

GEFGEN PROTIV NJEMAČKE

1. jun 2010.

(predstavka br. 22978/05)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Magnus Gefgen (*Gäfgen*), njemački je državljanin rođen 1975. godine. On trenutno izdržava kaznu zatvora u Njemačkoj.

U julu 2003. godine g. Gefgen je osuđen na doživotnu robiju zbog otmice i ubistva J. Sud je ustanovio da je krivično djelo koje je on počinio izuzetno teško, što znači da neće moći da bude pušten na uslovnu slobodu poslije 15 godina provedenih u zatvoru.

Jedanaestogodišnji dječak J. poznao je podnosioca predstavke, koji je u to vrijeme bio student prava, preko svoje sestre. Dana 27. septembra 2002. godine podnosilac predstavke je na prevaru namamio J. u svoj stan i tu ga je ugušio. Poslije toga je roditeljima dječaka J. uputio zahtjev za isplatu novca, tražeći od njih da plate jedan milion eura ako žele da ponovo vide svoga sina. G. Gefgen je 30. septembra 2002. godine preuzeo taj novac na jednoj tramvajskoj stanici. Stavljen je pod policijski nadzor i praćenje i nekoliko sati kasnije policija ga je uhapsila.

Jedan od policajaca zaduženih za saslušanje g. Gefgena 1. oktobra 2002, postupajući prema uputstvima zamjenika šefa policije u Frankfurtu, upozorio je podnosioca predstavke da će biti izložen ozbiljnim fizičkim mukama ako i dalje bude odbijao da otkrije gdje se dječak nalazi. Smatrali su da je ta prijetnja neophodna, budući da je dječakov život bio u velikoj opasnosti zbog nedostatka hrane i hladnoće koja je vladala. Suočeni sa tim prijetnjama, podnosilac predstavke je otkrio gdje je skrivao dječakovo tijelo. Na osnovu tog priznanja, policija je pribavila i ostale dokaze, prije svega tragove



guma automobila podnosioca predstavke kraj vještačkog jezera (ribnjaka) u koje je dječak bačen, kao i samo dječakovo tijelo.

Na samom početku krivičnog postupka protiv podnosioca predstavke, Okružni sud je donio odluku da nijedno priznanje koje je on dao u istrazi ne može biti korišćeno kao dokaz na suđenju, budući da su to bila priznanja data pod prinudom, čime je prekršen Zakonik o krivičnom postupku i član 3 Evropske konvencije. Međutim, isti taj Okružni sud je dozvolio da se u krivičnom postupku koriste dokazi koji su prikupljeni na osnovu izjava koje je podnosilac predstavke dao pod prinudom.

Konačno, 28. jula 2003. godine podnosilac predstavke je oglašen krivim za otmicu i ubistvo i osuđen je na doživotni zatvor. Ustanovljeno je da je, uprkos činjenici da je podnosilac predstavke na početku sudskog postupka bio obaviješten o svome pravu na ćutanje i o tome da sve njegove ranije izjave ne mogu biti korišćene kao dokaz protiv njega, on ipak ponovo priznao da je oteo i ubio dječaka J. U suštini, na tom priznanju temeljili su se zaključci suda o činjenicama u vezi sa počinjenim zločinom. Ti zaključci su također bili potkrijepljeni dokazima pribavljenim na osnovu prvog iznuđenog priznanja, konkretno, na obdukcionom nalazu i tragovima automobilskih guma. Bili su tu, također, i drugi dokazi dobijeni zahvaljujući tome što je podnosilac predstavke praćen i nadziran nakon što je uzeo novac od otmice. Riječ je, naime, o dokazima koji su kasnije pronađeni u njegovom stanu ili o tragovima uplata na račune u banci.

Podnosilac predstavke je uložio žalbu iz proceduralnih razloga, ali je Savezni sud pravde tu žalbu odbacio. Poslije toga, podnosilac predstavke je uložio žalbu Saveznom ustavnom sudu, ali je taj sud odbio da žalbu uzme u razmatranje. Taj sud je potvrdio zaključke Regionalnog suda da je prijetnja fizičkim bolom podnosiocu predstavke kako bi se iz njega izvuklo priznanje po domaćim zakonima predstavljala zabranjeni metod ispitivanja, te da je njome bio prekršen član 3 Konvencije.

Dvojica policajaca koji su prijetili podnosiocu predstavke 20. decembra 2004. godine osuđeni su za prinudu i podsticanje na prinudu tokom obavljanja dužnosti i izrečene su im uslovne novčane kazne.

U decembru 2005. godine podnosilac predstavke je uputio zahtjev za pravnu pomoć kako bi mogao da povede zvanični postupak protiv Pokrajine Hesen i naplati naknadu za to što je doživio traume uslijed istražnih metoda primijenjenih u policiji. Taj postupak je još uvijek u toku.

2. Odluka Suda

Podnosilac predstavke se obratio Evropskom sudu navodeći da je, za vrijeme ispitivanja u policiji, bio podvrgnut mučenju, čime je prekršen član 3. Naveo je, osim toga, pozivajući se na član 6 Evropske konvencije, da je prekršeno njegovo pravo



na pravično suđenje, prvenstveno time što su dokazi koji su pribavljeni na osnovu njegovog priznanja datog pod prinudom korišćeni u sudskom postupku.

U presudi Vijeća od 30. juna 2008. godine, Sud je zaključio da podnosilac predstavke više ne može tvrditi da je žrtva povrede člana 3 Konvencije i da u ovom slučaju nije bilo kršenja člana 6 Konvencije.

Cijeli slučaj je 1. decembra 2008. godine iznijet pred Veliko veće na temelju zahtjeva podnosioca predstavke.

Član 3

Sud smatra da su u ovom slučaju neposredne prijetnje upućene podnosiocu predstavke radi „izvlačenja” njegovog priznanja bile dovoljno teške da se mogu okvalifikovati kao nečovječno postupanje, što spada u djelokrug člana 3. Sud se uvjerio da su domaći sudovi, i u krivičnom postupku protiv podnosioca predstavke i u postupku protiv policajaca, izričito i nedvosmisleno stavili do znanja da je načinom ispitivanja podnosioca predstavke bio prekršen član 3. Sud je, međutim, primijetio da su policajci, pošto su oglašeni krivima za prinudu i podsticanje na prinudu, osuđeni na vrlo skromne i pritom uslovne novčane kazne.

Što se tiče naknade radi ispravljanja kršenja Konvencije, Sud je primijetio da zahtjev podnosioca predstavke za pravnu pomoć u cilju pokretanja postupka za utvrđivanje odgovornosti i naknadu traje već više od tri godine i još nije donijeta odluka o meritumu njegovog zahtjeva za naknadu. Činjenica da domaći sudovi još nisu donijeli odluku o meritumu tog tužbenog zahtjeva budi ozbiljne sumnje u djelotvornost zvaničnog postupka za utvrđivanje odgovornosti i naknadu štete.

Sud je zaključio da njemačke vlasti nisu pružile podnosiocu predstavke dovoljno obeštećenje za način na koji se prema njemu postupalo i da je Njemačka prekršila član 3 Konvencije.

Kao što je Sud ustanovio u svojoj sudskoj praksi, korišćenje dokaza prikupljenih metodama kojima se krši član 3 pokreće ozbiljna pitanja u vezi sa pravičnošću krivičnog postupka. Iz tih razloga, Sud je morao da utvrdi da li je postupak protiv ovog podnosioca predstavke u cjelini bio nepravičan zato što su korišćeni takvi dokazi.

U ovom slučaju, ono što je predstavljalo osnovu za osuđujuću presudu i izricanje kazne bilo je novo priznanje podnosioca predstavke dato na suđenju - i to pošto je obaviješten da njegove ranije izjave ne mogu biti korišćene kao dokazi protiv njega. Prema tome, sporni dokazi nisu bili neophodni da bi se dokazala njegova krivica niti da bi se odredila kazna.

U svjetlosti takvog rezonovanja, Sud je ustanovio da, u specifičnim okolnostima ovog slučaja, propusti domaćih sudova da isključe osporene dokaze, pribavljene na osnovu izjave koju je podnosilac predstavke dao kada je bio izložen nečovječnom postupanju,



nisu uticali ni na osuđujuću presudu ni na izrečenu kaznu. Budući da su prava podnosioca predstavke na odbranu bila poštovana, ovo suđenje se, u cjelini, mora smatrati pravičnim. Sud je stoga zaključio da nije bilo kršenja člana 6 Konvencije.

Član 41

Podnosilac predstavke nije tražio nikakvu naknadu na ime materijalne i nematerijalne štete, ali je naglasio da je osnovna svrha njegove predstavke da se izbori za obnovu procesa. Budući da u ovom slučaju nije bio prekršen član 6, Sud je zaključio da nema osnova za to da podnosilac predstavke zahtijeva obnovu postupka ili novo suđenje pred domaćim sudovima.

3. Komentar

Uznemirujući scenario koji je doveo do pokretanja ovog slučaja pred Velikim vijećem Evropskog suda svjedoči o važnosti uloge samog Suda. Većina članova Velikog vijeća je, zaključujući da nije došlo do kršenja člana 3 niti do kršenja člana 6, posebno ukazala na dužnu pažnju i oprez sa kojom su njemački vlasti pristupile svim komplikovanim pravnim, moralnim i filozofskim pitanjima koja su se otvorila u ovom slučaju. Sud je primijetio da su policajci o kojima je riječ bili gonjeni zbog svog ponašanja i da su bili oslobođeni svih dužnosti u vezi sa krivičnom istragom. Ipak, Sud je smatrao da je član 3 bio prekršen i da te tužbe nisu uticale na to da podnosilac predstavke izgubi svoj status žrtve. Ono što se nedvosmisleno zaključuje na osnovu ove složene presude jeste da je policijska primjena tehnika zabranjenih članom 3 (svejedno da li je riječ o mučenju, ponižavajućem postupanju ili, kao u ovom slučaju, nečovječnom postupanju) apsolutno zabranjena, bez obzira na hitnost situacije. „Filozofska osnova na kojoj počiva apsolutna priroda prava iz člana 6 ne dopušta nikakve izuzetke niti olakšavajuće činioce, kao što ne dopušta ni odmjeravanje i zapostavljanje interesa, bez obzira na ponašanje ljudi o kojima je riječ i bez obzira na prirodu krivičnog djela o kome se radi.”

Možda je još važniji bio zaključak većine članova Velikog vijeća da, uprkos tome što je bio prekršen član 3 Konvencije, član 6 nije prekršen. Njemački krivični sudovi nisu prihvatili sporne izjave kao dokaze, ali jesu prihvatili objektivne dokaze sa mjesta zločina do koga je optuženi odveo policiju, poslije kršenja člana 3 Konvencije. Većina članova Velikog vijeća nije smatrala da je time prekršen član 6. Propust da se isključe osporeni materijalni dokazi, pribavljeni na osnovu izjava dobijenih nečovječnim postupanjem, nije uticao na osuđujuću presudu i kaznu koja je izrečena podnosiocu predstavke. Budući da su prava na odbranu podnosioca predstavke i njegovo pravo da sam sebe ne inkriminiše bila inače poštovana, njegovo suđenje se u cjelini mora smatrati pravičnim suđenjem. Ipak, šest sudija koji su izdvojili svoje mišljenje, ne slažući se sa većinom, zaključilo je da je član 6 bio prekršen time što su u dokazni materijal prihvaćeni objektivni materijalni dokazi pribavljeni kao neposredna posljedica informacija dobijenih kršenjem člana 3. Te sudije koje su izdvojile mišljenje izrazile



su zabrinutost zbog toga što je, prema njihovom mišljenju, većina propustila priliku za autoritativnu izjavu o tome da se moraju isključiti svi dokazi koji se pribavljaju na osnovu zabranjenih metoda postupanja i zlostavljanja.

Presuda u predmetu

OTHMAN (AL QATADA) PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

17. januar 2012.

(predstavka br. 8139/09)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, g. Othman, pobjegao je iz Jordana i 1993. stigao u Ujedinjeno Kraljevstvo. Zatražio je azil i tvrdio da su ga jordanske vlasti lišile slobode i mučile. Godine 1994. odobren mu je status izbjeglice i inicijalno privremeni boravak u Ujedinjenom Kraljevstvu u trajanju od četiri godine. Godine 1998. podnio je zahtjev za neograničenu dozvolu boravka u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Godine 2002, dok se njegov zahtjev i dalje nalazio u postupku razmatranja, uhapšen je i pritvoren u skladu sa Zakonom o antiterorizmu, kriminalu i bezbjednosti iz 2001. godine. Avgusta 2005. uručeno mu je obavještenje o namjeri da bude deportovan. Oспоравao je svoju moguću deportaciju i tako stigao do Evropskog suda za ljudska prava, gdje je tvrdio da postoji stvarna opasnost da će biti podvrgnut mučenju po povratku u Jordan, suprotno članu 3 Konvencije. Također je strahovao da će mu ponovo suditi za krivična djela (udruživanje radi izazivanja eksplozija i članstvo u terorističkoj organizaciji) za koja je 1999. osuđen u odsustvu.

Između ostalog je tvrdio da postoji stvarna opasnost da će tokom ponovnog suđenja biti korišćeni dokazi iznuđeni mučenjem – bilo njega, ostalih optuženih ili drugih zatvorenika – što je suprotno članu 6.

2. Odluka Suda

Sud se prilikom razmatranja ovog predmeta pozvao na test „flagrantnog uskraćivanja pravde”, koji se primjenjuje kako bi se utvrdilo da li je neko suđenje očigledno suprotno odredbama člana 6 ili načelima koje on sadrži. Flagrantno uskraćivanje pravde podrazumijeva više od pukih nepravilnosti ili odsustva garancija u postupcima suđenja. Ono podrazumijeva kršenje načela pravičnog suđenja koje je toliko ozbiljno da dovodi do ukidanja ili poništavanja same suštine prava zajemčenih članom 6. Ovaj test može biti od značaja za odluku o proterivanju ili ekstradiciji u okolnostima u kojima je bjegunac bio izložen ili postoji prijetnja da će biti izložen flagrantnom uskraćivanju pravde u zemlji koja ga traži.



Sud je zatim razmatrao da li korišćenje dokaza iznuđenih mučenjem može predstavljati tako flagrantno uskraćivanje pravde. Sud je ponovio da su izjave dobijene suprotno članu 3 suštinski nepouzdana. Naglasio je da:

„Nijedan pravni sistem zasnovan na vladavini prava ne može da toleriše korišćenje dokaza – koliko god oni bili pouzdani – do kojih se došlo tako varvarskom praksom kao što je mučenje. Proces suđenja predstavlja kamen temeljac vladavine prava. Dokazi iznuđeni mučenjem nanose nepopravljivu štetu tom procesu – oni uvode silu na mjesto vladavine prava i nanose ljagu ugledu svakog suda koji ih dopusti. Dokazi iznuđeni mučenjem se izuzimaju kako bi se zaštitio integritet procesa suđenja i, konačno, sama vladavina prava.”

Stoga bi dopuštanje dokaza iznuđenih mučenjem bilo očigledno suprotno ne samo članu 6 Konvencije već i osnovnim međunarodno-pravnim standardima pravičnog suđenja.

Sud je smatrao da je podnosilac predstavke u dovoljnoj mjeri dokazao da postoji stvarna opasnost da su dokazi protiv njega iznuđeni mučenjem. Izjave da su dokazi iznuđeni mučenjem dala su dva svjedoka koja su bila podvrgnuta mučenju koje je kao jedini cilj moglo imati da se od njih iznude informacije. Pored toga, u Jordanu je raširena praksa korišćenja dokaza iznuđenih mučenjem, a čini se da pravne garancije u jordanskim zakonima nemaju veliku praktičnu vrijednost.

S obzirom na ovu opasnost, ponovno suđenje podnosiocu predstavke predstavljalo bi flagrantno uskraćivanje pravde, te je Sud utvrdio da bi deportacija podnosioca predstavke u Jordan bila suprotna članu 6.

Presuda u predmetu

SAUNDERS PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

17. decembar 1996.

(predstavka br. 19187/91)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke bio je direktor jednog preduzeća kome je suđeno i koji je osuđen za krivična djela udruživanja radi vršenja krivičnog djela, vođenja lažnog knjigovodstva i krađe vezane za raspolaganje dionicama. Policija se tokom istrage oslanjala na dokaze dobijene tokom ranijeg likvidacionog postupka tog preduzeća. Međutim, ove informacije su tokom ranijeg postupka bile dobijene u skladu sa odredbama Zakona o preduzećima, po kojem bi podnosilac predstavke odgovarao pred zakonom ako bi odbio da odgovara na pitanja koja su mu postavljali inspektori Ministarstva trgovine i industrije.



Podnosilac predstavke se pozvao na član 6 i žalio na činjenicu da su izjave koje je pod prisilom dao tim inspektorima tokom njihovih istraga korišćene kao dokazi protiv njega tokom kasnijeg krivičnog postupka.

2. Odluka Suda

Sud je napomenuo da prava na ćutanje i na zaštitu od samooptuživanja predstavljaju opšteprihvaćene međunarodne standarde koji se nalaze u srži pojma pravičnog postupka iz člana 6, iako se u njemu konkretno ne pominju. Cilj ovog načela jeste da optuženog zaštititi od nepropisnog prisiljavanja vlasti, čime ono doprinosi izbjegavanju sudskih grešaka.

