

Dr. sc. Ivan Ilić, vanredni profesor

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Dimitrije Andrejić, MA

Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

**ZAKONITOST DOKAZA PRIBAVLJENIH TAJNIM NADZOROM
KOMUNIKACIJE U SVETLU NOVIJE PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA
LJUDSKA PRAVA**

Sažetak: Tajni nadzor komunikacije, kao jedna od posebnih dokaznih radnji, podrazumeva konspirativnost. To znači da lice, prema kome se ona primenjuje, nije obavešteno o tome. Opservacijom komunikacije, s ciljem otkrivanja izvršenja krivičnih dela, često se dolazi do informacija koje nisu prvobitno obuhvaćene naredbom za izvršenje. To mogu biti informacije o licima, koja u trenutku primene mere tajnog nadzora, nisu osumnjičeni. Stoga se postavlja pitanje zakonitosti dokaza, ako se takozvani slučajni nalaz upotrebi kao osnova za pokretanje krivičnog postupka i ako se sadržina mere tajnog nadzora komunikacije kasnije koristi u tako pokrenutom krivičnom postupku. Evropski sud za ljudska prava je u presudi u slučaju Contrada protiv Italije apostrofirao važnost i nužnost postojanja dovoljnih i efikasnih mehanizama zaštite pojedinca kod primene mere tajnog nadzora komunikacije, osobito kada se ova mera primenjuje na lica koja nemaju svojstvo osumnjičenog u krivičnom postupku. Autori će u radu ukazati na moguće implikacije ove odluke na pitanje zakonitosti dokaza u krivičnom postupku, pribavljenih tajnim nadzorom komunikacije.

Ključne reči: ESLJP, EKLJP, tajni nadzor komunikacije, nezakoniti dokazi, krivični postupak



1. Uvodna razmatranja

Kada odluka organa sudske vlasti o osnovanosti krivičnog pravnog zahteva države jeste činjenicama utemeljena i na pravu zasnovana, možemo reći da je dostignut potrební legitimitet ekskluzivnog prava države na kažnjavanje (*iuspuniendi*).¹ Ipak, standardne procesne forme dokazivanja ne čine se podesnim za efikasno suzbijanje krivičnih dela poput, *inter alia*, terorizma, korupcije, kao i krivičnih dela organizovanog kriminala. Posledično tome, zakonski tekstovi zakonika o krivičnom postupku, širom sveta, poznaju posebne dokazne radnje.² Posebne dokazne radnje neki autori razumeju kao posebna sredstva kojima se uz primeni savremene tehnike osigurava uspešno otkrivanje, dokazivanje i suzbijanje teških krivičnih dela, ali je bitno istaknuti da se primenom posebnih dokaznih radnji zadire u osnovna ljudska prava i slobode lica prema kome se primenjuju ove dokazne radnje, poput prava na privatnost.³

Međutim, imajući u vidu činjenicu da se posebnim dokaznim radnjama zadire u osnovna ljudska prava lica prema kojima se primenjuju ove radnje⁴, zakonopisac određuje opšta pravila o posebnim dokaznim radnjama koje za cilj imaju obezbeđenje strogog legaliteta prilikom primene posebnih dokaznih radnji. Opšta pravila o posebnim dokaznim radnjama obuhvataju: krivična dela za koja se primenjuju, uslove materijalnopravnog karaktera za primenu posebnih dokaznih radnji, postupanje sa prikupljenim dokazima, regulisanje pitanja „*slučajnog nalaza*“ i tajnost prikupljenih podataka.⁵

Naravno da osim posebnog i neposrednog cilja kome se teži najpre propisivanjem, zatim i primenom posebnih dokaznih radnji jeste potrebno da posebne dokazne radnje teže i ostvarenju opšteg cilja krivičnog postupka. Članom 1 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije⁶ zakonopisac jasno određuje cilj krivičnog postupka na taj način što normira da je cilj krivičnog postupka da niko nevin ne bude osuđen, a da se učinocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka.⁷ Iz ovako određenog cilja krivičnog postupka jasno je da zakonito i pravično sprovedeni krivični postupak predstavlja *conditio sine quanon* za ostvarenje cilja krivičnog postupka. Dakle, smetnja na putu utvrđenja odlučnih činjenica u krivičnom postupku na zakonit način i donošenja zakonite i pravilne sudske odluke o osnovanosti krivičnog pravnog zahteva svakako jesu nezakoniti dokazi, koje možemo podeliti na nezakonite dokaze *strictosensu* i nezakonite dokaze koji to jesu zbog činjenice da su pribavljeni nedozvoljenim

¹Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2019, str. 258

²Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2014, str. 327

³*Ibid.*

⁴Treba ukazati na činjenicu da objekt primene ovih radnji nije ekskluzivno okrivljeni u krivičnom postupku, već se ove mere mogu odrediti i prema drugim licima u krivičnom postupku, pa čak i van krivičnog postupka.

