

Funded
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL
OF EUROPE CONSEIL
DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe



PRIMENA SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA

PROJEKAT
ODUZIMANJE IMOVINSKE KORISTI STEČENE KRIVIČNIM DELOM U SRBIJI (CAR)

Funded
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL
OF EUROPE CONSEIL
DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Izdavač

Savet Evrope
Kancelarija u Beogradu
Španskih boraca 3, 11070 Beograd
www.coe.org.rs

© Savet Evrope, 2013.

Ova publikacija priređena je u okviru projekta „Oduzimanje imovinske koristi stečene krivičnim delom u Srbiji”, koji finansira Evropska unija a primenjuje Savet Evrope. Posebnu zahvalnost izražavamo ekspertima Saveta Evrope – Sambei, Bridger & Polaine. Izneta mišljenja se ne moraju nužno slagati sa zvaničnim stavovima Evropske unije i/ili Saveta Evrope.

Naslov originala

The Deployment of Special Investigative Means

Za izdavača

Antje Rothemund

Urednik

Silvija Panović-Đurić

Prevod

Alfa tim

Lektura i korektura

Jasna Žarković

Tiraž

500 primeraka

ISBN 978-86-84437-62-6

Priprema i štampa

Dosije studio, Beograd

PRIMENA SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA

Beograd
mart 2013.

Sva prava zadržana. Ni jedan deo ove publikacije ne može biti reprodukovan niti prenet u bilo kom obliku ni bilo kakvim sredstvima, elektronskim (CD-ROM, internet itd.) ili mehaničkim putem, uključujući fotokopiranje, snimanje i bilo kakav sistem za skladištenje podataka ili njihovo prenošenje bez prethodne pismene dozvole Saveta Evrope (Direktorat za komunikacije).

Za dodatne informacije obratite se na adresu:

Jedinica za saradnju u borbi protiv ekonomskog kriminala

Odeljenje za informaciono društvo i borbu protiv kriminala

DG I – Ljudska prava i vladavina prava

Savet Evrope

Email: contact.econcrime@coe.int

Internet: www.coe.int/economiccrime

SADRŽAJ

I. UVOD	7
II. ŠTA SU SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA?	12
III. SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA I OKVIR EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA	14
IV. SAŽECI PREDMETA KOJI SU NEDAVNO RAZMATRANI PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA A ODNOS SE NA SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA	26
V. TIPOVI SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA: PODROBNA ANALIZA	46
VI. SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA: MEĐUNARODNI INSTRUMENTI/STANDARDI I UZAJAMNA PRAVNA POMOĆ	82
VII. PRIMENA SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA I OSETLJIV/POVERLJIV MATERIJAL	89

1. UVOD

Krivične istrage o teškim delima organizovanog kriminala, korupcije ili privrednog kriminala tradicionalno su reaktivne prirode, što znači da se krivična dela istražuju pošto su počinjena. Takve istrage po pravilu podrazumevaju prikupljanje dokaza od svedoka da bi se ustanovile činjenice i okolnosti, oduzeli dokazni predmeti i predmeti izvršenja krivičnog dela i da bi se prikupili i povezali dokazi zasnovani na dokumentima, kao što su finansijski i drugi dokumenti.

Pokazalo se da su te istrage po pravilu delotvorne ako, na primer, postoje pouzdani svedoci koji su kadri da pruže uverljive dokaze, ili ako je osumnjičeni ili optuženi voljan da sarađuje s vlastima i da svedoči protiv svojih saučesnika u krivičnom delu, ili ako postoji detaljan „trag na papiru“ finansijskih transakcija.

Međutim, sve veća složenost / kompleksnost teškog organizovanog kriminala, korupcije i mnogih tipova privrednog kriminala vodi tome /dovela je do toga da često nema mnogo izgleda da se pojavi nezavisan svedok transakcije ili samog izvršenja krivičnog dela, kao i da oni koji su u kriminal umešani najčešće nisu voljni da „izađu iz kruga saučesnika“ i pomognu tužiocu (ili, ako i jesu voljni, nedostaje im kredibilitet pouzdanog svedoka). Osim toga, sva je prilika da raspoloživi dokazi zasnovani na pisanim ispravama nisu dovoljni da na temelju njih tužilac izgradi okosnicu svog slučaja.

Od reaktivne do proaktivne istrage: sve veći značaj specijalnih istražnih sredstava

Iz svih navedenih razloga i uz sve veću sposobnost policije da prikuplja i analizira dokaze, danas se u velikom broju zemalja često koristi proaktivna istraga za borbu protiv teškog kriminaliteta i protiv nedozvoljenih finansijskih aktivnosti. Kao što i samo ime kazuje, proaktivna istraga je ona istraga koja istražitelju pruža mogućnost da otkrije i onemogući osumnjičene u izvršenju njihovih kriminalnih radnji; pored toga, zahvaljujući proaktivnoj istrazi moguće je pribaviti dokaze i o ranijim (historic) krivičnim delima.

Priroda proaktivne istrage je takva da obično obuhvata korišćenje tajnih, intruzivnih tehnika. Taj pristup ne predstavlja novinu. Međutim, širom Evrope, u poslednjih 15 i više godina svedoci smo sve većeg oslanjanja na otkrivanje (nezakonitih radnji) zasnovano na obaveštajnim podacima, uz korišćenje navedenih tehnika. Tamo gde se pokazalo da nije moguće prikupiti dokaze koji se odnose na čvrsto povezane grupe organizovanog kriminala ili tamo gde se sumnja na mito u tesno povezanoj i izolovanoj komercijalnoj sferi, prikrivena istražna sred-

stva zaista mogu predstavljati jedini način koji istragu vodi napred (dokle god se njihova upotreba može opravdati).

Sada se došlo u fazu da sudovi u većini evropskih zemalja priznaju potrebu policije za korišćenjem prikrivene i, veoma često, intruzivne istražne tehnike. U sudskoj praksi je prihvaćeno da, u meri u kojoj kriminalci postaju sve veštiji i uspešniji / sposobniji, i sami metodi otkrivanja i istraživanja krivičnih dela moraju da se razvijaju i prilagođavaju. Slično tome, zahvaljujući brzom razvoju tehnologije, koji je omogućio mnoštvo novih načina za izvršenje krivičnih dela, promenila se (u Evropi i drugde) priroda policijskih operacija i operacija otkrivanja krivičnih dela, tako da se znatno veći naglasak stavlja na proaktivnu istragu zasnovanu na obaveštajnim podacima, pre svega korišćenjem „doušnika“ (ili „izvora“), prikrivenih agenata i drugih prikrivenih tehnika, kao što je nadzor, presretanje komunikacija i kontrolisanje isporuka. Drugačije rečeno, u samom središtu takvog detektivskog rada i istrage su tehnike koje se često zajednički označavaju kao specijalna istražna sredstva.

Prikrivene tehnike uređene su na niz različitih načina: postoje pravni sistemi koji predviđaju obavezu pribavljanja sudskog/tužilačkog odobrenja; pravni sistemi koji predviđaju obavezu pribavljanja odobrenja nadređenih lica u policijskoj upravi, ali i sistemi u kojima se predmetne aktivnosti uređuju i odobravaju putem „podzakonskih akata“, odnosno putem uputstava i pravila postupanja (bilo od strane tužioca ili nekog visokog policijskog službenika). Zbog toga se ovde mora naglasiti kako je potrebno da ta oblast bude uređena zakonom (jednim ili više njih), lako dostupnim, koji propisuje obavezu pribavljanja odobrenja od strane suda (ili, u najmanju ruku, režim koji podrazumeva sudsku kontrolu), imajući u vidu članove 6. i 8. Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Evropske konvencije).

