

Krsto Pejović*

Osnovni sud u Podgorici

Nina Paović**

Agencija za sprječavanje korupcije Crne Gore

PRAVO NA OBRAZLOŽENU NAREDBU O ODREĐIVANJU POSEBNIH DOKAZNIH RADNJI I (KRITIČKI) OSVRT NA PRAKSU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Apstrakt: Sve opasniji, i u međunarodnim razmjerama distribuiran, (organizovani) kriminal(itet) uslovio je potrebu država da iznalaze adekvatna sredstva kako bi svemu tome stale na kraj. Naravno, i danas, kao i dosta godina ranije, možemo čuti da su kriminalci „jedan korak ispred države”. To, kada pogledamo situaciju oko sebe, nije nažalost daleko od istine. Međutim, suočene sa tim problemom, države na normativnom planu, a sa ciljem da anticipiraju kriminalna ponašanja, kao i da, ukoliko je krivično djelo već izvršeno, pouzdano identifikuju izvršioce istih, u nacionalna zakonodavstva (pored opštih dokaznih radnji) stipulišu mogućnost primjene posebnih dokaznih radnji/tehnika. To je sasvim legitimno. Međutim, kada država propiše određena pravila, odnosno uslove pod kojima se određene (dokazne) radnje moraju preduzeti, onda je i više nego neobično da ono što je sama propisala ne poštuje. U redovima koji slijede bavićemo se posebnim dokaznim radnjama i to dominantno opštım karakteristikama istih i u vezi sa njima praksom Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP ili Sud). Sve ovo sa ciljem da pokušamo da predstavimo (iz našeg ugla) plauzibilnu praksu, sa nadom da ćemo raskrstiti sa dosadašnjom, koja po našem mišljenju nije dobra.

Ključne riječi: posebne dokazne radnje, nezakoniti dokazi, mjere tajnog nadzora, pravo na pravično suđenje, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

UVODNA RAZMATRANJA

Svjedoci smo da su, posebno u poslednjih par godina, novinski stupci ne tako rijetko „bogati” naslovima poput onih da su posebnim dokaznim radnjama predujrijeđena neka teška krivična djela; da su opstruirani naporı kriminalaca za izvrše-

* Kandidat za sudiju u crnogorskom pravosuđnom sistemu, krstop@yahoo.com

** Pomoćnica direktorice Agencije za sprječavanje korupcije Crne Gore, paovic.nina@yahoo.com

njem nekih krivičnih djela uslijed prisluškivanja telefona jednog od njih i sl. Iako nije neposredno predmet ovog rada, ipak nam se čini da broj osuđujućih odluka ne korespondira sa brojem „rasvijetljenih krivičnih djela” u izviđaju/istrazi putem posebnih dokaznih radnji, kako to vole da predstave, na sad već popularnim konferencijama za štampu „delegati” tužilaštava i policije. No, nezavisno od toga, država, sa punim legitimitetom¹ da to čini, traži *modus* kako da „doskoči” kriminalcima i da ih, što je najpoželjnije, uhvati u fazi pripremanja/pokušaja krivičnog djela. Posebno, kada su u pitanju teški oblici kriminaliteta. Ukoliko bi postojale sumnje u legitimnost posebnih dokaznih radnji, trebalo bi ih odmah odbaciti, jer su u današnje vrijeme – svakodnevnih i sve opasnijih kriminalnih aktivnosti – takve tvrdnje ipak bez osnova.

Metodološki, rad će se baviti analizom referentnog srpskog² legislativnog okvira, prakse nacionalnih sudova i izabranih slučajeva iz prakse ESLJP. Zbog limitiranosti obimom na ovom mjestu nećemo posebno komentarisati nijednu posebnu dokaznu radnju. Rad će se, prevashodno, baviti analizom čl. 161 ZKP-a (koji predstavlja opštu odredbu za aplikaciju posebnih dokaznih radnji), odnosno time šta treba da sadrži obrazloženje naredbe kojom se određuje primjena ovih radnji. U njemu je, cijenimo, sadržan njihov neksus. Kada je u pitanju ESLJP, tu ćemo se pozabaviti sa par slučajeva iz prakse ovog suda, čijim donošenjem su ustanovljeni određeni principi koji se tiču (ne)kršenja čl. 6 i 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava,³ u vezi sa primjenom ovih dokaznih radnji. Pored onih, nesumnjivo dobrih rješenja, vidjećemo da su određena rješenja koja je Sud afirmisao, u najmanju ruku neobična sa aspekta zaštite ljudskih prava. Time želimo da pokažemo da praksa koju je ESLJP standardizovao ipak ima određene nedostatke. Samim tim, cilj rada je da na bazi tumačenja nacionalnih zakonskih okvira, prakse nacionalnih sudova i prakse ESLJP, ukaže na nedostatke u praksi kako domaćih sudova, tako i na nedostatke u praksi ESLJP. U tom pravcu korišćićemo uporedno-pravni i dogmatski metod.

1. POSEBNE DOKAZNE RADNJE – POJAM I OBRAZLOŽENJE

1.1. Međunarodni i nacionalni legislativni okvir

O nužnosti uvođenja posebnih dokaznih radnji u nacionalna krivična zakonodavstva svjedoče i neki međunarodni instrumenti, koji eksplicitno zagovaraju njihovu aplikaciju. Jedna od takvih je i *Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo Konvencija)*,⁴ čiji čl. 20 nosi naziv „Spe-

- 1 Vidj. Odluku Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) *Klass i ostali protiv Njemačke*, predstavka br. 5029/71 od 6. septembra 1978. godine, § 48.
- 2 Osim srpskog, tamo gdje to budemo smatrali neophodnim razmatraće se i praksa i legislativno rješenje u Crnoj Gori i Hrvatskoj, iz razloga velike sličnosti kako u legislativi tako i u praksi.
- 3 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim Protokolima (“*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*”, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispravka i “*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*”, br. 12/10 i 10/15).
- 4 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (“*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 6/2001).

cijalne istražne tehnike”. Prvi međunarodnopravni dokument⁵ koji predviđa neku specijalnu istražnu tehniku jeste *Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (Bečka konvencija)*,⁶ koja u čl. 11 promovira tzv. kontrolisanu isporuku. Uz to, „*Specijalna istražna ovlaštenja i tehnike*” je naziv čl. 4 *Konvencije o pranju traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (broj 141)*.⁷

Posebne dokazne radnje su u srpskom Zakoniku o krivičnom postupku⁸ normirane u okviru tač. 3 Glave VII (čl. 161–187). S obzirom na konfiguraciju ove glave, proizlazilo bi da sam zakonodavac dokazne radnje dijeli na *standardne* ili *opšte* i *specijalne* ili *posebne*.⁹ Posebne dokazne radnje mogu se, saglasno odredbi čl. 161 st. 1 ZKP-a, odrediti prema licu za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično djelo iz čl. 162 ZKP-a, a na drugi način se ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Odnosno, u smislu st. 2 istog člana, izuzetno se mogu odrediti i prema licu¹⁰ za koje postoje osnovi sumnje da priprema neko od krivičnih djela iz st. 1 ovog člana, a okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično djelo ne bi moglo otkriti, spriječiti ili dokazati ili bi to izazvalo neraszmerne teškoće ili veliku opasnost. Prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji organ postupka će posebno cijeniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana (st. 3).