⁵Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2019, str. 327

⁶Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - odluka US i 62/2021 - odluka US

⁷Čl. 1. Zakonika o krivičnom postupku

dokaznim sredstvom.⁸ Pritom, s pravom se kao nezakoniti dokazi posmatraju i oni dokazi koji su prikupljeni posebnim dokaznim radnjama, kada nisu ispoštovana opšta pravila o posebnim dokaznim radnjama ili kada je primena takvih posebnih dokaznih radnji usled neke nevaljanosti dovela do povrede osnovnih ljudskih prava i sloboda lica prema kome su ove radnje primenjene.

Kada govorimo o nezakonitim dokazima, na prvom mestu treba ukazati na zakonsko određenje pojma nezakonitih dokaza. Konkretno, iz člana 16. st. 1. Zakonika o krivičnom postupku jasno vidimo da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su, neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonom ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza.⁹ Potpuni značaj ovako formulisanoog člana 16 Zakonika o krivičnom postupku dolazi do izražaja onda kada ovaj član dovedemo u vezu sa članom 84 Zakonika o krivičnom postupku kojim se normira da dokazi koji su pribavljeni protivno članu 16. st. 1. ovog zakonika ne mogu biti korišćeni u krivičnom postupku.¹⁰ Takođe, članom 84 Zakonika o krivičnom postupku određuje se da se nezakoniti dokazi izdvajaju iz spisa predmeta, stavljaju u poseban zapečaćeni omot i čuvaju kod sudije za prethodni postupak do pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, te se tek nakon toga uništavaju o čemu je potrebno sastaviti poseban zapisnik.

Nezakoniti dokazi se u krivičnom procesnom pravu, odnosno u krivičnom postupku mogu javiti na dvojaki način. Pre svega reč je o dokazu koji je pribavljen iz dokaznih sredstava predviđenih Zakonikom o krivičnom postupku, s tim da je to učinjeno na nezakoniti način.¹¹ Sa druge strane, teorija krivičnog procesnog prava poznaje i promišljanja o nezakonitom dokaznom sredstvu, koje bi, dakle, bilo protivno opštem pravnom poretku jedne države.¹² Takođe, pojedini autori ukazuju i na podelu nezakonitih dokaza prema kriterijumu dejstva tih nezakonitih dokaza, te se posledično u tom smislu nezakoniti dokazi mogu podeliti na nezakonite dokaze apsolutnog karaktera i nezakonite dokaze relativnog karaktera. U nezakonite dokaze apsolutnog dejstva možemo svrstati sve neposredne i posredne uticaje na slobodnu volju okrivljenog.¹³ Posebno pitanje koje imperativno mora biti postavljeno kada se razmatra pitanje nezakonitih dokaza jeste na koji način će organ postupka postupati sa prikupljenim nezakonitim dokazima u toku trajanja krivičnog postupka. Konačno, potpuno i adekvatno regulisanje ovog značajnog pitanja krivičnog procesnog prava nemoguće je bez analize standarda Evropske konvencije o ljudskim pravima¹⁴, odnosno bez implementacije onih standarda koji su proizašli iz jurisprudencije Evropskog suda za ljudska prava.

⁸Dimitrije Andrejić, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku dobijeni primenom torture prema okrivljenom – pravo i praksa*, Niš, 2024, str. 170

⁹Čl. 16. Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

¹⁰Čl. 84. Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

¹¹Ivan Ilić, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku*, Štip, 2015, str. 152

¹²Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, str. 209

¹³Ivan Ilić, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku*, Štip, 2015, str. 152

¹⁴Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 1950

2. Primena mere tajnog nadzora komunikacije u krivičnom postupku Republike Srbije

Brojni, ako ne gotovo i svi procesni zakoni u Evropi sadrže odredbe kojima se u manjem ili većem obimu reguliše mera tajnog nadzora komunikacije, te Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije ne pravi izuzetak u tom smislu. Suština ove posebne dokazne radnje se ogleda u nadzoru i snimanju komunikacije koja se obavlja putem telefona ili drugih tehničkih sredstava ili nadzor elektronske ili druge adrese osumnjičenog i zaplenu pisama i drugih pošiljki.¹⁵ Jasno je da se primenom ovakve mere zadire u pravo na privatnost i prepisku lica prema kome je ona određena, međutim pojedini autori smatraju da, ukoliko u svakom konkretnom slučaju ovlašćeni organ koji primenjuje ovu meru poštuje unapred postavljene zahteve strogog legaliteta izražene kroz opšta pravila o posebnim dokaznim radnjama, neće se *a priori* dovoditi u pitanje poštovanje prava na privatnost.¹⁶