Da bi država uspostavila delotvoran okvir za primenu specijalnih istražnih sredstava, i to takav koji istovremeno uvažava ljudska prava, nužan preduslov je potpuno razumevanje člana 8. Evropske konvencije i njegovog uticaja na unutrašnje pravo i praksu. Član 8. jemči pravo pojedinca na privatni i porodični život, poštovanje doma i prepiske. S druge strane, u praksi se brzo razvijaju sredstva kojima je moguće narušiti nečiju privatnost, zbog čega svako unutrašnje pravo, ako se želi da ono bude funkcionalno, mora da uspostavi ravnotežu između dvaju sukobljenih javnih interesa. S jedne strane postoji potreba za sprečavanjem teškog kriminaliteta, a s druge postoje ograničenja za delovanje države kada je reč o njenom mešanju u privatni život pojedinca.

Pravo na privatnost koje je utvrđeno članom 8. nije, međutim, apsolutno pravo. Evropski sud za ljudska prava dosledno zastupa stanovište da to pravo mora biti odmereno u odnosu na ograničenja koja su uvedena radi zaštite ostalih pripadnika društva.

Neminovno je i realno da prikrivene policijske operacije i specijalna istražna sredstva po samoj svojoj prirodi, podrazumevaju i izvestan stepen narušavanja privatnosti. Ako je moguće ustanoviti kršenje člana 8, onda će okrivljeni tvrditi da je upotreba takvih tehnika i oslanjanje na dokazni materijal koji je

prikupljen pomoću takvih tehnika nešto što ga lišava prava na pravično suđenje, koje je zajemčeno članom 6. Evropske konvencije. S druge strane, okrivljeni može tvrditi da, zbog same činjenice da je došlo do povrede privatnosti, dokazni materijal koji je prikupljen pomoću takvih tehnika treba da bude isključen od strane domaćeg suda ili da je nepravilno da krivični postupak u takvim okolnostima bude nastavljen.

Da bi uspešno pobili takva osporavanja, policijski organi treba da budu u mogućnosti da opravdaju upotrebu prikrivenih metoda, i to pozivajući se na osnovna načela na kojima počiva Evropska konvencija, naime na načelo zakonitosti (jasna, dostupna pravila u unutrašnjem pravu kao osnova za upotrebu specijalnih istražnih sredstava), neophodnost i srazmernost, uz istovremenu primenu odgovarajućih zaštitnih mehanizama koji sprečavaju zloupotrebu takvih metoda. Drugačije rečeno, lice koje odobrava upotrebu specijalnih istražnih sredstava (bilo da je reč o policijskom organu, tužiocu ili sudiji) mora da dokaže da je primenilo osnovna načela Evropske konvencije u procesu odlučivanja o primeni takvih metoda.

Finansijske istrage i primena specijalnih istražnih sredstava

Organi koji prikupljaju finansijsko-obaveštajne podatke ili vode odgovarajuće istrage priznaju izuzetnu važnost razvoja specijalnih istražnih sredstava. Priroda njihovih istraga često je takva da reaktivne istražne tehnike nisu kadre da proniknu u razrađene metode koje savremeni kriminalci koriste da bi sakrili svoju imovinu i sa njom povezane finansijske tragove.

Kada se preduzima neka finansijska istraga ili kada se pokušava ući u trag određenoj imovini, valja imati na umu da je jedan od ključnih ciljeva često identifikovanje fizičkog lica koje je stvarni vlasnik (krajnji korisnik), odnosno koje lično uživa tu imovinu, odnosno koje ima materijalni interes za nju. Da bi se to ustanovilo i prikupili dokazi o tome, istražitelj često mora da utvrdi ko stoji iza pravnog lica, kako bi utvrdio ko je stvarni vlasnik.

Najčešći vidovi ili tipovi dokaza i pravaca istrage – od koristi za nekoga ko se bavi finansijskim istragama, mogu se podeliti i pobrojati na sledeći način:

- finansijski dokazi
 - način/ stil života (na primer, gotovina / neprijavljeni prihod),
 - „zakonit“ prihod,
 - partneri, tj. ortaci (poslovni i društveni),
 - transferi sredstava;
- ulaženje u trag imovini
 - da li je bilo kupovine nekretnina ili robe, posebno velike vrednosti,
 - da li je imovina skrivena na nekoj ofšor destinaciji,
 - da li je korišćena pomoć partnera/trećih lica;
- kriminalno udruženje

- postoji li veza s drugim kriminalcima,
- nadzorom ili uz pomoć prikrivenih operativaca treba pribaviti dokaze o „načinu života“,
- posete partnerima (ortacima) u zatvoru,
- finansijski transferi,
- telefonski listinzi itd.;
- opšta prikrivena metodologija
 - korišćenje ljudskih resursa (dokazne i nedokazne prirode),
 - presretanje telefonskih poziva/imejllova,
 - pribavljanje listinga i otkrivanje eventualnih skrivenih tekstualnih poruka itd.,
 - rekonstruisanje fizičkog kretanja osumnjičenog na osnovu njegove upotrebe mobilnog telefona,
 - zadiranje u imovinu (npr. tajni pretresi);
- naredbe za dostavljanje dokumenata ili njihovi ekvivalenti: zasnovani na obaveštajnim podacima (time otvoreni za potonje preispitivanje od strane branilaca); finansijske ustanove/profesionalni savetnici; poverljiva/tajna/*ex parte* saslušanja.

Na osnovu svega navedenog jasno je da finansijska istraga, posebno kada se bavi privrednim kriminalom, korupcijom ili mrežom organizovanog kriminala treba da koristi širok spektar specijalnih istražnih sredstava, uključujući i sledeće:

- doušnike, *agente provokatore* i prikrivene agente,
- nadzor i praćenje (na svim nivoima, uključujući „uživo“ praćenje računara i internet nadzor),
- zadiranje u imovinu (uključujući prikriveno pretresanje prostorija itd.),
- presretanje telekomunikacija.

Od obaveštajnih podataka do dokaza

Manje više u svakom predmetu koji se odnosi na privredni kriminal, organizovani kriminal ili korupciju postoji predistražna faza u kojoj se dobijaju obaveštajni podaci ili informacije, koji se potom analiziraju i dalje razrađuju. Taj proces može biti jednostavan ili složen, ali u svakom slučaju postoji.

Važno je da se u ovoj raspravi o specijalnim istražnim sredstvima ne gubi iz vida sledeće:

- može se pokazati da ono što u početku predstavlja samo obaveštajni podatak treba pribaviti u vidu dokaza (bilo u tom trenutku, bilo u nekoj docnijoj fazi, zavisno od jurisdikcije i procesnih pravila o tome kada je moguće prikupljati dokaze);
- vrsta dokaza koja se na taj način pribavlja verovatno će biti posredna;

- primena specijalnih istražnih sredstava, bez obzira na to da li se koriste u predistražnoj/obaveštajnoj fazi ili fazi koja nastupa pošto je krivični predmet već formiran, mora imati osnovu u zakonu, za nju mora postojati propisno ovlašćenje i njihova primena mora biti i potrebna i srazmerna.

Zbog toga uvek treba obratiti pažnju na različite moguće izvore obaveštajnih podataka na temelju kojih je otvorena istraga i koji su potom analizirani i razrađivani. Ti obaveštajni podaci ili informacije mogli su da poteknu iz:

- postojeće krivične istrage,
- dela finansijske istrage, sprovedene posle izricanja osuđujuće presude za krivično delo,
- izveštaja o sumnjivoj aktivnosti,
- pristigle zamolnice za pružanje uzajamne pravne pomoći,
- ljudskih izvora,
- snimaka operacija nadzora/presretanja komunikacija,
- finansijskog profilisanja osumnjičenog (katastar, finansijske institucije, komunalna preduzeća, telefonske kompanije itd.),
- naredbe za praćenje računa ili sličnih rešenja (što zahteva od banaka ili sličnih institucija da pruže detaljne podatke o konkretnim transakcijama u određenom periodu, koji mogu biti dati „u realnom vremenu“);
- naredbe za davanje informacija o klijentu (*Customer Information Orders*).