Pravo na ćutanje u krivičnom postupku ne odnosi se i na korišćenje materijala koji se može dobiti od optuženog prisilom, ali koji postoji nezavisno od volje osumnjičenog, kao što su dokumenti do kojih se došlo tokom pretresa sprovedenog u skladu sa sudskim nalogom ili uzorci tkiva u svrhu ispitivanja DNK. Zadatak Suda u predmetu podnosioca predstavke bio je da utvrdi da li je podnosilac predstavke bio prisiljen da pruži dokaze i da li je korišćenje tog svjedočenja na njegovom suđenju za krivična djela ugrožavalo osnovna načela pravičnog postupka iz člana 6 st. 1, pri čemu pravo na zaštitu od samooptuživanja treba smatrati sastavnim dijelom tog stava.

Sud nije prihvatio tvrdnju države da ništa od onoga što je podnosilac predstavke izjavio tokom saslušanja nije bilo samooptužujuće, s obzirom na to da su se neki odgovori podnosioca predstavke mogli smatrati optužujućim u smislu da je u njima priznavao da posjeduje saznanja koja mogu da ga inkriminišu. Pravo na zaštitu od samooptuživanja ne može se razumno ograničiti na izjave kojima lice priznaje djela ili na njegove izjave koje su neposredno inkriminišuće.

Sud je prilikom razmatranja pitanja da li su dokazi pribavljeni suprotno članu 6 jasno ukazao na to da je neophodno razmotriti kontekst. Napomenuo je da se tužilaštvo u velikoj mjeri pozivalo na zapisnik koji se odnosio na informacije dobijene pod prisilom. Sud je stoga zaključio da su zapisnici sa odgovorima podnosioca predstavke, bez obzira na to da li je njima sebe neposredno optuživao ili ne, tokom postupka korišćeni na način koji je inkriminisao podnosioca predstavke.

Sud je shodno tome utvrdio da je prekršeno pravo na zaštitu od samooptuživanja i da je podnosilac predstavke lišen pravične rasprave suprotno članu 6 st. 1.



Presuda Velikog vijeća u predmetu RAMANAUSKAS PROTIV LITVANIJE

5. februar 2008.
(predstavka br. 74420/01)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Kestas Ramanauskas, bio je zaposlen kao tužilac. Tvrdio je da mu se krajem 1998. i početkom 1999. obratio AZ, kojeg ranije nije poznao, preko ličnog poznanika VS. AZ, koji je zapravo bio pripadnik posebne policijske jedinice za borbu protiv korupcije Ministarstva unutrašnjih poslova (STT), ponudio mu je mito ako zauzvrat obezbijedi oslobađajuću presudu za treće lice. Podnosilac predstavke je prvo odbio, ali je kasnije prihvatio da to učini pošto mu se AZ više puta obraćao sa istom ponudom.

AZ je zatim obavijestio STT da je podnosilac predstavke pristao da primi mito i zamjenik glavnog tužioca je januara 1999. dozvolio da VS i AZ simuliraju krivično djelo podmićivanja. Podnosilac predstavke je zatim primio mito. Glavni tužilac je kasnije pokrenuo krivični postupak protiv podnosioca predstavke za primanje mita. Proglašen je krivim i osuđen na kaznu zatvora u trajanju od 19 mjeseci.

Podnosilac je tvrdio da su mu prekršena prava iz člana 6 jer su ga državne vlasti podstrekivale da izvrši krivično djelo i da je, kao posljedica toga, bio nepravilno osuđen za podmićivanje.

2. Odluka Suda

Država je u odgovoru na navode podnosioca predstavke da su ga vlasti podstrekivale da izvrši krivično djelo tvrdila da su se VS i AZ obratili podnosiocu predstavke i dogovarali uslove za davanje mita na sopstvenu inicijativu, prije nego što su vlasti o tome bile obaviještene.

Sud je jasno ukazao na to da primjena posebnih istražnih metoda mora biti podvrgnuta jasnim ograničenjima uslijed opasnosti od podstreka policije koje takve tehnike podrazumijevaju. Povukao je razliku između podstreka policije, koji je neprihvatljiv, i istrage krivične aktivnosti na suštinski pasivan način, koja je dozvoljena, i tom prilikom je izjavio:

„Do podstreka policije dolazi kada se policajci o kojima je riječ – bili oni članovi bezbjednosnih snaga ili policajci koji postupaju po njihovim nalogima – ne ograniče na istraživanje krivične aktivnosti na suštinski pasivan način, već vrše takav uticaj na neko lice da ga podstrekavaju na izvršenje djela koje inače ne bi izvršilo kako bi omogućili postojanje tog djela, odnosno, obezbijedili dokaze i pokrenuli gonjenje.”



Premda se korišćenje prikrivenih isljednika može tolerisati pod uslovom da je podvrgnuto jasnim ograničenjima i garancijama, javni interes se ne može koristiti kao opravdanje za korišćenje dokaza koji su dobijeni uslijed podstreka policije jer bi se time optuženi izložio opasnosti da definitivno bude lišen pravičnog suđenja od samog početka. Kada optuženi tvrdi da je bio izložen podstreku i ta tvrdnja nije u potpunosti nevjerovatna, tužilaštvo snosi teret dokazivanja da nije bilo nikakvog podstreka.

Veliko vijeće je prilikom primjene tih načela na ovaj predmet ukazalo na nepostojanje ikakvih dokaza da je podnosilac predstavke ranije izvršio bilo kakvo koruptivno ili drugo djelo, kao i na to da je sve sastanke između policije i podnosioca predstavke inicirala policija. Ponašanje policije je prevazišlo „puku pasivnu istragu krivične aktivnosti” i njime je podnosilac predstavke podstreknut da izvrši krivično djelo. Nema nikakvih objektivnih pokazatelja (osim glasina da je uzimao mito) da bi podnosilac predstavke izvršio ovo krivično djelo da policajci nisu intervenisali.

Sud je pored toga odbio argument države da se nacionalne vlasti mogu izuzeti od odgovornosti za postupke policajaca jednostavnom tvrdnjom da su policajci postupali „u privatnom svojstvu” iako su vršili službene dužnosti.

Član 6 bi bio poštovan samo u slučaju da je podnosilac predstavke imao djelotvornu mogućnost da postavi pitanje podstrekivanja tokom suđenja. S obzirom na to da je podnosilac predstavke tokom čitavog suđenja tvrdio da je bio podstrekivan da izvrši krivično djelo, bilo je potrebno da domaći organi i sudovi u najmanju ruku sprovedu detaljnu istragu mogućnosti da su organi gonjenja prekoračili prihvatljive granice.

Veliko vijeće je stoga zaključilo da je suđenje podnosiocu predstavke bilo lišeno adekvatne pravičnosti s obzirom na intervenciju AZ i VS i način na koji je ona iskorišćena tokom krivičnog postupka, te da je došlo do povrede člana 6 st. 1.

Presuda u predmetu

KAČIJU I KOTORI PROTIV ALBANIJE

25. jun 2013.

(predstavke br. 33192/07 i 33194/07)

1. Osnovne činjenice

Podnosioci predstavki, Olši Kačiju (*Olsi Kaçiu*) i Elidon Kotori (*Kotorri*), državljani su Albanije rođeni 1979, odnosno 1975. godine. G. Kačiju živi u Tirani, dok g. Kotori izdržava kaznu doživotnog zatvora u zatvoru najstrožeg režima bezbjednosti Pećin (Albanija).

Na tri čovjeka je pucano, a jedan od njih je pritom teško ranjen 11. januara 2000. godine. Na mjestu zločina policija je pronašla nekoliko predmeta, uključujući dvije



kape „fantomke” i rukavice s ljudskim vlasima. Tri mjeseca poslije incidenta uhapšeni su podnosioci predstavki. Prvi podnosilac predstavke je naveo da je tokom ispitivanja bio podvrgnut teškom nasilju i da je uslijed toga dao inkriminišuće izjave u kojima je optužio i drugog podnosioca predstavke. Osim toga, tvrdio je da mu je bila uskraćena mogućnost pristupa advokatu tokom prve dvije nedjelje pritvora. Drugi podnosilac predstavke tvrdio je da mu je nasilno i bez njegovog pristanka počupana kosa kako bi se uradila DNK analiza dlake, kao i da je izudaran i u modricama ostavljen bez vode i hrane.

Prvi podnosilac predstavke proglašen je krivim zbog toga što nije prijavio krivično djelo, dok je drugi podnosilac predstavke proglašen krivim po nekoliko tačaka optužnice, između ostalog za ubistvo sa predumišljajem i nezakonito posjedovanje vatrenog oružja. Zbog problema sa dokazima, suđenje je dva puta ponovljeno, ali su na svakom ponovljenom suđenju obojica podnosilaca predstavki opet osuđena.

2. Odluka Suda

Član 3

Prvi podnosilac predstavke obratio se Evropskom sudu zbog toga što ga je, kako je naveo, policija zlostavljala i zbog toga što te njegove tvrdnje nisu bile na odgovarajući način istražene.

Evropski sud je primijetio da je, iako nije bilo nikakvog opisa pretrpljenih povreda, podnosilac predstavke iznio više nego „uvjerljivu tvrdnju” pred domaćim vlastima o tome da je za vrijeme pritvora bio ozbiljno pretučen. Ta njegova tvrdnja stvorila je pretpostavku da je podnosilac predstavke bio podvrgnut mučenju koje je zabranjeno članom 3 Konvencije dok je bio u rukama službenih lica i to je zahtijevalo od države da pruži prihvatljivo objašnjenje o tome šta je moglo da izazove navodno premlaćivanje i kako je uopšte moglo da dođe do toga. Država nije dala Sudu nikakvo objašnjenje o tome kako su navodne povrede mogle biti izazvane .

Pošto je vidio da je prvi podnosilac predstavke dosljedno za sve vrijeme postupka pred domaćim sudovima tvrdio da je bio brutalno premlaćen, a da nacionalne vlasti nisu preduzele nijednu mjeru da te tvrdnje istraže, podnosilac predstavke je osnovano pretpostavio da domaći pravni lijekovi neće biti ni od kakve koristi i zato se od njega nije moglo očekivati da iscrpe te domaće pravne lijekove.

Iz tih razloga, Sud je prihvatio da je podnosilac predstavke pretrpio postupanje suprotno članu 3 Konvencije i da je to postupanje, na osnovu dokaza i tvrdnji koje je predočio, bilo dovoljno teško da se svrsta u kategoriju mučenja u smislu člana 3. Također je bio prekršen procesni aspekt člana 3 zato što tim povodom nije pokrenuta djelotvorna istraga.



Član 5

Zahtjevi podnosioca predstavki podnijeti po članu 5 proglašeni su neprihvatljivima zbog toga što nisu bili iscrpljeni domaći pravni lijekovi.

Član 6

Sud je razmotrio izvjestan broj argumenata sa stanovišta člana 6. Prvo, Evropski sud je stao na stanovište da su domaći sudovi, time što su kao dokaz prihvatili izjave prvog podnosioca predstavke koje su mu bile iznuđene mučenjem, prekršili član 6 st. 1, budući da izjave koje su date kao posljedica kršenja člana 3 uvijek dovode do toga da cijeli postupak bude nepravičan. Štaviše, te izjave, koje su, između ostalog, obuhvatale i odricanje od prava na advokata, nisu se mogle smatrati valjanima zato što je odricanje izrečeno kao rezultat postupanja koje je bilo protivno članu 3 Konvencije. Sljedstveno tome, bio je prekršen član 6 st. 1 i 3 (c) u odnosu na prvog podnosioca predstavke. To se smatra posebno teškim kršenjem (Konvencije) zato što su te izjave, koje su date bez prisustva advokata i kao posljedica mučenja i nečovječnog postupanja, bile jedini osnov za izricanje osuđujuće presude podnosiocima predstavki. Izjave pribavljene za vrijeme postupanja koje je suprotno članu 3 uvijek dovode do toga da se postupak smatra nepravičnim, bez obzira na dokaznu vrijednost ili odlučnost u donošenju osuđujuće presude – posebno u situacijama kada je, kao u ovom slučaju, takva izjava data bez prisustva advokata.

Kada je riječ o inkriminišućim dokazima protiv drugog podnosioca predstavke, onima koje je prvi podnositelj predstavke dao kao rezultat postupanja protivnog članu 3 Konvencije, Evropski sud je stao na stanovište da je cjelokupan sudski postupak koji je vođen protiv drugog podnosioca predstavke također bio nepravičan, zbog same činjenice da je ta izjava prvog podnosioca predstavke prihvaćena i uzeta kao dokaz.

Što se tiče tvrdnje obojice podnosioca predstavke da sastav Apelacionog suda nije bio zakonit, budući da je jedan broj sudija prebačen iz vojnog suda, Evropski sud je primijetio da u zakonu nema nijedne odredbe koja bi spriječila takav transfer, posebno imajući na umu činjenicu da su vojne sudije prethodno pohađale istu obuku i školovanje koju su pohađale i ostale sudije. Pored toga, Evropski sud je smatrao da je razlog njihovog transfera u Apelacioni sud bio legitiman. Naime, radilo se o tome da su sve ostale sudije Apelacionog suda ranije učestvovala u suđenju tim podnosiocima predstavke, pa su tom prilikom bile prebačene sudije vojnog suda kako bi se obezbijedila nepristrasnost. Iz tih razloga, Evropski sud nije uočio nikakvo kršenje domaćeg zakonodavstva niti kršenje člana 6.

Odgovarajući na argument podnosioca predstavki o tome da je postupak trajao neosnovano dugo, Evropski sud je konstatovao da je postupak započet 18. aprila 2000, a okončan je 6. februara 2007. Tolika dužina je bila prouzrokovana čestim vraćanjem



predmeta s viših sudova na niže, što je pojava koju je Evropski sud još ranije razmotrio u jednom od prethodnih slučajeva protiv Albanije (*Marini protiv Albanije*, presuda od 18. decembra 2007). Konkretno, poslije prve rasprave pred Vrhovnim sudom, slučaj je vraćen Okružnom sudu na novo razmatranje, a taj novi postupak nije bio vođen saglasno uputstvu koje je dao Vrhovni sud. To je odložilo donošenje sudske odluke za još dvije godine. Takvo kašnjenje je u cijelosti moglo da se pripiše samo domaćim sudovima, te se stoga radilo o kršenju člana 6 st. 1.

Član 7

Tvrđnja drugog podnosioca predstavke da je osuđen retroaktivno proglašena je neprihvatljivom zbog toga što nisu bili iscrpljeni svi domaći pravni lijekovi.

Član 41

Prvom podnosiocu predstavke dosuđen je iznos od 15.600 evra na ime nematerijalne štete. U odnosu na drugog podnosioca predstavke, Evropski sud je stao na stanovište da sudski zaključak o tome da je Konvencija bila prekršena predstavlja dovoljno zadovoljenje. Što se tiče kršenja člana 6 Konvencije, podnosiocima predstavke trebalo bi da bude na raspolaganju mogućnost preispitivanja slučaja.

3. Komentar

Mučenje i svi ostali vidovi nečovječnog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja podjednako su apsolutno zabranjeni članom 3 Konvencije. Iz tih razloga, Evropski sud veoma pomno vodi računa o tome da dokaže kako se konstatacija ili zaključak da je član 3 Konvencije prekršen ne donosi olako. Međutim, Sud je podjednako odlučan u svom shvatanju da tamo gdje postoje prihvatljivi navodi o takvom mučenju ili nečovječnom postupanju, posebno za vrijeme boravka u policijskom ili tužilačkom pritvoru, teret dokazivanja mora biti na državi, to jest ona je ta koja treba da dokaže da su te tvrdnje neosnovane. Najbitniji element procesnih mehanizama zaštite inherentnih članu 3 jeste brza i nezavisna djelotvorna istraga povodom takvih navoda, sprovedena bez odlaganja, to jest čim su takvi navodi iznijeti. To treba da obuhvati i izdavanje naloga za sprovođenje nezavisnog medicinskog pregleda. Budući da u ovom slučaju nije bio prisutan nijedan navedeni element, većina sudija je presudila da je bio prekršen član 3 Konvencije, ali je sudija Bjanku, koji je priložio svoje izdvojeno, saglasno mišljenje uz presudu, smatrao da možda nije ispunjen strogi standard dokazivanja za zaključak o tome da je suštinski prekršen član 3 Konvencije. Ovaj slučaj također otvara pitanja o tome kako opasnost da su dokazi koji se koriste na suđenju pribavljeni mučenjem utiče na pravičnost cijelog slučaja.



Presuda u predmetu

KHAN PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

12. maj 2000.

(predstavka br. 35394/97)

1. Osnovne činjenice

Sultan Kahn, britanski državljanin rođen 1957. godine, bio je osuđen zbog trgovine drogom na temelju dokaza nepropisno pribavljenih pomoću tajnog prislušnog aparata koji je instalirala policija. Njegova žalba na osudu je odbačena sa obrazloženjem da je nad interesom zaštite njegove privatnosti pretegaio viši cilj dokazivanja da je on umiješan u ozbiljno krivično djelo.

2. Sažetak presude

Žalbe

Podnosilac predstavke se žalio da je njegovo suđenje bilo nepravično, da je predstavljalo povredu člana 6 st. 1 Konvencije, povredu prava na poštovanje privatnog života (član 8) i prava na djelotvorni pravni lijek (član 13 Konvencije).