Mera tajnog nadzora komunikacije se određuje odlukom suda, u formi naredbe, za čije donošenje je funkcionalno nadležan sudija za prethodni postupak. Naredba nužno mora sadržati raspoložive podatke o licu prema kojem se tajni nadzor komunikacije određuje, zakonski naziv krivičnog dela, označenje poznatog telefonskog broja ili adrese osumnjičenog, odnosno telefonskog broja ili adrese za koju postoje osnovi sumnje da je osumnjičeni koristi, razloge na kojima se zasniva sumnja, način sprovođenja, obim i trajanje posebne dokazne radnje.¹⁷ Tajni nadzor komunikacije može trajati tri meseca, međutim se zbog neophodnosti daljeg prikupljanja dokaza može produžiti najviše za tri meseca. Sa druge strane ako govorimo o krivičnim delima iz člana 162. stav 1. tačka 1. ovog Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije¹⁸ tajni nadzor može se izuzetno produžiti još najviše dva puta u trajanju od po tri meseca. Sprovođenje nadzora se prekida čim prestanu razlozi za njegovu primenu.¹⁹

Za sprovođenje mere tajnog nadzora komunikacije nadležna je policija, Bezbednosno-informativna agencija (BIA) ili Vojno-bezbednosna agencija (VBA).²⁰ Organ koji sprovodi meru tajnog nadzora komunikacije ima dužnost da sačinjava dnevne izveštaje koji se zajedno sa prikupljenim snimcima komunikacije, pismima i drugim pošiljkama koje su upućene osumnjičenom ili koje on šalje dostavljaju sudiji za prethodni postupak i javnom tužiocu na njihov zahtev. Poštanska, telegrafska i druga preduzeća, društva i lica registrovana za prenošenje informacija dužna su da državnom organu koji izvršava naredbu, omoguće sprovođenje nadzora i snimanja komunikacije i da, uz potvrdu prijema, predaju pisma i druge pošiljke.²¹

¹⁵Čl.166 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

¹⁶Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, 2011, str. 1001

¹⁷Čl.167 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

¹⁸Reč je o krivičnim delima za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti

¹⁹Milan Škulić, *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije: novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd 2013, str. 54

²⁰Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2019, str. 333

²¹Čl.168 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

Ukoliko u toku sprovođenja tajnog nadzora komunikacije dođe do saznanja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj ili adresu, državni organ koji izvršava naredbu će proširiti tajni nadzor komunikacije i na taj telefonski broj ili adresu i o tome će odmah obavestiti javnog tužioca. Po prijemu obaveštenja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj ili adresu, javni tužilac će odmah podneti predlog da se naknadno odobri proširenje tajnog nadzora komunikacije. O podnetom predlogu odlučuje sudija za prethodni postupak u roku od 48 časova od prijema predloga i o tome sastavlja belešku u zapisniku. Ako usvoji predlog sudija za prethodni postupak će naknadno odobriti proširenje tajnog nadzora komunikacije, a ako odbije predlog, materijal koji je prikupljen tom prilikom se uništava.²²

Tehnički snimci kao i presretnuta komunikacija mogu se koristiti kao dokaz u krivičnom postupku, uz prethodnu obavezu poštovanja svih zakonom predviđenih uslova za sprovođenje posebnih dokaznih radnji i konkretnih zakonskih uslova za sprovođenje mere tajnog nadzora komunikacije. Ukoliko nije u konačnici ispoštovan zahtev strogog legaliteta neophodno je doneti rešenje o izdvajanju zapisnika o nezakonito prikupljenim dokazima iz sudskih spisa i uništiti ih nakon pravnosnažnog okončanja krivičnog postupka, jer kako je već navedeno, na dokazima koji su prikupljeni na nezakoniti način se ne može zasnivati sudska odluka.²³

