



The AIRE Centre
Advice on Individual Rights in Europe

Zlatko M. Knežević
Ermina Dumanjić

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE

Praktikum

Sarajevo, 2019.



Zlatko M. Knežević
Ermina Dumanjić
POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE

Izdavač:
THE AIRE CENTRE

Za izdavača:
BILJANA BRAITHWAITE

Urednica:
BILJANA BRAITHWAITE

Saradnici:
Dr. sc. KREŠIMIR KAMBER
NUALA MOLE
WILLIAM FERRIS

Lektura:
KRISTINA FILIPOVIĆ-ANDRIĆ

DTP:
AMELA HARBA-BAŠOVIĆ

Tiraž:
600

Štampa:
SAVART M, Sarajevo

ISBN 978-1-9999891-4-9 (The Aire Centre)

SADRŽAJ

Predgovor urednika	5
Pregled prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u vezi s posebnim istražnim radnjama	7
Uvod	9
Relevantno zakonodavstvo	13
Zakon o krivičnom postupku BiH	13
Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine	18
Zakon o krivičnom postupku Republike Srpske	22
Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine	26
Ustav Bosne i Hercegovine	31
Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda	31
Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine	33
Nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija	33
AP 2400/11	33
AP 1274/13	36
AP 2079/13	38
AP 2980/16	40
AP 4935/16	43
AP 4393/11	45
Nadzor i tehničko snimanje prostorija	48
AP 3236/18	48
Tajno praćenje i tehničko snimanje lica, „transportnih sredstava“ i predmeta „koji stoje u vezi s njima“	52
AP 1758/15	52
AP 3459/16	53
Korišćenje prikrivenih istražilaca i korišćenje informatora	55
AP 1158/10	55
AP 1655/11	58
AP 5746/10	60
Simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine	63
AP 3225/07	63
Nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela	66
AP 3224/11	66
Odluka Ustavnog suda u predmetu U 5/16	69



Pregled prakse Evropskog suda za ljudska prava u vezi sa posebnim istražnim radnjama	73
Uvod	75
Naredba za pretresanje i tajno praćenje	84
Dragojević protiv Hrvatske	84
Lisica protiv Hrvatske	89
Li Dejvis protiv Belgije	92
Amann protiv Švajcarske	94
František Ryneš protiv Kancelarije za zaštitu podataka o ličnosti	97
Iordachi i Ostali protiv Moldavije	101
Gilan i Kvinton protiv Ujedinjenog Kraljevstva	103
Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva	106
Matanović protiv Hrvatske	110
Benedik protiv Slovenije	114
Szabó i Vissy protiv Mađarske	116
Konstantin Moskalev protiv Rusije	119
Dragoş Ioan Rusu protiv Rumunije	121
Prikriveni istražioc i korišćenje nezakonito pribavljenih dokaza u postupku	125
Gefgen protiv Njemačke	125
Othman (Al Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva	129
Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva	130
Ramanauskas protiv Litvanije	132
Kačiju i Kotori protiv Albanije	133
Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva	137
Rotaru protiv Rumunije	139
Jalloh protiv Njemačke	143
Bikov protiv Rusije	147
Pf S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva	151
Grba protiv Hrvatske	155
Kvalitet zakona	158
Roman Zaharov protiv Rusije	158
Izvod iz presude Kruslin protiv Francuske	167

Predgovor urednika

Poštovani čitaoci,

Pred vama se nalazi Praktikum o posebnim istražnim radnjama kao četvrta publikacija pripremljena u sklopu Pravosudnog foruma za Bosnu i Hercegovinu.

Ustavni sud Bosne i Hercegovine i AIRE centar, u saradnji s Visokim sudskim i tužilačkim savjetom BiH, osnovali su u jesen 2017. godine Pravosudni forum za Bosnu i Hercegovinu kao okvir za kontinuiran dijalog najviših sudskih instanci u Bosni i Hercegovini. Ideja vodilja je da se na forumima uvijek razgovara o najaktuelnijim pitanjima iz pravosuđa s posebnim osvrtom na jačanje poštovanja ljudskih prava i evroatlantskih integracija, te pružanje podrške efikasnoj i dosljednoj primjeni Evropske konvencije u odlukama domaćih sudova.

Praktikum o posebnim istražnim radnjama je nastala kao rezultat Druge godišnje konferencije Pravosudnog foruma održane 14. i 15. novembra 2018. godine u Banjoj Luci. Tema Druge godišnje konferencije „Posebne istražne radnje” i dalje je veoma aktuelna u stručnoj javnosti imajući u vidu izazove u primjeni ovog veoma važnog oruđa u borbi protiv organizovanog kriminala i korupcije. Zbog toga smo se odlučili da pripremimo i tematsku publikaciju o praksi Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava u vezi s primjenom posebnih istražnih radnji.

Praktikum sadrži relevantne odredbe Ustava Bosne i Hercegovine i pregled relevantnog zakonodavstva u Bosni i Hercegovini o primjeni posebnih istražnih radnji, te praksu Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava u vezi s primjenom posebnih istražnih radnji kao što su nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, nadzor i tehničko snimanje prostorija, tajno praćenje i tehničko snimanje lica, „transportnih sredstava” i predmeta, korišćenje prikrivenih istražilaca i korišćenje informatora, simulirani otkup predmeta i simulirano davanje otkupnine, te nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.

Želimo da zahvalimo svima koji su doprinijeli izradi ove publikacije. Prije svega, predsjedniku Ustavnog suda Bosne i Hercegovine Zlatku M. Kneževiću i šefici

Odjela za ustavnosudsku praksu Ermini Dumanjić, te sudijama i osoblju Ustavnog suda BiH na saradnji u izradi ove publikacije, kao i dr Krešimiru Kamberu, pravniku Kancelarije juriskonsulta Evropskog suda za ljudska prava. Posebnu zahvalnost dugujemo Vladi Velike Britanije i Britanskoj ambasadi u Sarajevu zato što su prepoznali značaj Pravosudnog foruma i ove publikacije i pružili nam podršku.

Imajući u vidu da odlučna borba protiv korupcije i organizovanog kriminala predstavlja ključni uslov za značajan napredak u oblasti vladavine prava, te da ona mora biti praćena poštovanjem osnovnih ljudskih prava kao što su sloboda, privatnost i pravo na pravično suđenje, nadamo se da će ova publikacija doprinijeti jačanju vladavine prava u Bosni i Hercegovini.

Biljana Braithwaite
Programska menadžerka za Zapadni Balkan
AIRE Centra u Londonu

Pregled prakse Ustavnog suda Bosne i Hercegovine u vezi s posebnim istražnim radnjama

Uvod

Posebne istražne radnje u savremenom svijetu predstavljaju i nužan alat u borbi protiv kriminala i opasan presedan u ograničenju i/ili kršenju osnovnih ljudskih prava i sloboda. Kada govorimo o posebnim istražnim radnjama, trebali bismo ih bar načelno definisati. Naravno, zakoni o krivičnom postupku detaljno propisuju institute posebnih istražnih radnji i u daljnjem tekstu oni će biti i citirani, ali za ovaj uvod potrebna nam je opšta definicija koja je „uklopljena” u našu stvarnost i aktuelno vrijeme.

Mogli bismo reći da posebne istražne radnje predstavljaju sve one tehničke¹ radnje koje koriste savremena tehnička sredstva radi pribavljanja informacija ili dokaza, pri čemu se osim sredstava koriste i kanali komunikacija. Također bi se moglo dodati da se u okviru posebnih istražnih radnji koriste i tehnička sredstva za potvrđivanje² komunikacije ili boravka. I na kraju, možemo reći da posebne istražne radnje obuhvataju i ljudske resurse³ kojima se iniciraju, ostvaruju ili dokazuju kontakti s posebnim ciljem i namjerom. No, to je samo navođenje objekata i sredstava koja se koriste.

Dva su ključna elementa koja su nužna za definisanje posebnih istražnih radnji jer se navedena tehnička sredstva ili ljudski resursi koriste i u drugim, više ili manje zakonitim ili potpuno nezakonitim situacijama (od klasičnog obavještajnog rada, privredne špijunaže, pa sve do korišćenja u okviru kriminalnih struktura), ali ih ne možemo nazvati posebnim istražnim radnjama.

Prvi element koji treba naglasiti je da se posebne istražne radnje koriste u **zakonom predviđenom istražnom postupku** i da ih koriste **zakonom predviđeni državni organi**. Naravno, nije potrebno naglašavati da se u tom slučaju radi o

1 Tehničke u smislu upotrebe tehničkih sredstava savremenog svijeta.

2 Npr. fotografisanje, video-zapis, video-nadzor, audio-zapis, audio-nadzor.

3 Npr. prikriveni istražilac.

istrazi koju vode tužioc i u skladu sa zakonom predviđenim ovlaštenjima, ali i ograničenjima.

Drugi element je **svrha i potreba** korišćenja posebnih istražnih radnji. Kada govorimo o **svrsishodnosti**, moramo ukazati na cilj, a to je: otkrivanje, dokazivanje i gonjenje počinitelja krivičnih djela, ali i sprečavanje izvršenja radnji koje predstavljaju elemente kriminalnog ponašanja. Dakle, svrha postojanja i korišćenja posebnih istražnih radnji nalazi se u osnovi cilja društvene borbe protiv izvršenog ili zapriječenog kriminalnog ponašanja.

Potreba korišćenja posebnih istražnih radnji je u sinergiji s ostalim radnjama u istrazi, odnosno, u pravilu, posebne istražne radnje koriste se kada na drugi način nije moguće dokazivati ili otkrivati kriminalno ponašanje, a to kriminalno ponašanje predstavlja težak oblik društvene opasnosti. Zbog toga se na sličan način definiše ograničenje upotrebe posebnih istražnih radnji uz propisivanje donje granice zapriječene kazne zatvora ili, u nekim sistemima, nabrojanjem krivičnih djela za čije je dokazivanje, otkrivanje ili sprečavanje moguće odrediti posebne istražne radnje. Naravno, svaka država ima široko polje primjene ili tumačenja prethodnih uslova kada je riječ o potrebi korišćenja, ali, također, unutar sistema konvencijskog prava postoje i standardi koji se poštuju.

Ovim najširim definisanjem okvira posebnih istražnih radnji naznačili smo i opasnosti od njihovog korišćenja, ali i njihov imanentan sukob s drugim vrijednostima koje baštini savremeno društvo – sa standardima zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda. Naime, svaka od preduzetih posebnih istražnih radnji predstavlja **kršenje osnovnih ljudskih prava i sloboda** određenog pojedinca.

Savremena društva su ostvarila nemjerljivu slobodu pojedinca u komunikaciji, iskazivanju mišljenja, okupljanju (na dosada nezabilježen **virtuelan** način) ili u diskusiji. Internet mreža, mobilna komunikacija, kompjuterske tehnike, savremeni telefonski aparati koji su sve manje telefonski, a sve više kompjuterski, kao i standardi ljudskog ponašanja koji su doskora bili u zoni kriminogenih (npr. LGBT prava) nametnuli su **slobodu i pravo** kao ključ zaštite. Istovremeno, taj trend su pratila kriminalna ponašanja. Savremena klasična kriminalna ponašanja (npr. zloupotreba narkotika) u okviru kojih se koriste savremene komunikacije dovela su do anonimnog prodavca i kupca, a time i do znatno komplikovanije borbe protiv kriminalnog ponašanja. O izuzetno opasnom ponašanju povezanom s terorističkim aktivnostima i o njihovoj uskoj povezanosti s modernim sredstvima komunikacije, ali i modernim sredstvima djelovanja **na um i razmišljanje**, svakodnevno svjedočimo u, nažalost, tragičnim slučajevima.

Međutim, sve te opasnosti po **slobodu i prava** ne znače da se sloboda i prava trebaju ograničavati ili kršiti u širokom polju zabrana, ali i širokom polju primjena posebnih istražnih radnji bez zakonskog ograničenja i, još važnije, bez ograničenja u odlučivanju o njihovoj primjeni za one kojima je zakon dao ovlaštenja da ih odrede, provedu i, također vrlo važno, dokumentuju. Naime, situacije u kojima se zakonito odrede i sprovedu posebne istražne radnje i dokumentuju ljudska ponašanja, odnosno ponašanja pojedinca, ali se njihovim izvođenjem ne dokaže postojanje kriminalnog ponašanja ili se dokaže da to ponašanje ne postoji predstavljaju opasnost po slobode i prava jer se privatni život pojedinca negdje „odlaže” kao dokument o njegovom ponašanju koje je možda društveno neprihvatljivo, ali nije kriminalno. Skorašnja istorijska iskustva o društvenim sistemima koji su pojedince pretvarali u mete i njihov privatni život dokumentovali s ciljem **kontrole uma** daju nam slobodu da se vrlo oštro i beskompromisno preispituju sva zadiranja u slobode i prava.

Jedini koji imaju nespornu društvenu ulogu da odrede ograničenja sloboda i prava putem posebnih istražnih radnji, da preispituju potrebu trajanja posebnih istražnih radnji i da ocijene zakonitost određivanja i sprovođenja, uključujući i zakonitost korišćenja u krivičnom postupku, isključivo su sudovi, i to sudovi različitih nivoa funkcionalne organizacije, ali uvijek s istom obavezom, a to je da ustanove i presude primjenu posebnih istražnih radnji u skladu s ustavnom, konvencijskom ili zakonskom normom. Sudovi su kod presuđenja⁴ primjene posebnih istražnih radnji vezani za dva osnovna standarda koji istovremeno predstavljaju i ustavnu i konvencijsku normu: **pravo na pravično suđenje iz člana 6 Evropske konvencije i pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku**. Ta dva standarda predstavljaju normu, ali i kriterij presuđenja: da li su posebne istražne radnje potrebne, u odnosu na koga, u kojem roku, da li su zakonito izrečene, ali i zakonito produžene, te da li je **zakon** primjenjiv u skladu s tim normama jer i kvalitet zakona ima svoje mjesto u ukupnoj ocjeni zaštite osnovnih ljudskih prava i sloboda.⁵

Ovaj uvod predstavlja samo otvaranje vrata za upoznavanje s praksom Ustavnog suda, koja je u najvećoj mjeri zasnovana na praksi Evropskog suda, ali u nacionalnom kontekstu vezana i za nacionalno zakonodavstvo.

4 Presuđenje definišemo kao postupak određivanja i utvrđivanja roka trajanja i korišćenja pribavljenih podataka kao dokaza, te kao ocjenu zakonitosti ukupnog postupka u vezi s posebnim istražnim radnjama.

5 U nadležnosti Ustavnog suda.

Relevantno zakonodavstvo

Zakon o krivičnom postupku BiH⁶

Član 116.

Vrste posebnih istražnih radnji i uvjeti za njihovu primjenu

(1) Protiv osobe za koju postoje osnovi sumnje da je sama ili s drugim osobama učestvovala 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.

(2) Istražne radnje iz stava 1. ovog člana su:

- a) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija,
- b) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka,
- c) nadzor i tehničko snimanje prostorija,
- d) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba, „transportnih sredstava” i predmeta „koji stoje u vezi s njima”,
- „e) korištenje prikrivenih istražitelja i korištenje informatora”,
- f) simulirani „i kontrolirani” otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine,
- g) nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.

(3) Istražne radnje iz stava 2. tačke a. ovog člana mogu se odrediti i prema osobi za koju postoje osnovi sumnje da učinitelju, odnosno od učinitelja krivičnog djela iz člana 117. ovog zakona prenosi informacije u vezi s krivičnim djelom, odnosno da učinitelj koristi njeno sredstvo telekomunikacije.

⁶ („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, 49/17 – odluka USBiH i 42/18 – rješenje USBiH, 65/18).

(4) Na razgovore osobe iz stava 1. ovog člana i njenog branitelja shodno se primjenjuju odredbe o komunikaciji osumnjičenog i branitelja.

(5) Pri izvršavanju istražnih radnji iz stava 2. tač. e. i f. ovog člana policijski organi ili druge osobe ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na učinjenje krivičnog djela. Ako su takve aktivnosti preduzete, ta okolnost isključuje krivično gonjenje podstrekavane osobe za krivično djelo izvršeno u vezi s ovim radnjama.

„(6) Prikriveni istražitelj je posebno obučeno ovlašteno službeno lice koje istražuje pod izmijenjenim identitetom. Prikriveni istražitelj smije pod svojim izmijenjenim identitetom učestvovati u pravnom prometu. Ukoliko je to neophodno za formiranje i održavanje tog identiteta, mogu se izraditi, izmijeniti ili koristiti odgovarajući dokumenti.”

Član 117.⁷

Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje

Istražne radnje iz člana 116. stav 2. ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela:

- a) protiv integriteta Bosne i Hercegovine,
- b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom,
- c) terorizma,
- d) izazivanje nacionalne, rasne i vjerske mržnje, razdora i netrpeljivosti; protupravno lišenje slobode; neovlašteno prislušivanje 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 uticajem; davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem; zloupotreba položaja ili ovlaštenja;

⁷ Tekst člana 117 Zakona o krivičnom postupku BiH prije izmjena iz 2018. godine koje su uslijedile povodom Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 kojom su određene odredbe spomenutog zakona, uključujući i ovu, proglašene neustavnim, glasilo je:

„Član 117. Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje
Istražne radnje iz člana 116. stav 2. ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela:
a) protiv integriteta Bosne i Hercegovine,
b) protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom,
c) terorizma,
d) za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora ‘od’ tri godine ili teža kazna.”

protuzakonito 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; organizirani kriminal.

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

Član 118.⁸

Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji

(1) Istražne radnje iz člana 116. stava 2. ovog zakona određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog Tužitelja koji sadrži: podatke o

⁸ Tekst člana 118 Zakona o krivičnom postupku BiH prije izmjena iz 2018. godine koje su uslijedile povodom Odluke Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj U 5/16 kojom su određene odredbe spomenutog zakona, uključujući i ovu, proglašene neustavnim, glasilo je:

„Član 118. Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji

(1) Istražne radnje iz člana 116. stava 2. ovog zakona određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog Tužitelja koji sadrži: podatke o osobi protiv koje se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 116. stava 1. ili 3. ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog Tužitelja, kao i utvrđivanje trajanja naredne radnje.

(2) Izuzetno, ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja, može se započeti s izvršavanjem mjere iz člana 116. ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pismena naredba sudije za prethodni postupak mora biti pribavljena u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

(3) Istražne radnje iz člana 116. stava 2. tač. a. do d. i g. ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazloženi prijedlog Tužitelja, produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tačke a. do c. mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz tač. d. i g. ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 116. stava 2. tačke f. ovog zakona se može odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv iste osobe mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu.

(4) Naredba sudije za prethodni postupak kao i prijedlog Tužitelja iz stava 1. ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužitelj i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prijepisom zapisnika bez navođenja osobnih podataka prikrivenog istražitelja i informatora ili na drugi odgovarajući način, spriječiti da neovlaštene osobe, osumnjičeni i njegov branitelj otkriju identitet prikrivenog istražitelja i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pismenom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje poduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene.