Prije nego što krenemo u detaljniju analizu, treba odmah na početku naglasiti da se u krivičnom postupku može koristiti samo dokazna građa koja je pribavljena uz poštovanje osnovnih procesnih formi i garancija ljudskih prava.¹¹

1.2. Definicija i konstitutivni elementi

Na temelju prethodno navedenog, posebne dokazne radnje možemo definirati kao *istražne radnje ili tehnike*¹² koje u formi (obrazložene) naredbe određuje

- 5 Z. Stojanović, D. Kolarić /2010/: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd, p. 128.
- 6 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (“*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 14/1990).
- 7 Zakon o ratifikaciji Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (“*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 7/2002 i “*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 18/2005). Za više o istorijatu ovih radnji, vid. Z. Skakavac, T. Skakavac /2017/: *Krivičnoprocesna regulacija posebnih dokaznih radnji u Republici Srbiji i njihova primena u savremenoj praksi*, *Civitas*, 7(2), pp. 39–42.
- 8 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP („*Sl. glasnik RS*“, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 i 35/19).
- 9 Upor. M. Škuljić /2015/: *Tajni audio i video nadzor kao posebna dokazna radnja u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije* – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ed.), n° 28, p. 39.
- 10 Iako zakonodavac pravilno koristi pojam „lice” u ovom slučaju, u radu će se, iz čisto pragmatičnih razloga, koristiti pojam „okrivljeni” za obje situacije. Međutim, ovaj termin nije korektan kada je u pitanju situacija iz čl. 161 st. 2 ZKP-a, mada će o tome biti više riječi u daljem tekstu.
- 11 G. P. Ilić /2015/: *O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku* – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 75.
- 12 „Mjere tajnog nadzora predstavljaju oblik tzv. specijalnih istražnih tehnika, danas veoma uobičajenih u većini demokratskih krivičnoprocesnih zakonodavstava, ali zakonski ‘rezervisanih’ u primjeni samo u odnosu na relativno ograničen krug krivičnih djela koja su inače, veoma

sud¹³ (sa izuzetkom kontrolisane isporuke koju određuje Republički javni tužilac, odnosno javni tužilac posebne nadležnosti¹⁴) na obrazloženi predlog javnog tužioca, čije vrijeme je zakonski ograničeno, i koje se mogu odrediti za tačno određeni katalog krivičnih djela (posebna krivična djela¹⁵), pri čemu je potrebno da postoje osnovi sumnje da je izvršeno posebno krivično djelo ili da se planira izvršenje takvog krivičnog djela i da primjena drugih – standardnih dokaznih radnji – ne može da dovede do željenih rezultata ili bi njihova primjena bila skopčana sa određenim problemima.

Iz ove, doduše složene, definicije možemo ekstrahovati konstitutivne elemente:¹⁶ (1) postojanje *obrazloženog predloga javnog tužioca*¹⁷ (sem u slučaju kontrolisane isporuke); (2) ekskluzivno pravo suda da, u formi *obrazložene* (čl. 167 st. 1, čl. 172 st. 1, čl. 175 st. 1, čl. 179 st. 1 i čl. 184 st. 1 ZKP-a) naredbe, određuje njihovu primjenu, sa izuzetkom kontrolisane isporuke koju određuje Republički javni tužilac odnosno javni tužilac posebne nadležnosti (čl. 181 st. 1 ZKP-a); (3) (*vremenenska*) *limitiranost trajanja* (čl. 167 st.3, čl. 172 st. 3, čl. 175 st. 3, čl. 179 st. 3, čl. 184 st. 3); (4) mogućnost određivanja samo za tačno određena krivična djela – tzv. *posebna krivična djela* (čl. 162);¹⁸ (5) postojanje *osnova sumnje* da je izvršeno krivično djelo ili da se planira izvršenje krivičnog djela iz čl. 162 ZKP-a; (6) *supsidijarnost*¹⁹ – standardne dokazne radnje se moraju pokazati kao neoperativne ili je njihova primjena

teško dokaziva uobičajenim dokaznim metodama, te je za njih tipičan tzv. dokazni deficit u redovnim situacijama”. M. Škulić /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009, p. 482.

- 13 O tome da je nužno da sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku odredi aplikaciju nekih standardnih dokaznih i posebnih dokaznih radnji, vidj. Odluke Ustavnog suda Crne Gore (sve odluke Ustavnog suda Crne Gore mogu se pronaći na sajtu ovog suda: www.ustavnisud.me), U br. 90–08 i 96–08 od 19. jula 2013. godine i Ustavnog suda Srbije (sve odluke Ustavnog suda Srbije, mogu se pronaći na internet stranici ovog suda: www.ustavni.sud.rs) IUz-1218/2010 od 19. aprila 2012. godine i IUz-1245/2010 od 13. juna 2013. godine.
- 14 U radu će se akcenat staviti na posebne dokazne radnje koje određuje sud.
- 15 Tako: M. Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, peto izdanje, Beograd, p. 281, fn. 302.
- 16 U doktrini se, sa opravdanjem, može naići na zaključke da su uslovi za aplikaciju ovih mjera liberalni i da su zbog toga potencijalno opasni za ljudska prava i slobode. Tako: M. Grubač, T. Vasiljević /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema Zakoniku iz 2011. godine*, trinaesto izdanje, Beograd, p. 318.
- 17 Vid. Presudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije Kzz OK 27/2019 od 20. februara 2020. godine. Sve odluke srpskih sudova citirane u radu mogu se pronaći na internet stranici: www.vk.sud.rs
- 18 U crnogorskoj praksi se postavilo kao sporno pitanje da li se kao dokaz u postupku mogu koristiti rezultati mjera tajnog nadzora koje su pravilno određene, ali iz kojih je proizašlo da je okrivljeni izvršio krivično djelo neprijavlivanje krivičnog djela i učinioca iz čl. 386 st. 1 Krivičnog zakonika Crne Gore, za koje djelo nije dozvoljeno određivanje ovih mjera. Viši sud u Podgorici (K. br. 67/15 od 15. decembra 2016. godine) je zastupao gledište da se na ovom dokazu presuda ne može temeljiti. Sa takvim stavom se nije složio Apelacioni sud Crne Gore (Kvž. br. 11/2017 od 7. februara 2017. godine), zastupajući stanovište da se ne radi o nezakonitom dokazu i da se na istom presuda može temeljiti. U ovom slučaju, podržavam stav Višeg suda u Podgorici. Čini nam se da je Apelacioni sud pretjerano formalističkim logiciranjem odlučio da održi ovaj dokaz. Međutim, cijenimo da je izgubio iz vida svrhu odredaba o mjerama tajnog nadzora. Naime, zakonodavac nije bez razloga limitirao katalog krivičnih djela u odnosu na koja se ove mjere mogu odrediti, iz kog razloga smo mišljenja da se rezultati ovih mjera mogu s uspjehom koristiti u postupku samo ako se odnose na posebna krivična djela. Upor. M. Plazinić, M. Stojković /2015/: *Primena posebnih dokaznih radnji i mehanizmi njihove kontrole*, in: *Tužilačka reč*, n° 28, p. 16.
- 19 Upor. D. Krapac /2000/: *Kazneno procesno pravo: Knjiga prva – Institucije*, Zagreb, p. 196.

u konkretnom slučaju skopčana sa određenim problemima i (7) *srazmjernost*²⁰ – ocjenjuje se da li bi isti rezultat mogao da bude postignut na način kojim se manje ograničavaju prava građana, što znači primjenom opštih dokaznih radnji, kraćim trajanjem posebnih dokaznih radnji i sl.²¹

Iz odredbe čl. 161 st. 1 i 2 ZKP-a proizlazi da aplikativni standardi nisu isti kada je u pitanju postojanje sumnje da je izvršeno krivično djelo i situacije kada se (samo) *planira izvršenje krivičnog djela*. Zbog navedenog, neophodno je prokomentarisati ove dvije odredbe i ukazati na diferencijalne standarde.

U prvom slučaju (čl. 161 st. 1 ZKP-a) uslov za određivanje posebnih dokaznih radnji je da se primjenom drugih dokaznih radnji ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Sudija, uvjereni smo, mora pokazati zašto primjena drugih tehnika u konkretnom nema izgleda za uspjeh. U vezi sa tim, sudija će (se) uvijek (samo) pitati da li bi primjena drugih dokaznih radnji mogla da izazove efekat kakav se želi postići nekom od posebnih dokaznih radnji. Ukoliko smatra da primjena neke druge dokazne radnje dolazi u obzir, u tom slučaju neće udovoljiti zahtjevu za određivanje ovih mjera. Međutim, sudija se neće (samo) baviti time da li je moguće da se drugom radnjom prikupe dokazi, već će, ukoliko je odgovor na ovo pitanje pozitivan, analizirati da li bi u tom slučaju prikupljanje dokaza tim radnjama bilo znatno otežano. Dakle, nije dovoljno da prikupljanje dokaznog materijala nekom opštom dokaznom radnjom bude (samo) otežano (to je slučaj sa većim brojem dokaznih radnji), već je neophodno da ta otežanost bude znatna. To je, inače, faktičko pitanje koje se rješava uzimanjem u obzir okolnosti konkretnog slučaja.²²

Na osnovu izloženog, možemo konstatovati da su uslovi za primjenu posebnih dokaznih radnji u situaciji kada je krivično djelo izvršeno sledeći: 1) postojanje *osnova sumnje* da je određeno lice izvršilo krivično djelo; 2) mora biti u pitanju jedno od (*kataloških*) *krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a*; 3a) primjena drugih metoda *ne može da da željene rezultate*, odnosno 3b) ukoliko su, pak, rezultati primjenom standardnih dokaznih radnji ipak mogući, njihovo prikupljanje bi u tom slučaju bilo *znatno otežano*. Kao što se to vidi iz same sistematike, uslovi navedeni pod 3a i 3b ne odnose se na njihovo kumulativno egzistiranje, već na partikularno. S tim u vezi, ukoliko je zadovoljen uslov pod 3a, neće se ispitivati uslov pod 3b, odnosno ako nije zadovoljen uslov pod 3a, prelazi se na preispitivanje okolnosti pod 3b.