Pritom, ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom delu ili učiniocu koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na krivično delo iz člana 162. ovog zakonika.²⁴ Takođe, posebno pitanje koje se mora postaviti jeste pitanje zakonitosti dokaza, ako se takozvani slučajni nalaz upotrebi kao osnova za pokretanje krivičnog postupka i ako se sadržina mere tajnog nadzora komunikacije kasnije koristi u tako pokrenutom krivičnom postupku, jer u praksi česta je situacija da se primenom mere tajnog nadzora komunikacije dođe do informacija koje nisu prvobitno obuhvaćene naredbom za izvršenje. S obzirom da posebne dokazne radnje iziskuju poštovanje strogog legaliteta, koji *inter alia* podrazumeva predviđanje tačno određenih krivičnih dela za koja se može primeniti neka od posebnih dokaznih radnji, autori zaključuju da takozvani slučajni nalaz nikako ne može odgovoriti zahtevu zakonitosti dokaza ukoliko on bude upotrebljen za pokretanje krivičnog postupka i ako se sadržina mere tajnog nadzora komunikacije kasnije koristi u tako pokrenutom krivičnom postupku, za ona krivična dela za koja se uopšte ne mogu primeniti posebne dokazne radnje.

Dakle, Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, iako na detaljan način reguliše pitanje mere tajnog nadzora komunikacije, evidentno da ne poznaje odredbe kojima nameće obavezu organu postupka da obavestilica prema kojima je mera tajnog nadzora sprovedena, ukoliko ne dođe do pokretanja krivičnog postupka. Na ovaj način, zakonopisac lišava takva lica mogućnosti da osporavaju zakonitost i neophodnost primene mere tajnog nadzora komunikacije, što predstavlja neusklađenost sa standardima Evropske konvencije o ljudskim pravima i praksom Evropskog suda za ljudska prava.

²²Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2014, str. 334

²³Saša Knežević, *Zaštita privatnosti osumnjičenog u svetlo novih zakonskih rešenja*, Beograd, 2005, str. 187

²⁴Čl. 164 Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije

Međutim, u perspektivi će ovaj problem biti rešen, tako što se Nacrtom zakona o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, konkretno članom 73 predviđeno da o donošenju rešenja o uništavanju prikupljenog materijala sudija za prethodni postupak mora obavestiti lice prema kome je sprovedena posebna dokazna radnja iz člana 166. ovog zakonika ako je u toku sprovođenja radnje utvrđena njegova istovetnost i ako to ne bi ugrozilo mogućnost vođenja krivičnog postupka.

Ukoliko se u konačnici usvoji ovako formulisan predlog izmene člana Zakonika o krivičnom postupku kojim se reguliše pitanje postupanja sa materijalom prikupljenim tokom sprovođenja mere tajnog nadzora komunikacije, to bi predstavljalo važan iskorak ka harmonizaciji i usklađivanju odredbi nacionalnog prava sa standardima Evropske konvencije o ljudskim pravima i praksom Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu primene mere tajnog nadzora komunikacije.

3. Konsolidacija prakse Evropskog suda za ljudska prava u kontekstu mere tajnog nadzora komunikacije nakon slučaja *Contrada protiv Italije*

Posebno su važni standardi Evropskog suda za ljudska proizašli iz presude u predmetu *Contrada protiv Italije*²⁵, kojima Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu i: ESLJP) apostrofira važnost kao i nužnost postojanja dovoljnih i efikasnih mehanizama zaštite pojedinca kod primene mere tajnog nadzora komunikacije, izuzetno kada se ova posebna dokazna radnja primenjuje na lica koja u pokrenutom krivičnom postupku nemaju svojstvo osumnjičenog. Posebno su bitne moguće implikacije ove odluke Evropskog suda za ljudska prava na pitanje zakonitosti dokaza u krivičnom postupku, pribavljenih tajnim nadzorom komunikacije.

3.1. Činjenice slučaja

Bitan i značajan segment predstavke podnete Evropskom sudu za ljudska prava odnosi se na zakonitost presretanja telefonskih razgovora podnosioca predstavke, odnosno na zakonitost primenjene mere tajnog nadzora komunikacije prema licu koje u konkretnom slučaju nije imalo svojstvo osumnjičenog u krivičnom postupku. U konkretnom slučaju podnosilac predstavke je bio bivši visoki policijski službenik i zamenik direktora civilnih tajnih službi. Dana 15. decembra 2017. godine, Sudija za prethodni postupak, u okviru pokrenutih krivičnih postupaka u vezi sa ubistvom policajca A. A. odredio je primenu mere tajnog nadzora komunikacije prema podnosiocu predstavke, tačnije naredbom je obuhvaćeno pet telefonskih linija koje je koristio podnosilac predstavke iako podnosilac predstavke u pokrenutom krivičnom postupku nije imao svojstvo osumnjičenog. Prema navodima tužilaštva, istraga je pokazala da je ubijeni policajac bio deo ćelije tajne službe koja je radila na tajnom zadatku i imala za cilj da traga za pripadnicima mafije. S ciljem utvrđivanja relevantnih činjenica i identifikacije drugih članova pomenute ćelije, tužilaštvo je smatralo neophodnim, kakvo je mišljenje delio i sudija za prethodni postupak, da se vrši tajni nadzor komunikacije između navodno korumpiranih policajaca, s jedne strane, i podnosioca predstavke, s druge strane. Posebno je bitno istaknuti da je podnosilac predstavke, igrom slučaja,

²⁵*Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine

nakon čitanja naloga za pretres, saznao da je prema njemu primenjena mera tajnog nadzora komunikacije, te da pre tog momenta nije imao nikakvih saznanja o tome, što je ESLJP posebno cenio.