Odluka Suda

Član 8

Sud je utvrdio da u vrijeme miješanja u razgovore podnosioca predstavke nije postojala nikakva zakonska regulativa koja bi se odnosila na korišćenje tajnih prislušnih aparata. Postojeća uputstva Ministarstva unutrašnjih poslova nisu bila ni zakonski obavezujuća niti direktno dostupna javnosti. Sud je stoga smatrao da miješanje u pravo podnosioca predstavke na poštovanje privatnog života i prepiske nije bilo „u skladu sa zakonom”, kako je zahtijevano članom 8 st. 2 Konvencije, pa je utvrdio da je došlo do povrede te odredbe.

Član 6

Sud je primijetio da nije njegova uloga da načelno određuje da li određene vrste dokaza, na primjer, nezakonito pribavljeni dokazi, mogu biti prihvatljive ili, čak, da li je podnosilac predstavke bio kriv ili ne.

On je dalje podsjetio da, prema ranijoj sudskoj praksi, prihvatljivost nezakonito pribavljenih dokaza ne bi bila načelno i generalno isključena.

Pri ispitivanju da li je prema svim okolnostima slučaja, uključujući i način prikupljanja dokaza, postupak u cjelini bio nepravičan, Sud je primijetio da snimanje razgovora



podnosioca predstavke nije bilo nezakonito u smislu protivnosti domaćem krivičnom zakonu, čak i ako je izvršeno na način koji je predstavljao povredu člana 8 Konvencije. Sud je zatim razmatrao činjenicu da je sporni materijal u ovom slučaju bio u stvari jedini dokaz protiv podnosioca predstavke. Međutim, kada, kao u ovom slučaju, ne postoji nikakva opasnost da je snimak nepouzdan, potreba za dokazima koji bi ga podržali srazmjerno je manja. Vraćajući se na glavno pitanje da li je postupak u cjelini bio pravičan, Sud je primijetio da je podnosilac predstavke imao široke mogućnosti da dovede u pitanje i autentičnost i upotrebu snimka. On nije doveo u pitanje njegovu autentičnost, ali je doveo u pitanje njegovu upotrebu i pred prvostepenim i drugostepenim sudom i pred Gornjim domom. Na svakom nivou domaći sudovi su procjenjivali posljedice prihvatanja dokaza na pravičnost suđenja i raspravljali, između ostalog, i o nedostatku zakonske zasnovanosti prismotre.

U ovim okolnostima, Sud je utvrdio da upotreba tajno snimljenog materijala na suđenju podnosiocu predstavke nije bila u sukobu sa zahtjevima pravičnosti, koji su jemčeni članom 6 st. 1 Konvencije.

Član 13

Sud je utvrdio da nijedan od pravnih lijekova dostupnih podnosiocu predstavke da dovede u pitanje navodno nepostojanje odgovarajuće osnove u zakonu nije zadovoljio zahtjev člana 13 da pravni lijek mora omogućiti nadležnoj domaćoj vlasti da riješi suštinu žalbe po Konvenciji i da odobri odgovarajuće obeštećenje.

Član 41

Sud je podnosiocu predstavke dodijelio sumu od 11.500 britanskih funti na ime troškova postupka umanjenu za sumu primljenu na ime pravne pomoći.

3. Komentar

Ovo je prvi slučaj koji je stigao pred Sud u kome je jedini dokaz protiv optuženog u krivičnom slučaju i koji je doveo do njegove osude bio dokaz dobavljen na način za koji je jednoglasno potvrđeno da je povrijedio član 8, a za koji nije postojao djelotvoran pravni lijek po članu 13 Konvencije. Do ove povrede je došlo zato što u to vrijeme u Ujedinjenom Kraljevstvu nije postojao zakonski okvir koji bi regulisao operacije tajne policijske prismotre. Miješanje stoga nije bilo „u skladu sa zakonom“. Sud je podsjetio na slučaj *Schenk protiv Švajcarske*, od 12. jula 1998, u kome nije utvrđena povreda Konvencije jer su dokazi, dobavljeni na način koji je povrijedio postojeće odredbe u švajcarskom zakonu, činili samo dio dokaza koji su doveli do osude. Možda će biti neophodno da u nadležnost Strazbura dođe slučaj u kome je podnosilac predstavke osuđen isključivo na osnovu dokaza dobavljenih na način koji je povrijedio postojeće domaće pravo, prije nego što će Sud biti voljan da zaključi da to



ipso facto vodi nepravičnom suđenju. Sadašnji stav je veoma nezadovoljavajući. Države su u mogućnosti da pri dobavljanju dokaza, koji se zatim koriste radi postizanja osude, u potpunosti ignorišu jemstva Konvencije, a da Sud ne utvrdi povredu člana 6 Konvencije. Jedan od sudija koji se protivio odluci napravio je umjesnu primjedbu, postavivši pitanje kako se suđenje može smatrati pravičnim ako je sprovedeno na način koji je protivpravan. Do danas je Sud samo ukazao na to da se po Konvenciji može smatrati da su dokazi dobijeni putem priznanja neprihvatljivi ako su pribavljeni pomoću lošeg postupanja ili tokom *incommunicando* pritvora (slučaj *Barbera Messegue i Jabardo protiv Španije*, 6. decembar 1988).

Presuda u predmetu

ROTARU PROTIV RUMUNIJE

4. maj 2000.

(predstaka br. 28341/95)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Aurel Rotaru, rumunski je državljanin rođen 1921. godine.

Godine 1992. podnosilac predstavke, koji je 1948. godine osuđen na godinu dana zatvora zbog izražavanja kritike protiv komunističkog režima uspostavljenog 1946. godine, poveo je postupak u kome je tražio da mu se priznaju prava koja je Dekret broj 118 iz 1990. godine pružio licima progonjenim od strane komunističkog režima. U postupku koji je uslijedio pred prvostepenim sudom jedan od tuženih, Ministarstvo unutrašnjih poslova, podnijelo je sudu pismo koje mu je rumunska obavještajna služba poslala 19. decembra 1990. godine i koje je, između ostalog, sadržavalo podatke o političkim aktivnostima podnosioca predstavke u periodu od 1946. do 1948. godine. Prema tom istom pismu, g. Rotaru je 1937. godine bio član Hrišćanskog studentskog udruženja, ekstremnog desničarskog „militantnog” pokreta.

Podnosilac predstavke je smatrao da su neki od navedenih podataka neistiniti i klevetnički, konkretno – tvrdnja da je on bio član militantnog pokreta – i pokrenuo je postupak protiv rumunske obavještajne službe, tražeći nadoknadu za nematerijalnu štetu i ispravku ili uništenje dosijea koji sadrži neistinite podatke. Prvostepeni sud je u presudi, koju je podržao drugostepeni sud 15. decembra 1994. godine, odbio njegov zahtjev. Oba suda su odlučila da nemaju ovlaštenja da nalože ispravljanje ili uništenje podataka iz pisma od 19. decembra 1990. godine, pošto su oni prikupljeni od strane bivših državnih službi bezbjednosti, dok je rumunska obavještajna služba samo čuvala te podatke. U pismu od 6. jula 1997. godine direktor rumunske obavještajne službe je obavijestio Ministarstvo pravde da je nakon daljnjih provjera njihovih registara utvrđeno da se podatak o članstvu u „militantnom” pokretu odnosi ne na podnosioca



predstavke već na drugo lice istog imena. U svjetlosti ovog pisma podnosilac predstavke je zahtijevao preispitivanje presude drugostepenog suda od 15. decembra 1994. godine i nadoknadu štete. U odluci od 25. novembra 1997. godine drugostepeni sud je poništio presudu od 15. decembra 1994. godine i informaciju o bivšem članstvu podnosioca predstavke u „militantnom” pokretu proglasio ništavom. Drugostepeni sud nije donio odluku po pitanju zahtjeva za nadoknadu štete.

2. Sažetak presude

Žalbe

Podnosilac predstavke se žalio na povredu prava na privatni život, zaštićenog članom 8 Evropske konvencije, jer je rumunska obavještajna služba držala dosije sa podacima o njegovom privatnom životu i bilo je nemoguće da se neistinite informacije opovrgnu. On se također žalio na nedostatak djelotvornog pravnog lijeka pred domaćim vlastima, koje bi mogle da odlučuju o njegovom zahtjevu za ispravku ili uništenje dosijea sa neistinitim podacima i na odbijanje suda da razmotri njegove zahtjeve za nadoknadu troškova postupka i štete, što je povrijedilo njegovo pravo na suđenje. On se pozvao i na članove 13 i 6 Konvencije.

Odluka Suda

Status podnosioca predstavke kao žrtve

Imajući u vidu presudu drugostepenog suda od 25. novembra 1997. godine, sa pretpostavkom da se može smatrati da je ona do nekog stepena obezbijedila obeštećenje podnosiocu predstavke za postojanje podataka u njegovom dosijeu, za koje je dokazano da su neistinite, Sud je smatrao da je takvo obeštećenje ne samo djelimično već i po sudskoj praksi nedovoljno da bi ga lišilo statusa žrtve. Sud je zaključio da je podnosilac predstavke za potrebe člana 34 Konvencije mogao da tvrdi da je „žrtva”.

Član 8

Sud je primijetio da je pismo rumunske obavještajne službe od 19. decembra 1990. godine sadržalo različite podatke o životu podnosioca predstavke, naročito o studijama, političkim aktivnostima i krivičnom dosijeu, od kojih su neki prikupljeni prije više od pedeset godina. Sud je smatrao da je samo čuvanje tih podataka, kao i njihova upotreba, zajedno sa odbijanjem da se podnosiocu predstavke obezbijedi mogućnost da ih opovrgne, predstavljalo miješanje u pravo na poštovanje privatnog života, kako je jemčeno članom 8 st. 1 Konvencije. Da ne bi bilo protivno članu 8, takvo miješanje bi moralo da bude „u skladu sa zakonom”, da teži opravdanom cilju po stavu 2 člana 8 Konvencije i, dalje, da bude nužno u demokratskom društvu da bi se postigao taj cilj.



U vezi sa ovim uslovima Sud je primijetio da je u presudi od 25. novembra 1997. godine drugostepeni sud potvrdio da je zakonito da rumunska obavještajna služba čuva podatke bivše službe bezbjednosti – čuvanje podataka o podnosiocu predstave imalo je, dakle, osnov u rumunskom pravu. U pogledu zahtjeva predvidljivosti, Sud je primijetio da ni u kakvoj odredbi domaćeg prava ne postoje bilo kakva ograničenja vršenja tih moći. Tako, na primjer, domaće pravo nije definisalo vrstu podataka koji mogu biti zabilježeni, kategorije lica koja mogu biti podvrgnuta mjerama prisмотрe, kao što je sakupljanje i čuvanje podataka, okolnosti u kojima se mogu preduzeti takve mjere ili postupak koji se pri tome mora slijediti. Slično tome, Zakon nije postavio ograničenja u vezi sa starošću podataka koji se čuvaju ili dužinu vremenskog perioda tokom kojeg oni mogu biti čuvani. Član 45 je omogućio rumunskoj obavještajnoj službi da preuzme na čuvanje i upotrebu arhive koje su pripadale bivšoj obavještajnoj službi koja je djelovala na rumunskoj teritoriji i dozvolio pregled dokumenata rumunske obavještajne službe sa odobrenjem direktora. Sud je primijetio da član nije sadržao bilo kakve izričite i detaljne odredbe koje se tiču lica ovlaštenih da imaju uvid u dosijee, prirode dosijea, postupka koji se mora slijediti ili moguće upotrebe tako dobavljenih podataka.

Sud je također primijetio da rumunski sistem za sakupljanje i arhiviranje podataka nije predvidio bilo kakva obezbjeđenja i da Zakonom broj 14/1992 nije predviđen nikakav postupak nadzora, bilo dok je određena mjera još na snazi, bilo nakon toga. Pošto je to tako, Sud je smatrao da domaće pravo nije sa razumnom jasnošću odredilo obim i način primjene relevantnih diskrecionih ovlašćenja koja su data javnim vlastima. Sud je zaključio da držanje i upotreba podataka o privatnom životu podnosioca predstave od strane rumunske obavještajne službe iz ovog razloga nije bila „u skladu sa zakonom”. Prema tome, došlo je do povrede člana 8 Evropske konvencije.

Član 13

Sud je primijetio da je članom 54 Dekreta predviđen opšti postupak u sudovima, osmišljen da zaštiti nezakonito povrijeđena nematerijalna prava. Drugostepeni sud je, međutim, u presudi od 25. novembra 1997. godine ukazao na to da je rumunska obavještajna služba domaćim pravom ovlašćena da čuva podatke o podnosiocu predstave koji su potekli iz dosijea bivše obavještajne službe. Vlada nije pružila nikakav dokaz da bi takav pravni lijek bio djelotvoran.

U vezi sa pitanjem sistema predviđenog Zakonom 187/1999, Sud je primijetio da niti odredbe na koje se pozvala tužena država niti bilo koje druge odredbe tog zakona ne omogućavaju da se dovede u pitanje držanje, od strane agenata države, podataka o privatnom životu lica ili njihova istinitost. Dakle, povrijeđen je član 13 Konvencije.



Član 6

Sud je smatrao da je propust drugostepenog suda da razmotri zahtjev podnosioca predstavke za naknadu štete i troškova povrijedio pravo na pravično suđenje u okviru značenja člana 6 st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Član 41

Sud je smatrao da su događaji o kojima je riječ predstavljali ozbiljno miješanje u prava g. Rotarua i da bi suma od 50.000 FRF obezbijedila pravičnu nadoknadu na ime pretrpljene nematerijalne štete. Sud je u pogledu troškova dodijelio punu sumu koju je podnosilac predstavke zahtijevao, to jest 13.450 FRF, umanjenu za sumu koju je na ime pravne pomoći isplatio Savjet Evrope.

3. Komentar

Sud u ovom slučaju ispituje važna pitanja koja se odnose na podatke sakupljene od strane domaćih bezbjednosnih službi tokom perioda nedemokratske vladavine i na prava pojedinca u pogledu tih podataka, kada je jednom demokratija ponovo uspostavljena. Žalba se odnosila na čuvanje podataka o podnosiocu predstavke i na njegovu nemogućnost da opovrgne neistinite podatke u svom dosijeu. Važno je primijetiti da je žalba povedena u kontekstu neuspješnog pokušaja rumunskih vlasti da upotrijebe podatke sakupljene prije pedeset godina od strane policije kako bi podnosioca predstavke lišile pune penzije ukazujući (pogrešno) na to da je on bio član fašističke organizacije i da stoga nije mogao da se koristi odredbama koje se odnose na lica proganjena od strane bivšeg režima.

Sud je ponovio da podaci, čak i ako su već javni, mogu spadati u okvir „privatnog” života kada su sistematski prikupljeni i čuvani od strane vlasti. On se, da bi podržao ovaj stav, pozvao na Konvenciju o zaštiti podataka Savjeta Evrope. Protivno mišljenje jednog sudije je, međutim, pokazalo da još uvijek ne postoji potpuna saglasnost po pitanju vrste podataka na koje se primjenjuje član 8 Konvencije. Sud je utvrdio povredu u slučaju kada je zakon koji reguliše čuvanje podataka bio nedovoljno precizan (vidi slučaj *Amann protiv Švajcarske*, 16. februar 2000). U izdvojenom saglasnom mišljenju više sudija je primijetilo da bi oni, čak i da je zakon koji je u pitanju bio zadovoljavajući, ipak utvrdili povredu zato što nije bilo dokazano da je čuvanje podataka bilo nužno u demokratskom društvu. Izdvojeno mišljenje sudije Lorenzena je poučno. Iako se složio sa stavom izraženim u saglasnom mišljenju, on je smatrao da je važno pridržavati se uspostavljenog načela u postojećoj sudskoj praksi da je miješanje koje nije „u skladu sa zakonom” automatski povreda Konvencije i da se stoga ne postavlja pitanje da li je to miješanje nužno u demokratskom društvu.



Presuda Velikog vijeća u predmetu JALLOH PROTIV NJEMAČKE

11. juli 2006.
(predstavka br. 54810/00)

1. Osnovne činjenice

Slučaj se odnosi na predstavku koju je podnio Abu Bakah Jalloh, državljanin Sijera Leonea koji je rođen 1965. godine i živi u Njemačkoj.

Policajci u civilu su 29. oktobra 1993. godine vidjeli podnosioca predstavke kako iz usta vadi dvije plastične vrećice i daje ih u zamjenu za novac. Zaključivši da vrećice sadrže narkotike, policajci su prišli da ga uhapsu. On je tokom hapšenja progutao još jednu vrećicu, koju je još imao u ustima. Kako kod njega nisu nađeni narkotici, nadležni javni tužilac je naložio davanje emetika (sredstvo za uzrokovanje povraćanja) kako bi se prinudio da povraća vrećicu.

Podnosilac predstavke je odveden u bolnicu, gdje ga je pregledao doktor. Kako je odbio da popije emetik, četiri policajca su ga držala dok mu je doktor prinudno kroz nos provukao cijev kroz koju je ubacio emetik. Također mu je dao injekciju sa drugom vrstom emetika. Kao posljedica toga podnosilac predstavke je povratio vrećicu sa 0,2812 g kokaina. Ubrzo nakon toga ga je pregledao doktor koji je rekao da je sposoban da bude u pritvoru. Oko dva sata nakon što su mu dati emetici, podnosilac predstavke, za kojeg se ispostavilo da ne govori njemački, rekao je na lošem engleskom jeziku da je previše umoran da daje izjavu o krivičnom djelu za koje je optužen.