(6) Naredbu iz stava 1. ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su Tužitelju i policijskim organima omogućiti provođenje mjera iz člana 116. stava 2. tačke a. ovog zakona”.

osobi protiv koje se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 116. stava 1. ili 3. ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog Tužitelja, kao i utvrđivanje trajanja naređene radnje.

(2) Izuzetno, ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja, može se započeti s izvršavanjem mjere iz člana 116. ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pismena naredba sudije za prethodni postupak mora biti pribavljena u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

(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.

(4) Naredba sudije za prethodni postupak kao i prijedlog Tužitelja iz stava 1. ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužitelj i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prijepisom zapisnika bez navođenja osobnih podataka prikrivenog istražitelja i informatora ili na drugi odgovarajući način, spriječiti da neovlaštene osobe, osumnjičeni i njegov branitelj otkriju identitet prikrivenog istražitelja i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pismenom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje poduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene.

(6) Naredbu iz stava 1. ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su Tužitelju i policijskim organima omogućiti provođenje mjera iz člana 116. stava 2. tačke a. ovog zakona.

Član 119. Materijal dobijen preduzimanjem radnji i obavještanje o poduzetim radnjama

(1) Po prestanku radnji iz člana 116. ovog zakona policijski organi moraju sve informacije, podatke i predmete dobijene poduzetim radnjama, kao i izvještaj o tome predati Tužitelju. Tužitelj je dužan dostaviti sudiji za prethodni postupak pismeni izvještaj o poduzetim radnjama. Na osnovu podnesenog izvještaja sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupljeno po njegovoj naredbi.

(2) Ako Tužitelj odustane od krivičnog gonjenja, odnosno ako informacije i podaci pribavljeni naređenim radnjama nisu potrebni za krivični postupak, uništiti će se pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji će o tome sastaviti posebni zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobiveni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pismeno se obavještava osoba protiv koje je neka od radnji iz člana 116. stava 2. ovog zakona bila poduzeta.

(3) Sudija za prethodni postupak će, bez odlaganja, a nakon preduzimanja radnji iz člana 116. ovog zakona, obavijestiti osobu protiv koje je radnja bila poduzeta. Osoba protiv koje je mjera bila poduzeta može od Suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera.

(4) Podaci i informacije dobijeni preduzimanjem mjera iz stava 2. član 116. ovog zakona čuvaju se dok se čuva sudski spis.

Član 120. „Slučajni nalazi”

Ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 116. ovog zakona ako se ne odnose na krivično djelo iz člana 117. ovog zakona.

Član 121. Postupanje bez sudske naredbe ili izvan njezinog okvira

Ako su radnje iz člana 116. ovog zakona poduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, Sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može zasnivati svoju odluku.

Član 122.**Korištenje dokaza pribavljenih posebnim radnjama**

Tehničke snimke, isprave i predmeti pribavljeni pod uvjetima i na način propisan ovim zakonom mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Prikriveni istražitelj i informator iz člana 116. stava 2. tačke e. ovog zakona, kao i osobe koje su provele istražne radnje iz člana 116. stava 2. tačke f. ovog zakona mogu se saslušati kao svjedoci, „ili kao zaštićeni svjedoci” o toku provođenja radnji „ili o drugim važnim okolnostima”.

Zakon o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine⁹

Član 130.**Vrste posebnih istražnih radnji i uslovi za njihovu primjenu**

(1) Protiv lica za koje „postoje osnovi sumnje” da je samo ili s drugim licem učestvovalo ili učestvuje u počinjenju krivičnog djela iz člana 131. 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.

(2) Istražne radnje iz stava 1. ovog člana su:

- a) kontrola i tehničko snimanje telekomunikacija,
- b) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjavanje podataka,
- c) kontrola i tehničko snimanje prostorija,
- d) tajno praćenje i tehničko snimanje lica, „transportnih sredstava” i predmeta „koji stoje u vezi sa njima”,
- e) „korištenje prikrivenih istražitelja i korištenje informatora”,
- f) simulirani i „kontrolirani” otkup predmeta i simulirano davanje mita,
- g) nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.

(3) Istražne radnje iz stava 2. tačke a) ovog člana mogu se odrediti i prema licu za koje „postoje osnovi sumnje” da počinocu odnosno od počinioa krivičnog djela

iz člana 131. ovog zakona prenosi informacije u vezi sa krivičnim djelom, odnosno da počinilac koristi njegovo sredstvo telekomunikacije.

(4) Na razgovore lica iz stava 1. ovog člana i njegovog branioca shodno se primjenjuju odredbe o komunikaciji osumnjičenog i branioca.

(5) Pri izvršavanju istražnih radnji iz stava 2. tač. e) i f) ovog člana, policijski organi ili druga lica ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na počinjenje krivičnog djela. Ako su takve aktivnosti preduzete, ta okolnost isključuje krivično gonjenje podstrekavanog lica za krivično djelo izvršeno u vezi sa ovim radnjama.

„(6) Prikriveni istražitelj je posebno obučena ovlaštena osoba koja istražuje pod izmijenjenim identitetom. Prikriveni istražitelj smije pod svojim izmijenjenim identitetom učestvovati u pravnom prometu. Ukoliko je to nužno za formiranje i održavanje tog identiteta mogu se izraditi, izmijeniti ili koristiti odgovarajući dokumenti.”

Član 131.**Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje**

Istražne radnje iz člana 130. stav 2. ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora „od” tri godine ili teža kazna.

Član 132.**Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji**

(1) Istražne radnje iz člana 130. stav 2. ovog zakona određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog tužioca koji sadrži: podatke o licu protiv kojeg se radnja preduzima, „osnove sumnje” iz člana 130. st. 1. ili 3. ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, navođenje radnje koja se zahtijeva i način njenog izvođenja, obim i trajanje radnje. Naredba sadrži iste podatke kao i prijedlog tužioca, te utvrđivanje trajanja naređene radnje.

(2) Izuzetno, ako se pisana naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odgađanja može se započeti s izvršavanjem mjere iz člana 130. ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pisana naredba sudije za prethodni postupak mora biti pribavljena u roku od 24 časa od izdavanja usmene naredbe.

⁹ („Službene novine Federacije BiH” br. 35/03, 37/03 ispravke, 56/03 ispravke, 78/04, 28/05, 55/06, 27/07, 53/07, 9/09, 12/10, 8/13 i 59/14).

(3) Istražne radnje iz člana 130. stava 2. tač. od a) do 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. od a) do c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz tač. d) i g) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 130. stava 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.

(4) Naredba sudije za prethodni postupak, kao i prijedlog tužioca iz stava 1. ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužilac i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prepisom zapisnika bez navođenja ličnih podataka prikrivenog istražitelja i informatora ili na drugi odgovarajući način, sprečiti da neovlaštena lica, osumnjičeni i njegov branilac otkriju identitet prikrivenog istražitelja i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pisanom naredbom, bez odgađanja, obustaviti izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene.

(6) Naredbu iz stava 1. ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su da tužiocu i policijskim organima omogućе provođenje mjera iz člana 130. stav 2. tačke a) ovog zakona.

Član 133.

Materijal dobijen preduzimanjem radnji i obaveštavanje o preduzetim radnjama

(1) Po prestanku radnji iz člana 130. ovog zakona policijski organi moraju sve informacije, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, kao i izvještaj o tome predati tužiocu. Tužilac je dužan da dostavi sudiji za prethodni postupak pisani izvještaj o preduzetim radnjama. Na osnovu podnesenog izvještaja sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupljeno po njegovoj naredbi.

(2) Ako tužilac odustane od krivičnog gonjenja, odnosno ako informacije i podaci pribavljeni naređenim radnjama nisu potrebni za krivični postupak, uništiće se pod nadzorom sudije za prethodni postupak koji će o tome sastaviti posebni zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pisano se obavještava lice protiv kojeg je neka od radnji iz člana 130. stava 2. ovog zakona bila preduzeta.

(3) Sudija za prethodni postupak će, bez odgađanja, a nakon preduzimanja radnji iz člana 130. ovog zakona, da obavijesti lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta. Lice

protiv kojeg je mjera bila preduzeta može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera.

(4) Podaci i informacije dobijeni preduzimanjem mjera iz stava 2. član 130. ovog zakona čuvaju se dok se čuva sudski spis.

Član 134. Slučajni nalazi

Ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 130. ovog zakona ako se ne odnose na krivično djelo iz člana 131. ovog zakona.

Član 135. Postupanje bez sudske naredbe ili van njezinog okvira

Ako su radnje iz člana 130. ovog zakona preduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može zasnivati svoju odluku.

Član 136. Korištenje dokaza pribavljenih posebnim radnjama

Tehnički snimci, dokumenti i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan ovim zakonom mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Prikriveni istražitelj i informator iz člana 130. stava 2. tačke e) ovog zakona, kao i lica koja su provela istražne radnje iz člana 130. stava 2. tačke f) ovog zakona mogu se saslušati kao svjedoci, „ili kao zaštićeni svjedoci” o toku provođenja radnji „ili o drugim važnim okolnostima”.

Zakon o krivičnom postupku Republike Srbije¹⁰

Vrste posebnih istražnih radnji i uslovi za njihovu primjenu

Član 234.

(1) Protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili zajedno sa drugim licima učestvovalo ili učestvuje u izvršenju krivičnog djela iz člana 235. ovog zakona mogu se odrediti posebne istražne radnje, ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano sa nesrazmjernim teškoćama.

(2) Istražne radnje iz stava 1. ovog člana su:

- a) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija,
- b) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka,
- v) nadzor i tehničko snimanje prostorija,
- g) tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji su u vezi sa njima,
- d) korišćenje prikrivenih istražilaca i korišćenje informatora,
- đ) simulovani i kontrolisani otkup predmeta i simulovano davanje potkupnine i
- e) nadzirani prevoz i isporuka predmeta.

(3) Istražne radnje iz stava 2. ovog člana mogu se odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da učiniocu, odnosno od učinioca krivičnog djela iz člana 235. ovog zakona prenosi informacije u vezi sa krivičnim djelom, odnosno da učinilac koristi njegovo sredstvo telekomunikacije.

(4) Na razgovore lica iz stava 1. ovog člana i njegovog branioca shodno se primjenjuju odredbe o komunikaciji osumnjičenog i branioca.

(5) Pri izvršavanju mjera iz stava 2. t. d) i đ) ovog člana policijski organi ili druga lica ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela. Ako su preuzete takve aktivnosti, to je okolnost koja isključuje krivično gonjenje podstrekavanog lica za krivično djelo učinjeno u vezi sa ovim radnjama.

(6) Prikriveni istražilac je posebno obučeno ovlašćeno službeno lice koje istražuje pod izmijenjenim identitetom. Prikriveni istražilac smije pod svojim

¹⁰ („Službeni glasnik Republike Srbije” br. 53/12, 91/17 i 66/18).

izmijenjenim identitetom učestvovati u pravnom prometu. Ukoliko je to neophodno za formiranje i održavanje tog identiteta, mogu se izraditi, izmijeniti ili koristiti odgovarajuća dokumenta.

Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje

Član 235.¹¹

„Radnje iz člana 234. stav 2. ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela:

- a) protiv ustavnog uređenja i bezbjednosti Republike Srbije,
- 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.”

Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji

Član 236.

(1) Istražne radnje iz člana 234. stav 2. ovog zakona određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog tužioca, koji sadrži: podatke o licu protiv koga se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 234. st. 1. ili 3. ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, 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.

(2) Izuzetno, ako se pisana naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odgađanja, može se početi sa izvršavanjem istražne radnje iz člana 234. ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pisani nalog

¹¹ Tekst člana 235 Zakona o krivičnom postupku je do izmjena koje su nastupile u 2018. godini glasio ovako:

„Radnje iz člana 234. stav 2. ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela:

- a) protiv Republike Srbije,
- b) protiv čovječnosti i međunarodnog prava,
- v) terorizma i
- g) za koja se prema Krivičnom zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.”

sudije za prethodni postupak mora biti pribavljen u roku od 24 časa od izdavanja usmene naredbe.

(3) Istražne radnje iz člana 234. stav 2. t. a), b), v), g) i e) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a „ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim sprovođenjem radi prikupljanja dokaza” mogu se, na obrazloženi prijedlog tužioca, produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz t. a), b) i v) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz t. g) i e) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 234. stav 2. tačka đ) 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.¹²

(4) Naredba sudije za prethodni postupak, kao i prijedlog tužioca iz stava 1. ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužilac i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prepisom zapisnika bez navođenja ličnih podataka prikrivenog istražioca i informatora ili na drugi odgovarajući način spriječiti da neovlašćena lica, osumnjičeni i njegov branilac otkriju identitet prikrivenog istražioca i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pisanim nalogom, bez odgađanja, obustaviti izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje bile određene.

(6) Naredbu iz stava 1. ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su da tužiocu i policijskim organima omoguće sprovođenje radnji iz člana 234. stav 2. tačka a) ovog zakona.

Materijal dobijen preduzimanjem radnji i obavještanje o preduzetim radnjama

Član 237.

(1) Nakon prestanka primjene radnji iz člana 234. ovog zakona policijski organi moraju sve informacije, podatke i predmete dobijene preduzetim radnjama, kao i izvještaj o tome predati tužiocu. Tužilac je dužan da dostavi sudiji za prethodni

¹² Stav 3 člana 236 Zakona o krivičnom postupku RS do izmjena koje su nastupile u 2018. godini glasilo je ovako: „Istražne radnje iz člana 234. stav 2. t. a), b), v), g) i e) 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 t. a), b) i v) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz t. g) i e) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 234. stav 2. tačka đ) 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.”

postupak pisani izvještaj o preduzetim radnjama. Na osnovu podnesenog izvještaja sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupljeno po njegovoj naredbi.

(2) Ako tužilac odustane od krivičnog gonjenja, odnosno ako informacije i podaci pribavljeni primjenom naređenih radnji nisu potrebni za krivični postupak, uništiće se pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji će o tome sastaviti posebni zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pisano se obavještava lice protiv koga je neka od radnji iz člana 234. stav 2. ovog zakona bila preduzeta.

(3) Sudija za prethodni postupak će, bez odgađanja, a nakon preduzimanja radnji iz člana 234. ovog zakona, obavijestiti lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta. Lice protiv kojeg je radnja bila preduzeta može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je sprovedena radnja.

(4) Podaci i informacije dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 234. stav 2. ovog zakona čuvaju se dok se čuva sudski spis.

Slučajni nalazi

Član 238.

Ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 234. ovog zakona ako se ne odnose na krivično djelo navedeno u članu 235. ovog zakona.

Postupanje bez sudskog naloga ili izvan njenog okvira

Član 239.

Ako su radnje iz člana 235. ovog zakona preduzete bez naloga sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti sa njom, sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može zasnivati svoju odluku.

Korišćenje dokaza pribavljenih posebnim radnjama

Član 240.

Tehničke snimke, isprave i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan ovim zakonom mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Prikriveni

istražilac i informator iz člana 234. stav 2. tačka d) ovog zakona, kao i lica koja su sprovedla istražne radnje iz člana 234. stav 2. tačka đ) ovog zakona – mogu se saslušati kao svjedoci, ili kao zaštićeni svjedoci o toku sprovođenja radnji ili o drugim važnim okolnostima.

Zakon o krivičnom postupku Brčko distrikta Bosne i Hercegovine¹³

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.

(2) Istražne radnje iz stava 1 ovog člana su:

- a) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija,
- b) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka,
- c) nadzor i tehničko snimanje prostorija,
- d) tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji stoje u vezi s njima,
- e) korištenje prikrivenih istražitelja i korištenje informatora,
- f) simulirani i kontrolisani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine,
- g) nadzirani prevoz i isporuka predmeta krivičnog djela.

(3) Istražne radnje iz stava 2 tačke a) ovog člana mogu se odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da učiniocu, odnosno od učinioca krivičnog djela iz člana 117 ovog zakona prenosi informacije u vezi s krivičnim djelom, odnosno da učinilac koristi njegovo sredstvo telekomunikacije.

(4) Na razgovore lica iz stava 1 ovog člana i njenog branioca shodno se primjenjuju odredbe o komunikaciji osumnjičenog i branioca.

¹³ („Službeni glasnik Brčko distrikta BiH” br. 34/13 – prečišćeni tekst, 27/14 i 3/19).

(5) Pri izvršavanju istražnih radnji iz stava 2 tački e) i f) ovog člana policijski organi ili druga lica ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na učinjenje krivičnog djela. Ako su takve aktivnosti preduzete, ta okolnost isključuje krivično gonjenje podstrekavanog lica za krivično djelo izvršeno u vezi s ovim radnjama.

(6) Prikriveni istražitelj je posebno obučeno ovlašteno službeno lice koje istražuje pod izmijenjenim identitetom. Prikriveni istražitelj smije pod svojim izmijenjenim identitetom učestvovati u pravnom prometu. Ukoliko je to neophodno za formiranje i održavanje tog identiteta, mogu se izraditi, izmijeniti ili koristiti odgovarajući dokumenti.

Član 117¹⁴

Krivična djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje

Istražne radnje iz člana 116 stava 2 ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela:

- a) protiv države (glava XV),
- b) terorizma (glava XVIII),

c) Otmica (član 177); Iskorištavanje djeteta ili maloljetnika radi pornografije (član 208); Neovlaštena proizvodnja i stavljanje u promet opojnih droga (član 232); Pranje novca (član 265); Udruživanje radi počinjenja krivičnih djela (334); Organizovani kriminal (336); Primanje dara i drugih oblika koristi (član 374); Davanje poklona i drugih oblika koristi (član 375); Primanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem (član 376); Davanje nagrade ili drugog oblika koristi za trgovinu uticajem (član 376a); Zloupotreba položaja ili ovlaštenja (član 377); Nezakonito pogodovanje (377a); Oštećenje računarskih podataka i programa (387); Računarska prevara (389) i Računarska sabotaza (392),

d) krivična djela za koja je propisana kazna zatvora najmanje pet godina ili teža kazna.

¹⁴ Član 117 Zakona o krivičnom postupku Brčko distrikta do izmjena i dopuna koje su uslijedile u februaru 2019. godine glasilo je ovako:
„Istražne radnje iz člana 116 stava 2 ovog zakona mogu se odrediti za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna.”

Član 118

Nadležnost za određivanje i trajanje istražnih radnji

(1) Istražne radnje iz člana 116 stava 2 ovog zakona određuje naredbom sudija za prethodni postupak, na obrazloženi prijedlog tužioca koji sadrži: podatke o licu protiv kojega se radnja preduzima, osnove sumnje iz člana 116 stava 1 ili 3 ovog zakona, razloge za njeno preduzimanje i ostale bitne okolnosti koje zahtijevaju preduzimanje radnji, 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.

(2) Izuzetno, ako se pismena naredba ne može dobiti na vrijeme i ako postoji opasnost od odlaganja, može se započeti s izvršavanjem mjere iz člana 116 ovog zakona i na osnovu usmene naredbe sudije za prethodni postupak. Pismena naredba sudije za prethodni postupak mora biti pribavljena u roku od 24 sata od izdavanja usmene naredbe.