3.2. Odluka Evropskog suda za ljudska prava

Podnosilac predstavke je u konkretnom slučaju tvrdio da odluka kojom se određuje primena mere tajnog nadzora komunikacije, najpre nije imala pravni osnov. U prilog ovoj tezi govori činjenica da procesni zakon ne ukazuje na kategorije lica prema kojima se može primeniti mera tajnog nadzora komunikacije, što je u neskladu sa nužnim kriterijumom predvidivosti zakona, te se posledično dovodi u pitanje kvalitet nacionalnog procesnog zakonodavstva u Italiji. Dakle, ESLJP morao je svojom odlukom dati odgovor na pitanje da li je mogućnost određivanja mere tajnog nadzora komunikacije prema licima koja nemaju svojstvo optuženog, ni osumnjičenog u krivičnom postupku u skladu sa standardima Evropske konvencije o ljudskim pravima. Posebno pitanje koje je okupiralo pažnju Evropskog suda za ljudska prava u ovom slučaju, čini se i možda bitnije od prethodnog, jeste nužnost postojanja dovoljnih i efikasnih mehanizama zaštite pojedinca kod primene mere tajnog nadzora komunikacije.

Evropski sud za ljudska prava, temeljan u svom odlučivanju, najpre je morao utvrditi da li je uopšte u slučaju *Contrada* protiv Italije došlo do mešanja u privatni životi prepisku podnosioca predstavke time što je prema njemu određena mera tajnog nadzora komunikacije. Pitanja poput ovih i slična ovom, ESLJP je već imao prilike da razmatra u svojoj praksi, pa tako zaključuje da presretanje privatnih komunikacija putem radio-prenosnih uređaja i video odnosno audio snimaka, kao i transkripcija tako dobijenih podataka i njihova moguća upotreba u kontekstu krivičnog postupka, nesumnjivo predstavlja mešanje državnih vlasti u poštovanje privatnog života i prepiske zagarantovanog članom 8. stav 1. Evropske konvencije o ljudskim pravima.²⁶

Međutim, praksa Evropskog suda za ljudska prava pokazuje da zadiranje državnih vlasti u osnovna ljudska prava podnosioca predstavke ne dovodi *a priori* do povrede prava zagarantovanih Evropskom konvencijom o ljudskim pravima, što vidimo iz stava 2 člana 8 konvencije kojim je normirano da se javna vlast se ne meša u vršenje ovog prava, osim ako je takvo mešanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprečavanja nereda ili sprečavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.²⁷

Kako je već pomenuto, pitanje primene mere tajnog nadzora komunikacije već je razmatrano pred ESLJP, i to sa posebnim naglaskom na kvalitet zakona kojim se omogućava primena ove mere. U tom kontekstu, ESLJP vrlo često podseća, kao i u slučaju *Contrada* protiv Italije, da je u slučajevima kada se zakonodavstvo koje omogućava tajni nadzor osporava pred ESLJP, pitanje *zakonitosti* mešanja usko povezano sa pitanjem da li je zadovoljen kriterijum *neophodnosti*, zbog čega je nužno zajedničko razmatranje ova dva kriterijuma čijim se ispunjenjem potvrđuje da je primenjena mera tajnog nadzora komunikacije predviđena zakonom i neophodna.

²⁶*Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 82

²⁷Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, st. 2 čl. 8

Kvalitet zakona, dakle ogleda se u činjenici da domaće pravo ne samo da mora biti dostupno i predvidivo u primeni, već mora obezbediti da se mera tajnog nadzora komunikacije ima primenjivati samo kada je takva primena neophodna u demokratskom društvu.