Podnosilac predstavke je 30. oktobra 1993. godine optužen za trgovinu narkoticima i smješten u pritvor do suđenja. Njegov pravni zastupnik je u odbranu iznio tri osnovne tvrdnje: kao prvo, dokazi protiv njega su dobavljeni na nezakonit način, tako da ne mogu biti korišćeni u pravnom postupku; kao drugo, policajci i doktor koji su obavili proceduru davanja emetika krivi su za uzrokovanje tjelesnih povreda pri vršenju službenih dužnosti; kao treće, davanje toksičnih supstanci zabranjeno je njemačkim Zakonom o krivičnom postupku, prema kome je mjera također nesrazmerna, pošto je isti rezultat bilo moguće postići čekanjem da vrećica bude izlučena prirodnim putem.

Okružni sud je 23. marta 1994. godine osudio podnosioca predstavke zbog trgovine narkoticima i dosudio mu uslovnu jednogodišnju kaznu zatvora. Njegova žalba na osudu je bila neuspješna, iako je uslovna zatvorska kazna umanjena na šest mjeseci. Dalja žalba je odbijena.

Savezni Ustavni sud je proglasio ustavnu žalbu podnosioca predstavke neprihvatljivom, zaključivši da nije iskoristio sve pravne lijekove raspoložive pred njemačkim krivičnim sudovima. Također je smatrao da mjera o kojoj je riječ nije bila protivna ustavnim



garancijama u pogledu zaštite ljudskog dostojanstva ili sprječavanja samooptuživanja, jemčenim prema njemačkom Osnovnom zakonu.

2. Odluka Suda

Predstavka je podnijeta Evropskom sudu za ljudska prava 30. januara 2000. godine. Vijeće Suda, kome je slučaj dodijeljen, 1. februara 2005. godine predalo je nadležnost Velikom vijeću u skladu sa članom 30 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Podnosilac predstavke se žalio da mu je prisilno dat emetik i da je tako - prema njegovom mišljenju - nezakonito dobavljen dokazni materijal korišćen protiv njega na suđenju. On se dalje žalio na povredu prava na zaštitu od samooptuživanja. Pozvao se na članove 3, 6 i 8 Konvencije.

Član 3

Evropski sud je ponovio da Konvencija u načelu ne zabranjuje posezanje za prisilnim davanjem medicinskih sredstava koja mogu pomoći u istrazi krivičnog djela. Međutim, svako miješanje u fizički integritet lica izvršeno u cilju dobijanja dokaza mora biti predmet strogog ispitivanja.

Sud je veoma svjestan problema sa kojima se države suočavaju u svojim naporima u borbi protiv štete koju njihovim društvima uzrokuje trgovina narkoticima. Međutim, u ovom slučaju je bilo jasno, prije nego što je nametnuta mjera bila naložena i sprovedena, da je ulični diler na koga je primijenjena narkotike držao u ustima i da stoga nije mogao da ih prodaje u velikoj količini. To je također uticalo na kaznu. Evropski sud nije bio ubijeđen da je prinudno davanje emetika bilo neophodno radi dobavljanja dokaznog materijala. Tužilac je mogao prosto sačekati da se narkotici iz organizma podnosioca predstavke izluče prirodnim putem, što je metod koji koriste mnoge druge države članice Savjeta Evrope u istrazi krivičnih djela u vezi sa narkoticima.

Evropski sud je primijetio da se ni strane u postupku ni stručnjaci nisu mogli složiti da li je davanje emetika bilo opasno. On je skrenuo pažnju da se u većini njemačkih republika, kao i u velikoj većini drugih država članica Savjeta Evrope, vlasti uzdržavaju od prisilnog davanja emetika, što je činjenica koja izgleda ukazuje na to da se data mjera smatra opasnošću po zdravlje.

U pogledu načina na koji su emetici dati, Evropski sud je primijetio da je, nakon korišćenja sile na granici surovosti, kroz nos podnosioca predstavke provučena cijev do stomaka kako bi se savladao njegov fizički i psihički otpor, što mu je sigurno nanijelo bol i strah. Zatim mu je dalje povrijeđen fizički integritet protivvoljnim davanjem injekcije drugog emetika. Evropski sud je također napomenuo da se mora uzeti u obzir njegova duševna patnja dok je čekao da emetici djeluju, kao i činjenica da je tokom tog perioda bio vezan i pod nadzorom. Biti prisiljen na povraćanje u tim



okolnostima moralo je biti ponižavajuće, sigurno daleko više od čekanja da narkotici budu prirodno izlučeni iz tijela.

U zaključku, Evropski sud je naveo da su njemačke vlasti podvrgnule podnosioca predstavke teškom miješanju u fizički i psihički integritet protiv njegove volje. Iako to nije bila namjera, mjera je bila primijenjena na takav način da je podnosiocu predstavke nanijela i fizičku i psihičku patnju. On je stoga bio podvrgnut nečovječnom i ponižavajućem postupanju protivno članu 3 Konvencije.

Član 8

Evropski sud za ljudska prava nije smatrao da postoji posebno pitanje prema članu 8 Konvencije.

Član 6

Evropski sud je primijetio da je, čak i ako namjera vlasti nije bila da podnosiocu predstavke nanese bol i patnju, dokazni materijal i pored toga dobavljen mjerom koja je povrijedila jedno od najvažnijih prava jemčenih Konvencijom. Dalje, narkotici dobavljeni spornom mjerom pokazali su se kao odlučujući činilac u osudi podnosioca predstavke. Na kraju, javni interes u obezbjeđivanju osude podnosioca predstavke nije mogao opravdati dozvolu da se dokazni materijal dobavljen na takav način usvoji na suđenju. Shodno tome, prihvatanje narkotika dobavljenih prisilnim davanjem emetika podnosiocu predstavke kao dokaznog materijala učinilo je suđenje u cjelini nepravičnim.

I pored ovog zaključka, Evropski sud je smatrao da je odgovarajuće da razmotri i tvrdnju podnosioca da su način na koji je dokazni materijal dobavljen i svrha u koju je upotrijebljen podrili pravo na zaštitu od samooptuživanja.

Evropski sud je ponovio da je davanje emetika predstavljalo nečovječno i ponižavajuće postupanje. Dalje, iako njemački zakon predviđa jemstva protiv proizvoljne i neodgovarajuće upotrebe te mjere, podnosilac predstavke joj je podvrgnut bez potpunog ispitivanja njegove fizičke sposobnosti da je podnese, pošto je, oslanjajući se na svoje pravo da se brani ćutanjem, odbio da se podvrgne prethodnom medicinskom ispitivanju. Konačno, narkotici dobavljeni na taj način bili su odlučujući dokazni materijal za njegovu osudu. Prema tome, Evropski sud je također utvrdio da je dozvola korišćenja dokaznog materijala, dobavljenog prisilnim davanjem emetika, na suđenju podnosiocu predstavke povrijedila pravo na zaštitu od samooptuživanja i stoga učinila njegovo suđenje u cjelini nepravičnim.

Član 41

Evropski sud je podnosiocu predstavke dodijelio 10.000 eura na ime nematerijalne štete i 5.868,88 eura na ime troškova postupka.



3. Komentar

Prvo pitanje koje je u ovom slučaju trebalo da bude razmotreno jeste da li je davanje emetika podnosiocu predstavke predstavljalo povredu člana 3 Konvencije. Član 3 je jedno od apsolutnih prava Konvencije i ne postoji oslobađanje države od obaveza iz ovog člana, čak ni u ratnom stanju. Priroda djela je relevantna, ali ne i odlučujuća pri procjeni da li je djelo dovoljno ozbiljno da bi dostiglo prag surovosti koji se zahtijeva da bi spadalo u okvir člana 3 Konvencije. Ako je djelo dovoljno ozbiljno da bi spadalo u okvir člana 3, NIŠTA ga ne može opravdati i biće utvrđena povreda. Međutim, da li je djelo dovoljno ozbiljno, zavisice ne samo od toga šta je učinjeno već i u kom kontekstu je učinjeno. Primjer bi bila ljekarska intervencija amputacije uda - ovo može biti učinjeno da bi se spasio nečiji život i tada ne bi bio povrijeđen član 3 Konvencije. Ako je, sa druge strane, to učinjeno tokom ispitivanja osumnjičenog, očigledno je će predstavljati povredu člana 3 Evropske konvencije.

Kada je jednom utvrđeno da je određena vrsta djela dostigla prag surovosti iz člana 3, pitanje srazmjernosti neće biti relevantno jer povreda se ovog člana ne može opravdati ni pod kojim uslovima, nasuprot tome kada Sud ispituje djela prema članu 8 Konvencije.

Imajući u vidu neophodnost dobavljanja dokaza, posljedičnu opasnost po zdravlje i uzrokovani fizički bol i duševnu patnju, kao i način na koji je postupak sproveden, većina od deset sudija je zaključila da je došlo do povrede člana 3 Konvencije.

Većina, dvanaest glasova prema pet, također je utvrdila povredu člana 6 Konvencije, pošto je dokazni materijal dobijen na ovaj način korišćen na suđenju protiv podnosioca predstavke. Pri tome je Sud primijetio da Konvencija Ujedinjenih nacija protiv mučenja i drugog surovog, nečovječnog i ponižavajućeg postupanja i kažnjavanja izričito predviđa da dokazni materijal dobavljen mučenjem nije prihvatljiv na suđenju. Međutim, Sud nije izrazio mišljenje u pogledu toga da li je isto pravilo primjenljivo u načelu na dokazni materijal dobavljen surovim, nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem, već je ograničio svoje razmatranje na zaključak da je u konkretnim okolnostima slučaja korišćenje dokaznog materijala dobavljenog davanjem emetika učinilo suđenje nepravičnim.



Presuda Velikog vijeća u predmetu BIKOV PROTIV RUSIJE

10. mart 2009.
(predstavka br. 4378/02)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Anatolij Petrovič Bikov (*Bykov*), ruski je državljanin rođen 1960. godine koji živi u Rusiji.

U vrijeme hapšenja, u oktobru 2000, bio je jedan od vodećih akcionara i izvršni rukovodilac korporacije, a istovremeno i poslanik u Regionalnoj skupštini Krasnojarska.

U septembru 2000. g. Bikov je navodno naložio jednom od svojih saradnika, g. V., da ubije g. S., nekadašnjeg Bikovljevog poslovnog partnera. G. V. nije izvršio taj nalog, već je prijavio podnosioca predstavke Saveznoj službi bezbjednosti (u daljem tekstu: *FSB*). *FSB* i policija su odlučili da organizuju tajnu operaciju kako bi prikupili dokaze o namjeri podnosioca predstavke da ubije g. S. Policija je 29. septembra 2000. inscenirala otkriće dva leša u kući g. S. U medijima su zvanično saopštili da je jedan od ubijenih identifikovan kao g. S. Drugi čovjek bio je njegov poslovni partner, g. I.

G. V. je 3. oktobra 2000. otišao kod podnosioca predstavke u stan. Imao je kod sebe sakriveni uređaj koji je djelovao kao emiter, tako da je policajac koji se nalazio napolju mogao da snima sve zvučne signale. Na temelju uputstava koje je dobio, g. V. je poveo razgovor sa podnosiocem predstavke, kazavši mu da je izvršio ubistvo. Kao dokaz predao je podnosiocu predstavke nekoliko predmeta pozajmljenih od g. S. i g. I. Policija je na taj način dobila šesnaestominutni snimak razgovora između g. V. i podnosioca predstavke.

Pretresanje podnosioca predstavke izvršeno je 4. oktobra 2000. Zaplijenjeni su predmeti koje mu je dao g. V. Podnosilac predstavke je uhapšen i zadržan u pritvoru. Optužen je za zavjeru u cilju podstrekivanja na ubistvo i radi nabavke i posjedovanja oružja i rukovanja njime.

Podnosiocu predstavke nekoliko puta je produžavan pritvor u prekrivičnom postupku, a njegove mnogobrojne žalbe i zahtjevi za puštanje na slobodu odbačeni su zbog težine krivičnih djela koja su mu stavljana na teret i opasnosti da bi mogao da pobjegne i da izvrši pritisak na svjedoke.

U junu 2002. godine podnosilac predstavke je oglašen krivim po obje tačke optužnice i osuđen na šest i po godina zatvora. Sud je potom uračunao period koji je podnosilac već proveo u pritvoru i pušten je uslovno na pet godina. U žalbenom postupku odluka je preinačena, tj. ublažena je kvalifikacija djela, ali je kazna potvrđena.



2. Odluka Suda

Predstavka je podnijeta Evropskom sudu za ljudska prava 21. decembra 2001. godine. Vijeće kome je slučaj povjeren ustupilo je nadležnost Velikom vijeću 22. novembra 2007.

Podnosilac predstavke je, pozivajući se na član 5 st. 3 Konvencije, naveo da je pritvor u prekrivičnom postupku bio prekomjerno dug i da je u više navrata za redom produžavan bez ukazivanja na iole relevantne i dovoljne razloge za tu mjeru. Na osnovu člana 6 st. 1, podnosilac predstavke je naveo da postupak koji je protiv njega vođen nije bio pravičan, budući da je policija pripremila zamku kako bi ga prevarila i navela na to da sam sebe inkriminiše u razgovoru sa g. V., a sud je potom prihvatio snimak tog razgovora kao dokaz na suđenju. Podnosilac predstavke je u tužbi također naveo da je tajna operacija koju je policija organizovala podrazumijevala i nezakoniti upad u njegov dom i presretanje i snimanje njegovog razgovora sa g. V., što, po ocjeni podnosioca predstavke, predstavlja miješanje u njegov privatni život i prepisku, čime je prekršen član 8 Konvencije.

Član 5 stav 3

Dugotrajni pritvor u prekrivičnom postupku može se opravdati samo ako postoje konkretne indicije istinskog javnog interesa koje, ne dovodeći u pitanje pretpostavku nevinosti, imaju veću težinu od pravila poštovanja individualne slobode iz člana 5 Konvencije. Sud je, međutim, ustanovio da osnovi za određivanje pritvora u ovom slučaju nisu bili u potpunosti potkrijepljeni odlukama sudova o kojima je ovdje riječ, posebno u početnim fazama postupka, te je stoga došlo do kršenja člana 5 st. 3.

Član 6 stav 1

Sud je još jednom naglasio da član 6 garantuje pravo na pravično suđenje u cjelini i da tim članom nisu ustanovljena pravila prihvatljivosti dokaza, čak ni kada je riječ o dokazima koji su pribavljeni nezakonito u smislu nacionalnih zakona. S tim u vezi, Sud je primijetio da je podnosilac predstavke mogao da ospori metode koje je policija primijenila u akuzatornom postupku, kako u prvom stepenu, tako i u žalbenom postupku. Prema tome, podnosilac predstavke je mogao da tvrdi da su dokazi koji su protiv njega prikupljeni bili nezakonito pribavljeni, kao i da je sporni snimak bio pogrešno protumačen. Domaći sudovi su se detaljno pozabavili svim tim argumentima i svaki od njih su pojedinačno odbacili, donoseći obrazložene odluke. Sud je, osim toga, primijetio da izjave podnosioca predstavke koje su tajno snimljene nisu bile date ni pod kakvom prisilom. Pored toga, domaći sudovi nisu neposredno uzeli u obzir te izjave, već su se više oslanjali na izvještaj vještaka sačinjen na temelju tog snimka, a to je sve bilo potkrijepljeno određenom grupom fizičkih dokaza. Iz tih razloga, Sud je zaključio da je pravo podnosioca predstavke na odbranu i njegovo pravo da sam sebe ne tereti bilo poštovano, te da, stoga, u ovom slučaju nije bilo kršenja člana 6 st. 1.



Član 8

Sud je primijetio da nije osporeno da su mjere koje je policija preduzela predstavljale miješanje u pravo podnosioca predstavke na poštovanje njegovog privatnog života. Sud je istakao da takvo miješanje, da bi bilo u skladu sa Konvencijom, mora biti saglasno zakonu i neophodno u demokratskom društvu u neku od svrha koje su pobrojane u stavu 2 člana 8.

Sud je primijetio da ruski zakon o operativno-istražnim radnjama izričito štiti privatnost pojedinca u tom smislu što nalaže neophodnost sudske dozvole za bilo kakve operativne aktivnosti koje bi mogle predstavljati miješanje u privatnost doma ili privatnost telefonskih ili elektronskih komunikacija. U slučaju g. Bikova, domaći sudovi su zaključili da, budući da je g. V. bio pozvan u dom podnosioca predstavke i da se tu nije radilo ni o kakvim telefonskim ili elektronskim vidovima komunikacije (budući da je razgovor snimljen pomoću daljinskog radio-uređaja), policijska operacija nije predstavljala kršenje važećih propisa.

S tim u vezi, Sud je još jednom naglasio da, kako bi bili ispunjeni zahtjevi u pogledu zakonitosti navedenih u članu 8, ukoliko se radi o presretanju komunikacija u cilju policijske istrage, zakon mora sadržati dovoljno jasnu naznaku o tome u kakvim okolnostima i pod kakvim uslovima policijski organi imaju pravo da pribjegnu takvim mjerama. U ovom slučaju, Sud je smatrao da je korišćenje daljinskog radio-uređaja radi snimanja razgovora između g. V. i podnosioca predstavke u suštini identično prisluškivanju telefona, u smislu prirode i stepena miješanja u privatnost pojedinca o kome je riječ. Sud je s tim u vezi primijetio da je, budući da je zakonom uređeno samo presretanje telefonskih i elektronskih komunikacija, diskreciono pravo koje se priznaje policijskim organima isuviše široko i nije praćeno odgovarajućim mjerama zaštite od mogućih zloupotreba. Budući da je ova opasnost od proizvoljnosti u neskladu sa zahtjevima zakonitosti, u ovom slučaju je prekršen član 8.