Kada je u pitanju druga mogućnost određivanja ovih mjera, zakonodavac je pokazao jednu interesantnu, ne nužno i pogrešnu (naprotiv, vrlo povoljnu) aktivnost. Naime, odredio je mogućnost određivanja ovih radnji za pripremne radnje, koje *de facto* i *de iure* ne moraju da budu interesantne sa aspekta krivičnog materijalnog prava, odnosno ne moraju (tačnije, i nisu) biti kažnjive. Iako je ova kodifikacija u jednom dijelu doktrine kritikovana,²³ drugi, pak, u tome ne vide ništa sporno. Na-

20 S. Gluščić /2012/: Posebne dokazne radnje, *Policija i sigurnost (Zagreb)*, godina 21, n° 3, p. 557.

21 Tako: G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema stanju zakonodavstva od 7. maja 2015. godine*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 444.

22 G. P. Ilić et al.: *ibid.*, p. 443.

23 „U jednom sistemu koji teži demokratiji i vladavini prava, primeni posebnih dokaznih radnji načelno ne bi trebalo pribegavati u preventivne svrhe... Stoga, ne bi trebalo primenjivati in-

protiv, smatraju da osnov za njihovu primjenu nije kažnjivost određenog stadijuma u izvršenju krivičnog djela kao takvog, već potreba da se određeno krivično djelo spriječi, što je uostalom i primarni zadatak nadležnih državnih organa.²⁴ Posebno propisivanje primjene ovih radnji i u slučaju pripremanja krivičnog djela je posljedica proaktivnog karaktera ovih radnji, kao i stava sudske prakse da se, bez naročite zakonske norme, one mogu narediti za krivična djela koja su učinjena, a ne i za ona koja će biti učinjena u budućnosti.²⁵

Dakle, imamo situaciju da se primjena posebnih dokaznih radnji, regulisane ZKP-om, aktuelizuje na radnje koje nisu zabranjene sa krivičnogpravnog aspekta (jer, pripremna radnja kao takva obično nije kažnjiva, sem izuzetaka kada ona predstavlja radnju izvršenja krivičnog djela).²⁶ Iako smo bliži stavu da je ovakva zakonska koncepcija u suštini prihvatljiva, trebalo bi u svakom slučaju razmisliti o tome da se čl. 1 ZKP-a izmijeni u tom pravcu i da se ta proaktivna uloga aktuelizuje i na tom mjestu. No, upravo svjestan navedenih činjenica zakonopisac je i standard u određivanju u ovom slučaju znatno povećao, koristeći sintagmu „*izuzetno mogu odrediti*”.

Slijedi da su uslovi za primjenu posebnih dokaznih radnji u ovom slučaju: 1) *izuzetnost* u određivanju; 2) postojanje *osnova sumnje* da se priprema neko od krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a; 3a) okolnosti slučaja ukazuju da se *na drugi način krivično djelo ne bi moglo otkriti, spriječiti ili dokazati* ili 3b) u slučaju da postoji drugi način da se djelo otkrije, spriječi ili dokaže, to bi, upotrebom standardnih dokaznih radnji, *izazvalo nesrazmjerne teškoće ili veliku opasnost*.

Komentarišući sintagmu „da bi pribavljanje dokaza bilo povezano sa nesrazmjernim teškoćama”, Šikman (sa čijim gledištem smo dakako saglasni) ističe da je to jedna od „najslabijih karika” odobravanja posebnih istražnih radnji.²⁷ Nastavlja time da je najčešća praksa sudova da prepišu zakonski osnov za primjenu posebnih istražnih radnji, ne obrazlažući posebno niti osnove sumnje u pogledu izvršenog krivičnog djela, niti razloge zbog čega se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, kao ni nesrazmjerne poteškoće u pogledu pribavljanja dokaza redovnim radnjama dokazivanja.²⁸

1.3. Obrazloženje naredbe i nezakoniti dokazi

Aplikaciju posebnih dokaznih radnji određuje sud u formi naredbe. Naredbu, kao vrstu (sudske) odluke, karakteriše neapelaciona mogućnost. Dakle, lice na koga se ove radnje odnose ne zna za naredbu niti može, prije nego što bude izvršena, ak-

vazivne mere s ciljem da se tako neposredno sprečava vršenje budućih krivičnih dela, pri čemu bi se državnim organima prepuštalo da, sa manjom ili većom uspešnošću, predviđaju buduće događaje i uočavaju sumnjive građane”. Tako: M. Kovačević /2014/: Tajni nadzor komunikacije – usklađenost sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXII, n° 2, pp. 172–173.

24 M. Škulić /2009/: *op. cit.*, p. 486.

25 G. P. Ilić et al.: *op. cit.*, p. 443.

26 Više o tome: Z. Stojanović /2014/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, pp. 217–222.

27 M. Šikman /2017/: Posebne istražne radnje i odluke Evropskog suda za ljudska prava, *RKK*, n° 1, p. 152.

28 M. Šikman: *ibid.*, p. 152.

tivirati mehanizam utvrđivanja/preispitivanja njene zakonitosti. To dodatno nameće obavezu sudiji da posebno obrazloži svaki od pomenutih uslova za njihovo određivanje. Skloni smo zaključku, bez ikakve fleksibilnosti u tome (za razliku od ESLJP i nekih nacionalnih sudova) da nepoštovanje zahtjeva koji se tiču obrazloženja treba sankcionisati na način što će se svi materijali „eksploatisani” primjenom ovih mjera devalvirati. Odnosno, na takvim dokazima se ne bi mogla zasnivati sudska odluka.

Summa summarum, kada određuje primjenu ovih mjera, sudija mora da odgovori na sledeća pitanja: Iz čega proizlazi osnov sumnje da je određeno lice izvršilo krivično djelo.²⁹ To se ne čini prostim nabranjanjem materijala koji je naveden u predlogu za određivanje ovih mjera, već se moraju analizirati ti dokazi i na taj način jasno demonstrirati da je sudija zaista ubijeđen da osnov sumnje proizlazi iz dostavljenog materijala. Radi se obično o indicijama³⁰ i njih po pravilu treba da bude više, ali može da bude dovoljna i jedna.³¹ Nekakvi dokazi o izvršenju krivičnog djela ili pripremanju na vršenje (obično indicije) moraju da postoje prije određivanja neke od mjera, ali u isto vrijeme ti dokazi treba da budu takvi da nijesu dovoljni za pokretanje postupka.³² Primjena ovih mjera nema nikakvog opravdanja kada državni tužilac ima dovoljno drugih dokaza za pokretanje istrage.³³

Zatim, sudija mora biti i uvjeren (i tu uvjerenost obrazložiti) da je primjena ovih mjera *ultima ratio* karaktera. Ne zaboravimo da se primjenom ovih dokaznih radnji, na jedan svojevrсно legalan način, suspenduju Ustavom zajemčena prava. Ukoliko bi se desilo da odgovori na druga, a ne i na ovo pitanje, onda se sudija kretao mimo granica zakona. Jer mu zakonodavac nije dao mogućnost da određuje primjenu ovih mjera u svakom slučaju, već samo ukoliko je to nužno.