II. ŠTA SU SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA?

Specijalna istražna sredstva su ona sredstva ili tehnike koji se koriste za prikupljanje dokaza i/ili obaveštajnih podataka ili informacija na takav način (tj. prikriveno/tajno) da oni koji su predmet istrage na to nisu upozoreni. Neminovno je da primena tih sredstava podrazumeva kršenje prava na poštovanje privatnog života, što oni koji sprovode tu operaciju ili izdaju ovlašćenje za njeno sprovođenje moraju da opravdaju.

Neki očigledni primeri specijalnih istražnih tehnika obuhvataju sledeće:

- kontrolisane isporuke (npr. u istrazi koja se vodi u sklopu borbe protiv prodaje droge);
- nadzor (uključujući elektronski nadzor);
- korišćenje prikrivenih agenata.

U tom smislu, treba posebno istaći sledeće definicije:

Tehnički nadzor, o kojem se ponekad govori kao o intruzivnom elektronskom nadzoru, izuzetno je sredstvo za istražitelja, ali je, potencijalno, veoma intruzivno pa samim tim, da ne bi došlo do njegove zloupotrebe, zahteva stroge zaštitne mehanizme. U većini pravnih sistema presretanje telekomunikacija, korišćenje prislušnih uređaja i korišćenje sredstava za praćenje potpadaju pod definiciju „elektronskog nadzora“.

Fizički nadzor i osmatranje, koji je po pravilu manje intruzivan od tehničkog nadzora, obuhvata fizičko praćenje lica pri čemu se koriste dvogledi ili uređaji za video-nadzor. Takav vid nadzora može se proširiti i na praćenje bankovnih računa. On obuhvata neke aspekte praćenja kompjuterskih aktivnosti; međutim, ukoliko je reč o savršenijim metodama, u pitanju je tehnički nadzor.

Prikrivene operacije i *sting* (žao) operacije – Angažovanje prikrivenih agenata, koji mogu ali ne moraju biti deo dalekosežne „sting“ operacije, izuzetno je korisno u onim predmetima gde je konvencionalnim sredstvima veoma teško pristupiti aktivnostima kriminalaca, kao što su npr. korumpirani pojedinci. Kod takvih operacija cilj je da se uspostavi kontakt s metom (metama). Zavisno od pravnog sistema o kojem je reč, prikriveni agenat ili agent može biti policajac ili, na primer, pripadnik neke kriminalne grupe koji je dobio „dozvolu“ policije ili sudskog organa da ostane u toj grupi, ali da u isto vreme kontinuirano podnosi izveštaje o njenim aktivnostima. Svedočenje „insajderskog svedoka“, bez obzira na to da li je reč o prikrivenom agentu ili čak o saučesniku, ima sve izgleda da bude od značaja u potpunom sudskom gonjenju. Sem toga, efekat takvog uverljivog svedočenja, iako postoje veliki izgledi da ono u početku bude predmet pravnog osporavanja, često se ogleda u tome da optuženi počinju da nude saradnju,

uz vlastita priznanja krivice, čime se otklanja potreba za dugim i skupim sudskim postupcima.

Operacije *in flagrante* – U načelu, i pod pretpostavkom da se izraz operacija *in flagrante* tumači kao operacija u kojoj istražitelji, na osnovu prethodno dobijenih informacija uhvate počinioca na delu, tj. u trenutku izvršenja krivičnog dela, po pravilu ne uključuju policajce ili agente-provokatore u ulozi prikrivenih agenata. Međutim, u nekim evropskim zemljama tim izrazom se označava i operacija u kojoj postoji interakcija između policajca i lica koje je meta, a da policajac pritom igra „pasivnu“ ulogu, dok se sama operacija sprovodi na osnovu polaznih obaveštajnih podataka. Takva uloga će se u ovom referatu tumačiti kao uloga prikrivenog agenta, dok će sama operacija biti smatrana *sting* operacijom, probnom kupovinom ili testom integriteta, zavisno od slučaja (neophodno je obratiti pažnju, dalje u tekstu, na kraću analizu operacija koje sprovodi policija pod nazivom operacije „namamljivanja“).

Kao što je naglašeno u Uvodu, sama priroda specijalnih istražnih tehnika je takva da će njihovo korišćenje često dovodi do toga da kasnije budu osporavane pred sudom zbog toga što su, navodno, njihovom primenom prekršena osnovna prava (naročito ona koja garantuje Evropska konvencija), ili na osnovu toga što su aktivnosti policije bile navodno neustavne i/ili je sama operacija bila nezakonita iz ugla unutrašnjeg prava.

Kada se planira sprovođenje prikrivenih operacija, mora se imati na umu da prava pojedinca moraju biti zaštićena, odnosno da se ta prava smeju kršiti samo ako se to čini na zakonit način i u opravdanim slučajevima, na osnovu izdatog odobrenja. Države širom Evrope u prilici su da utvrde da se gotovo sve odluke organa koji planiraju jednu takvu operaciju ili koji daju odobrenje za njeno sprovođenje docnije izlažu pomnoj analizi i osporavanju.

Zbog toga se specijalne istražne tehnike /sredstava, bilo da je reč o operacijama koje se sprovode radi prikupljanja obaveštajnih podataka ili radi prikupljanja dokaznog materijala, mogu koristiti isključivo onda kada:

- postoji izričita osnova u unutrašnjem pravu za preduzimanje takve radnje,
- postoji odgovarajući okvir za izdavanje odobrenja i sprovođenje kontrole [nad primenom mere],
- je primena tih mera neophodna i
- je primena tih mera srazmerna.

Kada se razmatra bilo kakva primena mera koje će, između ostalog, dovesti do mešanja (u neka prava), uvek treba postaviti sledeće pitanje: „Da li je moguće pribaviti obaveštajne podatke/trazene dokaze na neki drugi način koji je u manjoj meri intruzivan?“.

III. SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA I OKVIR EVROPSKE KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA

Od presudnog je značaja da unutrašnje pravo obezbedi pravni okvir za prikrivene aktivnosti i primenu specijalnih istražnih sredstava. Podjednako je važno da okvir koji se na taj način uspostavi zadovolji sve zahteve Evropske konvencije.

Član 6.1. Evropske konvencije utvrđuje:

„Svako, tokom odlučivanja o ... krivičnoj optužbi protiv njega, ima pravo na pravičnu i javnu raspravu u razumnom roku pred nezavisnim i nepristrasnim sudom, obrazovanim na osnovu zakona.“

Član 8. utvrđuje:

„1. Svako ima pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu, u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.“

Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: Evropski sud) analizirao je probleme iz oblasti člana 8. razmatrajući pre svega sledeća pitanja:

- Da li predmetno pitanje spada u polje primene člana 8?
- Ako je odgovor potvrđan, da li je bilo mešanja javne vlasti?
- Ako je odgovor potvrđan, da li je to bilo „u skladu sa zakonom“?
- Ako je odgovor potvrđan, da li se time težilo legitimnom cilju tj. jednom od onih koji su navedeni u članu 8. stav 2?
- Ako je odgovor potvrđan, da li je to bilo neophodno, to jest da li je mešanje odgovaralo akutnoj društvenoj potrebi i da li je bilo srazmerno toj potrebi?

Većina tajnih policijskih operacija koje obuhvataju primenu specijalnih istražnih sredstava smatra se mešanjem u prava koja pojedinac uživa po osnovu člana 8. stav 1. (vidi suprotno u *Ludi v Switzerland*, dole str. XX).

Pravo na privatnost utvrđeno članom 8. nije apsolutno, već je uslovljeno pravo. Mešanje u prava zaštićena članom 8. stav 1. imaće za posledicu povredu člana 8, osim kada je to mešanje:

- u skladu sa zakonom;
- preduzeto radi ostvarivanja jednog ili više zakonitih ciljeva iz člana 8. stav 2:
- u interesu nacionalne bezbednosti,

- u interesu javne bezbednosti,
- u interesu ekonomske dobrobiti zemlje,
- radi sprečavanja nereda ili kriminala,
- radi zaštite zdravlja ili morala,
- radi zaštite prava i sloboda drugih,
- neophodno u demokratskom društvu.