Član 41

Sud je dosudio podnosiocu predstavke 1.000 eura na ime nematerijalne štete i 25.000 eura na ime sudskih i ostalih troškova.

3. Komentar

Ovo je veoma zanimljiva presuda za advokate, tužioce i sudije koji se bave pitanjem prihvatljivosti dokaza u krivičnom postupku. Međutim – a na to su, uostalom, ukazale i sudije koje su uz oštru kritiku izdvojile svoje mišljenje – Sud nije iskoristio ovu priliku da postavi jasne smjernice za buduće slučajeve u kojima će se raditi o dokazima pribavljenim u suprotnosti sa članom 8.



Vijeće je ustupilo ovaj predmet Velikom vijeću, čime je stavilo do znanja da je riječ o slučaju koji otvara ozbiljna pitanja u vezi sa tumačenjem Konvencije ili da bi ishod tog slučaja mogao na neki način da modifikuje dotadašnju sudsku praksu. Dva glavna pitanja koja su ovdje pokrenuta tiču se stvarnih istražnih mjera koje vlasti koriste i toga da li su te istražne mjere u skladu sa članom 8, kao i toga da li je, s obzirom na sve to, podnosilac predstavke imao pravično suđenje u smislu člana 6.

Ustanovivši da je član 8 bio prekršen, Sud je slijedio svoju dotadašnju praksu u vezi sa prisluškivanjem telefona i drugim tajnim prislušnim uređajima – odsustvo detaljnih i konkretnih propisa omogućava da čitav postupak bude plodno tlo za proizvoljnost, te stoga ne ispunjava zahtjev sadržan u članu 8 da (miješanje) mora biti „u skladu sa zakonom”. Poslije toga, ostalo je još i pitanje da li je prihvatanje izjava koje je podnosilac predstavke dao u toku te operacije kao dokaznog materijala na suđenju predstavljalo kršenje njegovih prava po osnovu člana 6.

Iako su se i sudije koje su bile u većini prilikom donošenja odluke i sudije koje su izdvojile svoje mišljenje saglasile da su pravila u vezi sa prihvatljivošću dokaza prevashodno stvar domaćeg zakonodavstva, kao i da Sud treba da se ograniči na to da ispita da li je postupak bio pravičan ako se sagleda kao cjelina, sudije koje su izdvojile mišljenje tvrdile su da bi situacija bila drugačija da je ustanovljeno kako su dokazi o kojima je riječ pribavljeni protivno pravilima Konvencije, odnosno kršenjem prava zajemčenih Konvencijom. U slučaju *Jalloh protiv Njemačke* (presuda od 11. jula 2006), Veliko vijeće je zaključilo da dokazi koji su pribavljeni mučenjem pokreću ozbiljna pitanja u vezi sa pravičnošću krivičnog postupka, čak i kada činjenica da su ti dokazi bili prihvaćeni nije imala odlučujući značaj za presudu protiv optuženog. Međutim, postavlja se pitanje šta je sa dokazima koji su pribavljeni kršenjem prava na poštovanje privatnog života, doma i prepiske.

Sudije koje su izdvojile svoje mišljenje navele su da je prihvatanje dokaza pribavljenih kršenjem člana 8 načelno pitanje koje zaslužuje načelni odgovor, posebno kada je riječ o potrebi da se obezbijedi sklad između zaključaka Suda po osnovu članova 6 i 8 i da se naglasi važnost prava iz člana 8 o kojima je ovdje riječ. Ono što možemo da zaključimo iz presude većine sudija Velikog vijeća jeste da pitanja prihvatljivosti dokaza i eventualnih kršenja slobode, odnosno zaštite od samooptuživanja, i dalje treba razmatrati od slučaja do slučaja. Pritom će se uzimati u obzir da li dokazi o kojima je riječ predstavljaju jedinu ili ključno značajnu osnovu za donošenje presude, kao i da li je podnosilac predstavke imao ili nije imao priliku da pred domaćim sudovima ospori prihvatanje takvih dokaza. Sud će, osim toga, razmotriti i da li je na podnosioca predstavke bio izvršen bilo kakav pritisak prilikom pribavljanja takvih dokaza. Prema tome, iako ne pruža „načelni odgovor” u smislu u kome su to tražile sudije koje su izdvojile mišljenje, slučaj *Bikov* predstavlja važnu presudu u daljem razvoju individualnih prava po Konvenciji.



Presuda Velikog vijeća u predmetu

PF S. I MARPER PROTIV UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

4. decembar 2008.

(predstavke br. 30562/04 i 30566/04)

1. Osnovne činjenice

Podnosioci predstavki, S. i Majkl (*Michael*) Marper, obojica su državljani Velike Britanije, jedan rođen 1989, drugi 1963. godine. Žive u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske.

Dana 19. januara 2001. godine S. je uhapšen i optužen za pokušaj pljačke. U tom trenutku imao je 11 godina. Uzeti su mu otisci prstiju i uzorci DNK. Oslobođen je 14. juna 2001. godine. G. Marper je uhapšen 13. marta 2001. godine i optužen za zlostavljanje svog partnera. Uzeti su mu otisci prstiju i uzorci DNK. Dana 14. juna 2001. godine istraga je zvanično obustavljena, pošto su se on i njegov partner pomirili.

Kada su postupci obustavljeni, obojica podnosilaca predstavki bezuspješno su zahtijevali da budu uništeni njihovi otisci prstiju, uzorci DNK i DNK profili. Ti podaci su arhivirani na osnovu zakona koji dopušta zadržavanje i čuvanje podataka bez ikakvog vremenskog ograničenja.

2. Odluka Suda

Predstavka je podnijeta Evropskom sudu za ljudska prava 16. avgusta 2004. godine. Vijeće kome je slučaj povjeren odlučilo je 10. jula 2007. godine da ustupi nadležnost Velikom vijeću.

Podnosioci su podnijeli predstavke na osnovu članova 8 i 14 Konvencije i tužili su vlasti zbog arhiviranja njihovih otisaka prstiju, histoloških uzoraka i profila DNK i čuvanja i nakon što su njih dvojica oslobođeni, odnosno pušteni na slobodu.

Član 8

Sud je stao na stanovište da histološki uzorci i profili DNK, kao i otisci prstiju, sadrže osjetljive podatke o ličnosti i da njihovo zadržavanje predstavlja miješanje u prava podnosilaca predstavke na poštovanje njihovih privatnih života u smislu člana 8 st. 1 Konvencije. Sud je također primijetio da je arhiviranje otisaka prstiju, bioloških uzoraka i DNK profila podnosilaca predstavke imalo jasnu osnovu u unutrašnjem pravu shodno Zakonu iz 1984. godine, kao i da se time težilo ostvarivanju legitimnog cilja, konkretno – otkrivanju, a samim tim i sprječavanju krivičnih djela.

Sud je ukazao na to da je unutrašnje zakonodavstvo dužno da obezbijedi odgovarajuće mjere zaštite i bezbjednosti kako bi spriječilo da se takvi podaci o ličnosti koriste na



bilo koji način koji bi bio u neskladu sa jemstvima iz člana 8 Konvencije. Sud je dodao da je potreba za takvim mjerama bezbjednosti utoliko veća ukoliko je riječ o zaštiti od automatske obrade podataka o ličnosti, na primjer, u policijske svrhe.

Pitanje koje je u ovom slučaju trebalo da razmotri Sud odnosilo se na to da li je zadržavanje otisaka prstiju i podataka o DNK podnosilaca predstavki, kao lica koja su bila osumnjičena ali ne i osuđena za izvjesna krivična djela bilo neophodno u demokratskom društvu.

Sud je na odgovarajući način uzeo u obzir osnovna načela relevantnih instrumenata Savjeta Evrope i pravo i praksu drugih visokih strana ugovornica, u skladu sa kojima zadržavanje takvih podataka treba da bude srazmjerno svrsi prikupljanja podataka i vremenski ograničeno.

Sud je primijetio da je, po svemu sudeći, Ujedinjeno Kraljevstvo jedina jurisdikcija u okviru Savjeta Evrope koja dozvoljava neograničeno zadržavanje otisaka prstiju i DNK materijala bilo kog lica bilo kog uzrasta, ako je to lice bilo osumnjičeno za bilo kakvo kršenje zakona koje se unosi u policijsku kartoteku. Podaci o kojima je riječ mogu biti arhivirani bez obzira na prirodu ili težinu djela za koje je to lice izvorno bilo osumnjičeno i bez obzira na uzrast lica koje je osumnjičeno. Čuvanje tih podataka nije vremenski ograničeno, postoje samo ograničene mogućnosti da se pojedinac koji je oslobođen svake sumnje izbori da ti njegovi podaci budu uklonjeni iz nacionalne baze podataka ili da taj materijal bude uništen.

Sud je izrazio posebnu zabrinutost zbog opasnosti od stigmatizacije, koja proističe iz činjenice da su lica koja se nađu u položaju u kome su se našli ovi podnosioci predstavki, koji nisu bili osuđeni ni za kakvo krivično djelo i imali su pravo na pretpostavku nevinosti, bila tretirana na isti onaj način na koji se postupa prema osuđenim licima. Arhiviranje podataka o licima koja nisu osuđena moglo bi biti posebno štetno onda kada je riječ o maloljetnicima, kao što je prvi podnosilac predstavke u ovom slučaju, s obzirom na poseban položaj tih lica i na važnost njihovog razvoja i integrisanja u društvo.

U zaključku, Sud je zauzeo stav da opšta i nediskriminativna priroda ovlašćenja za uzimanje i arhiviranje otisaka prstiju, histoloških uzoraka i DNK profila lica koja su osumnjičena ali nisu osuđena za krivična djela, kao što je bio slučaj kod ovih podnosilaca predstavki, ne uspostavlja pravičnu ravnotežu između konkurentnog javnog i privatnog interesa, te je iz tih razloga tužena država prekoračila svako prihvatljivo unutrašnje polje slobodnog odlučivanja na tom planu. Shodno tome, arhiviranje otisaka prstiju i histoloških uzoraka u ovom slučaju je predstavljalo nesrazmjerno miješanje u prava podnosilaca predstavke na poštovanje njihovog privatnog života i ne može se smatrati neophodnim u demokratskom društvu. Sud je zaključio da je u ovom slučaju došlo do povrede člana 8.



Član 14 u vezi sa članom 8

U svjetlosti razmišljanja koje je rezultiralo gore navedenim zaključkom u vezi sa članom 8, Sud je stao na stanovište da nije neophodno odvojeno razmatrati tužbu po osnovu člana 14.

Član 41

Sud je zauzeo stav da konstatovanje da je Konvencija prekršena, uz posljedice koje će to imati za budućnost, može da se tretira kao dovoljno pravično zadovoljenje u pogledu nematerijalne štete koju su podnosioci predstavki pretrpjeli. Na ime sudskih i ostalih troškova Sud je dosudio podnosiocima predstavke iznos od 42.000 evra, od koga treba odbiti 2.613,07 evra, koliko im je već isplaćeno na ime pravne pomoći.

Član 46

Sud je primijetio da je, shodno članu 46 Konvencije, tužena država dužna da primijeni, pod nadzorom Komiteta ministara, odgovarajuće opšte i/ili pojedinačne mjere kako bi ispunila svoje obaveze u pogledu obezbjeđivanja prava podnosilaca predstavke i drugih lica koja se nađu u njihovom položaju na poštovanje njihovog porodičnog života.

3. Komentar

Član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, koji štiti pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske, ima širok opseg i to je vjerovatno jedna od odredaba koje su najrelevantnije kada se razmatra činjenica da je Konvencija živi instrument, koji se mora tumačiti u svjetlosti današnjih uslova. Kako se otkrivaju nove tehnologije za borbu protiv kriminala, ili kako se poboljšavaju primjenjivost i uspješnost tih tehnologija, važno je ispitati u kojoj mjeri na privatni život pojedinca mogu uticati te tehnologije, dok se istovremeno jasno sagledava važnost uloge države u tome da učini sve što može kako bi spriječila, gonila i kaznila krivična djela, što je ona u obavezi da učini prema Konvenciji.

Iako znanje o DNK i o tome kako se ona može koristiti nije ništa novo (veliki napredak u toj oblasti ostvaren je tokom 50-ih godina), ona se sve do 90-ih godina 20. vijeka nije masovno koristila u borbi protiv kriminala. Ovaj slučaj odnosi se na pravo na zaštitu privatnog života pojedinaca kojima su uzorci DNK uzeti u trenutku kada su bili osumnjičeni da su počinili neko krivično djelo, ali potom za to nisu osuđeni. U jednoglasnoj presudi Velikog vijeća, ono što je za Sud bilo posebno značajno jeste činjenica da je Ujedinjeno Kraljevstvo (sem Škotske) jedina jurisdikcija među 47 zemalja članica Evrope u kojoj je dozvoljeno neograničeno čuvanje otisaka prstiju i DNK materijala bilo kog lica, bilo kog uzrasta, ako je to lice bilo osumnjičeno za neko djelo koje se unosi u kartoteku. Budući da Ujedinjeno Kraljevstvo tvrdi da je u



prvim redovima kada je riječ o razvoju ove tehnike, ono snosi posebnu odgovornost za uspostavljanje odgovarajuće ravnoteže između interesa pojedinaca i interesa vlasti.

Da bi se povinovalo presudi, Ujedinjeno Kraljevstvo će sada morati da preispita svoje zakonodavstvo i praksu u vezi sa DNK i bazom podataka otisaka prstiju i da usvoji i prilagodi zakone na način koji će u cijelosti uzimati u obzir prava na privatni život pojedinaca čije su uzorke vlasti uzele i arhivirale.

Presuda u predmetu

GRBA PROTIV HRVATSKE

23. novembar 2017.

(predstavka br. 47074/12)

1. Osnovne činjenice

Podnositelj predstavke je g. Zoran Grba, državljanin Bosne i Hercegovine.

U julu 2008. godine istražni sudija Okružnog suda u Puli (Hrvatska) odobrio je posebne istražne radnje protiv podnositelja predstavke, koji je osumnjičen za isporuku krivotvorenih novčanica u Hrvatskoj. Istraga je uključivala prislušivanje telefona podnositelja predstavke, praćenje putem prikrivenih istražitelja, te simulaciju prodaje.

U novembru 2008. godine korištenje gore navedenih mjera produženo je za jedan mjesec naredbom sudije. U četiri navrata između avgusta i novembra 2008. godine podnositelj predstavke je prodao ukupno 800 krivotvorenih novčanica od 100 eura prikrivenom policajcu. Kao rezultat toga, podnositelj predstavke je uhapšen u novembru 2008. godine i pritvoren po optužnici za krivotvorenje novca. Podnositelj predstavke se izjašnjavao da nije kriv pred tri instance zbog navodne prodaje krivotvorenih novčanica, te naveo da ga je policija zadnjom prilikom podsticala u novembru 2008. godine.

U maju 2009. godine podnositelj predstavke je optužen i osuđen na kaznu zatvora od pet godina. Sud je dalje naredio njegovo protjerivanje iz Hrvatske. Podnositelj predstavke je osporavao presudu pred Županijskim sudom, posebno iz razloga što okolnosti njegovog pritvaranja od strane policije nisu bile pravilno ispitane. Županijski sud je ukinuo presudu i vratio predmet na ponovno odlučivanje.

U aprilu 2010. godine, sud je podnositelja predstavke osudio po optužnici i izrekao mu istu kaznu. Podnositelj predstavke je ponovo obarao presudu. Prigovarao je da korištenje predmetnih mjera nije bilo ispitano na adekvatan način i da nije bilo razloga da se nastavi sa mjerom simulirane prodaje nakon prvog nezakonitog prenosa. Ovaj zahtjev je odbačen zajedno sa zahtjevom podnositelja predstavke za vanredno



preispitivanje pred Vrhovnim sudom. Naknadne ustavne žalbe podnosioca predstavke također su odbačene.

2. Odluka Suda

Bazirajući se na član 6 (pravo na pravično suđenje) i član 8 (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske), podnositelj predstavke se žalio zbog poticanja od strane prikrivenih istražitelja i nezakonitog tajnog nadzora.

Član 8

U okviru ispitivanja da li je došlo do povrede iz člana 8, Sud se osvrnuo na predmet *Dragojević protiv Hrvatske* i ponovio svoje stavove. U tom predmetu je Sud utvrdio da nedovoljno jasno obrazloženje naredbe istražnog sudije, koje su domaći sudovi pokušali zaobići retroaktivnim obrazloženjem primjene mjera tajnog nadzora, nije bilo u skladu sa relevantnim domaćim zakonom i stoga u praksi nije osiguralo adekvatne mjere zaštite protiv mogućih zloupotreba.