Obrazloženje omogućava kontrolu logičkog procesa pomoću kog je sud došao do odluke i ispitivanje da li su zaključci odluke saobrazni zakonu.³⁴ Obrazloženje predstavlja jemstvo protiv sudske proizvoljnosti i istovremeno omogućava okrivlje-

29 U crnogorskoj jurisprudenciji se nametnulo kao sporno i pitanje oko obrazloženja osnova sumnje. Naime, kako to proizlazi iz stilizacije rješenja Apelacionog suda Crne Gore (*Kvž. br. 60/2020* od 26. februara 2020. godine), osnov sumnje nije bio obrazložen u naredbi o određivanju mjera tajnog nadzora. Ukidajući prvostepeno rješenje Višeg suda u Podgorici (*K. br. 106/17* od 28. januara 2020. godine), Apelacioni sud je istakao da naredbu sudije za istragu koja je donesena na obrazloženi predlog tužioca, zajedno sa tim predlogom *treba cijeniti kao jednu cjelinu (sic!)*, i da to znači da je u konkretnom sudija za istragu prilikom donošenja naredbe imao u vidu i predlog za određivanje mjera tajnog nadzora, koji su službenici Uprave policije dostavili tužiocu, kao i predlog za donošenje naredbe, što znači da je sudija za istragu nesporno imao u vidu razloge za osnove sumnje, kao osnovnog i primarnog uslova za određivanje mjera u trenutku donošenja naredbe. Ne možemo se složiti sa ovakvim razmišljanjem Apelacionog suda. Ovo iz prostog razloga što je (samo) naredba sudije za istragu podložna kasnijoj sudskoj evaluaciji. Dakle, naredba mora da sadrži sve konstitutivne elemente. Ukoliko to nije slučaj, ne može se taj nedostatak nadoknaditi pozivanjem na to da je taj element sadržan u predlogu tužioca.

30 Za više o pojmu indicija (osnova podozrenja) vid. T. Vasiljević /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 370.

31 Tako: M. Grubač, B. Vučković /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat, p. 382.

32 M. Grubač, B. Vučković: *ibid.*, p. 382.

33 M. Grubač, B. Vučković: *ibid.*, p. 382.

34 G. P. Ilić /2011/: Pravo na obrazloženu sudska odluku, *Crimen* (II), n° 2, p. 229.

nom da, znajući za razloge na kojima se temelji osuda, bolje pripremi pravni lijek za njeno pobijanje.³⁵ S pravom se u doktrini ističe da se za sudsku odluku koja ne sadrži obrazloženje teško može tvrditi da je zakonita, bez obzira na to što je pravilna.³⁶ U hrvatskoj doktrini izražen je stav da bi predstavljao nezakonit dokaz slučaj ukoliko nalog za primjenu posebnih dokaznih radnji ne bi sadržavao jasne, potpune i provjerljive razloge postojanja osnova sumnje.³⁷

Nadalje, s pravom se u teoriji ističe da je zakonodavac, kada je u pitanju korišćenje pojma „osnov sumnje”, bezmalo kontradiktoran.³⁸ To se objašnjava time da je ovaj pojam u čl. 2 tač. 17 ZKP-a, definisan kao „skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela”. Imajući to u vidu i činjenicu da kada govori o posebnim dokaznim radnjama koristi ovaj pojam i mogućnost njihovog određivanja u fazi pripremanja krivičnog djela, onda je osnove sumnje trebalo definisati kao „jednu ili više činjenica koje posredno ukazuju da se priprema ili da je učinjeno krivično delo, odnosno da određeno lice priprema izvršenje dela ili je učinilac krivičnog dela”.³⁹

Ukoliko naredba o određivanju ovih mjera bude kasnije u toku postupka proglašena nezakonitom,⁴⁰ to bi onda značilo da svi rezultati do kojih se došlo njenom primjenom „padaju u vodu” (čl. 16 ZKP-a). To je posledica teorije „o plodovima otrovnog drveta”.⁴¹ Uostalom, i odredbom čl. 163 st. 3 ZKP-a je propisano da ukoliko je pri preduzimanju posebnih dokaznih radnji postupljeno suprotno odredbama ovog zakonika ili naredbi organa postupka, na prikupljenim podacima se ne može zasnivati sudska odluka, a sa prikupljenim materijalom se postupa u skladu sa čl. 84 st. 3 ZKP-a.

35 G. P. Ilić /2011/: *ibid.*, p. 231.

36 G. P. Ilić /2011/: *ibid.*, p. 233.

37 Tako: Ž. Karas, M. Jukić /2009/: Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 16, n° 2, p. 625.

38 N. Paunović /2019/: Simulovani poslovi kao posebna dokazna radnja u srpskom krivičnoprocenom pravu – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, elektronski dodatak – studentski radovi, p. 50.

39 N. Paunović: *ibid.*, p. 50.

40 Pitanje nezakonitih dokaza jedno je od spornijih pitanja kako u teoriji tako i u praksi. Upor. G. L. Davies /2002/: The Exclusion of Evidence Illegally or Improperly Obtained: An Unsatisfactory Answer to an Unstated Question, *Journal of Financial Crime*, Vol. 9 Iss. 3, p. 244. Pravila u vezi sa isključenjem nelegalno dobijenih dokaza nisu uvijek bez kritika. Sudovi i doktrina ističu da se društvo bori da nađe srednji put između obezbeđivanja osnovnih prava, sa jedne strane, i obezbeđivanja pravde, s druge strane. Tako: J. Meese /2017/: The use of illegally obtained evidence in criminal cases: A brief overview, *ERA forum*, n° 18, p. 298.

41 Iako nastala u američkom pravnom sistemu još dvadesetih godina prošlog vijeka, teorija o „plodovima otrovne vočke” je upravo u tamošnjem sistemu, u međuvremenu, relativizovana. Za više o tome, vid.: I. I. Feješ /2015/: Sistem izuzetaka od primene “teorije ploda otrovnog drveta”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n° 2, pp. 529–539; B. Obradović, I. Župan /2011/: “Plodovi otrovne vočke” u hrvatskom i poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, n° 1, pp. 117–121; D. Krapac: *op. cit.*, p. 197. Ova doktrina je primjenjivana i u brakorazvodnim parnicama – vid. američki slučaj *Stamme v. Stamm*, 589 S.W.2d So. (Mo. App. 1979). Cit. prema: S. R. Arnold /1987/: Caught in a Wiretap: The ethical and evidentiary dangers of using illegally obtained evidence, *Family Advocate*, Vol. 10, n° 1, Special issue on Evidence, pp. 35–36.

2. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Kada je u pitanju praksa ESLJP, na početku treba istaći da ovaj sud u okviru čl. 6 Konvencije razmatra pravo na obrazloženu sudsku odluku. Pravo na obrazloženu presudu koje je Sud stvorio u sopstvenoj praksi, zasnivajući ga na čl. 6 st. 1 Konvencije, praktično je „proširilo” nadležnost Suda i na meritorno ocjenjivanje nacionalnih presuda, što uobičajeno nije nadležnost međunarodnih tribunala.⁴² Pravo na obrazloženu presudu (mada se može generalizovati i reći – na obrazloženu sudsku odluku – primj. K. P.), izvire iz obaveze nacionalnih sudova da na adekvatan način izlože razloge na kojima se zasniva rešenje pravnog i faktičkog pitanja u konkretnom sporu.⁴³

U vezi sa našim shvatanjem oko posljedica nezakonitih naredbi za pretresanje, rekli bismo da nas praksa ESLJP uveliko demantuje. Naime, prema stanovištu Suda prihvatanje nezakonito dobijenih dokaza samo po sebi ne predstavlja kršenje čl. 6, ali to može dovesti do nepravilnosti postupka u zavisnosti od činjenica konkretnog predmeta.⁴⁴ Kada se sudovi oslanjaju na nezakonito pribavljene dokaze, ESLJP provjerava: a) da li je „nezakonitost” u smislu unutrašnjeg prava koincidirala sa „nepravilnošću” u autonomnom značenju Konvencije i b) da li je aplikant imao mogućnost da pokrene to pitanje pred domaćim sudovima.⁴⁵ Da bismo objasnili o čemu se radi predstavice standarda ovog suda koji su determinisani u nekoliko referentnih slučajeva.