Pritom, imperativ je obezbediti odgovarajuće i delotvorne zaštitne mehanizme protiv zloupotrebe primene jedne ovakve mere kojom se znatno zadire u privatni život i prepisku lica prema kome je primenjena mera.²⁸ U konkretnom slučaju, mera tajnog nadzora komunikacije određena je u skladu sa italijanskim Zakonikom o krivičnom postupku, iz čega proizilazi da je mešanje države imalo zakonskog odnosno pravnog osnova. Sa druge strane, u kontekstu predvidivosti zakona, ESLJP jasno podvlači da se ovaj zahtev ne može primeniti na tajni nadzor komunikacije na isti način kao na druge vrste mera ili posebnih dokaznih radnji.²⁹ Međutim, zakon mora biti dovoljno jasno napisan kako bi na odgovarajući način predvideo okolnosti i uslove pod kojima se može primeniti mera poput tajnog nadzora komunikacije.³⁰

Sledeće važno pitanje jeste postojanje dovoljnih i efikasnih mehanizama zaštite pojedinca kod primene mere tajnog nadzora komunikacije, koje ESLJP *inter alia* prepoznaje kao: definisanje kategorija osoba čija komunikacija može biti presretnuta, ograničavanje trajanja mera tajnog nadzora komunikacije, postupke za pregled, upotrebu i skladištenje podataka dobijenih merama tajnog nadzora komunikacije, mere koje treba preduzeti radi brisanja podataka nakon što više nisu relevantni u krivičnom postupku i procedure za nadzor ili autorizaciju takvih mera, kao i za obezbeđivanje naknade u slučaju zloupotreba primene mere tajnog nadzora komunikacije.³¹

Ovakav stav ESLJP ponavlja u nizu presuda, dok je slučaj Klas i drugi protiv Nemačke svakako jedan od značajnih, upravo zbog postavljenog zahteva adekvatne kontrole primene mere poput tajnog nadzora komunikacije.³² Evropski sud za ljudska prava, dakle podseća da sudsko odobrenje za sprovođenje mere tajnog nadzora komunikacije, iako *per se* ne garantuje zakonitost ove mere, ono predstavlja važnu zaštitu protiv proizvoljnosti u primeni, ali i doprinosi ograničavanju diskrecionih ovlašćenja organa postupka koji primenjuje zakon formulisan na opšti način.³³

U konkretnom slučaju, Zakonik o krivičnom postupku Italije dovoljno precizno određuje osobe prema kojima se može primeniti mera tajnog nadzora komunikacije, kao i okolnosti i uslove pod kojima se takva mera može primeniti,³⁴ te je ESLJP stao na stanovište da nacionalni zakon ispunjava zahtev predvidivosti tražen Konvencijom u

²⁸*Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od dana 04.12.2015. godine, para. 236

²⁹*Drakšas v. Lithuania*, predstavka br. 36662/04, presuda od dana 31.07.2012. godine, para.67

³⁰*Weber and Saravia v. Germany*, predstavka br. 54934/00, odluka od dana 29.06.2006. godine, para. 93

³¹*Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od dana 04.12.2015. godine, para. 238-244

³²Ivan Ilić, *Uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na savremeni krivični postupak*, Niš, 2023, str. 272

³³*Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od dana 04.12.2015. godine, para. 249

³⁴*Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 87-88

specifičnom kontekstu presretanja komunikacije.³⁵ Pritom, italijanski Zakonik o krivičnom postupku određuje koja krivična dela opravdavaju primenu mere tajnog nadzora komunikacije, obim primene mere, maksimalno trajanje mere, postupak za čuvanje, pregled, korišćenje, prenošenje i uništavanje presretnutih podataka, kao i slučajeve zabrane upotrebe i objavljivanja tih podataka.³⁶

Međutim, treba naglasiti da slučaj *Contrada* protiv Italije karakteriše jedna specifičnost koje se ogleda u tome da je mera tajnog nadzora komunikacije određena licu koje nije osumnjičeno za izvršenje krivičnog dela, odnosno ova lica nisu niti glavni, niti sporedni subjekt krivičnog postupka u okviru kojeg je mera tajnog nadzora komunikacije naložena i sprovedena. Sledstveno tome, postavlja se pitanje da li osobe prema kojima je određena mera tajnog nadzora komunikacije, koje nemaju svojstvo osumnjičenog u krivičnom postupku uživaju jednaku zaštitu odnosno da li su njima dostupni dovoljni i efikasni mehanizmi zaštite podesni da zadovolje kriterijume Evropskog suda za ljudska prava.