(3) Istražne radnje iz člana 116 stava 2 tačke od a) do d) i tačka g) ovog zakona, mogu trajati do mjesec dana, a ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se na obrazložen prijedlog tužioca produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tačaka od a) do c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora najmanje pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže četiri mjeseca. Mjere iz tačaka d) i g) mogu trajati ukupno najduže tri mjeseca za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora najmanje pet godina ili teža kazna, a za ostala krivična djela najduže dva mjeseca. Izuzetno, u odnosu na krivično djelo organizovanog kriminala i krivična djela terorizma, istražne radnje iz člana 116 stava 2 tačke od a) do d) i tačka g) ovog zakona, ako one daju rezultate i postoji razlog da se nastavi sa njihovim provođenjem radi prikupljanja dokaza, mogu se na obrazložen prijedlog tužioca produžiti još tri mjeseca. Prijedlog za radnju iz člana 116 stava 2 tačka f) ovog zakona se može odnositi samo na jednokratni akt, a zahtjev za svaku narednu radnju protiv iste osobe mora sadržavati razloge koji opravdavaju njenu upotrebu. Primjena radnje iz člana 116 stava 2 tačka e) ovog zakona traje koliko je potrebno da se prikupe dokazi, a najduže godinu dana za krivična djela za koja se može izreći kazna zatvora najmanje pet godina, a za ostala krivična djela šest mjeseci.¹⁵

¹⁵ Stav 3 člana 118 Zakona o krivičnom postupku je do izmjena koje su uslijedile u februaru 2019. godine glasilo ovako:

„Istražne radnje iz člana 116 stava 2 tački od a) do d) i g) ovog zakona mogu trajati najduže do mjesec dana, a iz posebno važnih razloga mogu se, na obrazloženi prijedlog tužioca,

(4) Naredba sudije za prethodni postupak kao i prijedlog tužioca iz stava 1 ovog člana čuvaju se u posebnom omotu. Tužilac i sudija za prethodni postupak će sastavljanjem ili prepisom zapisnika bez navođenja ličnih podataka prikrivenog istražitelja i informatora ili na drugi odgovarajući način, spriječiti da neovlaštena lica, osumnjičeni i njegov branilac otkriju identitet prikrivenog istražitelja i informatora.

(5) Sudija za prethodni postupak mora pismenom naredbom, bez odlaganja, obustaviti izvršenje preduzetih radnji ako su prestali razlozi zbog kojih su radnje određene.

(6) Naredbu iz stava 1 ovog člana izvršava policijski organ. Preduzeća koja vrše prenos informacija dužna su tužiocu i policijskim organima omogućiti provođenje mjera iz člana 116 stava 2 tačke a) ovog zakona.

Član 119

Materijal dobijen preduzimanjem radnji i obavještanje o preduzetim radnjama

(1) 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 dostavi sudiji za prethodni postupak pismeni izvještaj o preduzetim radnjama. Na osnovu podnesenog izvještaja sudija za prethodni postupak provjerava da li je postupljeno po njegovoj naredbi.

(2) Ako tužilac odustane od krivičnog gonjenja, odnosno ako informacije i podaci pribavljeni naređenim radnjama nisu potrebni za krivični postupak, uništiti će se pod nadzorom sudije za prethodni postupak, koji će o tome sastaviti posebni zapisnik. O preduzimanju radnji, razlozima za njihovo preduzimanje, informaciji da dobijeni materijal nije bio osnov za krivično gonjenje i da je uništen, pismeno se obavještava lice protiv kojega je neka od radnji iz člana 116 stava 2 ovog zakona bila preduzeta. Pribavljene informacije i podaci iz ovog stava smatraju se službenom tajnom.

(3) Sudija za prethodni postupak će, bez odlaganja, a nakon preduzimanja radnji iz člana 116 ovog zakona, obavijestiti lice protiv kojega je radnja bila preduzeta. Lice

produžiti za još mjesec dana, s tim da mjere iz tački od a) do c) mogu trajati ukupno najduže šest mjeseci, a mjere iz tački d) i g) ukupno najduže tri mjeseca. Zahtjev za radnju iz člana 116 stava 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.”

protiv kojega je mjera bila preduzeta može od suda zatražiti ispitivanje zakonitosti naredbe i načina na koji je provedena mjera.

(4) Podaci i informacije dobijeni preduzimanjem mjera iz stava 2 člana 116 ovog zakona čuvaju se dok se čuva sudski spis.

Član 120 „Slučajni nalazi”

Ne mogu se koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 116 ovog zakona ako se ne odnose na krivično djelo iz člana 117 ovog zakona.

Član 121 Postupanje bez sudske naredbe ili van njenoga okvira

(1) Ako su radnje iz člana 116 ovog zakona preduzete bez naredbe sudije za prethodni postupak ili u suprotnosti s njom, sud na pribavljenim podacima ili dokazima ne može zasnivati svoju odluku.

(2) Pribavljeni podaci ili dokazi iz stava 1 ovog člana smatraju se službenom tajnom.

Član 122 Korištenje dokaza pribavljenih posebnim radnjama

Tehničke snimke, isprave i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan ovim zakonom mogu se koristiti kao dokazi u krivičnom postupku. Prikriveni istražitelj i informator iz člana 116 stava 2 tačke e) ovog zakona, kao i lica koja su provela istražne radnje iz člana 116 stava 2 tačke f) ovog zakona mogu se saslušati kao svjedoci, ili kao zaštićeni svjedoci o toku sprovođenja radnji ili o drugim važnim okolnostima.

Ustav Bosne i Hercegovine

Član II

1. Ljudska prava

Bosna i Hercegovina i oba entiteta će obezbijediti najviši nivo međunarodno priznatih ljudskih prava i osnovnih sloboda.

(...)

2. Međunarodni standardi

Prava i slobode predviđene Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i njenim protokolima direktno se primjenjuju u Bosni i Hercegovini. Ovi akti imaju prioritet nad svim drugim zakonima.

3. Nabranjanje prava

Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i osnovne slobode iz stava 2 ovog člana, a ona obuhvataju:

(...)

e) Pravo na pravičan postupak u građanskim i krivičnim stvarima i druga prava u vezi s krivičnim postupkom.

f) Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku.

(...)

Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda

Član 6. Pravo na pravično suđenje

1. Prilikom utvrđivanja njegovih građanskih prava i obaveza ili krivične optužbe protiv njega, svako ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom ustanovljenim zakonom. Presuda se izriče javno, ali se štampa i javnost mogu da isključe iz cijelog ili dijela suđenja u

interesu morala, javnog reda ili nacionalne bezbjednosti u demokratskom društvu, kada to zahtijevaju interesi maloljetnika ili zaštita privatnog života stranaka, ili u mjeri koja je, po mišljenju suda, strogo potrebna u posebnim okolnostima kada bi javnost mogla da naškodi interesima pravde.

2. Svako ko je optužen za krivično djelo smatra se nevinim sve dok se ne dokaže krivim u skladu sa zakonom.
3. Svako ko je optužen za krivično djelo ima sljedeća minimalna prava:
 - a) da bez odlaganja, posebno i na jeziku koji razumije bude obaviješten o prirodi i razlozima optužbe protiv njega;
 - b) da ima dovoljno vremena i mogućnosti za pripremanje svoje odbrane;
 - c) da se brani lično ili posredstvom branioca po sopstvenom izboru ili da, ako nema dovoljno sredstava da plati pravnu pomoć, besplatno dobije branioca kada to zahtijevaju interesi pravde;
 - d) da ispituje svjedoke protiv sebe ili da se oni ispituju, te da se obezbijedi prisustvo i ispitivanje svjedoka u njegovu korist pod istim uslovima koji važe za svjedoke koji svjedoče protiv njega;
 - e) da dobije besplatnu pomoć tumača ako ne razumije ili ne govori jezik koji se upotrebljava na sudu.

Član 8.

Pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života

1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.
2. Javne vlasti se ne smiju miješati u ostvarivanje ovog prava osim ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesima nacionalne bezbjednosti, javne bezbjednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, radi zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.

Praksa Ustavnog suda Bosne i Hercegovine

Nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija

AP 2400/11

od 24. aprila 2014. godine

krivično djelo neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga; povreda prava iz člana 6 Evropske konvencije; primijenjen stav Ustavnog suda BiH zauzet u Odluci broj AP 1158/10

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Vrhovnog suda apelant je proglašen krivim za krivično djelo neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 224 stav 1 KZRS. Tokom postupka apelantova odbrana je, između ostalog, prigovorila da su određeni dokazi prikupljeni posebnim istražnim radnjama nezakoniti. U odnosu na posebnu istražnu radnju nadzora apelantovih telekomunikacija, Vrhovni sud je obrazložio da je navedena istražna radnja zakonita jer je bila preduzeta u vrijeme dok je još bila aktuelna optužnica protiv apelanta za krivično djelo iz člana 224 stav 2 KZRS za koje je predviđena kazna zatvora od tri do 15 godina, te da se zbog toga ne može cijeniti u odnosu na izmijenjenu optužnicu kojom je apelant, nakon izvršene posebne istražne radnje, optužen za krivično djelo iz člana 224 stav 1 istog zakona, a koja nije ni

postojala u vrijeme preduzimanja sporne radnje. Vrhovni sud je također istakao da se zakonitost istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja cijeni prema vremenu preduzimanja te radnje, tako da se, suprotno navodima apelantove odbrane, ne može primijeniti odredba procesnog zakona kojom su regulisani tzv. slučajni nalazi koji se primjenjuju u situaciji kada se prilikom sprovođenja istražne radnje dođe do informacija koje se odnose na drugo krivično djelo. Apelant je u apelaciji, između ostalog, naveo da mu je prekršeno pravo na pravično suđenje zbog pogrešne primjene materijalnog i procesnog prava u odnosu na zakonitost dokaza koji su provedeni, odnosno da smatra da su izvršene posebne istražne radnje nadzora i prisluškivanja nezakonite.

Odluka

Ustavni sud je podsjetio da je odredbama čl. 226 i 227 ZKPRS propisano da se u slučaju sumnje da je počinjeno krivično djelo za koje se može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna mogu narediti posebne istražne radnje, u koje spada i nadzor nad telekomunikacijama. Osim toga, Ustavni sud je podsjetio i na sadržaj odredbe člana 230 istog zakona kojom se reguliše pitanje tzv. slučajnih nalaza, prema kojem se kao dokaz mogu koristiti informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 226 stav 2 ZKPRS i onda ako se odnose na neko drugo krivično djelo (dakle, ne na ono krivično djelo za koje postoji sudska naredba o preduzimanju posebne istražne radnje) iz grupe krivičnih djela predviđenih članom 227 istog zakona.

Ustavni sud je istakao da bi tumačenje navedene odredbe na način kako je to učinjeno u osporenim odlukama vodilo njenoj zloupotrebi budući da bi tom logikom tužilaštvo optuženom uvijek stavljalo na teret teži kvalifikovani oblik krivičnog djela kako bi u krivičnom postupku moglo koristiti dokaze prikupljene posebnim istražnim radnjama, što bi poziciju optuženog znatno otežalo i dovelo u pitanje sam institut posebnih istražnih radnji. I u takvim bi okolnostima, imajući u vidu propisani raspon kazne zatvora za krivična djela propisana KZRS, praktično te radnje bilo moguće odrediti za većinu krivičnih djela, a to, s obzirom na zakonsko definisanje navedenih radnji i njihovo stipuliranje kao radnji koje se vežu za najteža krivična djela (član 227 ZKPRS – krivična djela protiv Republike Srpske, protiv čovječnosti i međunarodnog prava, protiv terorizma, te za koja se prema KZ može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna) nije, niti je mogla biti intencija zakonodavca.

U vezi s tim, Ustavni sud je istakao da konkretno krivično djelo ne spada u krivična djela predviđena članom 227 u kojima se mogu koristiti tzv. slučajni nalazi jer je za

predmetno krivično djelo propisana kazna zatvora u trajanju od jedne do 10 godina. Ustavni sud je naglasio i da su redovni sudovi u osporenim presudama istakli da se u konkretnom slučaju ne može govoriti o tzv. slučajnim nalazima u smislu citirane zakonske odredbe jer je predmetna istražna radnja nadzora telekomunikacija bila preduzeta kod sumnje da je počinjeno krivično djelo iz člana 224 stav 2 i ti nalazi nisu korišćeni prilikom donošenja osporenih presuda, te da su presude zasnovane na „iskazima svjedoka poimenično navedenih u presudi, iskazima vještaka, naredbi o pretresu i zapisniku o pretresu kuće apelantovog djeda, zapisniku o dobrovoljnoj predaji predmeta, naredbi o određivanju vještačenja psihoaktivne supstancije i nalazu i mišljenju Kriminalističko-tehničkog centra MUP-a RS”, koji se ne mogu smatrati nezakonitim dokazima. Međutim, Ustavni sud je naveo da je Vrhovni sud, suprotno navedenom, u osporenoj drugostepenoj presudi kao dokaz protiv apelanta prihvatio presretnutu SMS poruku i telefonski razgovor, a ti dokazi su dobijeni spornom istražnom radnjom, kao i iskaze svjedoka za koje se saznalo na osnovu navedene posebne istražne radnje. Ustavni sud je zaključio da se u konkretnom slučaju radi o dokazu koji je dobijen na način koji je suprotan navedenim odredbama čl. 227 i 230 ZKPRS, te da su osnovani apelantovi navodi o nezakonitom dokazu koji se zasniva na nadzoru njegovih telekomunikacija.

Ustavni sud je zaključio da je u konkretnom slučaju prekršeno apelantovo pravo na pravično suđenje.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988).

Ako predmetnu odluku (AP 2400/11) dovedemo u kontekst Odluke Ustavnog suda BiH broj U 5/16 koja je usvojena tri godine kasnije, možemo ponovo naglasiti dio obrazloženja iz Odluke broj AP 2400/11 u kojem Ustavni sud kaže: „U takvim bi okolnostima, imajući u vidu propisani raspon kazne zatvora za krivična djela propisana KZRS, praktično te radnje bilo moguće odrediti za većinu krivičnih djela, a to, s obzirom na zakonsko definisanje navedenih radnji i njihovo stipuliranje kao radnji koje se vežu za najteža krivična djela (član 227 ZKPRS – krivična djela protiv Republike Srpske, protiv čovječnosti i međunarodnog prava, protiv terorizma, te za koja se prema KZ može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna) nije, niti je mogla biti intencija zakonodavca”. Potrebno je također napomenuti da je Ustavni sud u navedenoj odluci, pored toga što je utvrdio da su osnovani apelantovi navodi o nezakonitom dokazu koji se zasniva na

nadzoru njegovih telekomunikacija, zaključio da je apelantovo pravo na pravično suđenje povrijeđeno i zbog toga što su redovni sudovi osuđujuću presudu protiv apelanta zasnovali i na usmenoj naredbi za pretres koja nije ispunjavala uslove iz člana 120 stav 3 ZKPRS, a prilikom kojeg je apelantov djed predao opojnu drogu koja je poslužila kao dokaz na kojem je, između ostalih, zasnovana osuđujuća presuda protiv apelanta.

Koristeći standard iz Odluke broj AP 1158/10, Ustavni sud je u navedenoj odluci proširio svoju praksu i za druge oblike posebnih istražnih radnji. Naime, početna tačka pri ocjeni toga da li je povrijeđeno apelantovo pravo u krivičnom postupku (povreda prava na pravično suđenje) pitanje je zakonitosti primjene posebnih istražnih radnji (ovdje se samo osvrćemo na posebne istražne radnje kao element analize). U konkretnom slučaju, zakonitost svih radnji se cijeni u ukupnosti krivičnog postupka. Povreda prava na pravično suđenje postoji kada se prihvati nezakonito pribavljen dokaz, bez obzira na tvrdnju da to nije jedini dokaz na kojem se zasniva odluka redovnog suda.

AP 1274/13

od 20. jula 2014. godine

*krivično djelo neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga;
„slučajni nalaz“; nema kršenja prava iz člana 6 Evropske konvencije*

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Osnovnog suda Brčko distrikta BiH apelant B. F. je proglašen krivim za krivično djelo neovlašćene proizvodnje i stavljanja u promet opojnih droga iz člana 232 stav 1 KZBD. Iz obrazloženja osporene presude je proizašlo da je protiv A. R., na prijedlog Tužilaštva, naredbom Osnovnog suda određeno sprovođenje posebnih istražnih radnji nadzora i tehničkog snimanja iz člana 116 stav 2 tačka a) ZKPBD, a koje su naložene u kontekstu istrage krivičnih radnji A. R., te da su prilikom sprovođenja tih radnji zabilježeni „tehnički snimci telefonskih razgovora” između A. R. i apelanta, koji su vođeni radi dogovora o krivičnopravnim radnjama koje bi preduzeli apelant i A. R. kao prisluski lice, a koje čine obilježje krivičnog djela neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 232 stav 1 KZBD. Apelant je pred Ustavnim sudom, između ostalog, osporavao zakonitost pribavljenih dokaza

i njihovu ocjenu, što je doveo u vezu s pogrešno i nepotpuno utvrđenim činjeničnim stanjem.