Dalje, Sud je istakao da relevantni domaći zakon, kako ga nadležni sudovi tumače i primjenjuju, nije bio dovoljno jasan u pogledu opsega i načina ostvarivanja diskrecionog prava javne vlasti, i posebno što u praksi nije osigurao zaštitu od mogućih zloupotreba. Stoga, postupak izdavanja naredbe i kontrole presretanja telefonskih razgovora podnosioca predstavke nije pokazao da je postupljeno u skladu sa zahtjevima zakonitosti.

U svjetlu navedenog, Sud je utvrdio da su u datom slučaju isti razlozi primjenjivi i dovoljni za Sud kako bi se zaključilo da postoji povreda člana 8.

Član 6

Podnositelj predstavke se žalio, *inter alia*, zbog poticanja na počinjenje krivičnog djela i korištenja tako pribavljenih dokaza protiv njega u krivičnom postupku.

Sud je naveo da je primjena operativne tehnike, uključujući uređenje višestrukih ilegalnih transakcija od strane državnih organa, prepoznato i dozvoljeno sredstvo istraživanja postojanja krivičnog djela kada kriminalna aktivnost nije jednokratna, izolirana kriminalna aktivnost, već predstavlja kontinuirano nezakonito ponašanje. U praksi, takva operativna tehnika može biti usmjerena na sticanje povjerenja od pojedinca sa ciljem ocjene njegove ili njene kriminalne aktivnosti ili postupanja do većeg izvora krivičnog poduhvata, naime da se otkrije veći kriminalni krug.

Međutim, Sud je naveo da su se, u skladu sa općom zabranom poticanja, aktivnosti prikrivenih istražitelja u vezi sa poticanjem trebale provesti na suštinski pasivan način, a ne da se vrši uticaj na način da se potiče izvršenje težeg krivičnog djela od onoga koji je podnositelj predstavke već bio planirao da izvrši bez takvog navođenja.



U slučajevima koji se odnose na primjenu jedne operativne tehnike, svako produženje istrage bi se moralo temeljiti na validnim razlozima: potrebi da se osiguraju dovoljni dokazi za osuđujuću presudu, kako bi se steklo bolje razumijevanje prirode i obima kriminalne aktivnosti osumnjičenog, ili kako bi se otkrio veći kriminalni krug. Gdje takvi razlozi ne postoje, može se zaključiti da su državni organi uključeni u aktivnosti koje su neispravno dovele do uvećanja obima ili stepena zločina i koje bi nepravilno mogle optuženog izložiti većim kaznama u okviru propisanog okvira kazni ili težem krivičnom djelu. U pogledu pravičnosti, izrečena kazna trebala bi da odražava krivično djelo koje je optuženi zapravo planirao da izvrši.

Vraćajući se na predmetni slučaj, nesporno je između strana da je podnositelj predstavke u četiri slučaja prodavao značajnu količinu krivotvorenih eura prikrivenim policijskim istražiteljima. Prva nezakonita prodaja je bila rezultat dobrovoljnog ponašanja podnositelja predstavke i nije bilo ničega što je navodilo da to da on krivotvoreni novac tom prilikom ne bi prodao i „običnoj” mušteriji, da mu se ona obratila umjesto policije.

Međutim, nema odlučujućih dokaza o tome ko je preuzeo inicijativu u organiziranju naknadnih susreta između podnositelja predstavke i prikrivenog istražitelja. Nije bilo indikacije da je tokom tog perioda podnositelj predstavke prodavao krivotvoreni novac ikome osim prikrivenim istražiteljima.

S obzirom na to da je bilo teško ustanoviti sa dovoljnim stepenom sigurnosti da li je podnositelj predstavke žrtva poticanja na izvršenje krivičnog djela, suprotno članu 6, osnovno je bilo ispitati da li je postupak u kojem je ispitano izjašnjenje o poticanju u njegovom slučaju – što bi osiguralo adekvatnu zaštitu prava odbrane.

Sud je smatrao da je podnositelj predstavke iznio sporno izjašnjenje o poticanju. Nadležni krivični sudovi trebali su istražiti zašto je policija pokrenula operaciju, koji dokazni materijal su imali u posjedu, kao i način na koji su komunicirali sa podnositeljem predstavke. Ovo je važno s obzirom na to da istražni sudija nije imao adekvatan nadzor u odobravanju tajnih operacija i nedosljednje izjave prikrivenih istražitelja u vezi sa procesom odlučivanja u pogledu vođenja tajnih operacija.

Sud je utvrdio da su domaći sudovi ograničili svoje istraživanje kako bi utvrdili da li su prikriveni istražitelji djelovali na osnovu naredbe istražnog sudije. Dalje, Vrhovni sud je obrazložio i prihvatio niže sudove bez detaljne analize ili iznošenja relevantnih razloga za prihvatanje ili odbijanje tvrdnji podnositelja predstavke da je bio podstaknut da se uključi u jedan od transfera.

Imajući gore navedeno u vidu, Sud je utvrdio da domaći sudovi nisu postupili u skladu sa svojim obavezama da ispitaju izjašnjenje podnositelja predstavke o poticanju, kao što to u proceduralnom dijelu zahtijeva član 6(1). U skladu s tim, postupak donošenja odluka koje su dovele do izricanja ozbiljnije kazne za višestruki prenos krivotvorenog novca nije vođen u skladu sa zahtjevima pravičnosti. Međutim, ovo ne znači da je



podnositelj predstavke pogrešno osuđen – već prije da domaći sudovi nisu utvrdili da li se obim kriminalnih aktivnosti podnositelja predstavke povećao ili proširio kao posljedica nepravilnog ponašanja vlasti. Utvrđena je povreda člana 6.

Član 41

Sud je podnositelju predstavke dosudio iznos od 1.500 eura na ime nematerijalne štete. Ostalih 6.800 eura dosuđeno je na ime troškova i izdataka.



KVALITET ZAKONA

Presuda Velikog vijeća u predmetu ROMAN ZAHAROV PROTIV RUSIJE

4. decembar 2015.
(predstavka br. 47143/06)

1. Osnovne činjenice

Podnosilac predstavke, Roman Zaharov (*Zakharov*), ruski je državljanin rođen 1977. godine i glavni je urednik jedne izdavačke kuće. On kao pretplatnik koristi usluge nekoliko mobilnih operatera.

U decembru 2003. godine pokrenuo je sudski postupak protiv tri operatera mobilne telefonije, koje je tužio zbog miješanja u njegovo pravo na poštovanje privatnosti telefonske komunikacije. Tvrdio je da su, saglasno relevantnom domaćem zakonodavstvu – imajući tu prije svega na umu Uredbu br. 70 Ministarstva saobraćaja – mobilni operateri instalirali opremu koja snagama bezbjednosti omogućuje da bez sudskog ovlašćenja neograničeno presreću sve telefonske komunikacije. Zatražio je od nadležnog Okružnog suda da donese rješenje o demontiranju opreme instalirane saglasno Uredbi br. 70, koja inače nikada nije javno objavljena, i da obezbijedi da pristup telekomunikacijama imaju isključivo ovlašćena lica. U decembru 2005. godine Okružni sud Sankt Peterburga odbacio je tužbu g. Zaharova, uz obrazloženje da ta oprema, sama po sebi, ne narušava privatnost komunikacija, kao i da podnosilac predstavke nije predočio dokaze da su njegovi telefonski razgovori prisluškivani.

Podnosilac predstavke je uložio žalbu na tu odluku. U žalbi je naveo da je Okružni sud odbio da prihvati kao dokazni materijal nekoliko dokumenata, uključujući sudske naloge kojima se dozvoljava presretanje mobilnih telefonskih komunikacija nekolicine ljudi, što, po mišljenju podnosioca predstavke, dokazuje da su operateri mobilne telefonije i policijske snage tehnički sposobni da presreću sve telefonske komunikacije bez sudskog ovlašćenja za takve radnje.



Gradski sud u Sankt Peterburgu je aprila 2006. potvrdio presudu izrečenu u žalbenom postupku kojom je bila potvrđena odluka Okružnog suda.

2. Odluka Suda

G. Zaharov se pozvao na član 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava da bi se požalio na sistem prikrivenog presretanja i prisluškivanja mobilnih telefonskih komunikacija u Rusiji, tvrdeći da relevantno domaće zakonodavstvo dopušta službama bezbjednosti da presreću komunikacije svakog lica, a da prethodno nisu dobile sudsko ovlaštenje. Osim toga, pozvao se na član 13 kako bi se požalio na to što u unutrašnjem pravu ne postoji djelotvoran pravni lijek kojim bi se osporilo takvo zakonodavstvo.

Član 8

Sud je primijetio da, iako Konvencija ne sadrži odredbu o pokretanju onoga što bi se zvalo *actio popularis*, g. Zaharov ima pravo da tvrdi da je žrtva povrede prava po Konvenciji, iako je naveo da nije bilo miješanja u njegova prava samim tim što postoji zakonodavstvo koje dopušta mjere tajnog nadzora i prisluškivanja i uprkos tome što on sam nije bio predmet konkretne mjere nadzora i prisluškivanja. S obzirom na tajnu prirodu mjera nadzora koje su omogućene navedenim zakonodavstvom i na širok obuhvat tih mjera – one obuhvataju sve korisnike mobilne telefonije – kao i na to da ne postoje djelotvorni pravni lijekovi kojima bi se te mjere mogle osporiti na nacionalnom nivou, Sud je smatrao da je razmatranje relevantnog zakonodavstva *in abstracto* opravdano. S obzirom na sve navedeno, Sud je zaključio da nije potrebno da g. Zaharov dokazuje da je sâm izložen opasnosti da njegove telefonske komunikacije budu prisluškivane zato što već sâm postojanje spornog zakonodavstva predstavlja zadiranje u njegova prava utvrđena članom 8.

Sud je konstatovao da presretanje i prisluškivanje razgovora mobilnim telefonima ima osnov u ruskom zakonodavstvu – konkretno u Zakonu o operativno-potražnim aktivnostima (ZOPA), Zakoniku o krivičnom postupku (ZKP) i Uredbi br. 70, koju je izdalo Ministarstvo saobraćaja – kojim se teži legitimnom cilju zaštite nacionalne bezbjednosti i javnog reda. Pored toga je napomenuo da, kako bi presretanje i prisluškivanje bilo „u skladu sa zakonom”, zakon o kojem je riječ mora da zadovolji određene kvalitativne zahtjeve: mora biti dostupan licu o kom je riječ, a njegove posljedice moraju biti predvidljive. Sud se detaljnije pozabavio zahtjevom vezanim za „predvidljivost” u kontekstu presretanja komunikacija, pri čemu je povukao razliku između njega i zahtjeva vezanog za predvidljivost u drugim oblastima. U posebnom kontekstu mjera tajnog nadzora, poput presretanja komunikacija, predvidljivost ne može značiti da neko lice može biti u stanju da predvidi kada postoji vjerovatnoća da će vlasti presresti njegovu komunikaciju kako bi tome prilagodilo svoje ponašanje. Međutim, ukazavši na očiglednu opasnost od proizvoljnosti, Sud je smatrao da je nužno da postoje jasna, detaljna pravila o presretanju telefonskih razgovora, posebno



jer tehnologija na raspolaganju kontinuirano postaje sve sofisticiranija. Domaće pravo mora biti dovoljno jasno kako bi građanima adekvatno ukazalo na okolnosti i uslove u kojima su javne vlasti ovlašćene da pribjegu bilo kojoj od tih mjera. Sud je također konstatovao da u zakonu mora biti dovoljno jasno određen obim svakog diskrecionog ovlašćenja povjerenog nadležnim organima, kao i način na koji se ono vrši, kako bi lice imalo odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog zadiranja.

Pozvavši se na svoju praksu o mjerama tajnog nadzora, Sud je ukazao na slijedeće minimalne mjere zaštite koje treba da budu uređene zakonom kako bi se izbjegla zloupotreba vlasti: (1) karakter krivičnih djela koji može dovesti do izdavanja rješenja o presretanju komunikacija; (2) definicija kategorija ljudi čiji telefonski razgovori mogu biti podvrgnuti prisluškivanju; (3) maksimalno trajanje mjere prisluškivanja telefona; (4) postupak pregledanja, korišćenja i pohranjivanja pribavljenih podataka; (5) mjere predostrožnosti koje treba preduzeti prilikom slanja podataka trećim licima; (6) okolnosti u kojima snimak može ili mora da bude izbrisan ili uništen.

Pored toga, kada je zakonodavstvom dozvoljen tajni nadzor, „kvalitet zakona” podrazumijeva da domaće pravo mora biti ne samo dostupno a njegova primjena predvidljiva, već da se njime mora obezbijediti da se mjere tajnog nadzora primjenjuju samo kada je to „neophodno u demokratskom društvu”, konkretno – tako što će u njemu biti propisane odgovarajuće i djelotvorne mjere zaštite i garancije od zloupotreba.

Sud je primijenio ova načela na ovaj predmet i razmotrio da li je domaće pravo dostupno i da li sadrži odgovarajuće i djelotvorne mjere zaštite i garancije.

Dostupnost domaćeg prava

Sud je ocijenio da je za žaljenje to što dopune Uredbe br. 70 nikada nisu objavljene u nekoj svima dostupnoj zvaničnoj publikaciji. Međutim, s obzirom na to da su te dopune objavljene u zvaničnom časopisu Ministarstva, kao i da im je javnost mogla pristupiti preko privatne internet baze podataka iz oblasti pravnih propisa, Sud nije smatrao da je potrebno da dalje razmatra pitanje dostupnosti domaćeg zakonodavstva.

Obim primjene mjera tajnog nadzora i prisluškivanja

Sud je stao na stanovište da rusko zakonodavstvo u dovoljnoj mjeri objašnjava prirodu krivičnih djela usljed kojih bi moglo biti donijeto rješenje o presretanju i prisluškivanju razgovora. U isto vrijeme, Sud je sa zabrinutošću primijetio da se u zakonu nedovoljno jasno objašnjavaju neke kategorije lica čiji bi razgovori mogli biti presretani, prije svega lica koja bi mogla imati informacije o krivičnom djelu ili informacije koje su značajne za neki krivični predmet, kao i lica uključenih u aktivnosti koje ugrožavaju nacionalne, vojne, ekonomske ili ekološke interese Rusije. U tom smislu, ZOPA daje vlastima gotovo neograničena diskreciona prava kada je riječ o odlučivanju o tome šta predstavlja takvu prijetnju i da li je prijetnja dovoljno ozbiljna da opravdava tajni nadzor.



Trajanje mjera tajnog nadzora

Sud je ustanovio da ruski zakoni sadrže jasna pravila o trajanju i produžavanju mjera presretanja i prisluškivanja uz odgovarajuće mehanizme zaštite od zloupotreba. Ipak, Sud je konstatovao da se zahtjev za obustavu mjera presretanja onda kada one više nisu potrebne spominje isključivo u ZKP-u, a ne i u ZOPA. Iz toga slijedi da za presretanje i prisluškivanje u okviru krivičnog postupka ima više zaštitnih mehanizama nego za presretanje i prisluškivanje koje se sprovodi u vezi sa aktivnostima koje ugrožavaju nacionalnu, vojnu, ekonomsku ili ekološku bezbednost Rusije.

Postupak čuvanja, korišćenja, prenosa i uništavanja podataka do kojih se došlo prisluškivanjem

Sud se uvjerio da rusko zakonodavstvo sadrži jasna pravila u vezi sa skladištenjem i čuvanjem, korišćenjem i prenosom podataka dobijenih prisluškivanjem, što omogućuje da se na minimum svede opasnost od neovlašćenog pristupa tim podacima ili njihovog neovlašćenog objelodanjivanja.

Međutim, kada je riječ o uništenju takvog materijala, Sud je ustanovio da rusko zakonodavstvo nije u dovoljnoj mjeri jasno, budući da dopušta da se beznačajni podaci automatski skladište i čuvaju šest mjeseci ako protiv lica o kome je riječ nije podignuta krivična optužnica, dok u slučajevima kada je lice optuženo za krivično djelo nije jasno u kakvim će se okolnostima materijal pribavljen prisluškivanjem čuvati i uništiti po okončanju suđenja.

Postupak izdavanja dozvole za prisluškivanje

Sud je primijetio da rusko zakonodavstvo sadrži jednu važnu mjeru zaštite od proizvoljnog i nekontrolisanog tajnog nadzora i prisluškivanja jer nalaže da svako prisluškivanje mora imati prethodno odobrenje suda. Kada traži ovlašćenje za prisluškivanje, policija mora podnijeti obrazloženi zahtjev sudiji, a sudija u svojoj odluci kojom prisluškivanje odobrava mora navesti razloge zbog kojih je to učinio.

Kada je riječ o obimu sudskog preispitivanja, ono je ograničeno i, uprkos preporukama Ustavnog suda, sudije ne provjeravaju da li postoji „osnovana sumnja” protiv bilo kog lica čije se prisluškivanje traži, niti ispituju da li je to prisluškivanje potrebno i opravdano. Usljed toga, zahtjevi za odobravanje prisluškivanja često nisu praćeni nikakvim dopunskim dokaznim materijalom i sudije nikada ne traže od agencije koja vrši prisluškivanje da takav materijal dostavi, već se smatra da je puko spominjanje da postoje informacije o krivičnom djelu ili aktivnostima koje ugrožavaju nacionalnu, vojnu, ekonomsku ili ekološku bezbjednost dovoljno za izdavanje dozvole za prisluškivanje.