Italijanski zakon, u konkretnom slučaju, predviđa da strane u postupku moraju biti odmah obaveštene nakon okončanja primene mere tajnog nadzora komunikacije, te da imaju slobodan pristup snimcima i transkriptima, kao i svim relevantnim sudskim odlukama, kako bi, po potrebi, osporile zakonitost i opravdanost tih mera.³⁷ Jasno je da se ova odredba italijanskog Zakonika o krivičnom postupku ne primenjuje prema licima koja nemaju subjektivitet u krivičnom postupku, te ESLJP podseća da je pitanje naknadnog obaveštavanja o merama poput tajnog nadzora komunikacije neraskidivo povezano sa delotvornošću pravnih lekova i sa postojanjem efektivnih mehanizama zaštite protiv zloupotreba.³⁸ Jurisprudencija Evropskog suda za ljudska prava prepoznaje da je zahtev za naknadno obaveštavanje o merama tajnog nadzora komunikacije povezan sa praktičnom mogućnošću takvog obaveštavanja s obzirom na kontekst u kojem je tajni nadzor sproveden i činjenicom da li je obaveštavanje o primeni mere tajnog nadzora komunikacije preduslov za korišćenje pravnih lekova predviđenih domaćim pravom.³⁹

Podnosilac predstavke u slučaju *Contrada* protiv Italije, nakon što je slučajno i indirektno saznao za primenu mere tajnog nadzora komunikacije prema njemu, mogao je da inicira dobijanje relevantnih podataka u vezi sudske odluke kojom je ova mera određena, međutim, s obzirom da nije imao svojstvo osumnjičenog podnosilac predstavke nije imao datu mogućnost sudske kontrole nad sprovođenjem mere tajnog nadzora komunikacije prema njemu što nesumnjivo predstavlja nepostojanje važnog mehanizma zaštite od potencijalnih zloupotreba prilikom primene mere tajnog nadzora komunikacije.

Upravo ta činjenica navela je ESLJP na zaključak da italijanski Zakonik o krivičnom postupku ne obezbeđuje adekvatne i efektivne garancije zaštite osoba koje su predmet mere tajnog nadzora komunikacije, koje nisu osumnjičene za krivično delo, odnosno protiv kojih se ne vodi krivični postupak. Konkretno, nije predviđeno da te

³⁵ *Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 85

³⁶ *Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 22-32

³⁷ *Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 27

³⁸ *Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine, para. 93

³⁹ *Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od dana 04.12.2015. godine, para. 287-288

osobe imaju pravo da se obrate sudskoj vlasti kako bi ostvarile delotvornu kontrolu zakonitosti i nužnosti mere i po potrebi, dobile odgovarajuću naknadu. Imajući u vidu ove nedostatke, ESLJP nije mogao, a da ne zaključi da italijanski Zakonik o krivičnom postupku ne ispunjava zahtev kvaliteta zakona, što posledično znači da je došlo do povrede prava iz člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima.

4. Zaključna razmatranja

Tumačenjem odredbi nacionalnog prava Republike Srbije, ali i standarda proizašlih kroz jurisprudenciju Evropskog suda za ljudska prava dolazimo do zaključka dvojako postavljenog.

Prvo, informacije, podaci i druge činjenice koje su predmet takozvanog slučajnog nalaza ne mogu biti korišćene za pokretanje krivičnog postupka za ono krivično delo za koje se uopšte ne mogu primeniti posebne dokazne radnje, poput tajnog nadzora komunikacije. U suprotnom, takvo ekstenzivno tumačenje odredbi Zakonika o krivičnom postupku ne bi bilo podesno da odgovori zahtevu zakonitosti onako kako taj zahtev razume ESLJP, posebno u kontekstu „kvaliteta zakona“. Pritom, važeći Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije nalazi se u fazi reforme, kojom se pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih primenom mere tajnog nadzora komunikacije dodatno razrađuje. Međutim, već pomenutim izmenama i dopunama ZKP-a, iako se čini znajačan napredak ka usklađivanju odredbi nacionalnog prava sa standardima ESLJP u kontekstu primene mere tajnog nadzora komunikacije ipak ne možemo govoriti o poputnoj harmonizaciji, pogotovo ako posmatramo standarde iz odluke u slučaju Contrada protiv Italije. Ono što nedostaje jesu odredbe koje bi sveobuhvatno regulisale uslove, postupak, postupanje i kontrolu primene mere tajnog nadzora komunikacije prema licu koje nema svojstvo osumnjičenog u krivičnom postupku.

Drugo, tumačenjem odluke u slučaju Contrada protiv Italije, jasno se dolazi do zaključka da standardi Evropskog suda za ljudska prava zahtevaju jednaki tretman u kontekstu primene mera poput tajnog nadzora komunikacije, prema licima koja jesu osumnjičena u krivičnom postupku i lica protiv kojih se ne vodi krivični postupak, ali domaći sudovi nalaze potrebnim i relevantnim da se i prema njima sprovodi ovakva mera kojom se zadire u njihova osnovna ljudska prava i slobode. Sa druge strane, potrebno je postaviti pitanje da li utvrđena povreda ljudskih prava, kao u slučaju Contrada protiv Italije, kontaminira dokaze koji su pribavljeni merom tajnog nadzora komunikacije, odnosno da li takvi dokazi jesu zakoniti dokazi, te da li sa na njima može zasnivati odluka nacionalnog suda u krivičnom postupku.