Odluka

Imajući u vidu tehničke snimke telefonskih razgovora između A. R. i apelanta, koje su sačinjene sprovođenjem istražnih radnji iz člana 116 stav 2 tačka a) ZKPBD na osnovu naredbe Osnovnog suda u odnosu na A. R., a na osnovu kojih je nesporno utvrđeno da je apelant zajedno sa A. R. preduzima krivičnopravne radnje koje čine obilježja krivičnog djela neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 232 stav 1 KZBD, te da apelant nije osporavao da je u odnosu na A. R. bila izdata naredba suda o sprovođenju posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, niti je doveo u pitanje njenu zakonitost u smislu navedenih odredbi ZKPBD, Ustavni sud je istakao da se, u smislu člana 122 ZKPBD, tehnički snimci, isprave i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan navedenim zakonom mogu koristiti kao dokazi u krivičnom postupku protiv apelanta. Ustavni sud je naveo da je na osnovu njih nesporno dokazano da su apelantove krivičnopravne radnje povezane s krivičnopravnim radnjama A. R., prema kojoj su sprovedene istražne radnje na osnovu naredbe suda, a koje čine obilježje krivičnog djela neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga iz člana 232 stav 1 KZBD, koje je upravo A. R. i apelantu stavljeno na teret, a pritom je predviđeno i katalogom krivičnih djela iz člana 117 ZKPBD, tako da nema ni kršenja člana 120 istog zakona. Stoga, budući da su pribavljeni snimci telefonskih razgovora između A. R. i apelanta u postupku protiv apelanta iskorišćeni kao dokaz, ne može se prihvatiti kao osnovana apelantova tvrdnja da se radi o nezakonitom dokazu jer u odnosu na njega nije postojala naredba za sprovođenje te radnje. Osim toga, u konkretnom slučaju ništa ne upućuje na zaključak da apelant slobodnom voljom i bez prinude nije stupio u kontakt sa A. R., te proizlazi da je apelant imao lični interes za to – dogovaranje i kupovina droge. Ustavni sud je također istakao da je mjera nadzora i tehničkog snimanja u odnosu na A. R. preduzeta u skladu sa zakonom i u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja – otkrivanje i kažnjavanje neovlašćenog posjedovanja i stavljanja u promet opojne droge, što predstavlja javni interes koji preteže nad apelantovim interesom za zaštitu privatnog života u smislu člana II/3f) Ustava BiH i člana 8 Evropske konvencije. Ustavni sud je naveo da apelant i ne tvrdi da mu je u postupku bilo uskraćeno da osporava autentičnost zapisa telefonskih razgovora između njega i A. R. koji su preslušani na glavnom pretresu, niti je u postupku pred redovnim sudovima, a ni u apelaciji doveo u pitanje njihov sadržaj. U vezi s tim, Ustavni sud je primijetio da su u obrazloženju prvostepene presude iscrpno

pobrojani sadržaji snimljenih razgovora između apelanta i A. R., na osnovu kojih je nesumnjivo utvrđeno da je apelant u više navrata nabavljao i dostavljao drogu A. R. i S. M., a oni su dovedeni u vezu s grafičkom analizom snimljenih razgovora koju su sačinila ovlašćena službena lica Policijske uprave BD, koja su pritom i saslušana u svojstvu svjedoka na glavnom pretresu. Uzimajući u obzir navedeno, kao i činjenicu da predmetni dokaz nije predstavljao jedini dokaz na osnovu kojeg je utvrđena apelantova krivica (utvrđena je i na osnovu iskaza drugih svjedoka i materijalnih dokaza), Ustavni sud je zaključio da su ti apelantovi navodi neosnovani i da u tom smislu nije došlo do kršenja njegovog prava na pravično suđenje. U konačnici, Ustavni sud je zaključio da ne postoji kršenje prava na pravično suđenje jer je u okolnostima konkretnog slučaja osuđujuća presuda protiv apelanta, osim na dokazima proizašlim iz posebnih istražnih radnji, zasnovana i na brojnim dokazima koji su analizirani i ocijenjeni pojedinačno, međusobno i zajedno, uz obrazloženje i zaključke zasnovane na relevantnim odredbama KZBD i ZKPBD.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988), *Teixeira de Castro protiv Portugala* (9. juni 1998), *Bykov protiv Rusije* (10. mart 2009), *Lee Davies protiv Belgije* (28. juli 2009), *Szilagy protiv Rumunije* (17. decembar 2013), *Lisica protiv Hrvatske* (25. februar 2010), *Kruslin protiv Francuske* (24. april 1990).

AP 2079/13

od 20. aprila 2016. godine

*krivično djelo neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga;
nema kršenja prava iz člana 6 Evropske konvencije; praksu zauzetu
u ovom predmetu Ustavni sud je slijedio i u Odluci broj AP 3682/16*

Činjenice i apelacioni navodi

U konkretnom slučaju, apelant je, između ostalog, tvrdio da mu je pravo na pravično suđenje povrijeđeno jer se odluke redovnih sudova kojima je proglašen krivim za krivično djelo neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga zasnivaju na dokazima na kojim se, u smislu člana 10 ZKPRS, ne mogu zasnivati. U vezi s tim, apelant je iznio tvrdnju da posebna istražna radnja nadzora i tehničkog snimanja nije sprovedena u skladu sa ZKPRS jer u odnosu na njega nije izdata naredba sudije za prethodni postupak. U postupku pred Vrhovnim sudom ti navodi su odbijeni kao

neosnovani uz obrazloženje da su dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija iz člana 234 stav 2 tačka a) ZKPRS, kao i tonski zapisi telefonskih razgovora realizovanih u kritičnom periodu između apelanta i svjedoka V. R. koji su preslušani na glavnom pretresu zakoniti dokazi jer su pribavljeni na osnovu odgovarajućih naredbi prvostepenog suda donesenih u odnosu na V. R., a u skladu sa članom 234 stav 1 i članom 236 stav 1 ZKPRS.

Odluka

Ustavni sud je naveo da apelant ne osporava da je u odnosu na V. R. bila izdata naredba suda o sprovođenju posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, niti dovodi u pitanje njenu zakonitost u smislu relevantnih odredbi ZKPRS. Imajući u vidu član 240 ZKPRS, kojim je određeno da se tehnički snimci, isprave i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan tim zakonom mogu koristiti kao dokazi u krivičnom postupku, a što u konkretnom slučaju nije dovedeno u pitanje, tj. u konkretnom slučaju je postojala naredba suda za sprovođenje posebne istražne radnje u odnosu na V. R., te da je u skladu s njom i postupljeno, na osnovu čega su i pribavljeni snimci telefonskih razgovora između V. R. i apelanta, koji su u postupku iskorišćeni kao dokaz, Ustavni sud je zaključio da se ne može prihvatiti kao osnovana apelantova tvrdnja da se radi o nezakonitom dokazu jer nije postojala naredba za sprovođenje navedene radnje i u odnosu na njega. U konkretnom slučaju nema ničega što bi uputilo na zaključak da apelant slobodnom voljom i bez prinude nije stupio u kontakt sa V. R., odnosno da nije bio slobodan da odluči o tome da li će s njim razgovarati ili ne, te proizlazi da je apelant imao lični interes za to – dogovaranje i kupovina droge. Ustavni sud je istakao i da je mjera nadzora i tehničkog snimanja u odnosu na V. R. preduzeta u skladu sa zakonom i u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja – otkrivanje i kažnjavanje neovlašćenog posjedovanja i stavljanja u promet opojne droge, što predstavlja javni interes koji preteže nad apelantovim interesom za zaštitu privatnog života u smislu člana II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine i člana 8 Evropske konvencije. Ustavni sud je naveo da apelant i ne tvrdi da mu je u postupku bila uskraćena mogućnost da osporava autentičnost zapisa telefonskih razgovora između njega i V. R. koji su preslušani na glavnom pretresu, niti je u postupku pred redovnim sudovima, a ni u apelaciji doveo u pitanje njihov sadržaj. U postupku pred redovnim sudom apelant se također nije protivio korišćenju tog dokaza. Apelantov žalbeni prigovor da je taj dokaz nezakonit jer nije postojala naredba suda u odnosu na njega preispitao je i Vrhovni sud, a razloge i obrazloženje koji su u vezi s tim ponuđeni, s obzirom na relevantne odredbe ZKPRS na kojim je Vrhovni sud u tom dijelu obrazložio svoje odlučjenje, Ustavni sud ne smatra proizvoljnim. Ustavni sud

je zaključio da su neosnovane apelantove tvrdnje da mu je pravo na pravično suđenje povrijeđeno jer se osporena presuda zasniva na nezakonitim dokazima.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Prade protiv Njemačke* (3. mart 2016), *Bykov protiv Rusije* (10. mart 2009).

AP 2980/16

od 6. novembra 2018. godine

*krivično djelo neovlašćena proizvodnja i promet opojnih droga;
primjena načela koje je Evropski sud definisao u predmetu Dragojević;
nema kršenja prava iz člana 8 Evropske konvencije*

Činjenice i apelacioni navodi

Presudama redovnih sudova apelanti su proglašeni krivim da su počinili krivično djelo neovlašćene proizvodnje i prometa opojnih droga. U postupku pred redovnim sudovima korišćeni su dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama, a prigovori apelanata o njihovoj zakonitosti ocijenjeni su kao neosnovani. Apelanti su u apelaciji podnesenoj Ustavnom sudu, u suštini, naveli da su posebne istražne radnje tajnog nadzora i tehničkog snimanja komunikacija nezakonito određene, produžavane i sprovedene. Istakli su da su naredbe o određivanju tajnog nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija izdate u suprotnosti s domaćim pravom jer ne sadrže obrazloženja osnova sumnje, kao i razloge zbog kojih na drugi način nije moguće obezbijediti dokaze ili bi to bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama. Naveli su i da je tužilac propustio da sudiji za prethodni postupak podnese pisani izvještaj o preduzetim radnjama, odnosno da je to učinio tek nakon nešto više od jedne godine od njihovog preduzimanja, te da ih sudija za prethodni postupak nije obavijestio da su protiv njih sprovedene posebne istražne radnje nakon što su one okončane. Apelant R. je istakao da je tužilac propustio da podnese prijedlog za obustavljanje posebnih istražnih radnji po svim naredbama kojim su određene, odnosno da je to učinio samo u pogledu pojedinih, a apelant Z. da se osporene presude zasnivaju i na nezakonito snimljenim razgovorima između njega i njegove nevjenčane supruge, koja je odbila da svjedoči.

Odluka

Ustavni sud je utvrdio da je nadzor bio zasnovan na mjerodavnom domaćem pravu (ZKPRS), čija dostupnost u konkretnom slučaju nije upitna. Ustavni sud je

istakao da iz obrazloženja osporene prvostepene presude proizlazi da je na osnovu uvida u naredbe kojim su određene, odnosno produžene posebne istražne radnje utvrđeno da je tužilac podnio obrazloženi prijedlog za određivanje posebnih istražnih radnji u kojem je obrazložio osnove sumnje da su apelanti i druga lica prema kojima su preduzimate posebne istražne radnje počinili krivično djelo u odnosu na koje mogu biti određene posebne istražne radnje, da je uz prijedlog dostavio i dokaze, da je sudija za prethodni postupak izvršio uvid u predložene dokaze i na osnovu toga izveo zaključak da postoje osnovi sumnje kao prvi opšti uslov za primjenu posebnih istražnih radnji. Nadalje, iz obrazloženja osporene prvostepene presude proizlazi da je u naredbama obrazloženo da se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi za utvrđivanje činjenica o načinu nabavke i preuzimanja droge, lokacijama na kojim se opojna droga čuva i vrši njena primopredaja, te da se ne mogu identifikovati i pronaći svjedoci koji kupuju opojnu drogu. Ustavni sud je istakao da se ne može zaključiti 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 provesti na drugačiji, manje intruzivan način”. Ustavni sud je, imajući u vidu prethodno navedeno, kao i član 237 ZKPRS (koji ne propisuje rok u kojem izvještaj treba da bude podnesen, kao ni njegovu formu), naglasio da se ne može zaključiti da je u okolnostima konkretnog slučaja tužιοčev propust da dostavi izvještaj o preduzetim radnjama i prije podizanja optužnice rezultirao nezakonitim miješanjem u pravo apelanata iz člana 8 Evropske konvencije.

Ustavni sud je naveo i da su u obrazloženju osporene prvostepene presude pobrojane konkretne naredbe po kojim su bile određene posebne istražne radnje koje su obustavljene, te da je tužilac naveo da su posebne istražne radnje koje nisu obuhvaćene naredbama o obustavi prestale protekom vremena na koje su bile određene. Imajući u vidu član 234 ZKPRS, prema kojem je trajanje konkretnih posebnih istražnih radnji ograničeno na jedan mjesec, te da se izuzetno mogu produžiti za još jedan mjesec, zatim da apelant R. ne tvrdi da su posebne istražne radnje trajale mimo roka od mjesec dana određenog zakonom, kao i da sudija za prethodni postupak bez odlaganja nalaže obustavljanje kada prestanu razlozi zbog kojih su određene, suprotno tvrdnjama apelanta R., prema mišljenju Ustavnog suda ne može se zaključiti da je navedeni stav redovnog suda proizvoljan i da dovodi u pitanje zakonitost miješanja u njegovo pravo iz člana 8 Evropske konvencije. Ustavni sud je podsjetio da je članom 234 stav 3 ZKPRS određeno da se posebne istražne radnje mogu odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da učiniocu, odnosno od učinioca krivičnog djela prenosi informacije u vezi s krivičnim djelom, tj. da učinilac koristi njegovo sredstvo telekomunikacije. Imajući u vidu tu odredbu, zatim da je posebna istražna radnja

nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija u odnosu na apelanta Z. određena na osnovu naredbe suda, kao i sadržaj presretnutog razgovora između apelanta Z. i N. K., koju on označava kao svoju nevjenčanu suprugu, Ustavni sud nije prihvatio kao osnovanu ni tvrdnju apelanta Z. da se radi o nezakonitom dokazu.

Ustavni sud je također naveo da su posebne istražne radnje prema apelantima preduzete u kontekstu krivičnog postupka i u službi ostvarivanja legitimnog cilja – otkrivanje krivičnog djela, te da javne vlasti u preduzimanju posebnih istražnih radnji nisu prekršile ovlašćenja koja su im dodijeljena ZKPRS. Dalje je istakao da se može zaključiti da su apelanti u potpunosti bili upoznati s materijalom pribavljenim sprovođenjem posebnih istražnih radnji, da im nije bila uskraćena mogućnost da ga osporavaju, te da su redovni sudovi detaljno ispitali tvrdnje apelanata kojim su doveli u pitanje zakonitost posebnih istražnih radnji. Stoga, propust sudije za prethodni postupak da bez odlaganja obavijesti apelante da su protiv njih preduzimate posebne istražne radnje odmah nakon što su i okončane u okolnostima konkretnog slučaja nije doveo u pitanje zakonitost miješanja u pravo apelanata iz člana 8 Evropske konvencije. U konačnici, Ustavni sud je zaključio da su neosnovane tvrdnje apelanata da im je prekršeno pravo iz člana 8 Evropske konvencije.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Dragojević protiv Hrvatske* (15. januar 2015).

U konkretnoj odluci Ustavni sud je vrlo jasno primijenio standarde iz predmeta *Dragojević* i time utvrdio pravac postupanja redovnih sudova. Naime, odluka iz predmeta *Dragojević* Evropskog suda dovela je do sumnje redovnih sudova u zakonitost postupanja kada se radi o primjeni posebnih istražnih radnji. S jedne strane, tvrdilo se da se posebne istražne radnje mogu koristiti izuzetno rijetko i u skladu s tim standardima, a, s druge strane, da se predmet *Dragojević* i ne odnosi na praksu domaćih sudova jer se radi o različitim pravnim sistemima, odnosno zakonskim ovlašćenjima. Ustavni sud je ukazao da se standardi iz predmeta *Dragojević* ne mogu koristiti na formalan način, da se pravičnost suđenja mora cijeliti u ukupnosti krivičnog postupka i da se praksa u kojoj su naglašena osnovna načela uslova za korišćenje posebnih istražnih radnji ne treba formalno ocjenjivati niti kod prihvatanja niti kod odbijanja njihovog sprovođenja. Time se pojedinačni propusti koji u sebi nemaju sadržane povrede kojima se ruše osnovna prava ne ocjenjuju formalno, već u ukupnosti sprovođenja krivičnog postupka.

AP 4935/16

od 19. decembra 2018. godine

krivično djelo organizovani kriminal; upotreba dokaza pribavljenih u stranoj državi; nema kršenja prava iz čl. 6 i 8 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelant je osporio odluke Suda BiH kojim je proglašen krivim za krivično djelo organizovanog kriminala iz člana 250 stav 2 Krivičnog zakona BiH. U toku postupka pred Sudom BiH, između ostalog, nisu prihvaćeni prigovori apelantove odbrane koji se tiču zakonitosti naredbi za primjenu posebnih istražnih radnji (nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija) koje je izdao sud u Beogradu (prema licu D. E. 1) i prihvatljivosti dokaza pribavljenih na taj način.

Najveći dio apelacije podnesene Ustavnom sudu odnosi se na apelantove primjedbe da Sud BiH nije ispitao zakonitost naredbi koje su izdate u Srbiji.

Odluka

Razmatrajući apelantove navode da Sud BiH nije ispitao zakonitost dokaza u skladu s procesnim zakonima države koja ih je provodila, Ustavni sud je istakao da je izuzetno velika pažnja prvostepenog suda i vijeća posvećena tom pitanju. Sud BiH nije prihvatio prigovor odbrane u odnosu na naredbe za primjenu posebnih istražnih radnji koje je izdao sudija u Beogradu. U prilog prihvatljivosti tog dokaza, Sud BiH je ukazao na ispunjenost određenih kriterija, a to je da su ti dokazi izvedeni u Srbiji, koja je potpisnica Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, kao što je i Bosna i Hercegovina, da su ih izveli službeni organi Srbije na način propisan zakonima Srbije i na osnovu naredbe koju je izdao sud. Sud BiH je odgovorio i na pitanje dostavljanja navedenih dokaza u skladu sa standardima koji su propisani međunarodnim aktima, te jasno naveo da je apelantu tokom izvođenja tih dokaza pred prvostepenim sudom omogućeno da prisustvuje njihovom izvođenju i da iznese svoju ocjenu tih dokaza i da im suprotstavi svoje dokaze. I u drugostepenoj presudi Sud BiH je opet razmotrio argumentaciju apelantove žalbe u vezi s tim dokazima ukazujući na povezanost radnji D. E. 1 (prema kojem se naredba i sprovođila) s apelantovim radnjama, koja se ogleda u počinjenju krivičnih djela u sastavu zločinačkog udruženja, te utvrdio da su ti dokazi valjani jer je apelantova kriminalna djelatnost ušla u kriminalnu zonu lica prema kojem je primijenjena mjera. Sud BiH je za svoje odluke o apelantovim prigovorima zakonitosti dokaza

dao jasno i detaljno obrazloženje pozivajući se na relevantne odredbe ZKP, kao i na odredbe Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima i Drugi dodatni protokol uz navedenu konvenciju, u kojem Ustavni sud nije našao elemente proizvoljnosti. Prema zaključku Ustavnog suda, u konkretnom slučaju nije bilo ničega što ukazuje na to da je postupano protivno odredbama procesnog zakona ili da je zbog upotrebe tog dokaza došlo do povrede apelantovog prava na pravičan postupak.

Imajući u vidu da apelant upoređuje prihvatljivost naredbi za primjenu posebnih istražnih radnji koje je izdao sud u Beogradu s odredbama ZKP, te da upoređuje navedene krivično-procesne zakone i dužinu trajanja, Ustavni sud je istakao da je za Sud BiH postojao jasan međunarodni pravni okvir za „preuzimanje” ili „uvoz dokaza” pribavljenih u Srbiji na osnovu naredbi koje su izdate u Srbiji. Ustavni sud je, između ostalog, naveo da iz domaćih zakona, kao i međunarodnih ugovora i konvencija, proizlazi upravo „prihvatljivost” radnji druge države i pribavljenih dokaza, osim ako to nije protivno osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka i načelima međunarodnih akata o zaštiti ljudskih prava. To podrazumijeva da se radnje i dokazi koji su pribavljeni u nekoj stranoj zemlji mogu koristiti u Bosni i Hercegovini, osim, naravno, ako su iskazi dati pod prisilom, mučenjem i drugo, na što apelant u konkretnom slučaju nije ukazao. Ustavni sud je u konačnici zaključio da nisu prekršena apelantova prava na pravično suđenje.