Mešanje u skladu sa zakonom

Mera koja se osporava tj. primenjena prikrivena tehnika, mora imati valjan osnov u unutrašnjem pravu. Mora postojati konkretna zakonska odredba koja ovlašćuje na primenu radnje kojom se vrši mešanje u prava iz člana 8. stav 1. Taj zakon mora biti dostupan licu (licima) koje je pogođeno navedenom merom (vidi *Silver v United Kingdom* (1983) 5 EHRR 347).

Zakon mora biti formulisan dovoljno jasno da pojedinac stekne uvid u okolnosti i uslove pod kojima javne vlasti imaju pravo da posegnu za prikrivenim metodama (vidi *Kopp v Switzerland* (1998) 27 EHRR 91 i *Taylor-Sabori v United Kingdom* (2002) 36 EHRR 17).

Zakon mora ukazati na obim svakog diskrecionog prava koje je dato vlastima, kao i na način njegovog ostvarivanja, i to mora učiniti dovoljno jasno da pojedinac koji je predmet takvih mera dobije odgovarajuću zaštitu od proizvoljnog postupanja. Takođe, treba da postoji nezavisni nadzor nad primenom tajnih metoda (*Malone v United Kingdom* (1984) 7 EHRR 14).

U predmetu *Huvig v France* (1990) 12 EHRR 528, Evropski sud je stao na stanovište da izraz „zakon“ treba tumačiti u materijalnom, a ne u formalnom smislu. Moguće je osloniti se na precedentno / običajno pravo (*common law*), ali i ono mora biti dovoljno jasno da omoguću pojedincu da bude upoznat sa preciznim razmerama svojih zakonskih prava i obaveza. Kada je reč o prikrivenim aktivnostima, pravila precedentnog/ običajnog prava moraju jasno definisati kategorije pojedinaca koji podležu primeni takvih mera, vrste krivičnih dela zbog kojih je moguće preduzeti prikrivene operacije, dozvoljenu dužinu trajanja takvih operacija i okolnosti pod kojima će biti uništen materijal pribavljen takvim operacijama.

Mešanje preduzeto radi ostvarivanja jednog ili više zakonitih ciljeva iz člana 8. stav 2.

Evropski sud nije rad da prihvati da administrativne smernice pružaju odgovarajući pravni osnov u smislu člana 8. stav 2 (vidi *Malone v United Kingdom* – gore navedeno). Međutim prihvatio je da uputstva za postupanje u praksi koja je izdao određeni organ, koji na osnovu prenetih ovlašćenja donosi pravila, ispunjavaju uslove koje je postavila Evropska konvencija (vidi *Barthold v Germany* (1985) 7 EHRR 383).

Uspostavljeni pravni okvir mora pružiti/ sadržati garancije kao zaštitu od proizvoljne upotrebe ovlašćenja koja pruža. U predmetu *Kruslin v France* (1990) 12 EHRR 547, koji se odnosio na prisluškivanje telefonskih komunikacija, Evropski sud je identifikovao sledeće pravne manjkavosti u postupcima koji se primenjuju u Francuskoj:

- nije precizirana kategorija lica čiji telefoni mogu biti prisluškivani;
- nije utvrđena kategorija krivičnih dela koja bi opravdala prisluškivanje;
- nema vremenskog ograničenja primene mere prisluškivanja;
- nisu utvrđeni postupci za podnošenje izveštaja o presretnutim razgovorima;
- nema sudske kontrole;
- nema odredbe koja bi omogućila kontrolu od strane odbrane;
- nema odredbe o uništenju traka u slučaju oslobođanja (od optužbi).

Evropski sud je razmatrao predmete *Kruslin v France* i *Huvig v France* u *Valenzuela Contreras v Spain* (1998) 28 EHRR 483, i u stavu 46(iv), u kontekstu presretanja, utvrdio je sledeće minimalne garancije koje moraju biti utvrđene zakonom kojim se uređuju prikrivene aktivnosti:

- kategorija ljudi koji mogu doći u situaciju da njihovi telefoni budu prisluškivani na osnovu sudske naredbe;
- priroda krivičnih dela zbog kojih može biti doneta takva naredba, odnosno rešenje;
- ograničenje trajanja prisluškivanja telefona;
- postupak za izradu zbirnih izveštaja koji sadrže podatke o presretnutim komunikacijama;
- mere predostrožnosti koje valja preduzeti da bi se snimci razgovora u potpunosti sačuvali i u celosti predložili sudiji i odbrani radi moguće inspekcije;
- okolnosti u kojima snimci mogu ili moraju biti izbrisani ili trake uništene, posebno u onim situacijama kada je istražni sudija pustio okrivljenog na slobodu ili kada ga je sud oslobodio optužbe.

Što je veća nezavisnost tela koja daju ovlašćenje za upotrebu specijalnih istražnih sredstava i preispituju tu upotrebu, to je veća verovatnoća da će i pravni okvir biti smatran usklađenim sa zahtevima iz člana 8. stav 2. U predmetu *Klass v Germany* (1978) 2 EHRR 214, Evropski sud je stao na stanovište da su parlamentarna kontrola i nezavisna revizija koju sprovodi lice koje je kvalifikovano za obavljanje sudske dužnosti dovoljni da zadovolje zahteve iz člana 8. stav 2, ali je prokomentarisao da sudska kontrola pruža *najbolja jemstva nezavisnosti, nepristrasnosti i valjanog postupka*.

U predmetu *Funke v France* (1993) 16 EHRR 297, Evropski sud je stao na stanovište da ovlašćenja koja su, na osnovu postojećeg regulatornog okvira, priznata francuskoj carini omogućavaju da carina ima isključivu nadležnost da

odredi primerenost, trajanje i obim pretresa, čime se krši član 8. Mogućnost pretresa bez prethodnog sudskog odobrenja ocenjena je kao najozbiljniji nedostatak tog sistema. Stoga se lako može dogoditi da to što policija sama sebi daje ovlašćenje za preduzimanje intruzivnih vidova prikrivenih aktivnosti, bez bilo kakve nezavisne kontrole, bude ocenjeno kao povreda člana 8.

Mešanje neophodno u demokratskom društvu

To znači da ograničenje ostvarivanja prava pojedinca iz člana 8. stav 1. mora:

- odgovarati zahtevima akutne društvene potrebe;
- biti sprovedeno u nastojanju da se ostvari legitimni cilj [onako kako je to propisano članom 8. stav 2];
- postojati razuman odnos srazmere između [prikrivenih] sredstava koja su primenjena i [legitimnog] cilja kome se teži. Drugačije rečeno, prikrivena aktivnost treba da bude ograničena na ono što je striktno neophodno da bi se ostvario traženi cilj.

Moraju takođe da postoje i odgovarajuće i delotvorne mere zaštite i pravni lekovi za slučaj zloupotrebe tih metoda.

Sem toga, svako ograničavanje prava pojedinca iz člana 8. mora biti primenjena na nediskriminatoran način.

Srazmernost

Sporna mera mora biti srazmerna onome što se teži postići njenom primenom. Izvesne oblasti privatnog života pojedinca u višoj su meri privatne nego druge, tako da se u tim oblastima može zahtevati detaljnije opravdanje i obrazloženje primenjene mere.

U presudi u predmetu *B v SSHD* (nije dostupan) srazmernost je objašnjena na sledeći način:

„... mera koja predstavlja mešanje u neko ljudsko pravo ne samo da mora biti preduzeta na osnovu zakonskog ovlašćenja već mora odgovarati akutnoj društvenoj potrebi i ne sme ići dalje no što je, u jednom pluralističkom društvu, neophodno da bi se ostvarila njena dopuštena svrha; ukratko, ona mora biti primerena i neophodna za ostvarenje legitimnog cilja.“

Srazmernost se ponekad opisuje kao načelo kojim se standardima ljudskih prava daje pravi smisao, kojim se oživotvoravaju. To načelo se odnosi na uspostavljanje pravične ravnoteže između zaštite prava pojedinca i interesa šire društvene zajednice. Ta ravnoteža se može uspostaviti samo ako su ograničenja prava pojedinca [član 8. stav 1] strogo srazmerna legitimnom cilju kome se teži, npr. sprečavanju kriminaliteta. Ukratko, za ocenu srazmernosti potrebno je da se suprotstave i odmere razmere mešanja u pravo pojedinca na privatnost, s jedne strane, i konkretna korist u istrazi ili preduzetoj operaciji, s druge strane.