Među prvima, treba pomenuti predmet *Klass i ostali protiv Njemačke*⁴⁶ koji ima višestruku važnost. U ovom predmetu Sud je najprije razmatrao da li se pojmom „žrtva” mogu obuhvatiti lica koja nisu pod mjerama, ali koja potencijalno mogu biti i da li je nužno obavještavanje lica koja su se našla pod mjerama. Sud je dao značenje pojma žrtva. Na to je bio primoran zbog prigovora njemačke Vlade da aplikanti nisu lica na koja su mjere primijenjene. Sud je u § 34 ukazao da pojedinac može, pod određenim uslovima, tvrditi da je žrtva povrede izazvane samim postojanjem tajnih mjera ili propisa koji omogućavaju tajne mjere, bez potrebe da navede da su takve mjere zapravo bile na njemu primijenjene. Zaključio je (§ 38) da svaki podnositelj predstave ima pravo da tvrdi da je žrtva povrede Konvencije, čak i ako ne može potkrijepiti svoju predstavku navodom da je bio predmet konkretnih mjera nadzora. Glavna žalba aplikantata, kako to Sud sumira u § 57, leži u tome da se osoba na koju se odnose mjere naknadno ne obavještava uvijek nakon ukidanja nadzora i zbog toga nije u situaciji da traži efikasno pravno sredstvo pred sudovima. Međutim, Sud je istakao da treba razjasniti da li je čak i u praksi moguće u svim slučajevima zahtijevati naknadno obavještavanje. Sud je napomenuo da aktivnost ili

42 G. Dajović, B. Spaić /2019/: Doktrina “četvrte instance” i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, n° 3, p. 159.

43 G. Dajović, B. Spaić: *ibid.*, p. 167.

44 N. Mole, C. Harby /2006/: *The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, p. 52.

45 D. Vitkauskas, G. Dikov /2017/: *Protecting the right to a fair trial under European Convention of Human Rights: A Handbook for legal practitioners*, Second edition, Strasbourg, p. 102.

46 Za detaljniju analizu ovog predmeta vid. K. C. Burke /1981/: Secret Surveillance and the European Court of Human Rights, *Stanford Law Review*, Vol. 33, n° 6, pp. 1114–1122.

opasnost protiv kojih su određene mjere nadzora može trajati godinama, pa čak i decenijama, nakon ukidanja tih mjera. Naknadno obavještanje svakog pojedinca pogođenog ukinutom mjerom može bitno ugroziti dugoročnu svrhu koja je prvobitno iziskivala nadzor. Složio se sa Saveznim Ustavnim sudom Njemačke, da bi takvo obavještanje moglo dovesti do otkrivanja metoda rada i polja djelovanja tajnih službi, pa čak i do mogućnosti otkrivanja identiteta njihovih agenata. Na temelju izloženog, nije utvrđeno kršenje čl. 8 Konvencije.

Nadalje, predmet *Schenk protiv Švajcarske*⁴⁷ je od izuzetne važnosti za razumijevanje pojma nezakonitih dokaza, tačnije u pogledu toga da li se i pod kojim uslovima određeni dokazi mogu koristiti u postupku. U ovom slučaju se radilo o prihvatljivosti kao dokaza kasete kojom je g. *Schenk* snimljen da je g. *Pautiju* naložio da ubije njegovu suprugu. Optužen je i osuđen na podsticanje za ubistvo. Iako je u nacionalnim okvirima pokušao da ospori snimanje i upotrebu snimka kao dokaza, to mu nije pošlo za rukom. U postupku pred Sudom, g. *Schenk* je tvrdio da je snimanje njegovog telefonskog razgovora sa g. *Pautijem* i korišćenje tog snimka u dokaznom postupku, u suprotnosti sa čl. 6 st. 1 Konvencije. Po njegovom mišljenju korišćenje nezakonito pribavljenog dokaza bilo je dovoljno da suđenje učini nepravičnim. Vlada nije sporila da je snimak pribavljen na nezakonit način, a to su, uostalom, priznali i švajcarski sudovi. Pa i pored toga, tri nacionalna suda su prihvatila snimak kao dokazni materijal. Sud je ponovio da ne može principijelno i generalno da isključi da su nezakonito pribavljeni dokazi ove vrste mogli da budu prihvatljivi. Može samo da ustanovi da li je suđenje g. *Schenku* bilo pravično u cjelini. S tim u vezi, Sud je najprije konstatovao da prava na odbranu nisu bila zanemarena. Aplikantu nije bilo nepoznato da je snimanje na koje se on žalio bilo nezakonito, jer ga nije naredio nadležni sudija. On je imao mogućnost – koju je i iskoristio – da osporava njegovu vjerodostojnost i korišćenje. Pri tome, nije od značaja činjenica što su njegovi pokušaji ostali bezuspješni. Sud je takođe (§ 48), pridao značaj činjenici da snimak telefonskog razgovora nije bio jedini dokaz na kojem se osuda zasnivala.⁴⁸

47 ESLJP: *Schenk protiv Švajcarske*, predstavka br. 10862/84 od 12. jula 1988. godine.

48 Vrlo važno pitanje (koje ćemo na ovom mjestu samo postaviti, bez detaljnije analize istog) je i u kojoj se mjeri krše prava drugih, mjerama neobuhvaćenih, lica. Evo o čemu se radi. Kada se npr. odredi tajni nadzor komunikacija, nije sporno da se prisluškuje okrivljeni – prema njemu su radnje i određene – međutim, tada se dolazi do informacija o ličnosti lica koja su sa tim okrivljenim ostvarili komunikaciju, a koja, kako je već rečeno, nisu obuhvaćena naredbom. Kako su i da li su oni zaštićeni? Odgovor bi, po svemu sudeći, na oba pitanja bio negativan. Međutim, bezmalo je opravdano pitanje. Jer preko jednog lica, primjenom neke od ovih radnji (recimo, tajni nadzor komunikacija) ne pratimo samo dešavanja iz njegovog života niti samo upoznajemo sadržinu njegovog socio-porodično-ekonomskog bivstvovanja. U dosta situacija se takva slika dobija i za druga lica. I toga su svjesni oni koji predlažu i određuju te mjere. Ne vidimo razloga da se pitanje ne aktuelizuje. Kao protivargument iznijetom, vjerovatno će se isticati da je ova mjera „destinirana”, odnosno da je cilj bio da se, riječima ESLJP, tijela javne vlasti upoznaju sa podacima iz života lica prema kome je ona određena. Međutim, da li je ova činjenica ipak dovoljna da opravda upoznavanje sa životima obično na desetine lica. Jer, svjesni smo da će se svako, ako ne sa prijateljima, onda sigurno sa članovima porodice čuti vrlo često i da će ti razgovori sadržati intimne detalje iz života svakog od njih. Ovo razmatranje posebno dobija na težini kada se ima u vidu odredba čl. 164 ZKP-a, kojom je regulisan tzv. *slučajni nalaz*. Naime, prema ovoj odredbi ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom djelu ili učinocu koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav

⁴⁹ Na osnovu ove analize, utvrdio je da korišćenje spornog snimka kao dokaza u postupku, nije podnosioca predstavke lišilo pravičnog postupka, iz kog razloga nije prekršen čl. 6 st. 1 Konvencije.

Vrijedno pažnje u ovom predmetu je i zajedničko suprotno mišljenje sudija *Pettitia, Spielmanna, De Meyera i Carrillo Salcedoa*. Naime, oni se nisu složili sa mišljenjem većine, tvrdeći da postupanje po zakonu, kada je u pitanju prikupljanje dokaza, nije apstraktan niti formalistički zahtjev. Naprotiv, smatrali su da je to od osnovne važnosti za pravičnost krivičnog suđenja. Nijedan sud se, tvrde oni, ne može bez štete po pravilno funkcionisanje pravosuđa osloniti na dokaze koji su pribavljeni ne samo nepravičnim sredstvima, već, prije svega, nezakonito. Ako se to i desi, suđenje ne može da bude pravično prema značenju u Konvenciji. Na temelju izloženog, oni su, s druge strane, zaključili da je došlo do kršenja čl. 6 Konvencije.