Kada je riječ o apelantovim tvrdnjama o navodnoj povredi prava na privatni život, Ustavni sud je istakao da su predmetni dokazi dobijeni i prihvaćeni na osnovu Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim pravima, koju je Bosna i Hercegovina ratifikovala i time je ona postala dio njenog pravnog sistema na osnovu međunarodnog bilateralnog ugovora, koji je također ratifikovan. Navedeni dokumenti su objavljeni u službenim glasnicima i dio su pravnog sistema koji je dovoljno jasan, dostupan i predvidiv. Ustavni sud je naveo da apelant zapravo ukazuje na naredbu „koja nije zakonita”, odnosno kojoj nedostaju određeni elementi propisani našim zakonom. U vezi s tim, Ustavni sud je istakao da se apelant ne žali konkretno da je naredbom izdatom u Srbiji, odnosno načinom njenog izvršenja došlo do povrede njegovih prava koja bi bila takva da postavljaju određena ograničenja u pogledu korišćenja tog prava od Suda BiH – da preuzme taj dokaz. Stoga je Ustavni sud zaključio da je navedeno miješanje u apelantovo pravo na privatni život bilo zakonito. U pogledu pitanja da li je miješanje koje je zakonito imalo opravdan cilj i da li je nužno u demokratskom društvu radi postizanja tih ciljeva, Ustavni sud je napomenuo da je u svojoj praksi već jasno istakao da je borba protiv kriminala, pogotovo organizovanog kriminala, sama po sebi već opravdan

cilj da se na pojedinca koji je osumnjičen, optužen ili osuđen stavi određeni teret. U kontekstu „nužnosti” takvih mjera koje ograničavaju prava pojedinca, Ustavni sud je ukazao da je apelant proglašen krivim da je počinio krivično djelo organizovanog kriminala u vezi s krivičnim djelom pranja novca, a što su djela koja su mnoge države prepoznale kao djela s izuzetnom težinom. Kako proizlazi iz presude Suda BiH, i zločinačka organizacija kojoj je, kako je utvrđeno, pripadao apelant imala je „međunarodni karakter”. Stoga je i pružanje međunarodne pomoći upravo u otkrivanju i suzbijanju tih djela izuzetno važno, pa i prihvatanje „uvezenih dokaza”, naravno kada to ne krši osnovna ljudska prava u smislu da zaista postoje određene zloupotrebe oko pribavljanja takvog dokaza, na koje u konkretnom slučaju apelant nije ukazao. Ustavni sud je zaključio da u konkretnom predmetu apelantu nije povrijeđeno pravo iz člana 8 Evropske konvencije.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988), *Teixeira de Castro protiv Portugala* (9. juni 1998), *Bykov protiv Rusije* (10. mart 2009), *Lee Davies protiv Belgije* (28. juli 2009), *Szilagyi protiv Rumunije* (17. decembar 2013), *Lisica protiv Hrvatske* (25. februar 2010).

AP 4393/11

od 17. septembra 2014. godine

krivično djelo organizovani kriminal u vezi s krivičnim djelom krijumčarenja lica; nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija na daljinu; na stavove iz ove odluke Ustavni sud se poziva u Odluci broj AP 3682/16 koja se odnosi na slično pravno pitanje; nema kršenja prava iz člana 6 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelant je osporio presude Suda BiH kojim je proglašen krivim za krivično djelo organizovanog kriminala u vezi s krivičnim djelom krijumčarenja lica. Iz obrazloženja osporenih presuda proizlazilo je da je postojanje krivičnog djela i krivične odgovornosti u apelantovom slučaju utvrđeno i na osnovu dokaza koji su pribavljeni iz Republike Hrvatske, a koji su rezultat sprovođenja posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija na daljinu. Apelant je u apelaciji, između ostalog, istakao da su dokazi pribavljeni sprovođenjem posebnih istražnih radnji kojim nije prethodila naredba Suda BiH u skladu sa članom 118

ZKPBiH. Prema njegovom mišljenju, a shodno relevantnim odredbama Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međunarodnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, sve radnje u vezi sa zamolnicom o pružanju pravne pomoći moraju biti obavljene u skladu s domaćim zakonom. Najzad, apelant je tvrdio da u brojnim naredbama o sprovođenju posebnih istražnih radnji Županijskog suda u Zagrebu koje su uložene u spis ne postoji niti jedan nalog za nadzor i tehničko snimanje komunikacija M. K., državljanina Hrvatske, da je Tužilaštvo BiH bez naredbe suda, posredstvom neovlašćenog lica, nepropisno i isključivo usmeno slalo zamolnicu za pribavljanje dokaza, da je tako pribavilo dokaze koji su nezakoniti, pa da je takve dokaze kao ključne priložilo u spis.

Odluka

Iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da su redovni sudovi zaključili da se zakonitost dokaza ne dovodi u pitanje s obzirom na način njihovog pribavljanja. U prilog tom zaključku ukazano je na Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima BiH, Evropsku konvenciju o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima i Drugi dodatni protokol uz tu konvenciju. Naime, iz obrazloženja osporenih presuda proizlazi da je utvrđeno da su dokazi iz Republike Hrvatske rezultat sprovođenja posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija na daljinu, da je tu radnju sproveo MUP Republike Hrvatske, te da joj je prethodio nalog istražnog sudije. U vezi s apelantovom tvrdnjom da u spisu ne postoji niti jedna naredba o sprovođenju te radnje protiv M. K., državljanina Hrvatske, Ustavni sud primjećuje da je u obrazloženju osporene drugostepene presude ukazano da iz analize i objašnjenja grafičkog prikaza i listinga telefonskih i IMEI brojeva telekom-operatera, koje je sačinilo ovlašćeno službeno lice Granične policije BiH, svjedok u predmetu, nesumnjivo proizlazi da se pod tom mjerom nadzora i tehničkog snimanja komunikacija na daljinu MUP-a Republike Hrvatske nalazio označeni telefonski broj korisnika M. K. na osnovu naloga istražnog sudije Županijskog suda u Zagrebu, te označeni telefonski broj na osnovu naloga istražnog sudije istog suda. Shodno navedenom, zaključeno je da se radi o mjeri preduzetoj u skladu sa ZKP Republike Hrvatske o kojoj odlučuje istražni sudija. Apelaciono odjeljenje se pozvalo i na zakone o pravnoj pomoći u krivičnim stvarima obje države, prema kojim se radnje po zamolnici preduzimaju u skladu s domaćim zakonodavstvom, te na član 19 stav 3 Drugog protokola, prema kojem se tajne istrage vode u skladu s nacionalnim zakonodavstvom i procedurama one strane na čijoj teritoriji se vodi istraga, a zainteresovane strane saraduju u pripremi i nadzoru istrage, te obezbjeđenju zaštite službenih lica koja djeluju pod tajnim ili lažnim

identitetom. Najzad, Apelaciono odjeljenje je ukazalo i da, shodno ZKP Republike Hrvatske, istražni sudija ima ovlašćenje da izdvoji dokaze na kojim se presuda ne može zasnivati. Navedeno je i da u konkretnom slučaju iz dopisa istražnog sudije Županijskog suda u Zagrebu proizlazi da je istraga okončana pa da zbog toga nije bilo moguće dostaviti ostatak dokumentacije, odnosno naloge o posebnim istražnim radnjama koje se odnose i na M. K., a na osnovu čega je zaključeno da su ti dokazi već prošli test ocjene zakonitosti. Stoga, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane apelantove tvrdnje da se zbog činjenice da u spis nije uložena niti jedna naredba o sprovođenju posebne istražne radnje protiv M. K. dovodi u pitanje zakonitost dokaza pribavljenih iz Republike Hrvatske. Imajući u vidu da je utvrđeno da je postojalo pismeno obraćanje Tužilaštva BiH za pravnu pomoć, kao i odredbe Drugog protokola, prema kojim je moguće neposredno obraćanje između organa dvije države, Ustavni sud nije mogao prihvatiti kao osnovane ni apelantove tvrdnje da postupak pribavljanja dokaza iz Republike Hrvatske nije bio zakonit. Ustavni sud je u konačnici zaključio da ne postoji kršenje prava na pravično suđenje jer je u okolnostima konkretnog slučaja postojanje krivičnog djela i krivične odgovornosti zasnovano na činjenicama koje su utvrđene svestranom analizom i ocjenom dokaza provedenih na glavnom pretresu, čija se zakonitost ne dovodi u pitanje, te u odnosu na koje apelantu nije bila uskraćena mogućnost da se u postupku pred redovnim sudovima izjašnjava i da ih osporava.

Nadzor i tehničko snimanje prostorija

AP 3236/18

od 11. oktobra 2018. godine

krivično djelo primanje dara i drugih oblika koristi; osvrta na zaključke Ustavnog suda u predmetu U 5/16 (ocjena ustavnosti određenih odredbi ZKPBiH); nema kršenja prava iz člana 8 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelanti su lica koja su osporenim presudom Suda BiH proglašena krivim za krivično djelo primanja dara i drugih oblika koristi. U toku postupka protiv apelanata korišćeni su dokazi prikupljeni sljedećim posebnim istražnim radnjama: nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija i nadzor i tehničko snimanje prostorija. Mjere nadzora prema apellantima (koji su u to vrijeme bili carinici zaposleni u Upravi za indirektno oporezivanje BiH [UIO]) određene su i produžavane zbog postojanja osnova sumnje da su počinili krivično djelo udruživanja radi činjenja krivičnih djela iz člana 249 stav 1 KZBiH u vezi s krivičnim djelom zloupotrebe službenog položaja ili ovlašćenja iz člana 220 stav 1 KZBiH. Tvrdnje apelanata iznesene u apelaciji ticale su se, generalno, načina na koji su posebne istražne radnje primijenjene u njihovom slučaju. Naime, apelanti su u prilog tvrdnji da posebne istražne radnje ne predstavljaju zakonito miješanje u njihovo pravo iz člana 8 Evropske konvencije, u suštini, istakli sljedeće: da je i u prijedlozima Granične policije i Tužilaštva BiH, kao i u naredbama Suda BiH izostala procjena osnova sumnje da su apelanti počinili krivično djelo, odnosno da su mjere tajnog nadzora, suprotno zakonu, određene kako bi se uopšte utvrdilo postojanje osnova sumnje, da su izostali valjani razlozi i obrazloženja zbog

čega dokazi nisu mogli biti obezbijedjeni na drugi način ili bi to bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama, da su mjere tajnog nadzora produžavane po automatizmu bez obrazloženja valjanih razloga koji opravdavaju njihovo produžavanje, kao i bez izvještaja o njihovom sprovođenju po okončanju jednomjesečnog perioda na koliko su bile određene.

Odluka

Ustavni sud se, prije svega, bavio pitanjem da li se u konkretnom slučaju radi o krivičnim djelima u odnosu na koja mogu biti određene posebne istražne radnje, naročito ističući da je odlukom Ustavnog suda u predmetu U 5/16 odredba člana 117 tačka d) ZKPBiH, koja se odnosi na to pitanje, proglašena neustavnom. U vezi s tim, Ustavni sud je zaključio da se određivanje i sprovođenje posebnih istražnih radnji u konkretnom slučaju odnosilo na krivična djela koja imaju obilježja teških krivičnih djela, bez obzira na kazne propisane zakonom za navedena krivična djela, naglašavajući da sprečavanje i otkrivanje korupcije i organizovanog kriminala nesporno predstavlja važan javni interes, pa određivanje posebnih istražnih radnji radi sprečavanja i otkrivanja tih 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. Također je zaključio da su apelanti mogli predvidjeti da, s obzirom na prirodu krivičnih djela, u njihovom istraživanju mogu biti određene i posebne istražne radnje.

U vezi s pitanjem osnova sumnje i nemogućnosti pribavljanja dokaza na drugi način ili bi to bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama, Ustavni sud je istakao da je u naredbi Suda BiH kojom je određena posebna istražna radnja nadzora i tehničkog snimanja prostorija (kancelarije Carinske ispostave na Aerodromu) Sud BiH zaključak o postojanju osnova sumnje zasnovao na iscrpnom pozivanju na razloge i obrazloženja iz prijedloga Granične policije i Tužilaštva BiH, koji su bili potkrijepljeni dokazima koji su sudiji predočeni uz prijedloge. Nadalje, naveden je i konkretni razlog zbog kojeg se dokazi ne mogu obezbijediti na drugi način. U naredbi Suda BiH kojom je prvi put određena posebna istražna radnja tajnog nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija apelanata ukazano je da je bilo nekoliko slučajeva u kojima se određena lica koja unose konkretnu robu u relativno kratkom roku više puta pojavljuju kod istih carinskih službenika, a da je sprovođenjem nadzora službenih prostorija zabilježena neformalna konverzacija između carinika, među kojim su i neki od apelanata, u kojoj se spominju lica za koja su postojala saznanja da se bave švercom robe, te da se s njima sreću i van mjesta svog rada. Ustavni sud je istakao da se ne može zaključiti 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”.

Osvrćući se na pitanje produžavanja mjera tajnog nadzora, Ustavni sud je naveo da je u samoj odluci već ukazano da su i prijedlozi i naredbe o određivanju posebnih istražnih radnji u tom dijelu sadržavali relevantne i dovoljne razloge, te da su i prijedlozi i naredbe o produžavanju posebnih istražnih radnji u većini slučajeva, u većoj ili manjoj mjeri, sadržavali i stvarne detalje koji se zasnivaju na specifičnim činjenicama predmeta i konkretnim okolnostima koje su rezultat sprovođenja posebnih istražnih radnji. Ustavni sud je zaključio da su naredbe sadržavale relevantne i dovoljne razloge na kojim je zasnovan zaključak o njihovom produženju, odnosno da opravdavaju „miješanje” u pravo na privatnost apelanata koje ne izlazi iz okvira „nužno u demokratskom društvu”.

Kada je u pitanju postupak nadziranja i izvještavanja, Ustavni sud je, između ostalog, istakao da iz osporene drugostepene presude proizlazi da je Sud BiH na osnovu ostvarenog uvida u naredbe o određivanju i produženju posebnih istražnih radnji zaključio da su sve naredbe izdate na prijedlog Tužilaštva BiH, a što upućuje na to da su razlozi navedeni u prijedlogu razmotreni i da, prema procjeni sudije, imaju uporište u predočenoj dokumentaciji uz prijedlog. Nadalje, ukazano je da su navedeni osnovi sumnje da je počinjeno krivično djelo, dokazi iz kojih to proizlazi i obrazloženje da se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, odnosno da bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama. Navedeno je da su se svi ostali prijedlozi i naredbe odnosili na produženje postojećih istražnih radnji, njihovo proširenje na posebne istražne radnje nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija, a na osnovu rezultata posebnih istražnih radnji prethodno sprovedenih na osnovu naredbi o njihovom sprovođenju, tj. svaka nova naredba bila je zasnovana na rezultatima ranije donesenih naredbi i prijedloga. Slijedom navedenog, zaključeno je da je obrazloženje osnova sumnje, kao i razloga zašto se na drugi način dokazi ne mogu pribaviti, kako su opisani u inicijalnoj naredbi, dodatno osnaženo rezultatima posebnih istražnih radnji sprovedenih na osnovu te naredbe. Imajući u vidu razloge i obrazloženja iz osporene drugostepene presude, te da je Ustavni sud u Odluci broj U 5/16 zaključio da postojeća zakonska rješenja o nadzoru nad sprovođenjem posebnih istražnih radnji obezbjeđuju nadzor i zaštitu lica od nezakonitog zadiranja u njihova prava i slobode, Ustavni sud je utvrdio da propust Tužilaštva BiH da nakon okončanja preduzetih radnji dostavi izvještaj o njihovom sprovođenju nakon jednomjesečnog perioda u okolnostima konkretnog slučaja ne rezultira miješanjem u pravo apelanata koje bi se moglo smatrati nezakonitim, niti to miješanje izlazi iz okvira nužnog u demokratskom društvu.

U konačnici, Ustavni sud je zaključio da su u okolnostima konkretnog slučaja posebne istražne radnje prema apellantima određene i produžavane u svrhu ostvarivanja legitimnog cilja – istraživanje teškog krivičnog djela na način koji zadovoljava zahtjev „zakonitosti” i „nužnosti u demokratskom društvu”.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Klass i drugi protiv Njemačke* (6. septembar 1978), *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2. avgust 1984), *Lambert protiv Francuske* (24. avgust 1998), *Niemietz protiv Njemačke* (16. decembar 1992), *Bărbulescu protiv Rumunije* (5. septembar 2017), *Köpke protiv Njemačke* (5. oktobar 2010), *Antović i Mirković protiv Crne Gore* (28. novembar 2017), *Kvasnica protiv Slovačke* (9. juni 2009), *Dragojević protiv Hrvatske* (15. januar 2015), *Kennedy protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (18. maj 2010), *Roman Zakharov protiv Rusije* (4. decembar 2015), *Moskalev protiv Rusije* (7. novembar 2017).

Ustavni sud Bosne i Hercegovine u svojoj praksi pri ispitivanju navoda o povredi prava iz člana II/3f) Ustava BiH i člana 8 Evropske konvencije povodom sprovođenja mjera tajnog nadzora u kontekstu krivičnog postupka slijedi osnovna načela koja je Evropski sud definisao u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*. Tim načelima rukovodio se, između ostalih, i u ovoj odluci u kojoj se pitanjem posebnih istražnih radnji bavio prvi put nakon usvajanja odluke u predmetu U 5/16 (kojom su, između ostalih, proglašene neustavnim odredbe čl. 117 tačka d) i 118 stav 3 ZKPBiH). Ustavni sud se, osim osvrtnja na zaključke iz Odluke broj U 5/16 i njihovo dovođenje u kontekst konkretnog predmeta, pozvao na obimnu praksu Evropskog suda, zbog čega ona, između ostalih razloga, može biti jako korisna za sve praktičare.

Tajno praćenje i tehničko snimanje lica, „transportnih sredstava” i predmeta „koji stoje u vezi s njima”

AP 1758/15

od 28. februara 2013. godine

pritvor; nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; nema kršenja prava iz člana 8 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelantici je rješenjem sudije za prethodni postupak Suda BiH određen pritvor, a tu odluku je potvrdilo i krivično vijeće istog suda. Apelantica se, između ostalog, žalila i da joj je sprovođenjem posebnih istražnih radnji prekršeno pravo na privatni i porodični život, i to, između ostalog, zbog arbitrarne primjene odredaba o posebnim istražnim radnjama. Suština apelantice prigovora odnosi se na njeno razumijevanje i tumačenje pitanja kada je bilo potrebno obustaviti sprovođenje te mjere, te da li je sud bio obavezan da joj dostavi naredbu o sprovođenju mjere nadzora njenih komunikacija.

Odluka

Apelantica je, između ostalog, istakla da su razlozi za sprovođenje mjera nadzora prestali onda kada su ona i drugi osumnjičeni saznali „od njima poznatog lica da se ta mjera primjenjuje prema njima”. U vezi s tim, Ustavni sud je istakao da „obavještenje” koje je apelantica dobila od nekog neovlašćenog lica tokom sprovođenja naređenih mjera ni na koji način ne predstavlja „obavještenje” u smislu člana 119 stav 3 ZKPBih, niti od tada može početi da teče obaveza suda da obustavi sprovođenje posebnih istražnih radnji i apelanticu obavijesti o tim radnjama na način propisan zakonom.