Činioci koje treba razmotriti kada se ocenjuje da li je neka prikrivena mera srazmerna cilju kome se teži između ostalog obuhvataju sledeće:

- da li su predloženi relevantni i dovoljni razlozi kao opravdanje za primenu navedene mere;
- da li je postojala mogućnost preduzimanja alternativne mere koja bi bila u manjoj meri intruzivna;
- da li je postojao izvestan stepen procesne pravičnosti u postupku odlučivanja;
- da li postoje odgovarajući mehanizmi zaštite od zloupotreba;
- da li ograničenje o kome je reč poništava samu suštinu navedenog prava garantovanog Evropskom konvencijom.

Dobar primer primene načela srazmernosti predstavlja britanski predmet *R v Khan* [1997] AC 558. U tom predmetu Kan i njegov rođak su pretreseni po dolasku iz Pakistana u Veliku Britaniju, na aerodromu u Mančesteru. Utvrđeno je da Kanov rođak ima kod sebe količinu heroína u vrednosti od 100.000 funti. Kod Kana nije pronađena droga i on na saslušanju nije rekao ništa što bi ga inkriminisalo, pa protiv njega nije podneta krivična prijava i odmah je pušten. Policija je potom, na imanju za koje je bilo poznato da ga okrivljeni posećuje, postavila uređaj za prisluškivanje.

Za postavljanje tog uređaja za prisluškivanje (sprovedeno izvršenjem lakšeg krivičnog dela – ometanja poseda), ovlašćenje je izdao šef policije u datom području, u skladu sa smernicama ministarstva unutrašnjih poslova iz 1984. godine (kao što se može zaključiti iz samog naslova tih smernica, reč je o smernicama, a ne o formalnim zakonskim odredbama). Prislušni uređaj je zabeležio detalje razgovora tokom koga je okrivljeni sebe inkriminisao u pogledu nezakonitog unošenja znatne količine heroína. Sudija koji je sudio u tom postupku dozvolio je da ti dokazi budu prihvaćeni kao relevantni dokazi u postupku, uz obrazloženje da su oni pribavljeni na osnovu ovlašćenja za korišćenje prislušnog uređaja, koje je dobijeno u skladu sa smernicama iz 1984. godine, kao i da se predmet odnosi na ozbiljnu krivičnu istragu u kojoj se uobičajenim metodama nadzora ne mogu postići praktični rezultati, a upotreba prislušnog uređaja može imati za posledicu hapšenje i optuženje. Posle te sudske odluke optuženi je izmenio svoj iskaz i priznao krivicu, ali je nakon toga uložio žalbu na osuđujuću presudu. Apelacioni sud je potvrdio presudu, stavši na stanovište da je test prihvatljivosti bila relevantnost dokaznog materijala, odnosno da ako je odgovor na pitanje da li je taj materijal relevantan potvrđan, da on može, čak i u slučaju da je nezakonito pribavljen, da bude prihvaćen u postupku. Povreda privatnosti kao argument, nadjačana je drugim razlozima (kao što su činjenica da je policija postupala u skladu sa smernicama iz 1984. i da je u pitanju bila istraga ponašanja koje spada u teška krivična dela), pa se nikako ne može smatrati radnjom čije su posledice do te mere negativne po pravičnost suđenja da sud treba da postupi u skladu sa ovlašćenjima koja ima shodno članu 78. britanskog Zakona o policiji i dokazima u krivičnim stvarima i da izuzme taj dokazni materijal (reč je o zakonskoj

odredbi koja dopušta sudiji da izuzme iz postupka neki dokazni materijal ako je pribavljen u okolnostima koje predstavljaju nepravilno postupanje).

Dom lordova je potvrdio zaključke apelacionog suda. Zaključeno je da je, imajući u vidu činjenice, odluka o prihvatanju dokaza doneta ispravno, iako su odredbe Evropske konvencije mogle biti relevantne za preduzimanje mera, shodno članu 78. Dom lordova je naglasio da se značaj bilo kakvog kršenja relevantne zakonske odredbe ili prava garantovanog Evropskom konvencijom utvrđuje na osnovu posledica te radnje po pravičnost postupka, a ne na osnovu toga da li je u pitanju nezakonito postupanje ili kakva druga nepravilnost.

Kan je uputio predstavku Evropskom sudu za ljudska prava. Evropski sud je presudio da je postavljanjem prislušnog uređaja bio prekršen član 8. stav 1 i da se mešanje u pravo okrivljenog na privatnost nije moglo opravdati shodno članu 8. stav 2, budući da nije postojao zakonski okvir za takav nadzor, što je značilo da postavljanje uređaja nije moglo biti *u skladu sa zakonom*. Indikativno je, međutim, da je Evropski sud presudio kako prihvatanje dokaza pribavljenog kršenjem nekog prava garantovanog Evropskom konvencijom ne dovodi automatski do toga da suđenje bude proglašeno nepravilnim, odnosno da se ustanovi kršenje člana 6, čak i onda kada je, kao u navedenom slučaju, to predstavljalo jedini dokaz protiv okrivljenog.

Na tragu slučaja *Khan*, u predmetu *Armstrong v United Kingdom* (2002) 36 EHRR 30, Evropski sud je jednoglasno zauzeo stav da je postavljanjem prislušnog uređaja za audio-nadzor, koje je navodno bilo dopušteno u skladu sa istim tim smernicama iz 1984, povređen član 8, budući da ta mera nije bila u skladu sa zakonom jer nije postojao zakonski osnov kojim je uređena upotreba takvih uređaja.

Odgovornost

U predmetu *Klass v Germany* (gore) Evropski sud je primetio da moraju postojati odgovarajući i delotvorni mehanizmi zaštite od zloupotrebe ovlašćenja upotrebe prikrivenih mera / tehnika. Iako to nije zahtev člana 8, poželjno je da mehanizam kontrole bude u rukama sudije.

Posledice kršenja člana 8.

Evropski sud je jasno stavio do znanja da zahtev za poštovanjem pravičnog suđenja ne zahteva nužno da dokazi koji su pribavljeni nezakonitom prikrivenom operacijom budu nužno isključeni ili da istraga bude obustavljena.

U predmetu *Schenck v Switzerland* (1988) 13 EHRR 242 tužilaštvo se oslonilo na audio-zapise telefonskih razgovora, koji su pribavljeni nezakonito. Evropski sud je stao na stanovište da pravila o prihvatljivosti dokaza predstavljaju „*prvenstveno pitanje koje se uređuje domaćim zakonodavstvom*“, kao i da je zadatak suda da ustanovi da li je suđenje u celosti bilo pravično. Optuženi je imao

priliku da ospori autentičnost audio-zapisa koji nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila osuđujuća presuda koja mu je izrečena.

Čini se da je Evropski sud otišao korak dalje u gore navedenom predmetu *Khan v United Kingdom*, gde su nezakonito pribavljeni dokazi bili jedini dokazi na koje se tužba oslanjala.

U predmetu *Allan v United Kingdom* tužilaštvo se na suđenju licu A. za ubistvo oslonilo na tajno snimljene razgovore vođene mobilnim telefonom između A. i njegovog saoptuženog u odnosu na druga krivična dela, kao i na razgovore između A. i njegove devojke koji su tajno snimljeni u prostoriji za posete u zatvoru. Prihvaćeno je da to predstavlja kršenje prava koja A. uživa prema članu 8. Evropske konvencije, budući da (u to vreme) nije postojao zakonski okvir za takvu prikrivenu aktivnost, te da sama radnja nije ni mogla biti „u skladu sa zakonom“. Ipak, Evropski sud je ustanovio da time što je na suđenju korišćen tajno snimljen materijal nije bilo povređeno pravo A. na pravično suđenje, shodno članu 6. Evropske konvencije. I na samom suđenju i u žalbenom postupku A. je imao priliku da ospori pouzdanost i značaj dokaza o kojima je reč. [Evropski sud je, međutim, presudio da je pravo A. na pravično suđenje bilo povređeno time što je u dokazni materijal uvršteno navodno priznanje koje je od njega „izvukao“ policijski doušnik koji je pri tom postupio prema uputstvima policije.]