U predmetu *Kruslin protiv Francuske*⁵⁰ Sud je ustanovio kršenje čl. 8 Konvencije, iz razloga što domaći – francuski – zakon nije bio dovoljnog kvaliteta. Naime, u ovom predmetu jedan od dokaza protiv g. Kruslina je bio snimak telefonskog razgovora koji je aplikant imao na telefonskoj linniji koja je pripadala trećem licu. Snimanje je realizovano na zahtjev istražnog sudije u vezi sa drugim postupkom. Sud je najprije analizirao da li je mjera koja je primijenjena imala osnov u domaćem zakonu. Odgovor na ovo pitanje je bio afirmativan. Nadalje, razmatrao je i to da li je zakon bio pristupačan. Ni to, kao ni prethodno pitanje, nije bilo sporno. Takva situacija međutim nije bila sa *predvidljivošću zakona*. Ukratko, to je bio kamen spoticanja Francuske u ovom slučaju. Zakon mora biti dovoljno jasan u svojim značenjima da građanima da adekvatnu naznaku o okolnostima u kojima i uslovima pod kojima su javne vlasti ovlašćene da pribjegnu ovom tajnom i potencijalno opasnom miješanju u pravo na poštovanje privatnog života i korespondencije. Zakon, naglašava Sud, 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. Sud je naglasio da prislušivanje 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. Sud je zamjerio što kategorije lica koja mogu biti podvrgnuta mjerama prislušivanja i priroda krivičnih djela koja mogu dati razloga za takav nalog nigdje nisu definisana (§ 35). Ništa, navodi se dalje, ne obavezuje sudije da odrede ograničenja za trajanje telefonskog prislušivanja. Zaključuje (§ 36) da francusko pravo, pisano i nepisano, ne ukazuje sa razumnom jasnoćom na obim i način izvršenja diskrecije date javnim vlastima. Prema tome, postojalo je kršenje čl. 8 Konvencije.

materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na krivično djelo iz čl. 162 ZKP-a. Na osnovu izloženog, može se postaviti pitanje, da li ova „treća“ (koja vrlo vjerovatno mogu da budu i „prva“, ukoliko se sazna da su izvršila neko od krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a) lica imaju pravo (posebno, ukoliko se u toku postupka utvrdi da je naredba nezakonita) na naknadu nematerijalne štete?

49 U Belgiji, recimo, od 2003. godine, je vrlo rijetko iz dokaznog materijala eliminisan nezakonit dokaz. Većina sudija se slaže sa navodima odbrane da je dokaz vjerovatno bio nelegalno dobijen, ali nakon što zakluče da takav dokaz nije nepouzdan i da njegovo korišćenje nije nekompatibilno sa principom poštenog suđenja, izvode zaključak da se na takvom – nelegalno dobijenom – dokazu, sudske odluke mogu temeljiti. J. Meese: *op. cit.*, p. 305.

50 ESLJP: *Kruslin protiv Francuske*, predstavka br. 11801/85 od 24. aprila 1990. godine.

I u predmetu *Amann protiv Švajcarske*⁵¹, Sud je takođe kritikovao zakonski okvir i na bazi tog deficita konstatovao postojanje kršenje čl. 8 Konvencije.

U slučaju *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵², prislusni uređaji su bili postavljeni u prostorijama drugog lica, u koje se aplikant, ne znajući za ovu radnju, našao. Međutim u momentu kada su uređaji za prisluškivanje instalirani, domaće pravo nije regulisalo ovu situaciju (§ 27, in fine). Zaključak, koji je proizašao iz te činjenice, jeste da miješanje u konkretnom slučaju nije bilo u skladu sa zakonom, kako je to predviđeno čl. 8 st. 2 Konvencije. Pod takvim okolnostima, Sud je konstatovao kršenje čl. 8 Konvencije, bez potrebe da razmatra da li je to bilo neophodno u demokratskom društvu. Kako se aplikant žalio i na povredu čl. 6 Konvencije, Sud je napomenuo da je na njemu da odluči da li je postupak u cjelini, uključujući način na koji je dokaz pribavljen, bio pravičan. Najprije, Sud je notirao da je materijal nastao prisluškivanjem jedini dokaz protiv aplikanta. Konstituisao je pravilo da ukoliko je dokaz na kom se temelji presuda bio pouzdan, u toj mjeri slabi obaveza za „podržavajućim dokazima”. Krenuvši u analiziranje predmeta, zaključio je da je aplikant imao dosta mogućnosti da ospori autentičnost i upotrebljivost prisluškivanog materijala. Međutim, nije poricao njegovu autentičnost. Činjenica što nije uspio sa argumentom da se kao takav ne koristi u postupku, ne znači da nije imao mogućnost da ga ospori. Nakon što je detaljno analizirao činjenice, Sud je utvrdio da u konkretnom nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije, u dijelu da je korišćenjem spornog snimka u postupku došlo do nepravičnog suđenja.

U djelimično izdvojenom mišljenju sudija *Loucaide* je istakao da po njegovom mišljenju, suđenje ne može biti fer, kakav zahtjev je sadržan u čl. 6 Konvencije, ukoliko je krivica pojedinca za bilo koje djelo ustanovljena na osnovu dokaza koji je dobijen kršenjem ljudskih prava zagarantovanih Konvencijom, te da ukoliko kršenje čl. 8 može biti prihvaćeno kao „pravično”, onda ne može vidjeti kako će se policija efektivno odvratiti od ponavljanja nedozvoljenog ponašanja.

U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*,⁵³ *protiv aplikanta* su, iz nekoliko navrata, aktom suda, bile određene mjere tajnog nadzora (prisluškivanje telefona i praćenje). Nacionalni sudovi su odbili kao neosnovane navode aplikanta o tome da su predmetne mjere nezakonite zbog nedovoljnog obrazloženja ključnih aspekata – osnova sumnje i supsidijarnosti. U svojoj analizi ESLJP je ustanovio da je u konkretnom došlo do miješanja u pravo aplikanta na poštovanje „privatnog života” i „dopisivanja” koja prava su zajemčena čl. 8 Konvencije. U pogledu pitanja da li je miješanje bilo opravdano, Sud je najprije konstatovao da je tajni nadzor nad podnositeljem utemeljen u mjerodavnom domaćem pravu. Nadalje, Sud je konstatovao da u konkretnom nisu navedeni nikakvi stvarni detalji koji se temelje na specifičnim činjenicama predmeta i posebnim okolnostima koje ukazuju na osnovanu sumnju da su krivična djela počinjena, te da istragu nije moguće sprovesti na drukčiji, ma-

51 ESLJP: *Amann protiv Švajcarske*, predstavka br. 27798/95 od 16. februara 2000. godine.

52 ESLJP: *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 35394/97 od 12. maja 2000. godine. Za više vidj. i *Bykov protiv Rusije* (VV), predstavka br. 4378/02 od 10. marta 2009. godine. Cit. prema J. McBride /2009/: *Human rights and criminal proceedings – The Case Law of European Court of Human Rights*, First Edition, Council of Europe, Strasbourg, p. 217.

53 ESLJP: *Dragojević protiv Hrvatske*, predstavka br. 68955/11 od 15. januara 2015. godine.

nje invazivan način. U toku odlučivanja, Sud je imao u vidu da je ovakva praksa relativizovana od strane Vrhovnog suda Hrvatske. Naime, prema stavu ovog nacionalnog suda manjak obrazloženja u nalogima za tajni nadzor može biti nadoknađen retroaktivnim specifičnim obrazloženjem u pogledu relevantnih pitanja u kasnijoj fazi postupka time što će se od suda zatražiti da izuzme dokaze dobijene na taj način iz spisa. Ovakvo stanovište je izgleda prihvatio i Ustavni sud Hrvatske koji je u svojoj odluci *U-III-2781/2010* od 9. januara 2014. godine, smatrao da u slučaju kada nalozi za tajni nadzor ne sadrže obrazloženje, da je isto moguće navesti u prvostepenoj presudi ili odluci vezanoj uz zahtjev za izuzimanjem nezakonito dobijenih dokaza. Sud ovakvo rezonovanje nije prihvatio. Naime, naveo je da ovakva situacija sugeriše da je praksa u primjeni zakona koja sama po sebi nije dovoljna jasna, u sukobu sa jasnim tekstom zakona koji ograničava ostvarivanje ovlašćenja dodijeljenih tijelima javne vlasti kada je u pitanju sprovođenje tajnog nadzora. Sud je zaključio da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja ovlašćenja dodijeljenih tijelima javne vlasti, a posebno nije u praksi osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba. U skladu sa tim, postupak za izdavanje i nadziranje mjera prislušivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu sa pretpostavkom zakonitosti niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo „nužno u demokratskom društvu”. Zbog toga je došlo do kršenja čl. 8 Konvencije. Nakon toga, Sud je prešao na analiziranje tvrdnje u vezi sa tim da je prekršen i čl. 6 Konvencije. Sud je konstatovao da aplikant nije iznio nikakve tvrdnje kojima osporava pouzdanost podataka dobijenih mjerama tajnog nadzora, već da je svoj prigovor ograničio isključivo na formalnu upotrebu takvih podataka kao dokaza u toku postupka. Polazeći od toga, Sud je istakao da je aplikant imao mogućnost osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njihovoj upotrebi, koju priliku je i iskoristio za vrijeme postupka pred prvostepenim sudom, u svojoj žalbi kao i u ustavnoj žalbi. Domaći sudovi su ispitali osnovanost njegovih tvrdnji te dali obrazloženje za svoje odluke. Činjenica da podnositelj nije bio uspješan ne mijenja činjenicu da je imao efektivnu mogućnost osporiti dokaze te se usprotiviti njihovoj upotrebi. Uz to, sporni dokazi nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila presuda. Na osnovu izloženog, Sud je zaključio da ne postoji ništa što bi potkrijepilo zaključak da prava odbrane aplikanta nisu odgovarajuće poštovana u pogledu izvedenih dokaza ili da je procjena domaćih sudova bila proizvoljna, odnosno, da upotreba spornih snimaka kao dokaza nije kao takva podnositelja lišila poštenog suđenja. Zaključeno je da nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije.