U konkretnom slučaju proizlazi da je u to vrijeme sutkinja za prethodni postupak smatrala da i dalje postoje razlozi za sprovođenje mjera nadzora, pa sve do datuma kada ih je obustavila. Također, nije odlučujuće ni to da su svi osumnjičeni, kako apelantica navodi, „najkasnije u trenutku dostavljanja prijedloga Tužilaštva BiH za određivanje pritvora postali svjesni da su protiv njih preduzimane posebne istražne radnje”. Ono što je odlučujuće jeste da je apelantica obaviještena o sprovedenim posebnim istražnim radnjama na način propisan članom 119 stav 3 ZKPBih kada su se za to stekli uslovi propisani zakonom, te da to ni na koji način nije ograničilo njeno pravo da zahtijeva preispitivanje zakonitosti određivanja i sprovođenja mjera koje su u pitanju.

U vezi s apelanticinom tvrdnjom o nedostavljanju naredbe uz tu obavijest, koju zakon propisuje, Ustavni sud je naveo da je i sama apelantica istakla da tako nešto nije propisano zakonom, a nije na bilo koji relevantan način dovela u pitanje to da je postupak sproveden u skladu sa zakonom i standardima Evropske konvencije. Ustavni sud je također zaključio da nedostavljanjem apelantici naredbe o sprovođenju posebnih istražnih radnji uz obavijest koju zakon propisuje nije prekršen standard „u skladu sa zakonom” iz člana 8 Evropske konvencije.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2. avgust 1984), *Dragojević protiv Hrvatske* (15. januar 2015), *Udruženje za evropske integracije i ljudska prava i Ekimdzhev protiv Bugarske* (30. januar 2008).

AP 3459/16

od 19. decembra 2018. godine

krivično djelo organizovanje grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe; nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija; nema kršenja prava iz člana 8 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Osporenim presudom Suda BiH apelant je proglašen krivim za krivično djelo organizovanja grupe ljudi ili udruženja za krijumčarenje ili rasturanje neocarinjene robe iz člana 215 stav 2 u vezi sa stavom 1 KZBiH, te u vezi sa stavom 54 istog zakona. U konkretnom predmetu, naredbama Suda BiH, koje su izvršene kao dokaz u predmetnom krivičnom postupku, određene su i sprovedene posebne istražne rad-

nje iz člana 116 stav 2 tačka a) – nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, te iz tačke d) – tajno praćenje i tehničko snimanje lica, transportnih sredstava i predmeta koji su u vezi s njima. Apelant je u apelaciji, između ostalog, naveo da on prvenstveno smatra da mu je povrijeđeno pravo iz člana II/3f) Ustava BiH i člana 8 Evropske konvencije zbog toga što su osporene presude zasnovane na „nezakonito određenim i sprovedenim” posebnim istražnim radnjama. Apelant je ukazao da naredbe ne sadrže obrazloženje osnova sumnje, kao ni razloge zbog kojih na drugi način nije moguće obezbijediti dokaze ili bi to bilo povezano s nesrazmjernim teškoćama.

Odluka

Slijedeći osnovna načela koja je Evropski sud definisao u predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*, Ustavni sud je utvrdio sljedeće: da su posebne istražne radnje bile zasnovane na mjerodavnom domaćem pravu čija dostupnost u konkretnom slučaju nije upitna; da su razlozi koji su navedeni u dijelu kojim je opisano postojanje osnova sumnje za počinjenje krivičnog djela i nemogućnost pribavljanja dokaza na drugi način dovoljno obrazloženi, a apelantovi navodi da ne postoji obrazloženje neosnovani; da se može zaključiti 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”. Ustavni sud je istakao da su u konkretnom slučaju posebne istražne radnje prema apelantu preduzete u okviru krivičnog postupka i u službi ostvarivanja legitimnog cilja – otkrivanje krivičnog djela. Ni iz obrazloženja osporenih odluka, kao ni iz apelantovih navoda, prema mišljenju Ustavnog suda, nije bilo moguće zaključiti da su javne vlasti u preduzimanju posebnih istražnih radnji prekršile ovlaštenja koja su im dodijeljena ZKP-om ili da posebne istražne radnje nisu preduzimate u svrhu krivičnog postupka. Ustavni sud je naveo da apelant nije tvrdio, niti je to proizlazilo iz osporenih presuda, da se na glavnom pretresu nije mogao u potpunosti upoznati s materijalom pribavljenim sprovođenjem posebnih istražnih radnji, te da mu je bila uskraćena mogućnost da ga osporava. Najzad, redovni sudovi su detaljno ispitali apelantove tvrdnje kojim je dovodio u pitanje zakonitost posebnih istražnih radnji, koje je ponovio i u apelaciji, a za koje je Ustavni sud zaključio da su neosnovane. Ustavni sud je zaključio da je miješanje u apelantovo pravo iz člana 8 Evropske konvencije bilo zakonito u okolnostima konkretnog slučaja, te da su posebne istražne radnje bile opravdane kao „nužne u demokratskom društvu” u svrhu istrage i procesuiranja apelanta (proporcionalnost).

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Dragojević protiv Hrvatske* (15. januar 2015).

Korišćenje prikrivenih istražilaca i korišćenje informatora

AP 1158/10

od 28. februara 2013. godine

krivična djela šumska krađa i davanje dara i drugih oblika koristi; arbitrarna primjena odredbi procesnog zakona; sprovođenje posebne istražne radnje posredstvom prikrivenog informatora prema zakonu se nije mogla narediti za konkretno krivično djelo; povreda prava iz člana 6 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Presudom Suda BiH apelant je proglašen krivim za krivično djelo šumske krađe iz člana 424 stav 2 KZRS i krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi iz člana 218 stav 1 KZBiH. Sud BiH je, između ostalog, utvrdio da je apelant 30. novembra 2006. godine u Banjoj Luci dao 1.000,00 eura informatoru X s ciljem da informator taj novac prosljedi tužiocu Tužilaštva BiH koji vodi istragu u predmetu, a kako bi on postupao u apelantovu korist, te da je navedenim radnjama apelant počinio krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi. Apelant je u apelaciji, između ostalog, naveo da su dokazi prikupljeni posredstvom informatora nezakoniti u smislu relevantnih odredaba i standarda Evropske konvencije.

Odluka

Ustavni sud je istakao da su u konkretnom slučaju posebne istražne radnje iz člana 116 stav 2 tačke d) i e) ZKPBiH bile naredene zbog postojanja osnova sumnje da su apelant i drugi osumnjičeni počinili sljedeća krivična djela: zloupotreba položaja (član 337 KZRS), zločinačko udruženje (član 370 KZRS), podstrekavanje na zloupotrebu položaja (čl. 24 i 337 KZRS) i šumska krađa (član 424 KZRS). U toku sprovođenja posebnih istražnih radnji posredstvom prikrivenog informatora

Sud BiH je utvrdio da je apelant najprije ponudio, a zatim i dao informatoru 1.000,00 eura kao mito kako bi informator taj novac dao tužiocu koji je vodio istragu protiv apelanta i drugih optuženih, a s ciljem da navedeni tužilac ne podigne optužnicu i obustavi istragu. U vezi s nuđenjem mita, Ustavni sud je naveo da je tužilac od sudije za prethodni postupak zatražio da izda naredbu u skladu sa članom 116 stav 2 tačka f) ZKPBiH (simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine), ali da je sudija za prethodni postupak smatrao da nije potrebno da informator bude predmet takve naredbe jer „kada bi se mito ili drugi poticaji ponudili informatoru, to bi se moglo snimiti i dokumentovati na osnovu jedne od ranijih naredbi”. Ustavni sud je također istakao da je apelant osuđen za krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi iz člana 218 stav 1 KZBiH koje je počinio u toku sprovođenja posebnih istražnih radnji posredstvom prikrivenog informatora, te da je u vezi s tim propisano da se članom 120 ZKPBiH ne mogu koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem radnji iz člana 116 ZKPBiH ako se ne odnose na krivično djelo iz člana 117 navedenog zakona. Prema mišljenju Ustavnog suda, neupitno je da se u konkretnom slučaju nije radilo o krivičnim djelima iz člana 117 tačke a), b) i c) ZKPBiH (krivična djela protiv integriteta Bosne i Hercegovine; protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom; terorizam). Jedina relevantna odredba koja bi se eventualno mogla primijeniti s aspekta ocjene da li se u konkretnom slučaju radi o zakonitom dokazu u smislu sprovođenja posebnih istražnih radnji jeste odredba člana 117 tačka d) kojom je propisano da se istražne radnje iz člana 116 stav 2 ZKPBiH mogu odrediti za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora najmanje tri godine ili teža kazna. Ustavni sud je naveo da se prema zakonu za krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi može izreći kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina, dakle najmanja kazna je šest mjeseci zatvora. Sprovođenje posebnih istražnih radnji u konkretnom slučaju određeno je za druga krivična djela propisana KZRS. U kontekstu navedenog, Ustavni sud je istakao da naredba za sprovođenje posebnih istražnih radnji nije data u vezi s krivičnim djelom iz člana 218 stav 1 KZBiH za koje je apelant osporenim presudama proglašen krivim i kažnjen. Krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi, kako je istakao Ustavni sud, nije krivično djelo iz člana 117 tačka d) ZKPBiH za koje se može odrediti posebna istražna radnja iz člana 116 stav 2 ZKPBiH. Stoga se, shodno članu 120 ZKPBiH, za utvrđivanje apelantove krivične odgovornosti za krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi iz člana 218 stav 1 KZBiH ne mogu koristiti kao dokazi „slučajni nalazi”, tj. informacije i podaci dobijeni tokom sprovođenja predmetne posebne istražne radnje. Ustavni sud je istakao da je Sud BiH u okolnostima konkretnog predmeta propustio da ocijeni kako se sprovođenje određene (u vezi s krivičnim djelima propisanim KZRS) posebne istražne radnje iz

člana 116 st. 1 i 2 ZKPBiH u vezi s relevantnim odredbama čl. 117 i 120 ZKPBiH odražava na činjenicu da je apelantu na teret stavljeno i izvršenje krivičnog djela iz člana 218 stav 1 KZBiH. Imajući u vidu navedeno, Ustavni sud je zaključio da su redovni sudovi u konkretnom slučaju proizvoljno primijenili relevantnu odredbu člana 116 ZKPBiH kada su prihvatili dokaze pribavljene predmetnom posebnom istražnom radnjom, pri čemu su u cijelosti zanemarili odredbe čl. 117 i 120 ZKPBiH i kada su u pogledu krivičnog djela davanja dara i drugih oblika koristi iz člana 218 stav 1 KZBiH odluku o apelantovoj odgovornosti zasnovali isključivo na tom dokazu, koji, u smislu ZKPBiH, ima karakter „slučajnog nalaza” i kao takav se može koristiti jedino u odnosu na krivična djela iz člana 117 ZKPBiH.

Ustavni sud je također istakao da je relevantna odredba člana 117 tačka d) ZKPBiH izmijenjena Zakonom o izmjenama i dopunama ZKPBiH, koji je stupio na snagu 29. jula 2008. godine, tako što je propisano da se istražne radnje iz člana 116 stav 2 ZKPBiH mogu odrediti za krivična djela za koja se prema zakonu može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža kazna. Navedenom izmjenom ZKPBiH u članu 125 propisano je: „U predmetima u kojima je optužnica potvrđena do stupanja na snagu ovog zakona postupak će se nastaviti po odredbama ZKPBiH, osim ako su odredbe ovog zakona povoljnije za osumnjičenog, odnosno optuženog”. Ustavni sud je naveo da je u konkretnom krivičnom postupku prije stupanja na snagu navedenih izmjena zakona bila potvrđena optužnica, odnosno da je u postupku već bila donesena prvostepena presuda. Međutim, redovni sudovi se u konkretnom slučaju nisu uopšte bavili primjenom navedenih odredaba, pa time ni da li i na koji način izmijenjena odredba člana 117 ZKPBiH eventualno može da utiče na konkretnu situaciju, čime su onemogućili Ustavnom sudu da preispita eventualnu pravilnost primjene navedenih odredaba u konkretnom slučaju. Prema mišljenju Ustavnog suda, način na koji su upotrijebljeni dokazi pribavljeni posebnim istražnim radnjama u odnosu na krivično djelo davanja dara i drugih oblika koristi iz člana 218 stav 1 KZBiH uticao je na postupak u cjelini, zbog čega u postupku u odnosu na apelanta nisu ispunjeni standardi pravičnog suđenja. Ustavni sud je zaključio da su redovni sudovi arbitrarno primijenili procesno pravo (odredbe čl. 116, 117 i 120 ZKPBiH), što je dovelo do kršenja apelantovog prava na pravično suđenje.

Ustavni sud je u navedenoj odluci u svoju praksu i praksu redovnih sudova uveo nekoliko bitnih standarda ocjenjivanja i tumačenja u konkretnim predmetima. Naime, jedan od prvih i osnovnih postulata ocjenjivanja primjene Evropske konvencije je pitanje **zakonitosti** radnji koje su tužilaštvo i sudovi koristili u ukupnom postupanju u krivičnom postupku. Stoga

su redovni sudovi dužni da **uvijek** paze na zakonitost radnji u postupku, a pogotovo kod primjene posebnih istražnih radnji koje same po sebi predstavljaju zadiranje u osnovna ljudska prava i slobode. U navedenoj odluci Ustavni sud se bavio i karakterom **slučajnog nalaza** prilikom primjene posebnih istražnih radnji i jasno naglasio **povezanost** ukupne ocjene zakonitosti ne samo posebnih istražnih radnji već i zakonskih uslova za određivanje, primjenu, ali i obrazloženu sudsku odluku u kojoj se svi elementi moraju jasno obrazložiti i time ukazati na ispunjavanje zakonskih uslova, ali i ispunjavanje uslova u konkretnom predmetu. Ova odluka je vrlo bitna jer je u praksu Ustavnog suda uvela standarde koji su kasnije, u predmetu ocjene ustavnosti odredbi ZKPBiH, dobili svoju punu primjenu.

AP 1655/11

od 25. juna 2014. godine

krivično djelo organizovani kriminal u vezi s krivičnim djelom krijumčarenja lica; krivično djelo pranje novca; korišćenje dokaznog materijala pribavljenog u drugoj zemlji; nema povrede prava iz čl. 6 i 8 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelant i apelantica su podnijeli apelaciju protiv pravosnažne presude Suda BiH kojom su proglašeni krivim i osuđeni za krivično djelo organizovanog kriminala u vezi s krivičnim djelom krijumčarenja lica, a apelantica i za krivično djelo pranja novca. Tokom postupka apelanti su, između ostalog, prigovorili da su nezakoniti određeni dokazi koji su pribavljeni iz Republike Hrvatske (diskovi sa sadržajima presretnutih telefonskih razgovora apelanata i izvještaji prikrivenih istražilaca, pripadnika MUP-a Republike Hrvatske koji nisu saslušani na glavnom pretresu). Sud BiH je odbio taj prigovor obrazloživši da su ti dokazi pribavljeni na način propisan zakonima Republike Hrvatske i na osnovu naloga nadležnog suda. Sud je odbio i prigovor da je način na koji su dokazi dostavljeni Sudu BiH nezakonit jer, iako ti dokazi nisu dostavljeni diplomatskim putem, već direktno iz nadležnog suda Republike Hrvatske u Tužilaštvo BiH, ta procedura je bila u skladu s Protokolom o saglasnosti u ostvarivanju međusobne saradnje u borbi protiv svih oblika teškog kriminala. Sud BiH je odbio i prigovor da nije bilo sudske naredbe da operateri BH

Telecoma dostave listinge poziva za optužene, uz obrazloženje da se nije radilo o posebnoj istražnoj radnji za koju bi trebala naredba suda, već da je tražen samo podatak iz evidencije telekom-operatera, za šta je postojala naredba Tužilaštva. Apelanti su se žalili na kršenje prava iz člana 6 Evropske konvencije, između ostalog, jer su osporene presude zasnovane na nezakonito pribavljenim dokazima. Naveli su da im je zbog istog razloga prekršeno pravo iz člana 8 Evropske konvencije.

Odluka

Ustavni sud je zaključio da su neosnovani navodi o kršenju prava iz člana 6 Evropske konvencije zato što je Sud BiH u oba stepena detaljno razmotrio prigovore apelanata o nezakonitosti dokaza i jasno obrazložio zašto te prigovore smatra neosnovanim, te da apelanti nisu iznijeli nikakve druge osnovane argumente u korist tvrdnji da se radilo o nezakonitim dokazima. Ustavni sud je utvrdio i da se osuđujuće presude ne zasnivaju isključivo na tim, već i na drugim provedenim dokazima. Ustavni sud je također odbio i tvrdnje o kršenju prava iz člana 8 Evropske konvencije zaključivši da je miješanje u pravo apelanata bilo u skladu sa zakonom, da je imalo legitiman cilj (sprečavanje i otkrivanje krivičnog djela i zaštita prava drugih), te da je nesporno „da u okolnostima konkretnog slučaja interesi šire društvene zajednice [...] pretežu nad apelantovim pojedinačnim interesima da se bez uplitanja države koristi pravima garantovanim navedenim odredbama”.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988), *Klass i drugi protiv Njemačke* (6. septembar 1978), *Lambert protiv Francuske* (24. avgust 1998), *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (2. avgust 1984), *Lüdi protiv Švajcarske* (15. juni 1992).

Bez obzira na odlučnje kojim su prigovori apelanata odbijeni kao neosnovani, Ustavni sud je u ovoj odluci jasno naglasio potrebu primjene standarda Evropske konvencije iskazanih u praksi Evropskog suda s jasno naglašenim odlukama na koje se poziva. Sam po sebi, konkretan slučaj je uveo nekoliko elemenata u ocjenjivanje: **obrazloženu sudsku odluku** u odnosu na izjavljene prigovore na zakonitost postupanja; **provjeravanje ukupnosti dokazivanja** (da li je osim dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama presuda zasnovana i na drugim dokazima); **primjenu vangranične saradnje** (korišćenje dokaza pribavljenih posebnim istražnim radnjama u skladu s odredbama stranog krivičnog postupka); i na kraju, kao najvažnije, **ocjenjivanje primjene legitimnog cilja**, ali i interesa

šire društvene zajednice. Ovom odlukom čvrsto je postavljen standard ocjenjivanja u skladu sa tri tačke: zakonitost postupanja, legitimnost cilja postupanja i interes šire društvene zajednice. Sve tri tačke ocjenjivanja su zasnovane na standardu **obrazložene sudske odluke**.

AP 5746/10

od 15. januara 2014. godine

krivično djelo neovlašćeni promet opojnih droga; navodno podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela; nema povrede iz člana 6 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Apelant je pred Ustavnim sudom osporavao presudu donesenu u krivičnom postupku koji se protiv njega vodio pred Sudom BiH, a kojom je proglašen krivim za krivično djelo neovlašćenog prometa opojnih droga. U postupku su, između ostalih, korišćeni dokazi prikupljeni sprovođenjem posebnih istražnih radnji (prikriveni istražilac i informator, nadzor i tehničko snimanje prostorija i tajno praćenje i tehničko snimanje lica i predmeta). U toku postupka apelantova odbrana je, između ostalog, ukazivala na nezakonitost u postupanju informatora, ističući da je to lice postupalo kao podstrekač utičući na apelanta da izvrši krivične radnje za koje je optužen. Sud BiH je ocijenio neosnovanim prigovor o zakonitosti posebnih istražnih radnji.