Kada je riječ o sadržaju dozvola za prisluškivanje, Sud je uočio da ZOPA, suprotno od ZKP-a, daje veoma široka diskreciona ovlašćenja policijskim organima. U odredbama



ZOPA nema uslova u vezi sa sadržajem zahtjeva za presretanje, kao ni uslova u vezi sa sadržajem dozvole za prisluškivanje, što znači da sudovi ponekad izdaju dozvole za prisluškivanje u kojima se uopšte ne spominje konkretno lice niti broj telefona koji će biti prisluškivan, već izdaju ovlaštenje za prisluškivanje svih telefonskih komunikacija u području u kojem je navodno počinjeno krivično djelo, katkad i ne spominjući rok važenja dozvole za prisluškivanje. Pored toga, ZOPA predviđa i vansudski „hitni postupak” – u skladu s kojim je moguće prisluškivati komunikacije u trajanju do 48 sati, a da se nije prethodno dobilo sudsko odobrenje – a odredbe o tom postupku ne sadrže dovoljna jamstva da će se on primjenjivati isključivo u propisno opravdanim slučajevima. Postupak izdavanja dozvole za prisluškivanje ne sadrži dovoljna procesna jamstva da se mjere tajnog nadzora i prisluškivanja ne preduzimaju po slučajno i nepropisno izdatom nalogu ili bez propisnog i temeljitog razmatranja.

Osim toga, Sud je stao na stanovište da je vjerovatnoća zloupotreba posebno velika kada postoji sistem, kao što je onaj u Rusiji, u kojem tajne službe i policija imaju direktan pristup mobilnim telefonskim razgovorima svih građana i nisu dužne da predočavaju dozvolu za prisluškivanje operaterima mobilne telefonije. Upravo je zbog toga posebno velika potreba za postojanjem djelotvornih mehanizama zaštite od proizvoljnosti i zloupotreba.

Nadzor nad sprovođenjem mjera tajnog praćenja

Sud je ispitivao da li nadzor nad prisluškivanjem odgovara zahtjevima utvrđenim u Konvenciji po kojima nadzorni organi moraju biti nezavisni, otvoreni za javnu kontrolu i pritom moraju raspolagati dovoljnim ovlaštenjima i stručnošću da budu u stanju da sami sprovedu djelotvornu i trajnu kontrolu.

Prvo, Sud je primijetio da zabrana da se registruje ili snima prisluškivanje koja je utvrđena u ruskom zakonodavstvu onemogućuje organu koji vrši nadzor da otkrije prisluškivanje koje se vrši bez odgovarajućeg sudskog odobrenja. U kombinaciji s tehničkom sposobnošću organa reda da direktno presreću i prisluškuju sve komunikacije, taj zakon dovodi do toga da kontrolni mehanizmi više nisu u stanju da detektuju nezakonito prisluškivanje, pa samim tim postaju neefikasni.

Drugo, nadzor nad prisluškivanjem sprovedenim na osnovu odgovarajućeg sudskog odobrenja povjeren je predsjedniku, Parlamentu i Vladi, za koje u ruskom zakonodavstvu nije ni na koji način utvrđeno kako bi stvarno mogli da nadziru prisluškivanje. Nadzor je, također, povjeren i nadležnim tužiocima, čiji način imenovanja i to što se različite funkcije koje su im povjerene preklapaju – pošto isto tužilaštvo odobrava zahtjeve za prisluškivanje, a potom nadzire sprovođenje mjera prisluškivanja – mogu izazvati sumnje u pogledu njihove nezavisnosti. Osim toga, ovlaštenja i nadležnosti tužilaca veoma su ograničeni, nadzor koji oni sprovedu nije podložan kontroli javnosti, a njihovi kratki polugodišnji izvještaji o operativno-potražnim mjerama predstavljaju



povjerljive dokumente koji se ne objelodanjuju i koji ni na koji drugi način nisu dostupni javnosti.

Konačno, Sud je stao na stanovište da tužilački nadzor nad prisluškivanjem ne može da pruži odgovarajuća i djelotvorna jamstva protiv zloupotreba. U tom smislu, g. Zaharov je predočio dokumente koji dokazuju nemogućnost tužilaca da dobiju pristup povjerljivom materijalu o prisluškivanju, dok tužena država u isto vrijeme nije predočila nijedan inspeksijski izvještaj, niti tužilačku odluku kojom bi bilo naloženo obustavljanje mjera prisluškivanja ili ispravljanje uočene povrede zakona.

Obavještenje o prisluškivanju komunikacija i raspoloživi pravni lijekovi

Pitanje obavještanja o prisluškivanju komunikacija neraskidivo je povezano s djelotvornošću pravnih lijekova koji se mogu izjaviti pred sudovima. Sud je uočio da u Rusiji lica čije su komunikacije bile prisluškivane nisu ni na koji način obaviještena o tome – osim kada ta informacija postane poznata zbog toga što je korišćena u sklopu dokaznog materijala u krivičnom postupku – kao i da praktično nije moguće pribaviti informacije o prisluškivanju.

Svi pravni lijekovi su dostupni samo onim licima koja posjeduju informacije o tome da su njihove komunikacije prisluškivane. Stoga je djelotvornost tih pravnih lijekova podrivena činjenicom da ne postoji zahtjev da se lice koje je predmet prisluškivanja obavijesti, niti postoji odgovarajuća mogućnost da se lice obrati vlastima, zatraži i dobije informacije o prisluškivanju. Prema tome, rusko zakonodavstvo ne pruža djelotvoran pravni lijek koji bi predstavljao zaštitu od mjera tajnog prisluškivanja kada protiv prisluškivanih lica nije pokrenut krivični postupak. Isto tako, rusko zakonodavstvo ne obezbjeđuje djelotvoran pravni lijek licu koje sumnja da je podvrgnuto tajnom nadzoru i prisluškivanju. Time što licu koje je predmet prisluškivanja nije pružena djelotvorna mogućnost da retroaktivno ospori prisluškivanje, rusko zakonodavstvo je izbjeglo jedan od važnih mehanizama zaštite od neadekvatne primjene mjera tajnog nadzora.

Zaključak

Sud je zaključio da odredbe ruskog zakonodavstva kojima se uređuje pitanje prisluškivanja komunikacija ne sadrže dovoljna i djelotvorna jamstva protiv proizvoljnosti i opasnosti od zloupotreba. Ti nedostaci pravnih okvira koje je Sud identifikovao ukazuju na to da postoji praksa proizvoljnog i nedozvoljenog prisluškivanja, zato što ruski zakoni ne zadovoljavaju zahtjev koji se postavlja u pogledu „kvaliteta zakona” i nisu kadri da ograniče primjenu metoda prisluškivanja samo na one slučajeve u kojima je to „neophodno u demokratskom društvu”.

Prema tome, u ovom predmetu je bio prekršen član 8 Konvencije.



Član 13

Imajući na umu zaključke donijete u vezi sa članom 8, Sud je zaključio da nema potrebe da zasebno razmatra pritužbu g. Zaharova sa stanovišta člana 13.

Član 41

Sud je presudio da je to što je utvrđena povreda prava po Konvenciji dovoljno pravično zadovoljenje na ime bilo kakve nematerijalne štete koju je podnosilac predstavke pretrpio. Pored toga, Sud je presudio da je Rusija dužna da isplati podnosiocu predstavke iznos od 40.000 eura na ime sudskih i ostalih troškova.

3. Komentar

Prvo pitanje o kojem je ovdje riječ i vjerovatno najvažniji dio presude jeste mogućnost koju je Veliko vijeće iskoristilo da uskladi dva pravca razvoja sudske prakse koja su nastala u vezi s mogućnošću podnošenja predstavke, odnosno pritužbe *in abstracto*. Jedan od ta dva pristupa nalagao je da podnosilac predstavke mora dokazati „razumnu vjerovatnoću” da su službe bezbjednosti prisluškivale njegove komunikacije (*Ezbester protiv Ujedinjenog Kraljevstva*), dok drugi pravac kaže da je prijetnja koju predstavlja to što postoji sistem tajnog praćenja i prisluškivanja dovoljna da se na tom osnovu podnese predstavka, odnosno pritužba (*Klas i drugi protiv Njemačke*). Sud je ta dva različita pristupa pomirio tako što je razvio i razradio obrazloženje koje je primijenio u slučaju *Kenedi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*. Sud je prihvatio načelo da se pod dva uslova može osporiti to da postoje mjere tajnog nadzora i prisluškivanja: prvi uslov je da podnosilac predstavke potencijalno spada u djelokrug sistema, a drugi da se ispita nivo dostupnosti pravnih lijekova u unutrašnjem pravu. To Evropskom sudu daje matricu na kojoj on može fleksibilno da postupava zavisno od činjenica karakterističnih za svaki pojedinačni slučaj. Također vrijedi naglasiti da je, razvijajući svoje obrazloženje, Veliko vijeće presudilo da je za podnosioca predstavke neophodno samo to da postoji „mogućnost” da on bude predmet sistema tajnog nadzora i praćenja, čime se zamjenjuje stroži test „razumne vjerovatnoće” postavljen u slučaju *Ezbester*.

Sud je potom razmotrio da li je miješanje bilo opravdano i tu je prvo ponovo istakao opšta načela koja su utvrđena u Konvenciji, da bi potom razmotrio obimnu pređašnju sudsku praksu o nadziranju i prisluškivanju. Ukratko, svako miješanje mora biti u skladu sa zakonom, mora težiti nekom od legitimnih ciljeva pobrojanih u članu 8 st. 2 i mora biti neophodno u demokratskom društvu da bi se taj cilj ostvario. Kada procjenjuje ispunjenost tih uslova, Sud također uzima u obzir dostupnost i predvidljivost domaćeg zakonodavstva, kao i neophodnost da se preduzimaju te mjere.

Pozivajući se na slučaj *Kenedi*, Sud je priznao da se „prijetnje po nacionalnu bezbjednost mogu razlikovati po svome karakteru i da mogu biti neočekivane ili takve da ih je



teško unaprijed definisati”, kao i da može biti neophodno da se izvršna vlast ovlasti da preduzima tajne mjere. Međutim, jasne su opasnosti od zloupotreba i proizvoljnosti u takvom tajnom postupanju, te je Sud još jednom naglasio da u zakonu moraju biti utvrđena minimalna jamstva da se to spriječi: mora biti navedena priroda krivičnih djela zbog kojih može biti donijet nalog za prisluškivanje; moraju biti utvrđene kategorije lica čije komunikacije mogu biti nadzirane; mora biti ograničeno trajanje mjera; moraju biti utvrđeni postupci i zaštita koja se primjenjuje tokom prikupljanja, korišćenja i skladištenja podataka; moraju također biti utvrđene okolnosti pod kojima se ti podaci uništavaju.

Sud je konstatovao da u razmatranom zakonodavstvu postoji zahtjev da se pribavi sudsko ovlaštenje za preduzimanje mjera tajnog praćenja i prisluškivanja i on ga je i kritikovao u nekoliko aspekata. Sudski nadzor je ograničen zato što se od policijske agencije koja traži dozvolu od suda ne zahtjeva da u cijelosti objelodani sve relevantne informacije u slučajevima koji su „urgentni”, što samo po sebi nije definisano, dopušteno je praćenje i prisluškivanje bez sudske dozvole u trajanju do 48 sati. Osim toga, ne sadrže svi zahtjevi za dozvolu prisluškivanja konkretne detalje, kao što su ime lica, telefonski broj ili prostorije koje će biti prisluškivane, što omogućuje prisluškivanje u širem području, odnosno prisluškivanje većeg broja ljudi. Sud je posebno kritikovao činjenicu da snage bezbjednosti i policija imaju tehnička sredstva da direktno presreću i prisluškuju sve komunikacije bez obaveze da predoče dozvolu za prisluškivanje operaterima mobilne telefonije, što podriva svu onu zaštitu koju pruža sistem prethodnog sudskog odobravanja.

Iako se veliki dio presude Velikog vijeća zasniva na utvrđenom zakonodavstvu, veoma je značajna sama činjenica da su u toj presudi preispitana načela i jamstva za zaštitu od zloupotrebe tajnog nadzora i prisluškivanja upravo u vrijeme kada u cijelom svijetu raste zabrinutost zbog toga što se prijetnje po javnu bezbjednost koriste kao argument za povećanje istražnih ovlaštenja policije i snaga bezbjednosti, uključujući primjenu masovnog nadziranja i kontrole.



IZVOD IZ PRESUDE KRUSLIN PROTIV FRANCUSKE²³

KRUSLIN PROTIV FRANCUSKE

Presuda od 24. aprila 1990. godine
Nezvanični sažetak i historijat predmeta

A. Osnovne činjenice

U aprilu 1985. godine Krivično odjeljenje Žalbenog suda u Tuluzu je predalo g. Kruslina sudu Haute-Garonne Assize radi suđenja na osnovu optužbe za pomaganje i poticanje na ubistvo, tešku krađu i pokušaj teške krađe. Jedan od dokaza je bio snimak telefonskog razgovora koji je podnosilac predstavke imao na telefonskoj liniji koja je pripadala trećem licu, snimanje koje je napravljeno na zahtjev istražnog suca u Saint-Guadensu u vezi sa drugim postupkom. Žalba zbog pogrešne primjene prava uložena od strane g. Kruslina po ovom osnovu je odbačena od strane Kasacionog suda.

B. Postupak pred Komisijom za ljudska prava

Predstavku koju je g. Kruslin uložio dana 16. oktobra 1985. godine Komisija je dana 6. maja 1988. godine ocijenila prihvatljivom. U svom izvještaju od 14. decembra 1988. godine Komisija je izrazila mišljenje (sa deset glasova za i dva protiv) da je povrijeđen član 8. Konvencije. Komisija je uputila predmet sudu 16. marta 1989. godine.

IZVOD IZ PRESUDE

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANA 8.

25. Gospodin Kruslin je tvrdio da je u ovom slučaju povrijeđen član 8, koji glasi:

„1. Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

²³ Preuzeto sa:

2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanju nereda ili sprječavanju zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.”

Vlada je osporavala ovu tvrdnju, dok se Komisija u suštini složila.

26. Iako je telefonska linija koja se prisluškivala pripadala g. Terrieuxu, policija je uhvatila i snimila nekoliko razgovora podnosioca predstavke, a jedan od njih je doveo do pokretanja postupka protiv njega (vidi stavove 9-10 gore). Telefonsko prisluškivanje, prema tome, predstavlja „miješanje od strane javne vlasti” u uživanje prava podnosioca predstavke da se poštuje njegova „prepiska” i njegov „privatni život” (v. presudu od 8. septembra 1978. god. u predmetu *Klass i drugi*, serija A br. 28, str. 21, stav 41, i presudu od 2. avgusta 1984. godine u predmetu *Malone*, serija A br. 82, str. 30, stav 64). Vlada ovo nije osporavala.

Takvo miješanje je suprotno članu 8. osim ako nije „u skladu sa zakonom”, ako ne slijedi jedan ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2 i nadalje, ako nije „neophodno u demokratskom društvu” da bi se oni postigli.

A. „U skladu sa zakonom”

27. Izraz „u skladu sa zakonom”, u značenju člana 8. stav 2, zahtijeva prvo da pobijana mjera treba imati neki osnov u domaćem pravu; on isto tako upućuje na kvalitet zakona u pitanju, tražeći da zakon bude dostupan osobama kojih se tiče, koje opet moraju biti u mogućnosti da predvide njegove posljedice po njih, te da zakon bude kompatibilan sa principom vladavine prava.

1. Da li je postojao pravni osnov u francuskom zakonu

28. Sporno je bilo pred Komisijom i Sudom da li je prvi uslov zadovoljen u ovom slučaju.

Podnosilac predstavke je rekao da nije. Član 368. Krivičnog zakona, tvrdi on, u principu je zabranio prisluškivanje telefona (v. stav 18. gore). Zakon ima prvenstvo nad članom 81. Zakona o krivičnom postupku, koji nije izričito odobrio telefonsko prisluškivanje, i zahtijeva od istražnog suca da postupa „u skladu sa zakonom” - i prema tome u skladu, *inter alia*, sa članom 368. Krivičnog zakona - kada nalaže bilo koji korak „koristan za utvrđivanje istine” (v. stav 17. gore). Članovi 151. i 152. (ibid.) ne prave nikakvu razliku, dodao je on, jer istražne sudije nisu mogle prenijeti na višeg policijskog službenika ovlaštenja koja oni sami nemaju. Predstavnik Komisije se složio u pogledu ovog posljednjeg.

Prema Vladinom podnesku, nije postojala kontradiktornost između člana 368. Krivičnog zakona i člana 81. Zakona o krivičnom postupku, barem ako se obrati pažnja na



historiju nastanka ovog prethodnog (v. stav 18. gore). Zakon o krivičnom postupku, oni su tvrdili, ne daje iscrpnu listu istražnih sredstava raspoloživih istražnom sucu - mjere koje su uobičajene, kao fotografisanje ili uzimanje otisaka, promatranje, praćenje, oduzimanje, suočavanje svjedoka i rekonstrukcija zločina, na primjer, isto tako nisu spomenute u tom članu (v. stav 15. gore). Odredbe dodane članu 81. putem članova 151. i 152. su nadopunjene domaćom sudskom praksom (v. stavove 17. i 20-21. gore). Pod „zakonom”, kako je ukazano u članu 8. stav 2. Konvencije, mislilo se na zakon na snazi u datom pravnom sistemu, što je u ovom slučaju kombinacija pisanog prava - u osnovi članova 81, 151. i 152. Zakona o krivičnom postupku - i sudske prakse u njegovom tumačenju.