I u predmetu *Bašić protiv Hrvatske*.⁵⁴ sud je konstatovao da nalog za primjenu mjera tajnog nadzora nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a posebno razloga zbog kojih se istraga nije mogla sprovesti drugim, manje nametljivim načinima. Ukazujući na praksu u predmetu *Dragojević*, istakao

54 ESLJP: *Bašić protiv Hrvatske*, predstavka br. 22251/13 od 25. oktobra 2016. godine. Pored navedenih, vid. još i odluke *Parazajder protiv Hrvatske*, predstavka br. 50049/12 od 1. marta 2018. godine i *Grba protiv Hrvatske*, predstavka br. 47074/12 od 23. novembra 2017. godine, kao i Odluku Ustavnog suda Srbije *Už-88/2008* od 1. oktobra 2009. godine.

je da nedostatak obrazloženja u nalogu istražnog sudije, zajedno s praksom domaćih sudova koja zaobilazi takav nedostatak obrazloženja retroaktivnim opravdavanjem primjene tajnog nadzora, nije bio u skladu sa mjerodavnim domaćim pravom i da stoga u praksi nisu osigurana odgovarajuća jemstva protiv raznih mogućih zloupotreba. Ustanovio je kršenje čl. 8. određujući se povodom tvrdnje aplikanta da su dokazi prikupljeni mjerama tajnog nadzora upotrijebljeni u postupku i da je to suprotno čl. 6 st. 1 Konvencije, sud je istakao da korišćenje kao dokaza saznanja pribavljenih povredom čl. 8, kao što se dogodilo u ovom predmetu, neće biti u sukobu sa zahtjevima pravičnosti ako je njihova upotreba u postupku bila praćena odgovarajućim proceduralnim jemstvima koja zahtijeva sudska praksa Suda (§ 43). Dodao je da ne pronalazi ništa što bi dovelo u sumnju pouzdanost i tačnost predmetnih dokaza. Uz navedeno, Sud je konstatovao da je sporni materijal bio odlučujući materijal na temelju koga je pokrenuti krivični postupak i da je, isto tako, bio od odlučujuće važnosti za osudu aplikanta. I pored toga, Sud je konstatovao da taj element nije odlučujući činilac u ocjeni o pravičnosti postupka u cjelini. Ukazao je i to da će relevantnost postojanja drugih dokaza, osim onih koji se osporavaju, zavisiti od okolnosti pojedinih predmeta. U konkretnom, kada je sadržaj snimaka predstavljao tačne i pouzdane dokaze, potreba za daljim dokazima bila je u skladu sa time i slabija (§ 48). Na temelju izloženog, ustanovljeno je da nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Posebne dokazne radnje su, nesporno, nužno sredstvo u borbi protiv organizovanog kriminala. Pa ipak, sa druge strane, sigurno je da po stepenu ugrožavanja, predstavljaju najinvazivniju radnju u korpus ljudska prava. Iz samo prethodno navedenog može se zaključiti u kojoj mjeri su ambivalentne. No, bez obzira na to čini se da možemo sa nemalom sigurnošću reći da sud (nikad) ne vrši ponderizaciju ovih, dakako oprečnih, interesa. Kada je u pitanju referentni srpski legislativni okvir, sem nekih tehničkih nepreciznosti ne možemo uputiti nijednu ozbiljniju kritiku. S druge strane, na osnovu izvršene analize možemo zaključiti kakav je odnos nacionalnih sudova prilikom obrazlaganja ovih radnji. U najmanju ruku, nedovoljan i stereotipan. Iako dužni i pozvani od strane zakonodavca da obrazlažu sve elemente iz čl. 161 ZKP-a, to se nažalost u praksi ipak ne čini. Nasuprot tome, obično se samo prepisu zakonske odredbe, a osnov sumnje se pri tom obrazlaže pukim navođenjem materijala u spisima (bez posebne analize istog u pravcu da li postoji osnov sumnje). Uz to, usudićemo se da tvrdimo da se nikada (ili barem, vrlo rijetko) ne analizira njihova primjena sa aspekta supsidijarnosti. Ovakvo postupanje bezmalo je nezakonito. Treba dodati da je proces donošenja naredbe, takoreći, jednostranački postupak (odlučuje se samo o predlogu tužilaštva, pri čemu se druga strana ne konsultuje o tome), a čije dejstvo „pogađa” drugu stranu. Ovo je doduše nužna posljedica ovih radnji i tome se ništa ne može prigovoriti. Međutim, upravo ovaj karakter postupka ističemo kako bismo dodatno argumentovali potrebu za detaljnim i suvislim obrazloženjem takvih naredbi.

Što se tiče ESLJP, ovaj sud je afirmisao praksu prema kojoj, u slučaju da je naredba o aplikaciji ovih radnji bila nezakonita, (samo) konstatuje povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Nije nažalost (još uvijek) spreman da ustanovi i kršenje prava na pravično suđenje. Kažemo, nažalost iz prostog razloga što ovaj sud, bez dovoljno jake argumentacije, aminuje rad nacionalnih službi koji je nezakonit. Takvom jurisprudencijom šalje jasnu poruku nacionalnim sudovima da mogu da donose nezakonite⁵⁵ naredbe (a iz njihove prakse bi proizlazilo da je to moguće i bez naredbe⁵⁶ ili u nedostatku zakonskog ovlašćenja), i da će pored toga takva presuda opstati.⁵⁷ Ukoliko bismo tražili adekvatnu a lapidarnu sentencu kojom bismo izrazili ovakvo postupanje, to bi bila „*Cilj ne bira sredstva*”!

Prilikom razmatranja da li je došlo do kršenja čl. 6 st. 1 EKLJP u vezi sa upotrebom ovakvih dokaza u postupku, Sud kao relevantne uzima okolnosti poput toga: 1) da li je materijal koji je proistekao iz takvih naredbi pouzdan, 2) da li je okrivljeni imao mogućnost da ospori autentičnost i zakonitost mjera, 3) da li su se sudovi (kako god) izjasnili na takve primjedbe i 4) da li su ti materijali bili jedini dokaz protiv okrivljenog. U vezi sa poslednjim elementom valja primijetiti da je, generalno bez pravnog značaja. Ovo iz razloga što je u nekim predmetima Sud konstatovao da je to bio jedini dokaz na kome se zasniva osuda, a u nekim nije. I pored toga, rezultat je uvijek bio isti. Suđenje je bilo pravično.⁵⁸

Iako smo u potpunosti saglasni sa rezonovanjem Suda u analizi povrede čl. 8 EKLJP, takvo mišljenje ne dijelimo sa njegovim stavovima kada je u pitanju povreda čl. 6 st. 1 EKLJP. Naše razmišljanje je u tom aspektu u cjelosti kompatibilno izdvojenom mišljenju sudija u predmetima *Schenk* i *Khan*.