Apelant je u apelaciji naveo da su mu povrijeđena prava iz člana 6 Evropske konvencije, posebno problematizujući korišćenje informatora.

Odluka

U kontekstu apelantovih navoda o sprovođenju posebnih istražnih radnji, Ustavni sud nije našao proizvoljnost u primjeni relevantnih odredbi ZKPBiH jer su radnje preduzete na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak, a na prijedlog Tužilaštva, te da su s obzirom na zapriječenu kaznu postojale zakonske pretpostavke za njihovo određivanje prema članu 116 stav 2 ZKPBiH u vezi sa članom 117 tačka d) ZKPBiH. U vezi s apelantovim navodima da je kao informator korišćeno lice „koje

nije policijski službenik”, Ustavni sud je istakao da iz relevantnih odredbi ZKPBiH koje regulišu institut informatora ne proizlazi da se radi o policijskom službeniku, odnosno da to lice, kako to apelant smatra, treba biti policijski službenik. Naime, informator je lice koje policija povremeno ili stalno angažuje i koristi s ciljem dobijanja informacija o krivičnom djelu i njegovom izvršiocu, te informator, za razliku od prikrivenog istražioca, nema nikakva policijska ovlašćenja. To proizlazi i iz same odredbe člana 116 ZKPBiH koja u stavu 5 propisuje da „policijski organ ili *druga lica*” ne smiju preduzimati aktivnosti koje predstavljaju podstrekavanje na učinjenje krivičnog djela. Dalje, zaključak da informator nije policijski službenik proizlazi i iz Zakona o izmjenama i dopunama ZKPBiH kojim je dodata odredba stava 6 navedenog člana koja propisuje uslove za lice koje postupa kao prikriveni istražilac, tako da je to „posebno obučeno službeno lice”, ali u pogledu lica koje postupa kao informator zakon ne propisuje nikakve posebne uslove. Ustavni sud je naveo da iz predočenih naredbi i obrazloženja osporenih odluka kao nesporno proizlazi da su u konkretnom slučaju i informator i prikriveni istražilac djelovali na osnovu naredbi sudije za prethodni postupak. U odnosu na apelantove navode da ga je informator podstrekavao na izvršenje krivičnog djela za koje je i osuđen, Ustavni sud je istakao da je Sud BiH u okviru testa koji sprovodi Evropski sud za ljudska prava ocijenio sve dokaze i za svoje zaključke dao dovoljno relevantne i argumentovane razloge kada je odbio taj apelantov prigovor, iz čega proizlazi da su apelantov prigovor da je podstrekavan na izvršenje krivičnog djela, u smislu standarda iz presude Evropskog suda (*Bannikova protiv Rusije*), „adekvatno tretirali domaći sudovi koji su preduzeli potrebne korake da otkriju istinu i da eliminišu sumnje” da li je apelant počinio krivično djelo kao rezultat informatorovog podstrekavanja. Prema mišljenju Ustavnog suda, iz obrazloženja osporenih presuda jasno i argumentovano proizlazi da Sud BiH na osnovu izvedenih dokaza nije našao da je informator podstrekavao apelanta na činjenje predmetnog krivičnog djela, ukazujući, između ostalog, da informator ni na koji način nije uticao na apelantovu volju u smislu izvršenja ili učvršćivanja odluke za izvršenje predmetnog krivičnog djela. Ustavni sud je naveo da je Sud BiH savjesnom ocjenom svih izvedenih dokaza te apelantove navode jasno i argumentovano obrazložio, da je kod apelanta postojala svijest i namjera da poćini djelo, što proizlazi iz transkripta i sadržaja razgovora između apelanta i informatora, da je apelant dogovarao mjesto i način prodaje droge, da je davao jasna uputstva informatoru samo oko predaje novca, da novac pribavi u određenim apoenima i da provjeri validnost novca, zbog čega je taj sud ocijenio neosnovanim navedene tvrdnje apelantove odbrane zaključivši da su se apelantovim radnjama stekla obilježja krivičnog djela za koje je optužen, dakle da je apelant predmetno krivično djelo preduzeo s direktnim umišljajem, potpuno svjestan djela, posljedica

preduzetih radnji, kao i svojstva robe koju prodaje, pa je i pored toga nastavio s izvršenjem djela. Ustavni sud je zaključio da je u konkretnom slučaju suđenje bilo kompatibilno s pojmom pravičnosti koju zahtijeva član 6 Evropske konvencije.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Bannikova protiv Rusije* (10. mart 2009), *Teixeira de Castro protiv Portugala* (9. juni 1998).

Ovo je jedna od ključnih odluka Ustavnog suda kojom su razriješena vrlo ozbiljna sporenja u praksi oko korišćenja informatora (posebnih istražnih radnji) i granice postupanja informatora između **informisanja** te zabrane **podstrekavanja**. Ključno pitanje koje se pojavilo pred Ustavnim sudom je pitanje (u konkretnom slučaju, ali i generalno u drugim slučajevima) na kojoj **liniji postupanja informatora** njegovo postupanje prelazi granicu i postaje nedozvoljeno, odnosno postaje **podstrekavanje**. Odluke Evropskog suda koje su korišćene kao standard jasno su razdvojile tu granicu, te je Ustavni sud, držeći se te prakse, ali i cijeneći okolnosti konkretnog slučaja, jasno odredio nepostojanje povreda apelantovih prava. U ovoj odluci je također interesantno kako se Ustavni sud naslanja na standard **obrazložene sudske odluke** koji je presudan u ocjenjivanju postojanja ili nepostojanja povrede apelantovih prava. Naime, ako je redovni sud pažljivo ocijenio sve prigovore na zakonitost postupanja, o tome dao detaljno i jasno obrazloženje, Ustavni sud i nije u prilici da procjenjuje konkretne elemente dokazivanja (činjenice i dokaze) jer se ocjena Ustavnog suda svodi na već naglašene elemente ocjene i kada se radi o posebnim istražnim radnjama.

Simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine

AP 3225/07

od 14. aprila 2010. godine

krivično djelo primanje mita; korišćenje dokaza koji su morali biti izuzeti; obrazložena presuda; povreda prava iz člana 6 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Presudama redovnih sudova apelant je proglašen krivim za krivično djelo primanja mita te osuđen na kaznu zatvora. Apelant je u apelaciji naveo da mu je povrijeđeno pravo na pravično suđenje jer sudovi nisu mogli uzeti kao dokaz plan istražnih radnji, budući da on ima snagu obavještenja, niti iskaz svjedoka koji je sačinio plan, te da su ti dokazi trebali biti izuzeti u smislu člana 83 ranijeg ZKP, što je potvrdio i Vrhovni sud, koji je u daljnjem obrazloženju svoje odluke samo naveo da nema argumenata da su ti dokazi uticali na pravilnost presude. Apelant je naveo i da je takav zaključak protivan članu 303 stav 1 tačka z) ZKP, koji propisuje ukidanje presude, a ne utvrđuje da li je taj dokaz uticao ili mogao da utiče na zakonitost presude.

Odluka

Ustavni sud je istakao da je Vrhovni sud razmatrajući žalbu protiv presude Okružnog suda utvrdio postojanje dokaza na kojima se prema odredbama ZKP presuda ne može zasnivati. Vrhovni sud je, između ostalog, svoj stav obrazložio navodom: „Nesporno je da je ovlašteno službeno lice Stanice javne bezbjednosti Prijedor [...] sačinilo Plan rada kriminalističko-istražne radnje postavljanja

klopke primanja mita iz koga proizilazi da je ovaj Plan sačinjen po prijavi U. Z., tada privilegovanog svjedoka, obzirom da mu je optuženi I. R. ujak. Nesporno je, također, da je ovaj Plan realizovan i nesporno je da je uvršten kao dokaz u krivičnom postupku pred Okružnim sudom [...] i da je na istom glavnom pretresu kao svjedok saslušan K. V., kriminalistički tehničar SJB Prijedor, koji je plan sačinio, i to samo na okolnosti sačinjavanja Plana. [...] Dakle, radi se o podacima, odnosno obavještenju koji je sačinila SJB Prijedor pri radu na pronalaženju izvršioca krivičnog djela i druge radnje u tom cilju, koji mogu imati razne nazive [...], na osnovu prijave lica oslobođenog dužnosti svjedočenja na osnovu člana 227 stav 1 tačka 2 tada važećeg ZKP koje se moralo izdvojiti u smislu člana 83 stav 3 istog ZKP, pa ovaj sud nalazi da je ovaj dokaz pribavljen bitnim povredama ZKP koji je važio u vrijeme kada je sporni dokaz sačinjen, odnosno pribavljen. Plan je sačinio svjedok K. V. na osnovu prijave svjedoka U. D., u to vrijeme lica oslobođenog dužnosti svjedočenja, odnosno privilegovanog svjedoka, tako da i iskaz svjedoka K. V. dobija karakter dokaza na kome se presuda ne može zasnivati”.

Vrhovni sud je svoju odluku u nastavku obrazložio na sljedeći način: „Žalbama se ukazuje da se iskaz svjedoka K. V. jedino može ocijeniti u okviru Plana postavljanja policijske klopke i zakonitosti sačinjavanja i provođenja ovog Plana, o čemu je bilo više riječi, pri čemu žalbe ispuštaju iz vida da su na glavnom pretresu izvedeni i drugi dokazi koji potvrđuju da su optuženi počinili krivična djela za koja su pobijanom presudom proglašeni krivima. Naime, iskazi saslušanih svjedoka U. D. i K. R., potvrde o ulaženju u stan i druge prostorije sa pratećom fotodokumentacijom i potvrde o privremenom oduzimanju predmeta [...], koje pobijana presuda ocjenjuje pojedinačno i u međusobnoj vezi, potvrđuju da su optuženi izvršili krivična djela za koja su pobijanom presudom proglašeni krivima, a žalbe propuštaju da ocijene uticaj pravno nevaljanih dokaza na zakonitost i pravilnost pobijane presude, odnosno da li su ti dokazi uticali ili mogli biti od uticaja na zakonito i pravilno donošenje presude”.

Ustavni sud je istakao da je i sam Vrhovni sud utvrdio da su u predmetnom postupku korišćeni dokazi koji su u smislu člana 83 ranijeg ZKPRS morali biti izuzeti iz spisa. Dalje, Vrhovni sud je konstatovao da nisu osnovani apelantovi navodi da bi se u navedenim radnjama Okružnog suda sastojala bitna povreda odredaba krivičnog postupka iz člana 303 stav 1 tačka z) ZKPRS, ali je svoje obrazloženje ograničio na iznošenje stava da je na osnovu izjava svjedoka, dovodeći ih u vezu s potvrdama o ulaženju u stan i druge prostorije i s pratećom dokumentacijom, potvrdama o privremeno oduzetim predmetima i drugim dokazima, zaključio da su apelant i drugooptuženi izvršili krivična djela. Imajući u vidu stavove Vrhovnog suda da se radilo o dokazima koji su morali biti izuzeti, odnosno da se radilo o nezakonitim

dokazima, Vrhovni sud je, kako ističe Ustavni sud, bio dužan da detaljno obrazloži u kojoj je mjeri upotreba takvih dokaza uticala na zakonitost presude, odnosno u kojoj je mjeri mogla dovesti u pitanje apelantovo pravo na pravično suđenje. U konkretnom slučaju posebno je izražen zahtjev poštovanja načela „obrazložene odluke” iz člana 6 Evropske konvencije jer se radilo o pravnom pitanju koje je od suštinskog značaja za ishod samog predmeta. Ustavni sud je zaključio da je u presudi Vrhovnog suda izostalo detaljno obrazloženje u pogledu pitanja da li su i u kojoj mjeri nezakoniti dokazi uticali na zakonitost presude.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988), *Van der Hurk protiv Holandije* (19. april 1994).

Osim toga što se radi o jednom od oblika posebnih istražnih radnji, navedena odluka Ustavnog suda ima svrhu navođenja i zbog posebno naglašenog standarda **obrazloženja sudske odluke**. Naime, ono zbog čega ova odluka ima svoje mjesto je potreba da se ukaže koliko je u radu redovnih sudova nužno obrazloženje svih razloga zbog čega je redovni sud postupao u postupku na način kako je postupao. U primjeni posebnih istražnih radnji redovni sudovi imaju, pored obaveze da obrazlože svoje odluke i postupanja i za druge radnje u krivičnom postupku, **naglašenu obavezu** da se u postupku izjasne i o zakonitosti, legitimnom cilju i društvenom interesu, ali i da obrazlože i u konkretnom slučaju prihvatanje postupanja učesnika u krivičnom postupku (policijskih agencija i tužilaštava). Svaka od faza u kojoj je redovni sud učestvovao zahtijeva obrazloženje, pogotovo ako je osporavano postupanje u svjetlu zakonitosti postupanja.

Nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela

AP 3224/11

od 17. septembra 2014. godine

krivično djelo neovlašćeni promet opojnih droga; Konvencija UN-a protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstancija; nema kršenja prava iz člana 6 Evropske konvencije

Činjenice i apelacioni navodi

Osporenim presudama Suda BiH apelant je proglašen krivim za krivično djelo neovlašćenog prometa opojnih droga iz člana 195 stav 2 u vezi sa stavom 1 i članom 29 KZBiH. Suština apelantovih navoda o povredi prava na pravično suđenje iznesenih u apelaciji Ustavnom sudu svodila se na tvrdnju da je osuđen na osnovu nezakonito pribavljenih dokaza. Apelant je ukazao na procesne nedostatke, odnosno na manjkavost naredbe Suda BiH kojom je određeno sprovođenje posebne istražne radnje nadziranog prijevoza i isporuke predmeta krivičnog djela, kao i zamjene opojne droge drugom supstancijom. Osim toga, apelant je, između ostalog, ukazao na nedostatak obrazloženja u vezi s postojanjem iste takve naredbe koju su izdali organi u SR Njemačkoj i nedostatak saglasnosti da se izvrši zamjena opojne droge drugom supstancijom.

Odluka

Ustavni sud je naveo da je Sud BiH u osporenoj presudi jasno istakao da je u konkretnom slučaju postojala i da postoji naredba suda, a da je tehnička greška u broju naredbe prilikom njenog prvog pisanja ispravljena i u presudi je ispravno navedena. Što se tiče postojanja naredbe sačinjene u SR Njemačkoj, Sud BiH je u

obrazloženju presude naveo da su ovlašćena službena lica SR Njemačke obavijestila Tužilaštvo BiH o naredbi tužioca u Frankfurtu da se sprovedu posebne istražne radnje, nakon čega je i Sud BiH izdao istu takvu naredbu, te da su obje zainteresovane strane, SR Njemačka i BiH, bile saglasne da se u skladu s Konvencijom UN-a protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstancija (Konvencija UN-a) izvrši zamjena opojne droge drugom supstancijom. Pojašnjavajući neosnovanost apelacionih tvrdnji o postojanju saglasnosti zainteresovanih strana, SR Njemačke i BiH, Sud BiH je u odgovoru na apelaciju istakao da je SR Njemačka započela praćenje i da bez postojanja saglasnosti SR Njemačka zasigurno ne bi opojnu drogu pustila ka BiH. U uskoj vezi s navedenim je apelantov navod kojim je ukazao na nezakonitost sprovođenja posebnih istražnih radnji zbog, kako je tvrdio, neprimjenjivanja nacionalnog već međunarodnog zakonodavstva. Ustavni sud je istakao da je svrha određivanja posebnih istražnih radnji prema ZKPBiH prikupljanje dokaza koji se ne mogu pribaviti na drugi način (ili je prikupljanje povezano s teškoćama), a međunarodni pravni okvir je definisan u Konvenciji UN-a iz 1988. godine. Dakle, prvi uslov za određivanje posebnih istražnih radnji je njihovo postojanje u domaćem zakonodavstvu, što je u konkretnom slučaju ZKPBiH, a tek onda integrisanje u međunarodni okvir, što u konkretnom slučaju predstavlja Konvencija UN-a. Dovodeći u vezu navode apelacije s osporenim presudama, Ustavni sud je naveo da je Sud BiH naredbom odredio sprovođenje posebne istražne radnje iz člana 116 ZKPBiH, kojim je kao vrsta posebne istražne radnje definisan nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog djela, odnosno kontrolisana isporuka koja je dalje definisana u članu 11 stav 3 Konvencije UN-a, koji glasi: „Nezakonite pošiljke za čiju se kontrolisanu isporuku postigne dogovor mogu se, uz saglasnost zainteresovanih stranaka, uhvatiti i može se dopustiti da nastave put sa opojnim drogama ili psihotropnim supstancijama neditnutim ili uklonjenim ili zamijenjenim u cijelosti ili djelomično”. Ustavni sud je istakao da iz činjenica apelantovog slučaja proizlazi da Sud BiH nije zanemario primjenu ZKPBiH, već je, upravo suprotno, pored relevantnih odredbi ZKPBiH primijenio i Konvenciju UN-a kojom je definisana mjera zamjene opojne droge drugom supstancijom kao način na koji se realizuje posebna istražna radnja iz člana 116 ZKPBiH. S obzirom na nesporno postojanje naredbe suda za sprovođenje posebnih istražnih radnji, te sadržaj citiranih odredbi ZKPBiH i Konvencije UN-a, Ustavni sud je, s aspekta pravičnosti postupka, zaključio da Sud BiH u osporenoj presudi, u segmentu prikupljanja dokazne građe, nije narušio načelo zakonitosti. Takav zaključak je proizašao iz obrazloženja osporenih presuda u kojima su navedene jasne zakonske odredbe na osnovu kojih je prikupljena dokazna građa posebnim istražnim radnjama, zatim kvalitet tih dokaza i njihovo dovođenje u međusobnu vezu, te u vezu sa svim ostalim izvedenim dokazima.

Praksa Evropskog suda na koju se pozvao Ustavni sud: *Schenk protiv Švajcarske* (12. juli 1988), *Teixeira de Castro protiv Portugala* (9. juni 1998), *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (25. septembar 2001), *Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (5. novembar 2002), *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (12. maj 2000).

Odluka Ustavnog suda u predmetu U 5/16

U 5/16

od 1. juna 2017. godine

ocjena ustavnosti, između ostalih, određenih odredbi Zakona o krivičnom postupku BiH koje se odnose na posebne istražne radnje (čl. 117 tačka d) i 118 stav 3)

Ustavni sud se u konkretnom predmetu, između ostalog, bavio pitanjima krivičnih djela za koja se mogu odrediti posebne istražne radnje, te određivanjem i trajanjem posebnih istražnih radnji.