Predstavnik Komisije je smatrao da u slučaju kontinentalnih zemalja, uključujući Francusku, samo istinsko propisivanje opće primjene - donijeto ili ne od strane Parlamenta - moglo bi se izjednačiti sa „zakonom” u svrhu člana 8.2. Konvencije. Kao što je poznato, Sud je odlučio da „riječ ‘zakon’ u izrazu ‘propisan zakonom’ pokriva ne samo pisani nego i nepisani zakon” (v. presudu od 26. aprila 1979. god. u predmetu *Sunday Times*, serija A br. 30, str. 30, stav 47, presudu od 22. oktobra 1981. god. u predmetu *Dudgeon*, serija A br. 45, str. 19, stav 44, i presudu od 30. marta 1989. god. u predmetu *Chappell*, serija A br. 152, str. 22, stav 52), ali u ovim slučajevima Sud je, tako je Predstavnik Komisije tvrdio, mislio samo na sistem precedentnog prava. Taj sistem je, međutim radikalno drugačiji, posebno od francuskog sistema. U ovom posljednjem sudska praksa je, bez sumnje, vrlo značajan izvor prava, ali ipak sekundarni, dok pod pojmom „zakonski” Konvencija misli na primarni izvor.

29. Kao i Vlada i Predstavnik Komisije, Sud ukazuje, prvo, da je prvenstveno na domaćim vlastima, naročito sudovima, da tumače i primjenjuju domaći zakon (v. između mnogih drugih izvora, već citiranu presudu u predmetu *Malone*, serija A br. 82, str. 36, stav 79, i presudu od 22. juna 1989. god. u predmetu *Eriksson*, serija A br. 156, str. 25, stav 62). Prema tome, nije na Sudu da izrazi mišljenje suprotno njihovim o tome da li je telefonsko prisluškivanje naređeno od strane istražnih sudija kompatibilno sa članom 368. Krivičnog zakona. Već mnogo godina, sudovi - a naročito Kasacioni sud - smatraju da članovi 81, 151. i 152. Zakona o krivičnom postupku čine pravnu osnovu za telefonsko prisluškivanje koje vrši viši policijski službenik (*officier de police judiciaire*) na osnovu naloga istražnog sudije.

Ustaljena sudska praksa ove vrste ne može biti zanemarena. U odnosu na stav 2. člana 8. Konvencije i u drugim sličnim rečenicama, Sud je uvijek razumijevao izraz „zakon” u njegovom „suštinskom”, a ne u njegovom „formalnom” značenju; on je uključivao i propise nižeg nivoa nego što je zakon (v. naročito presudu od 18. juna 1971. god. u predmetu *De Wilde, Ooms i Versyp*, Serija A br. 12, str. 45, stav 93) tako i odredbe nepisanog prava. Presude u predmetima *Sunday Times*, *Dudgeon* i *Chappell*, kao što je opće poznato, ticale su se Ujedinjenog Kraljevstva, ali bi bilo pogrešno preuveličati razliku između zemalja **običajnog** prava i kontinentalnih zemalja, kako je Vlada



ispravno ukazala. Pravo pisanih zakona je, naravno, isto tako od značaja za zemlje **precedentnog** prava. Nasuprot tome, sudska praksa je tradicionalno igrala važnu ulogu u kontinentalnim zemljama, do te mjere da su čitave grane pozitivnog prava uveliko posljedica odluka donesenih od strane sudova. Sud je više nego jednom zaista uzimao u obzir sudsku praksu u tim zemljama (v. naročito, presudu od 24. maja 1988. god. u predmetu *Müller i drugi*, serija A br. 133, str. 20, stav 29, presudu od 7. oktobra 1988. god. u predmetu *Salabiaku*, serija A br. 141, str. 16-17, stav 29, i presudu od 20. novembra 1989. god. u predmetu *Markt Intern Verlag GmbH and Klaus Beermann*, serija A br. 165, str. 18-19, stav 30). Da je previdio sudsku praksu, Sud bi potkopao pravni sistem kontinentalnih zemalja skoro isto onako kako bi presuda od 26. aprila 1979. godine u predmetu *Sunday Times* „pogodila sami korijen” pravnog sistema Ujedinjenog Kraljevstva da je Sud isključio precedent iz koncepta „zakona” (serija A br. 30, str. 30, stav 47). U sferi pisanog prava, „zakon” je primjenjivanje na snazi, onako kako sudovi tumače zakon u svjetlu, ako je potrebno, bilo kojeg novog razvoja u praksi.

Ukratko, miješanje koje je predmet žalbe je imalo pravnu osnovu u francuskom zakonu.

2. „Kvalitet zakona”

30. Drugi zahtjev, koji proizlazi iz fraze „u skladu sa zakonom” – pristupačnost zakona - ne predstavlja nikakav problem u ovom slučaju.

To nije slučaj sa trećim zahtjevom, „predvidivosti” zakona u značenju i prirodi primjenjivih mjera. Kako je Sud ukazao u presudi od 2. avgusta 1984. godine u predmetu *Malone*, član 8. 2. Konvencije „ne samo da upućuje na domaći zakon nego se, također, odnosi i na kvalitet zakona, tražeći da bude kompatibilan sa vladavinom prava”. On „tako podrazumijeva... da mora postojati mjera pravne zaštite u domaćem pravu protiv arbitrarnog miješanja od strane javnih vlasti u prava osigurana stavom 1... Naročito gdje se izvršna vlast primjenjuje u tajnosti, rizici arbitrarnosti su evidentni... Bez sumnje..., zahtjevi Konvencije, posebno u pogledu predvidljivosti, ne mogu biti potpuno isti u posebnom kontekstu praćenja komunikacija u svrhu policijske istrage”

- ili sudskih istraga -

„kao što su ondje gdje je cilj odnosnog zakona da stavi ograničenja na ponašanje pojedinaca. Posebno, zahtjev predvidljivosti ne može značiti da bi pojedincu trebalo omogućiti da predvidi kad će vlasti vjerovatno pratiti njegove komunikacije tako da on može tome prilagoditi svoje ponašanje. Bez obzira na to, zakon mora biti dovoljno jasan u svojim značenjima da građanima da adekvatnu naznaku o okolnostima u kojima i uslovima pod kojima su javne vlasti ovlaštene da pribjegu ovom tajnom i potencijalno opasnom miješanju u prava na poštovanje privatnog života i korespondencije.

...,U svojoj presudi od 25. marta 1983. godine u predmetu *Silver i drugi* Sud je odlučio da ‘zakon koji daje diskreciono pravo mora naznačiti obim te diskrecije’, iako se detaljna



procedura i uslovi na koje se mora paziti nužno ne moraju unijeti u pravila osnovnog zakona (ibid., serija A br. 61, str. 33-34, stavovi 88-89). Stepem preciznosti koji se s tim u vezi zahtijeva od „zakona” zavisit će od predmetne materije ... Kako primjena mjera tajnog nadziranja komunikacija u praksi nije otvorena kontroli pojedinaca kojih se to tiče ili najšire javnosti, bilo bi suprotno vladavini prava da se pravna diskreciona ocjena da izvršnoj vlasti”

- ili sucu -

„da se izrazi kroz neograničenu vlast. Prema tome, zakon mora naznačiti obim bilo kakve diskrecione vlasti prenesene na kompetentne vlasti i način njenog vršenja sa dovoljno jasnoće ... da pojedincu da odgovarajuću zaštitu protiv arbitrarnog miješanja.” (serija A br. 82, str 32-33, stavovi 67-68)

31. Vlada je izjavila da Sud mora biti pažljiv da ne odlučuje o tome da li je francusko zakonodavstvo u skladu sa Konvencijom u apstraktnom smislu i da donosi odluku zasnovanu na zakonodavnoj politici. Suda se, prema tome, ne tiče, kažu oni, stvari beznačajne za predmet g. Kruslina, kao što je mogućnost telefonskog prisluškivanja u odnosu na manja krivična djela, ili činjenica da nema odredbe po kojoj bi pojedinac čiji se telefon prati trebao biti o tome informisan nakon događaja, a gdje postupak na kraju nije pokrenut protiv njega. Takve stvari su u realnosti povezane sa uslovom „neophodan u demokratskom društvu”, čije ispunjenje mora biti preispitano u konkretnom značenju, u svjetlu posebnih okolnosti svakog slučaja.

32. Sud nije uvjeren ovim argumentom. Kako mora utvrditi da li je miješanje u pitanju bilo „u skladu sa zakonom”, Sud neizbježno mora ocijeniti predmetni francuski „zakon” na snazi u to vrijeme u odnosu na zahtjeve osnovnog principa vladavine prava. Takvo preispitivanje nužno iziskuje određeni nivo apstraktnosti. To se, štaviše, tiče „kvaliteta” domaćih pravnih pravila primjenjivih na g. Kruslina u ovom slučaju.

33. Prisluškivanje i druge forme praćenja telefonskih razgovora predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni život i korespondenciju i, prema tome, moraju biti zasnovane na „zakonu” koji je posebno precizan. Osnovno je da postoje jasna, detaljna pravila na tu temu, naročito kako za upotrebu dostupna tehnologija postaje sve više sofisticirana.

Pred Komisijom (dodatni stavovi od 4. jula 1988. godine, str. 4-7, sumirani u stavu 37. izvještaja) i, u nešto drugačijoj formi, pred Sudom, Vlada je navela sedamnaest garancija za koje su oni rekli da su predviđene francuskim zakonom (*droit*). One se odnose ili na vršenje telefonskog prisluškivanja ili upotrebu rezultata ili na sredstva kojima su nezakonitosti ispravljane, i Vlada je tvrdila da podnosilac predstavke nije bio lišen nijednog od njih.

34. Sud ni na koji način ne minimizira vrijednost nekoliko garancija, naročito potrebe da odluku donese istražni sudac, koji je nezavisna sudska vlast; nadziranje višeg policijskog službenika od strane istražnog suca i moguće nadziranje samog suca od strane



Krivičnog odjela, od strane prvostepenih i drugostepenih sudova, i ako je potrebno, Kasacionog suda; isključenje „izgovora” ili „smicalica” ne samo u procesu upotrebe telefonskog prisluškivanja nego i u stvarnom triku, klopci ili provokaciji; i dužnost da se poštuje povjerljivost odnosa između osumnjičenog ili optuženog i advokata.

Mora se primijetiti, međutim, da su samo neke od ovih garancija izričito predviđene članovima 81, 151. i 152. Zakona o Krivičnom postupku. Druge su iznesene pojedinačno u presudama donošenim godinama, od kojih velika većina nakon što se g. Kruslin žalio na prisluškivanje (juni 1982. godine). Neke još uvijek uopće nisu izričito iznesene u sudskoj praksi, u najmanju ruku prema informacijama sakupljenim od strane Suda; čini se da Vlada izvodi zaključak o njima ili iz uopćene prakse ili principa ili iz analognih tumačenja zakonskih odredbi - ili sudskih odluka - koji se tiču istražnih radnji drugačijih od telefonskog prisluškivanja, kao što su naročito pretresi ili oduzimanje imovine. Iako uvjerljivo samo po sebi, takva „ekstrapolacija” ne daje dovoljnu pravnu sigurnost u ovom kontekstu.

35. Povrh svega, sistem ne omogućava za sada odgovarajuće garancije protiv različitih mogućih zloupotreba. Na primjer, kategorije lica koja mogu biti podvrgnuti mjerama prisluškivanja na osnovu sudskog naloga i prirode krivičnih djela koja mogu dati razloga za takav nalog nigdje nisu definisana. Ništa ne obavezuje sudije da odrede ograničenja za trajanje telefonskog prisluškivanja. Slično tome, neodređeni su postupci za sastavljanje skraćениh izvještaja o sadržini praćenih razgovora; mjere opreza u cilju da se snimak sačuva nedirnut i u cijelosti za moguće preslušavanje od strane suca (koji teško da može provjeriti broj i dužinu originalnih traka na licu mjesta) i odbrane; i okolnosti u kojima se snimci mogu ili moraju izbrisati ili trake uništiti, naročito ondje gdje je optuženi oslobođen od strane istražnog suca ili suda. Informacije koje je Vlada predočila o ovim stvarima u najboljem slučaju pokazuju postojanje prakse, ali prakse kojoj nedostaje nužna normativna kontrola u odsutnosti zakona ili sudske prakse.

36. Ukratko, francusko pravo, pisano i nepisano, ne ukazuje sa razumnom jasnoćom na obim i način izvršenja predmetne diskrecije date javnim vlastima. Ovo je još tačnije u predmetno vrijeme, tako da g. Kruslin nije uživao minimalni nivo zaštite na koji su građani vladavinom prava u demokratskom društvu ovlašteni (v. prethodno citiranu presudu u predmetu *Malone*, serija A br. 82, str 36, stav 79). Prema tome postojalo je kršenje člana 8. Konvencije.

B. Cilj i nužnost miješanja

37. Imajući u vidu prethodni zaključak, Sud, kao i Komisija (v. stav 77. Izvještaja), ne smatra neophodnim da preispita usklađenost sa drugim zahtjevima stava 2 člana 8. u ovom slučaju.



II. PRIMJENA ČLANA 50.

38. Po članu 50.

„Ako Sud utvrdi da je odluka ili mjera sudskog organa ili bilo kojeg drugog organa visoke strane ugovornice, u cjelini ili djelomično, u suprotnosti sa obavezama koje proističu iz ove Konvencije, i kada unutrašnje pravo navedene članice omogućava samo djelomično obeštećenje za posljedice takve odluke ili mjere, Sud će svojom odlukom pružiti oštećenoj strani pravično zadovoljenje, ukoliko je to potrebno.”

Podnosilac predstavke je prvo zahtijevao kompenzaciju u iznosu od 1.000.000 francuskih franaka (FRF) u pogledu njegove zatvorske kazne od petnaest godina (v. stav 13. gore), za koju on navodi da je direktni rezultat kršenja člana 8, pošto je predmetno prisluškivanje telefona dovelo do odluke o pokretanju postupka protiv njega. On je isto tako tražio isplatu advokatske nagrade i troškova: 20.000 FRF u cilju priprema žalbe zbog pogrešne primjene prava protiv presude Krivičnog odjeljenja od 16. aprila 1985. godine u *Gerbe d'Or* predmetu (v. stav 12. gore), plus 50.000 FRF za svoju odbranu na Haute-Garonne Assize Sudu i Kasacionom Sudu u *Baron* predmetu (v. stav 14. gore). On nije podnio zahtjev za postupak u Strasbourgu, pošto su mu Komisija i Sud odobrili pravnu pomoć.

Vlada i Predstavnik Komisije nisu izrazili svoje mišljenje o ovome.

39. U okolnostima predmeta nalaz da je bilo kršenja člana 8. daje g. Kruslinu dovoljnu pravičnu satisfakciju za navodnu štetu; nije, prema, tome nužno dodijeliti mu novčanu nadoknadu.

40. Troškovi i izdaci koje je snosio podnosilac predstavke u predmetu *Baron* Sud ne može uzeti u obzir; nema sumnje da je telefonsko prisluškivanje, kako je on ukazao, upotrijebljeno u dva slučaja uzastopce, ali Komisija i Sud su se bavili samo u skladu sa sa Konvencijom u vezi *Gerbe d'Or* predmeta (v. stav 14. *in fine* gore).

Iznos od 20.000 FRF traženih u odnosu na posljednji slučaj je, međutim, relevantan i nepretjeran, i treba mu biti dodijeljen.

IZ OVIH RAZLOGA, SUD JEDNOGLASNO

1. *Odlučuje* da je povrijeđen član 8;
2. *Odlučuje* da ova presuda sama po sebi predstavlja dovoljnu pravičnu naknadu u pogledu navodne štete;
3. *Odlučuje* da odgovorna Država treba da plati podnosiocu žalbe 20.000 (dvadeset hiljada) francuskih franaka u pogledu troškova i izdataka;
4. *Odbija* preostali dio zahtjeva po članu 50.



Sačinjeno na engleskom i francuskom jeziku i objavljeno na javnoj raspravi, u Zgradi ljudskih prava, u Strasbourgu, dana 24. aprila 1990. godine.

Marc-André EISSEN
Registrar

Rolv RYSSDAL
Predsjednik



CIP - Katalogizacija u publikaciji
Nacionalna i univerzitetska biblioteka
Bosne i Hercegovine, Sarajevo

341.231.14:343.102(063)(082)

KONFERENCIJA najviših sudova u Bosni i Hercegovini (2 ; 2018 ; Banja Luka)
Posebne istražne radnje : zbornik radova / Druga godišnja konferencija
najviših sudova u Bosni i Hercegovini, Banja Luka, 14. i 15. 11. 2018. godine =
Specials investigative measures : collection of conference papers / Second Annual
Conference of the Highest Bosnia and Herzegovina Courts, Banja Luka, 14 and 15
November 2018. - Sarajevo : Ustavni sud Bosne i Hercegovine ; London : The Aire
Centre, 2019. - 314 str. ; 24 cm

Tekst na bos., hrv., srp. i engl. jeziku. - Lat. i ćir. - Bibliografija uz svako poglavlje ;
bibliografske i druge bilješke uz tekst.

ISBN 978-9926-464-01-1 (Ustavni sud Bosne i Hercegovine)

ISBN 978-1-9999891-3-2 (The Aire Centre)

COBISS.BH-ID 27131654