Shodno svemu prethodno rečenom, možemo opravdano postaviti sledeće pitanje: Da li je za aplikanta, u ovoj situaciji dobro rješenje da pred ESLJP postavi pitanje kršenja čl. 6 Konvencije ili bi za njega situacija bila mnogo bolja ukoliko samo kandiduje kao sporno kršenje čl. 8? Uzmimo da se situacija iz predmeta *Dragojević* desila pred crnogorskim sudovima. Naime, odredbom čl. 17 st. 2 Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore⁵⁹ je propisano da se sudska odluka ne može zasnivati na *dokazima koji su pribavljeni povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorima* (kurziv – K. P.) ili na *dokazima koji su pribavljeni povredama odredaba krivičnog postupka*, kao i drugim

55 Sud je u predmetu *Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), predstavka br. 63737/00 od 26. septembra 2002. godine, izričito naveo da „korišćenje na suđenju materijala pribavljenih bez valjanog zakonskog osnova ili na *nezakonit način* (kurziv – K. P.) neće u načelu prekršiti standard pravičnosti sadržan u stavu 1 člana 6 tamo gdje postoje valjani procesni zaštitni mehanizmi i gdje priroda i izvod dokaznih materijala nisu pod sumnjom...”. Cit. prema: J. McBride: *op. cit.*, 217.

56 „Kako je u konkretnom slučaju, snimka razgovora sačinjena bez odobrenja istražnog suca, bez znanja optuženika da se njegov razgovor snima i bez njegovog pristanka na snimanje, dakle protivno zakonskim propisima, to se takva snimka, a time i prijepis te snimke ima smatrati nezakonitim dokazom... i kao takav izdvojiti iz spisa predmeta, jer se sudska odluka ne može temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način” Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, *I Kž. 252/08* od 12. marta 2008. godine. Cit. prema: A. Garačić: *op. cit.*, p. 234.

57 Upor. G. L. Davies: *op. cit.*, p. 246.

58 Za suprotno, vid.: J. Messe: *op. cit.*, p. 307.

59 Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore (“*Službeni list CG*”, br. br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – odluka US, 2/2015 – odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon i 28/2018 – odluka US).

dokazima za koje se iz njih saznalo, niti se takvi dokazi mogu koristiti u postupku. Dakle, u situaciji kada bi ESLJP konstatovao povredu čl. 8 EKLJP, to bi značilo da je nacionalna presuda zasnovana na dokazima koji su pribavljeni povredama ljudskih prava (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), pa bi uz takvu presudu ESLJP, otkriveni mogao u nacionalnim okvirima izdejsstvovati ponavljanje krivičnog postupka s pozivom na odredbu čl. 424 st. 1 tač. 6 crnogorskog ZKP-a. U tom slučaju nacionalni sud bi ovakav dokaz na temelju citirane zakonske odredbe morao izdvojiti iz spisa predmeta. Međutim, cijenimo da to ne bi bilo moguće ukoliko bi ESLJP konstatovao da je postupak bio pravičan (da nije došlo do kršenja čl. 6 EKLJP). Potonje, iz razloga što bi na taj način došlo do kontradikcije između presude nacionalnog i odluke međunarodnog suda, što ne bi bilo dozvoljeno.

U konačnom, zaključićemo sa mišlju *Feješa*, koji je istakao da je odstranjenje protivpravnog dokaza u postupku neminovno, jer bi u suprotnom i država postupala protivno pravu, pa bi se na taj način izjednačila sa licem protiv koga ona sama vodi postupak zbog povrede pravnih normi.⁶⁰ Država bi time, nastavlja on, izgubila moralno pravo da kažnjava druge, tj. svoje građane zbog povrede pravnih normi.⁶¹

LITERATURA

- Arnold R. S. /1987/: Caught in a Wiretap: The ethical and evidentiary dangers of using illegally obtained evidence, *Family Advocate*, Vol. 10, n° 1, Special issue on Evidence.
- Burke C. K. /1981/: Secret Surveillance and the European Court of Human Rights, *Stanford Law Review*, Vol. 33, n° 6.
- Dajović G., Spaić B. /2019/: Doktrina „četvrte instance” i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, n° 3.
- Davies L. G. /2002/: The Exclusion of Evidence Illegally or Improperly Obtained: An Unsatisfactory Answer to an Unstated Question, *Journal of Financial Crime*, Vol. 9 Iss. 3.
- Feješ I. I. /2015/: Sistem izuzetaka od primene „teorije ploda otrovnog drveta”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n° 2.
- Garaić A. /2014/: *Zakon o kaznenom postupku: Pravni lijekovi*, Rijeka.
- Glušić S. /2012/: Posebne dokazne radnje, *Policija i sigurnost (Zagreb)*, godina 21, n° 3.
- Grubač M., Vasiljević T. /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema Zakoniku iz 2011. godine*, trinaesto izdanje, Beograd.
- Grubač M., Vučković B. /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat.
- Ilić P. G. /2011/: Pravo na obrazloženu sudsku odluku, *Crimen (II)*, n° 2.
- Ilić P. G. /2015/: O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (Đ. Ignjatović, prir.), Beograd.
- Ilić P. G., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A. /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema stanju zakonodavstva od 7. maja 2015. godine*, osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.

60 I. I. Feješ: *op. cit.*, p. 522.

61 I. I. Feješ: *op. cit.*, p. 522.

- Karas Ž., Jukić M. /2009/: Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 16, n° 2.
- Kovačević M. /2014/: Tajni nadzor komunikacije – usklađenost sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXII, n° 2.
- Krapac D. /2000/: *Kazneno procesno prava: Knjiga prva – Institucije*, Zagreb.
- McBride J. /2009/: *Human rights and criminal proceedings – The Case Law of European Court of Human Rights*, First Edition, Council of Europe, Strasbourg.
- Meese J. /2017/: The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview, *ERA forum*, n° 18.
- Mole N., Harby C. /2006/: *The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg.
- Obradović B., Župan I. /2011/: „Plodovi otrovne voćke” u hrvatskom i poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, n° 1.
- Paunović N. /2019/: Simulovani poslovi kao posebna dokazna radnja u srpskom krivično-procesnom pravu – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, elektronski dodatak – studentski radovi.
- Plazinić M., Stojković M. /2015/: Primena posebnih dokaznih radnji i mehanizmi njihove kontrole – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ur.), n° 28.
- Skakavac Z., Skakavac T. /2017/: Krivičnoprocesna regulacija posebnih dokaznih radnji u Republici Srbiji i njihova primena u savremenoj praksi, *Civitas*, 7(2).
- Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z., Kolarić D. /2010/: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd.
- Šikman M. /2017/: Posebne istražne radnje i odluke Evropskog suda za ljudska prava, *RKK*, n° 1.
- Škulić M. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica.
- Škulić M. /2012/: *Krivično procesno pravo*, peto izdanje, Beograd.
- Škulić M. /2015/: Tajni audio i video nadzor kao posebna dokazna radnja u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ur.), n° 28.
- Vasiljević T. /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Vitkauskas D., Dikov G. /2017/: *Protecting the right to a fair trial under European Convention of Human Rights: A Handbook for legal practitioners*, Second edition, Strasbourg.

*Krsto Pejović**

Basic Court of Podgorica

*Nina Paović***

Agency for Prevention of Corruption of Montenegro

THE RIGHT TO A REASONED ORDER ON
DETERMINATION OF SPECIAL EVIDENTIARY ACTIONS
AND (CRITICAL) REVIEW OF THE PRACTICE OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

Increasingly dangerous, and internationally distributed, (organized) crime has caused the need for states to find adequate means to put an end to all this. Of course, today, as many years before, we can hear that criminals are „*one step ahead of the state*.” That, when we look at the situation around us, is unfortunately not far from the truth. However, faced with this problem, states at the normative level, in order to anticipate criminal behavior, as well as, if the crime has already been committed, to reliably identify the perpetrators, stipulate (beside general evidentiary actions) special evidentiary actions / techniques in national legislation. That is quite legitimate. However, when the state prescribes certain rules, or conditions under which certain (evidentiary) actions must be taken, then it is more than unusual that state does not respect what it has prescribed. In the following lines, we were dealing with special evidentiary actions, predominantly the general characteristics of the same and in connection with them the practice of the ECtHR. All this with the aim of trying to present (from our point of view) a plausible practice, with the hope that we will break with the previous one, which in our opinion is not good.

Key words: Special evidentiary actions, Illegal evidence, Measures of secret surveillance, Right to a fair trial, Right to respect for private and family life.

* Candidate for a judge in the Montenegrin judicial system, krstop@yahoo.com

** Assistant Director, paovic.nina@yahoo.com