Autori su mišljenja da će povreda ljudskog prava lica prema kome je primenjena posebna dokazna radnja – mera tajnog nadzora komunikacije, biti od presudnog značaja za utvrđenje nezakonitosti dokaza, koji su pribavljeni primenom mere tajnog nadzora komunikacije, onda kada određivanje, sprovođenje, ukidanje i nadasve kontrola takve mere ne prati standarde Evropskog suda za ljudska prava, s obzirom da se takvim merama direktno zadire u bit ljudskih prava, te bi svaka konvalidacija takvih dokaza nesumnjivo derogirala zahteve pravičnog postupka, ako civilizacijske tekovine.

LITERATURA:

Knjige i članci:

1. Dimitrije Andrejić, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku dobijeni primenom torture prema okrivljenom – pravo i praksa*, Niš, 2024 Pravni horizonti
2. Ivan Ilić, *Nezakoniti dokazi u krivičnom postupku*, Štip, 2015, Opšte stvenite promenti vo globalniot svet: zbornik, Vtora međunarodna naučna konferencija
3. Ivan Ilić, *Uticaj prakse Evropskog suda za ljudska prava na savremeni krivični postupak*, Niš, 2023, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu
4. Milan Škulić, *Osnovne novine u krivičnom procesnom pravu Srbije: novi Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine*, Beograd 2013, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
5. Momčilo Grubač, *Krivično procesno pravo*, Beograd, 2009, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu
6. Saša Knežević, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2019, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu
7. Saša Knežević, *Zaštita privatnosti osumnjičenog u svetlo novih zakonskih rešenja*, Beograd, 2005, Zbornik radova sa naučnog skupa „Novo krivično zakonodavstvo“, Udruženje za krivično pravo Srbije, Pravno istraživački centar
8. Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar zakonika o krivičnom postupku*, Beograd, 2011, Službeni glasnik
9. Vojislav Đurđić, *Krivično procesno pravo – opšti deo*, Niš, 2014, Pravni fakultet Univerziteta u Nišu

Pravni izvori:

1. Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim, 1950
2. Nacrt zakona o izmenama i dopunama zakonika o krivičnom postupku
3. Ustav Republike Srbije, ("Sl. glasnik RS", br. 98/2006 i 115/2021)
4. Zakonik o krivičnom postupku, „Sl. glasnik RS“, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - odluka US i 62/2021 - odluka US

Sudska praksa:

1. *Contrada v. Italy*, predstavka broj 2507/19, presuda od dana 23.05.2024. godine
2. *Drakšas v. Lithuania*, predstavka br. 36662/04, presuda od dana 31.07.2012. godine
3. *Roman Zakharov v. Russia*, predstavka br. 47143/06, presuda od dana 04.12.2015. godine
4. *Weber and Saravia v. Germany*, predstavka br. 54934/00, odluka od dana 29.06.2006. godine

Ivan Ilić, PhD, Associate Professor

Faculty of Law, University of Niš

Dimitrije Andrejić, MA

Faculty of Law, University of Niš

LEGALITY OF EVIDENCE OBTAINED BY SECRET SURVEILLANCE OF COMMUNICATIONS IN THE LIGHT OF RECENT PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary: Secret surveillance of communication, as one of the special evidentiary actions, implies conspiratorially. This means that the person to whom it applies has not been informed about it. Observation of communication, with the aim of discovering the execution of criminal acts, often leads to information that was not originally included in the execution order. This can be information about people who, at the time of application of the measure of secret surveillance, are not suspects. Therefore, the question of the legality of the evidence is raised, if the so-called accidental finding is used as a basis for initiating criminal proceedings and if the content of the secret communication surveillance measure is later used in such initiated criminal proceedings. The European Court of Human Rights in the judgment in the case of *Contrada v. Italy* emphasized the importance and necessity of the existence of sufficient and effective mechanisms for the protection of individuals when applying the measure of secret surveillance of communications, especially when this measure is applied to persons who do not have the status of a suspect in criminal proceedings. In the paper, the authors will point out the possible implications of this decision on the question of the legality of evidence in criminal proceedings, obtained through secret surveillance of communications.

Key words: ECtHR, ECHR, secret surveillance of communications, illegal evidence, criminal proceedings