U pogledu prvog pitanja, u zahtjevu je istaknuto da sporna odredba (član 117 tačka d) ZKPBiH) propisivanjem da se protiv lica za koje postoje osnovi sumnje da je samo ili s drugim licima učestvovalo ili učestvuje u učinjenju krivičnog djela za koje 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 nesrazmjernim teškoćama, omogućava da se izuzetak pretvori u pravilo, te da je navedenom odredbom otvorena mogućnost preduzimanja istražnih radnji za gotovo sva krivična djela navedena u Krivičnom zakonu BiH. U vezi s tim pitanjem, Ustavni sud je naveo da je legitimni cilj primjene posebnih istražnih radnji suprotstavljanje najtežim oblicima kriminaliteta. Propisivanjem da se posebne istražne radnje mogu odrediti za većinu krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom BiH, u okviru kojih su i djela 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 srazmjer između težine zadiranja u pravo na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere. Napominjući da

nije u nadležnosti Ustavnog suda na koji način će zakonodavac urediti to pitanje, Ustavni sud je istakao 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 te posebne istražne radnje.

U pogledu drugog pitanja, Ustavni sud je, između ostalog, trebao ispitati da li osporene odredbe ZKPBiH (član 118 stav 3) 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 koja se posebne istražne radnje mogu produžiti.

Ustavni sud je našao 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. 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”. Ustavni sud je zapazio da je zakonodavac kao uslov za produženje posebnih istražnih radnji upotrijebio sintagmu „posebno važni razlozi”, što predstavlja neodređen pojam. Iz citirane odredbe ne proizlazi na šta se „posebno važni razlozi” odnose, te da li i u kojoj mjeri rezultati do tada prikupljenih informacija primjenom posebnih istražnih radnji moraju biti poznati sudiji za prethodni postupak. Proizlazi da sudija za prethodni postupak nema precizna mjerila u zakonu prema kojima bi mogao razmotriti tužiočev prijedlog za produženje posebnih istražnih radnji i u skladu s tim prijedlog odbiti, odnosno usvojiti i odrediti produženje. Dakle, da li će tužiočevo obrazloženje kojim predlaže produženje posebnih istražnih radnji biti dostatno u smislu „posebno važnih razloga” zavisi isključivo od diskrecione ocjene sudije za prethodni postupak.

Ustavni sud je istakao da bi, prema standardima Evropskog suda, bilo 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 je naglasio i da se u ovom slučaju radi o situaciji da su osporene odredbe, same po sebi, prilikom implementacije suprotne Ustavu BiH 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 kada tumači te neodređene pravne termine, tj. pretpostavku „iz posebno važnih razloga”, tako da ne jemče pojedincu odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog miješanja. Stoga je Ustavni

sud zaključio 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.

Ustavni sud je podsjetio i 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 je uočio 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. 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 izvršenja tih djela mogu trajati duži period. Međutim, polazeći od legitimnog cilja sprovođenja posebnih istražnih radnji, 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, na primjer, propisana maksimalna kazna zatvora do tri godine ili do pet godina objektivno opravdava mogućnost određivanja tih mjera u najdužem trajanju jednako kao krivična djela s propisanom kaznom zatvora do dvadeset godina ili kaznom dugotrajnog zatvora. Stoga je Ustavni sud 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 produžavanje objektivno ne treba odnositi. Imajući u vidu da zakonodavac nije napravio nikakvu 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 je zaključio da osporene odredbe u dijelu koji se odnosi na produženje posebnih istražnih radnji nisu u skladu sa članovima I/2 i II/3f) Ustava Bosne i Hercegovine.

Ustavni sud je također proglasio neustavnim odredbe koje se odnose na pitanja svjedoka pod imunitetom (član 84 st. 2, 3 i 4) zbog nepostojanja jasnih razgraničenja u pogledu davanja imuniteta i apsolutno diskrecionog ovlašćenja kod davanja imuniteta, te odredbe vezane za određena pitanja trajanja istrage i podizanja optužnice (čl. 225.2 i 226.1 ZKPBiH).

Suština zaključaka Ustavnog suda u djelomičnoj odluci u ovom predmetu, a u vezi s posebnim istražnim radnjama, odnosila se na to da propisivanjem da se posebne istražne radnje mogu odrediti za većinu (oko 97%) krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom BiH, u okviru kojih su i djela koja nemaju obilježja teških krivičnih djela, zakonodavac nije obezbijedio da će mišljenje u pravo na poštovanje privatnog života, doma i prepiske biti u onoj mjeri u kojoj je strogo nužno za očuvanje demokratskih institucija, odnosno nije obezbijedio srazmjer između težine zadiranja u pravo na privatnost i legitimnog cilja koji se želi postići primjenom te posebne mjere. Budući da zakonodavac nije napravio nikakvu razliku između krivičnih djela na koja se produženje posebnih istražnih radnji ne treba odnositi, te da je pretpostavka za produženje „iz posebno važnih razloga” neprecizno određena i ne može poslužiti kao mjerilo te razlike, osporene odredbe koje se odnose na produženje posebnih istražnih radnji nisu u skladu s načelom vladavine prava u vezi s pravom na poštovanje privatnog života. Iz sadržaja ove odluke proizlazi da je Ustavni sud zakonodavcu jasno dao do znanja da davanje prevelikih diskrecionih ovlašćenja državnim organima, nepreciznost i neodređenost zakonskih odredbi i zadiranje u ljudska prava i osnovne slobode drugih ne mogu predstavljati vrijednosti na kojima se može graditi pravna država, odnosno ustavni poredak u Bosni i Hercegovini. Zakonodavac u konkretnom slučaju nije u ostavljenom roku izvršio odluku Ustavnog suda, zbog čega je Ustavni sud 30. maja 2018. godine donio rješenje o neizvršenju. Ustavni sud je navedenim rješenjem konstatovao da Parlamentarna skupština BiH nije u ostavljenom roku izvršila konačnu i obavezujuću Odluku Ustavnog suda broj U 5/16 od 1. juna 2017. godine, te je odredio način izvršenja navedene odluke. Naime, Ustavni sud je odredio da će se odredbe koje je proglasio neustavnim primjenjivati u skladu s navedenom odlukom, standardima iz Ustava Bosne i Hercegovine i Evropske konvencije i praksom Ustavnog suda BiH i Evropskog suda za ljudska prava. Parlamentarna skupština BiH je u septembru 2018. godine usvojila Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o krivičnom postupku BiH kojima su izmijenjene predmetne neustavne odredbe ZKPBiH i on je objavljen u „Službenom glasniku BiH” broj 65/18 od 21. septembra 2018. godine.

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 predstavlki 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

¹ Evropski sud, *Ibrahim i ostali protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka broj 50541/08, 13. septembar 2016. godine, stav 253.

koje se 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 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 nepravičnosti 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 prekrivičnom 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

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.

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.

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. 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

11 Evropski sud, *Lee Davies protiv Belgije*, predstavka broj 18704/05, 28. jul 2009. godine.

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 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 podstrekivanje. 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 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 podrobnu 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* pod-

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.

nosilac 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, 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 na to u kojim okolnostima i pod kojim uslovima tijela javne vlasti imaju ovlašćenja 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 ovlašćenja. 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 ovlašćenja, 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 komunika-

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.

cija 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 svoje ponašanje. Međutim, kada se ovlašćenja 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 definisane. Sudije ništa ne obavezuje da odrede ograničenja za trajanje telefonskog prisluškivanja. Slično tome, neodređeni su postupci za sastavljanje skraćениh 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

21 Evropski sud, *Kruslin protiv Francuske*, predstavka broj 11801/85, 24. april 1990. godine, stav 35.

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 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 dozvoljava 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 protiv 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 brodarsku 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 prekookeanskim 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

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 stav 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 pribjegnu 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

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>.

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 mo-

gućnost 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 stav 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. Tvrđilo 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 podnosioca predstavke.

U septembru 2000. godine protiv ovo dvoje podnosioca 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 podnosioca 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 stav 1, podnijeli predstavku Sudu u Strazburu zbog toga što je način na koji su prikupljeni dokazi protiv njih u krivičnom postupku bio nepravilan.

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 podnosioca 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 stav 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 „prekrivičnom 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 postupka 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 Zakonu 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* oglosio 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 odbacena 16. novembra 2004. godine.

2. Odluka Suda

G. Dejvis je u predstavci, prije svega, naveo da je bio prekršen član 6 stav 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 ogleđa 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 stav 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 ŠVAJCARSKJE

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, uvezao 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 presretanjem telefonskog poziva 12. oktobra 1981. godine, otvaranjem dosijea o njemu od strane kancelarije javnog tužioca i zavođenjem tog dosijea u kartoteci Konfederacije povrijeđen 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 stav 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 upravni sud Češke u vezi s tumačenjem člana 3 stav 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 stav 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 stav 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 stav 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 pravobranioca 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 tačka 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

IORDACHI 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 prisluškovane 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 podnosilaca 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 prisluškiivanja.

2. Odluka Suda

Pozivajući se na čl. 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 jemstava 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 jemstva 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 čl. 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 ovlaštenje 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 čl. 5, 8, 10 i 11 Konvencije.

Član 8

Primjena ovlaštenja 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 ovlaštenja nije postojao zahtjev da na taj način prenijeto pravo na zaustavljanje i obavljanje pretresanja bude „neophodno”, nego samo „cjelishodno”. Takvo ovlaštenje 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 ovlaštenja 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 pribjegnu 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 demonstiranata i raznih drugih učesnika protesta, čime bi bili prekršeni čl. 10 i 11 Konvencije.

Iako su prava stečena na osnovu ovlaštenja i potvrde koju daje policajac višeg čina odnosno državni sekretar podlijezala 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 čl. 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 podnosioca predstavke po osnovu čl. 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 ovlaštenja koje se daje organima izvršne vlasti, kao što mora definisati i način na koji se ta ovlaštenja 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 Vijeća 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 Sjeverne 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 naganje 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 stav 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 stavljeni 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 stavljeni 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 stav 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 sudovi 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

Podnosilac 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 korišćenje 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 podnosioca predstavke.

Na početku je IP adresa identificirala oca podnosioca predstavke kao pretplatnika pružatelja internet-usluga. Kasnije je utvrđeno da je podnosilac predstavke jedini koristio te usluge i da je preuzimao dokumente sa dječjom pornografijom. U novembru 2007. godine podnosilac 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 podnosilac predstavke bezuspješno žalio Višem sudu u Ljubljani, Vrhovnom sudu i Ustavnom sudu. Kroz ove postupke, podnosilac 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 podnosilac 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), podnosilac 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 podnosioca 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 podnosioca 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 podnosioca predstavke, s obzirom da se podnosilac 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 sudsku 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 korišćenja 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 podnosioca 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 podnosilac 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 podnosioca 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. podnosioci 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 podnosioca predstavke u novembru 2013. godine. Međutim, složio se sa podnosiocima 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), podnosioci 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 podnosioci 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 podnosioci predstavke mogu tvrditi da su žrtve.

Sud je otišao dalje sa ispitivanjem da li je došlo do uplitanja u pravo podnosioca 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 pretpostavljene 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 potvrđivanja 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 podnosiocima predstavke iznos od 4.000 eura na ime pokrivanja 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.

Podnosilac predstavke u ovom slučaju je Konstantin Moskalev, državljanin Rusije. Podnosilac 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 podnosioca predstavke zasnovao na iskazu svjedoka, mišljenju vještaka, te telefonskim razgovorima podnosioca predstavke koji su presretnuti tokom operacije nadzora.

Tokom krivičnog postupka podnosilac 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 podnosilac 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

Podnosilac 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 ispitao, shodno članu 13, u vezi sa članom 8, da li je bilo moguće za podnosioca 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 podnosilac 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 podnosioca 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 podnosioca predstavke. Posebno nije dostavila kopije odobrenja nadzora u pogledu podnosioca 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 umjerenost korišćenje 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 podnosioca predstavke.

Dalje, nije bilo sudskog preispitivanja odluke policije o snimanju telefona podnosioca 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

Podnosilac 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.

Podnosilac predstavke se također žalio da je prekršeno njegovo pravo na pretpostavku nevinosti izjavama istražioca u njegovim odlukama. Istražilac je u njegovim odlukama pretpostavio krivnju podnosioca 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 istražilac 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 podnosioca predstavke prema članu 6 su odbačene.

Član 41

Sud je dosudio podnosiocu 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

Podnosilac 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 podnosilac 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 podnosilac predstavke pokušao da lijek koji je klasificiran kao droga proda u inostranstvo, te mu se sudilo zbog trgovine drogama.

Tokom postupka, podnosilac predstavke je negirao bilo kakvu umiješanost u trgovinu drogama tvrdeći da je naučne papire i primjerke slao u inostranstvo radi svog istraživanja. Usprkos tome, podnosilac predstavke je osuđen pred Okružnim sudom u Bacău u februaru 2009. godine zbog trgovine drogom 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 podnosilac predstavke iz inostranstva; kao i policijskih izvještaja o provjeri apoteka koje je podnosilac predstavke koristio, te na njegovom navodno inostranom istraživačkom radu preko interneta.

Podnosilac 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), podnosilac predstavke se žalio Evropskom sudu za ljudska prava. Podnosilac 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 inostranstvo. 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 podnosioca 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 podnosioca predstavke nezakonito pribavljeni shodno članu 8 zbog nepostojanja adekvatnih mjera zaštite, Sud je smatrao da je krivični postupak protiv podnosioca predstavke za trgovinu drogama bio pravičan.

Istaknuto je da je podnosilac 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 kovertne bile od odlučujućeg značaja, one nisu bile jedini dokaz protiv podnosioca predstavke – predstavljale su jedan dio složenih dokaza koje je Sud cijenio.

Stoga je Sud našao da postupak u slučaju podnosioca 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 podnosilac predstavke pretrpio.

Prikriveni istražioci i korišćenje 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 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. Stavljene 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. Suočen 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 Heseni 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. Oспорavao 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 iznudenjeni 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 takvo flagrantno uskraćivanje pravde. Sud je ponovio da su izjave dobijene suprotno članu 3 suštinski nepouzdanе. 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 stav 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 priznao 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 stav 1.

Presuda Velikog vijeća u predmetu**RAMANAUSKAS PROTIV LITVANIJ**

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. godine obratio A.Z., kojeg ranije nije poznao, preko ličnog poznanika V.S. A.Z., 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 A.Z. više puta obraćao sa istom ponudom.

A.Z. je zatim obavijestio STT da je podnosilac predstavke pristao da primi mito i zamjenik glavnog tužioca je januara 1999. dozvolio da V.S. i A.Z. 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 V.S. i A.Z. 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 glasila 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 A.Z. i V.S. i način na koji je ona iskorišćena tokom krivičnog postupka, te da je došlo do povrede člana 6 stav 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 podnosilaca 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 stav 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 podnosilac 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 podnosilaca 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 pripíše samo domaćim sudovima, te se stoga radilo o kršenju člana 6 stav 1.

Član 7

Tvrdnja 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 po-

vodom 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 stav 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 stav 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 prisмотрe.

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 stav 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 prisмотрe. 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 pružao licima progovljenim 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 stav 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 predstavke 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 prismo, 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 ovlaštenja koja su data javnim vlastima. Sud je zaključio da držanje i upotreba podataka o privatnom životu podnosioca predstavke 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 predstavke 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 stav 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 progonjena 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 Sjevera 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 povрати 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 ubijeden 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. Sa druge strane, ako je to učinjeno tokom ispitivanja osumnjičenog, očigledno je da 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 ovog člana se 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 uputstva 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 stavljena 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 prepirsku, 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 pribjegu 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 pribavljani 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 podnosioca 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 podnosioca 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 podnosioca 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 podnosioca 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 postupalo 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 podnosioca 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 podnosioca 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

Podnosilac 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 podnosioca predstavke, koji je osumnjičen za isporuku krivotvorenih novčanica u Hrvatskoj. Istraga je uključivala prisluškivanje telefona podnosioca predstavke, praćenje putem prikrivenih istražioaca, te simulaciju prodaje.

U novembru 2008. godine korišćenje gore navedenih mjera produženo je za jedan mjesec naredbom sudije. U četiri navrata između avgusta i novembra 2008. godine podnosilac predstavke je prodao ukupno 800 krivotvorenih novčanica od 100 eura prikrivenom policajcu. Kao rezultat toga, podnosilac predstavke je uhapšen u novembru 2008. godine i pritvoren po optužnici za krivotvorenje novca. Podnosilac 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 podnosilac predstavke je optužen i osuđen na kaznu zatvora od pet godina. Sud je dalje naredio njegovo protjerivanje iz Hrvatske. Podnosilac 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 podnosioca predstavke osudio po optužnici i izrekao mu istu kaznu. Podnosilac predstavke je ponovo obarao presudu. Prigovarao je da korišćenje 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 podnosioca 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), podnosilac predstavke se žalio zbog poticanja od strane prikrivenih istražilaca 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

Podnosilac predstavke se žalio, *inter alia*, zbog poticanja na počinjenje krivičnog djela i korišćenja 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 prikriivenih istražilaca 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 podnosilac 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 podnosilac predstavke u četiri slučaja prodavao značajnu količinu krivotvorenih eura prikriivenim policijskim istražiocima. Prva nezakonita prodaja je bila rezultat dobrovoljnog ponašanja podnosioca predstavke i nije bilo ničega što je navodilo na 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 podnosioca predstavke i prikriivenog istražioca. Nije bilo indikacije da je tokom tog perioda podnosilac predstavke prodavao krivotvoreni novac ikome osim prikriivenim istražiocima.

S obzirom na to da je bilo teško ustanoviti sa dovoljnim stepenom sigurnosti da li je podnosilac 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 podnosilac 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 podnosiocem predstavke. Ovo je važno s obzirom na to da istražni sudija nije imao adekvatan nadzor u odobravanju tajnih operacija i nedosljednije izjave prikriivenih istražilaca 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 prikriiveni istražiocci 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 podnosioca 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 ispituju izjašnjenje podnosioca 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 podnosilac predstavke pogrešno osuđen – već prije da domaći sudovi nisu utvrdili da li se obim kriminalnih aktivnosti podnosioca predstavke povećao ili proširio kao posljedica nepravilnog ponašanja vlasti. Utvrđena je povreda člana 6.

Član 41

Sud je podnosiocu 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 ovlaštenja 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 ovlaštena 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 ovlaštenja 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 samo 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 podrobnije 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, podrobna 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 bezbjednost 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 ovlašćenje 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 ovlašćenjima i stručnošću da budu u stanju da sami sprovode 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, ovlašćenja i nadležnosti tužilaca veoma su ograničeni, nadzor koji oni sprovode 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 inspekcijski 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 prisluš-

kivanja 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 podnositelj 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 podnositelj 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 podnositelj 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 postupi 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 definirano, 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 jemstva 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 ovlašćenja policije i snaga bezbjednosti, uključujući primjenu masovnog nadziranja i kontrole.

Izvod iz presude **Kruslin protiv Francuske**²³

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.

²³ Preuzeto sa: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:\[„001-94447“\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{„itemid“:[„001-94447“]}).

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.

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, klopki 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; prema tome, nije 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 prislušivanje, 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.