U predmetu *Perry v United Kingdom* [2003] CLR 281 optuženome je stavljen na teret čitav niz oružanih pljački. Svi pokušaji policije da organizuje prepoznavanje optuženog u vrsti bili su osujećeni, pa je policija tajno snimila optuženog na javnom mestu, u samoj policijskoj stanici. Policija je našla još 11 dobrovoljaca koji su imitirali njegove postupke, pa je svedocima prikazala snimke koje je na taj način napravila; dva svedoka su pozitivno identifikovala optuženog. Ni optuženi ni njegov advokat nisu znali za tajno snimanje i nisu videli snimke pre no što su oni upotrebljeni. Postupajući sudija je prihvatio taj dokazni materijal na osnovu toga što, po njegovoj oceni, način na koji je snimak korišćen nije bio nepravilan, bez obzira na činjenicu da se pri tom nije postupalo u skladu s bilo kakvim pravilima / smernicama. Apelacioni sud je potvrdio osuđujuću presudu, dok je Evropski sud Perijevu predstavku proglasio neprihvatljivom, uz obrazloženje da korišćenje dokaznog materijala pribavljenog bez odgovarajuće zakonske osnove ili nezakonitim sredstvima nije nužno u suprotnosti sa članom 6. stav 1, pod uslovom da su pri tom postojale odgovarajuće procesne garancije da izvor tog materijala nije bio kompromitovan.

Prikriveno prikupljanje podataka o nekom pojedincu od strane policije ne predstavlja uvek kršenje člana 8. stav 1, a ako nije reč o kršenju, onda, razume se, nema potrebe da se otvara(ju) pitanje(a) u vezi člana 8. stav 2. i da se razmatra da li jeste ili nije postojao opravdan osnov za kršenje. Tako je u predmetu *Ludi v Switzerland* (1992) 15 EHRR 173 Evropski sud odbio da ustanovi da li je korišćenje prikrivenog agenta povredilo prava podnosioca predstavke po osnovu člana 8., budući da je on bio osumnjičen za pripadništvo većoj grupi krijumčara opojnih droga kod koje je pronađeno pet kilograma kokaina i „stoga je morao biti svestan da se upustio u krivično delo... te da je, samim tim, bio izložen moguć-

nosti da se suoči s prikrivenim agentom čiji će zadatak u suštini biti da razotkrije i njega i njegove postupke“. U tom slučaju, operacija krijumčarenja droge već je bila u toku kada je prikriveni agent stupio na scenu, tako da činjenica da su dokazi koji su pribavljeni u sklopu te operacije bili prihvaćeni u postupku nije ni na koji način predstavljala kršenje člana 6. Evropske konvencije.

„Provokacija“ ili „zamka“

Definicija

Postavljanje zamke (ponekad se upotrebljava i izraz „provokacija“) po pravilu nije sveobuhvatno definisano u unutrašnjem pravu, iako u nekim evropskim zemljama zakonici o krivičnom postupku (ili drugi odgovarajući zakonski akti) sadrže odredbu po kojoj postoji provokacija ili postavljanje zamke u slučaju kada je učinjeno više od pružanja puke mogućnosti za izvršenje krivičnog dela.

U najširem značenju pojma, koje koristimo u ovom radu, postavljanje zamke ili provokacija obuhvata svako angažovanje policijskih agenata ili drugih službenih lica koja postupaju u ime države, i koja koriste različite vidove dovođenja u zabludu, prevarnih radnji ili postavljanja zamke radi pribavljanja dokaza o izvršenju krivičnog dela, onda kada su lice ili lica koja su na meti takvih operacija dovedeni u situaciju da je službeno lice otišlo korak dalje od pukog pružanja / stvaranja mogućnosti kršenja zakona. U daljem tekstu će se, jednostavnosti radi, koristiti izrazi zamka ili postavljanje zamke (*entrapment*).

Sama činjenica da je u nekoj tajnoj operaciji korišćena zamka ne mora nužno značiti da će dokazi koji su u toj operaciji pribavljeni biti smatrani nepravničnima ili nepropisnima. To odražava stanovište da takvo postupanje (trikovi) mogu biti od suštinskog značaja onda kada se istražuju određeni vidovi krivičnih dela, posebno u situacijama kada nema oštećenog koji bi mogao da prijavi izvršenje dela. Krivična dela za koja se koristi metod postavljanja zamke jesu razni oblici krijumčarenja opojnih droga ili korupcija, gde taj metod može biti i jedini način za pribavljanje dokaza protiv određenog počinioca.

Velika je verovatnoća da će odbrana pokrenuti pitanje primene metoda postavljanja zamke i tvrditi da to predstavlja problem onda kada nema nikakvu drugu mogućnost da ospori navode tužilaštva ili kada su dokazi koji su na taj način pribavljeni sami po sebi do te mere uverljivi da su nesporni.

Da li metod postavljanja zamke predstavlja osnov za odbranu?

Države precedentnog /običajnog prava [Common Law pravni sistemi]: Nepobitno je utvrđeno, u pravnim sistemima koji primenjuju običajno (precedentno) pravo, od 1980. godine, da postavljanje zamke ne predstavlja osnov za odbranu. To je potvrdio Dom lordova u predmetu *R v Sang [1980] A.C.402*, u kome je odlučeno da nema osnove za odbranu zbog toga što su dokazi prikupljeni podsticanjem ili postavljanjem zamke za koje se postarao tzv. agent provo-

kator (*agent provocateur*), odnosno prikriveni agent ili kriminalac-doušnik koji sarađuje s policijom i kome je policija poverila određeni zadatak.

Međutim, pretpostavka da se prikriveni agent ili doušnik ponašao nepropisno i da je podstakao okrivljenog na izvršenje krivičnog dela, ili da je cela operacija predstavljala zloupotrebu ovlašćenja, sama po sebi jeste argument na koji se odbrana može pozvati pred sudom i koji će, ukoliko ga sud prihvati, dovesti do toga da se postupak obustavi zbog zloupotrebe procesnih prava. Obrazloženje za obustavu postupka u tom slučaju glasi da postavljanje zamke zapravo predstavlja zloupotrebu izvršnih ovlašćenja te da, stoga, tu nije reč o pitanju krivice ili nevinosti optuženog, već o tome da bi, *ab initio*, bilo nepravično da mu se uopšte sudi. Takođe, treba ukazati na to da u retkim prilikama sud može zaključiti da u datom predmetu jeste došlo do postavljanja zamke, ali da postupak ne bude obustavljen nego da samo određeni dokazni materijal bude izuzet iz spisa predmeta (na primer, kada se prilikom osporavanja kvaliteta nadzora / kontrole nad celokupnom operacijom ustanovi da određeni podaci nisu bili evidentirani na odgovarajući način, što sprečava kvalitetno unakrsno ispitivanje određenog svedoka),

Ukoliko je ustanovljeno da je postojao izvestan „stepen“ zamke, ali da je taj stepen nedovoljan da bi sud naložio obustavu postupka, sama ta okolnost može se odraziti na odmeravanje kazne tako što će ona biti ublažena.

U Sjedinjenim Američkim Državama savezni zakon utvrđuje da je postojanje zamke osnov za odbranu ali samo u okviru precizno utvrđenih i usko koncipiranih parametara.]

Države kontinentalnog prava [Civil Law pravni sistemi]: Zakon o krivičnom postupku ili ekvivalentni zakonski akt, po pravilu zabranjuje provokacije ili postavljanje zamke. Ako se ustanovi da je provokacija postojala, predmet se obustavlja. Ako tužilac pre početka suđenja utvrdi da se u dokaznom materijalu nalaze podaci / materijal pribavljen provokacijom, onda će ili sam tužilac odustatiti od gonjenja ili će zatražiti od suda da to učini (zavisno od pravila važećih u datom pravnom sistemu). Kao i u zemljama u kojima vlada precedentno pravo, i ovde se kazna obično može umanjiti ako je postojao određeni stepen provokacije, ali ne toliki da za posledicu ima potpunu obustavu postupka. U celini gledano, sud primenjuje sledeći test: da li je bilo prekršeno pravo na pravično suđenje. Primena tog testa se može razlikovati od zemlje do zemlje. U nekim državama težište će biti stavljeno na to da li je tok postupka bio pravičan, uključujući ispitivanje svedoka itd., u drugim zemljama biće primenjen test koji se podudara sa onim koji se koristi u zemljama precedentnog prava: da li je pravično suditi takvom okrivljenom.

Činioci koje treba uzeti u obzir kada se donosi odluka o provokaciji/postavljanju zamke

Praksa Evropskog suda, zemalja kontinentalnog prava i zemalja u kojima se poštuje precedentno pravo u velikoj meri je postala jedinstvena.

U britanskom predmetu *Smurthwaite and Gill* [1994] 98 Cl. App. R.437, iz 1994. godine, u kome se radilo o podsticanju na ubistvo u okolnostima u kojima je „plaćeni ubica“ u suštini bio prikriveni agent, apelacioni sud je naveo činioce koji se moraju uzeti u obzir i saopštio da pri tom treba postaviti izvestan broj pitanja:

- Da li je prikriveni agent postupao kao agent provokator u tom smislu da je podsticao optuženoga na to da izvrši krivično delo koje on inače ne bi izvršio?
- Da li se dokazi sastoje od priznanja izvršenog krivičnog dela ili od stvarnog izvršenja navedenog dela?
- U kojoj meri je bila aktivna ili pasivna uloga agenta u pribavljanju dokaza?
- U čemu se ogledala priroda bilo koje zamke koja je postavljena?
- Da li postoji nepobitan zapis onoga što se dogodilo ili je sve to na neki drugi način snažno potkrepljeno dokazima?

Od 1994. sudska praksa je, međutim, napredovala u celoj Evropi. Domaći sudovi su razmatrali, i u skorije vreme, odbacili čitav niz činilaca, uključujući predisponiranost za kriminalitet lica koje je predmet operacije, što je svojevremeno smatrano izuzetno relevantnim kada su utvrđivane okolnosti koje su ukazivale na to da li je pojedinac bio provociran ili doveden u zamku. Pravni okvir provokacije je takođe detaljno razmatran u praksi Evropskog suda. To pre svega važi za sledeće predmete:

- *Schenk v Switzerland* (1988) 13 E. H. R. R. 242;
- *Ludi v Switzerland* (1992) 15 E. H. R. R. 173;
- *Teixeira De Castro v Portugal* (1998) 28 E. H. R. R. 101.

Dva švajcarska predmeta, gore navedena, ukazuju na to da Evropski sud nastoji prevashodno da utvrdi da li su dokazi predloženi na način koji ukazuje na to da je postupak kao celina bio pravičan. To znači da odbrani treba pružiti odgovarajuću priliku da ospori dokaze pred sudom. U predmetu *Ludi*, tužilac se pozvao na izveštaj prikrivenog agenta, operativca, koji nije pozvan da uživo svedoči u postupku. To je značilo da odbrana ne može da ospori njegove navode; Evropski sud je potom ustanovio da je to bilo nepravilno, te da je, stoga, u svakom slučaju bio prekršen član 6. stav 1.

U predmetu *Teixeira*, Evropski sud je stao na stanovište da su portugalske vlasti povredile član 6. stav 1. i uzeo je u obzir sledeće:

- nad postupanjem policijskih istražitelja nije bila sprovedena sudska kontrola (u Portugalu takve istrage nadzire sudija za prethodni postupak),
- policijski istražitelji su „izuzetno / u veoma velikoj meri insistirali“ kako bi optuženi počinio krivično delo,
- ponašanje okrivljenog ni na koji način nije moglo navesti na zaključak da je on bio spreman da počinio krivično delo, da policijski istražitelji nisu intervenisali.

Pitanja koja je Evropski sud smatrao relevantnim u potpunoj su saglasnosti sa načinom na koji je većina nacionalnih sudova pristupila rešenju problema.

Tako je, na primer, Dom lordova u Ujedinjenom Kraljevstvu, 2001. godine, u raspravi po dvema međusobno povezanim žalbama (*Attorney General's Reference Number 3 of 2000; R v Looseley*), detaljno razmotrio savremeni pravni pogled na „postavljanje zamke“, kao i na granice prihvatljivog ponašanja policije. Zaključci do kojih je Dom lordova tom prilikom došao bili su izrazito „evrocentrični“ i dobro je što je tako. I u jednom i u drugom predmetu radilo se o narkoticima koji su predati prikrivenim islednicima u okolnostima u kojima su ti islednici bili proaktivni u odnosu na optužene.

U dva međusobno povezana žalbena predmeta otvorena su dva pitanja:

1. u kojoj su meri članom 6. Evropske konvencije modifikovana ovlašćenja u pogledu obustave postupka ili isključivanja nekog dokaznog materijala iz postupka,
2. kakvo postupanje državnih organa predstavlja „postavljanje zamke“ na način da, na temelju takvog dokaznog materijala, gonjenje treba ili obustaviti kao zloupotrebu postupka, ili pak takve dokaze treba isključiti iz postupka.

Potvrđena su sledeća načela:

- postojanje zamke, odnosno provokacija nije osnov za odbranu u precedentnom pravu;
- sud ima diskreciono pravo da postupak obustavi ili da donese odluku o isključivanju nekog dokaznog materijala;
- obustava postupka najčešće predstavlja najprimereniji pravni lek za „zamku“; sud je zauzeo stav da bi, „u slučaju da su [takvim postupanjem] povređeni društveni skrupuli“, bilo nepravilno da se optuženome uopšte sudi;
- Sud je utvrdio izvestan broj činilaca koje treba uzeti u obzir, a to su:
 - da li je policija prouzrokovala izvršenje krivičnog dela ili je samo pružila optuženome priliku da ga poćini,
 - da li je reć o krivićnom delu koje bi bilo teško otkriti neprikrivenim sredstvima,
 - policija mora postupati u dobroj veri, to jest mora pokazati da ima razuman osnov sumnje,
 - operacija mora biti pod valjanim nadzorom;
- razuman osnov sumnje ne mora se odnositi na odrećenog pojedinca; nije od sućinskog znaćaja da agent koji postupava u ime države bude potpuno pasivan;
- što je više koraka preduzeto na planu podsticanja, to je veća verovatnoća da će sud zaključiti da je prekoraćena prihvatljiva granica;

- treba obratiti pažnju na to u kakvim se okolnostima nalazi optuženi / koliko je ranjiv bio;
- sud više interesuje ponašanje istražitelja nego ranije ponašanje optuženoga.

Sva gore navedena načela, uključujući i potrebu da postoji valjana obaveštajna osnova za preduzimanje celokupne operacije, korisna su i u zemljama precedentnog prava i u zemljama kontinentalnog prava, budući da su u potpunosti usklađena sa stavom Evropskog suda, što se jasno pokazalo u izvesnom broju nedavnih presuda donetih u Strazburu, uključujući presudu u rumunskom predmetu *Constantin and Stoian v. Romania* (predstavka br. 23782/06 i 46629/06).

U tom predmetu, Evropski sud je potvrdio da se postavljanje zamke razlikuje od primene legitimne prikrivene tehnike. Evropski sud je takođe još jednom potvrdio obavezu domaćeg suda da temeljno ispita celokupan materijal koji se nalazio u sudskom spisu i iz koga se videlo da je optuženi tvrdio kako je policija pribegla podsticanju na izvršenje krivičnog dela (uloga Evropskog suda se ogleda samo u tome da se postara da domaći sudovi adekvatno osiguraju prava na odbranu).

Saopštivši da ne gubi iz vida važnost i teškoće s kojima se suočavaju istražitelji u rešavanju svojih zadataka, Evropski sud je stao na stanovište da su postupci prikrivenog agenta i njegovog saradnika prevazišli okvire pasivne krivične istrage i da su podstakli podnosioc predstavlke na izvršenje krivičnog dela za koja su potom optuženi. Bez obzira na supsidijarnu ulogu koju ima u proceni dokaza i spornog dokaznog materijala, Evropski sud je zaključio da činjenice ukazuju na to da se ni jedan od spornih događaja ne bi zbio da nije bilo policajčevog izričitog zahteva za kupovinom opojnih droga.

Sem toga, domaći sudovi u Rumuniji u tom predmetu nisu u dovoljnoj meri istražili navode o podsticanju na izvršenje krivičnog dela. Pre svega, apelacioni sud je preinačio odluku okružnog suda, a da za to nije pribavio / izveo nikakve dokaze, da se i ne pominje to što nije neposredno saslušao podnosioc predstavlke o optužbama koje su izneli. Evropski sud je takođe, između ostalog, primetio da sumnje koje je apelacioni sud izrazio u pogledu poštenja svedoka nisu potkrepljene zaključcima i nalazima same istrage.

Iz tih razloga, Evropski sud je zaključio da je suđenje navedenim podnosiocima predstavlke bilo nepravilno, čime je prekršen član 6. Evropske konvencije.

IV. SAŽECI PREDMETA KOJI SU NEDAVNO RAZMATRANI PRED EVROPSKIM SUDOM ZA LJUDSKA PRAVA A ODNOSILI SU SE NA SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA

Za svaku državu koja analizira sopstvene unutrašnje pravne okvire u odnosu na specijalna istražna sredstva [nastojeći da ih unapredi] veoma je značajno da se upozna sa preovlađujućim tendencijama i novijom praksom Evropskog suda.

Stoga su u ovom radu navedeni sažeci predmeta kojih ukazuju na aktuelno razmišljanje Evropskog suda i savremene parametre za primenu prikrivenih ili tajnih tehnika.

Na osnovu navedenog može se videti da države povremeno zaostaju kada je reč o potrebi za posedovanjem odgovarajuće pravne osnove za primenu specijalnih istražnih sredstava, kao i da, čak i tamo gde postoji pravni okvir, nadležni organi koji izdaju dozvole za primenu tih mera nisu uvek dovoljno oprezni, i da se odluke ne donose uvek samo kada je to neophodno i kada je srazmerno datom slučaju, da nisu dovoljno detaljne, i da im ponekad nedostaje redovno [za sve vreme trajanja mere] preispitivanje.

Shodno tome, sudski nadzor je tema koja ne gubi na aktuelnosti (i u praksi Evropskog suda i na unutrašnjepравnom nivou), zato što su sudovi ti koji treba da kontrolišu davanje odobrenja za primenu specijalnih istražnih tehnika, da nadziru i preispituju samu njihovu primenu kako bi u celokupan proces bio utkan odgovarajući element nezavisnosti.

Provokacije i „postavljanje zamki“ i dalje predstavljaju teškoće s kojima se sudovi suočavaju kada treba da donesu presude. Razume se, i dalje je rešenje u tome da se nađe balans, naime da se licu koje je „meta“ operacije pruži mogućnost da prekrši zakon, ali da se ono ne podstiče na vršenje kriminalnih radnji koje inače ne bi počinilo. Evropski sud je na žalost, još uvek nepotrebno zaokupljen opisima prikrivenih /tajnih aktivnosti, kao „aktivnih“ i „pasivnih“, koji u praksi skoro uopšte ne pomažu da se shvati šta jeste a šta nije dozvoljeno. Uprkos tome, Evropski sud i većina viših i apelacionih sudova širom Evrope došli su do manje-više ispravnog testa ili, preciznije rečeno, testova: reč je, naime, o tome da mora postojati pouzdana informacija ili na dokazima zasnovano obrazloženje za svaku tajnu ili prikrivenu operaciju ili operaciju „sting“, da sama operacija mora da se odvija pod pomnim nadzorom (uz odgovarajuću raspodelu zadataka i strogo vođenje evidencije), kao i da, između agenta i lica koje je predmet operacije mora postojati odgovarajući odnos, tačnije zakoni-

tim se smatra samo davanje „prilike“ da se izvrši krivično delo. Međutim, kada se ta sama priroda odnosa između agenta i lica koje je predmet operacije može definisati isključivo kao davanje prilike zavisice od svojstava lica koja u tom odnosu učestvuju. To znači da će islednik koji je odavno infiltriran u neku kriminalnu grupu i koji se predstavlja kao profesionalni kriminalac, stupajući u sadejstvo s vođama te grupe moći da podstakne i kaže mnogo više nego što će to moći da učini islednik koji je angažovan da bi ostvario kontakt samo sa nižim, „ranjivijim“ pripadnicima kriminalne grupe, i to samo za neku pojedinačnu kriminalnu transakciju.

Predmet *Drakšas v. Lithuania* (predstavka br. 36662/04)

D., podnosilac predstavke, jedan je od osnivača Liberalnodemokratske političke stranke i odbornik u opštinskom veću grada Vilnusa.

Odeljenje državne bezbednosti (u daljem tekstu: ODB) presrelo je 16. marta 2003. telefonski razgovor između podnosioca predstavke i Jurija Borisova (u daljem tekstu: J. B.), jednog od glavnih finansijera izborne kampanje predsednika države Rolandasa Paksasa. Prisluškivanje telefonskih razgovora koje je vodio Jurij Borisov odvijalo se na osnovu sudskog rešenja. U novembru 2003. ODB je deklasifikovalo snimke presretnutih razgovora (skinulo oznaku tajnosti s njih) i dostavilo ih tužiocu. Borisov. je docnije osuđen za pretnje upućene predsedniku države.

ODB je 17. septembra 2003. zatražilo od državnog tužilaštva dozvolu da prisluškuje telefon podnosioca predstavke. Taj zahtev se temeljio na operativnim informacijama o tome da podnosilac predstavke održava kontakte sa Borisovim i sa A. Z. (koji je zaposlen u jednoj ruskoj agenciji za odnose sa javnošću), koji su finansirali izbornu kampanju Rolandasa Paksasa. Pored toga, smatralo se da podnosilac predstavke održava kontakte s ruskim državljaninom V. F. (koji je proteran iz Španije 1982. godine zbog navodne špijunaže).

Državno tužilaštvo je tražilo od okružnog suda u Vilnusu da izda ovlašćenje za prisluškivanje telefona podnosioca predstavke i to rešenje (označeno kao tajno) izdato je na rok od tri meseca.

Od 18. septembra do 11. novembra ODB je presrelo pet razgovora između D. i predsednika države. Pored toga, ODB je presrelo i razgovore koje je D. vodio s predsednikovim savetnicima i sa svojim poslovnim partnerima.

Državni tužilac je 11. novembra 2003. godine pisao direktoru ODB, budući da je u medije „procurelo“ da se razgovori prisluškuju i da ODB poseduje snimke razgovora između D. i predsednika države. Državni tužilac je naložio da se ODB postara da snimci nikako ne dospeju u javnost i da ih uništi, budući da su svi snimci telefonskih razgovora u kojima učestvuje šef države, prema članu 6. stav 3. Zakona o operativnim aktivnostima, nezakoniti.

Podnosilac predstavke je 12. novembra 2003. podneo prigovor državnom tužiocu, tvrdeći da je prisluškivanje njegovog telefona, a posebno njegovih telefonskih razgovora s predsednikom države bilo nezakonito. Podnosilac predstavke je u prigovoru naveo da je time prekršeno njegovo pravo na privatnost.

Državno tužilaštvo je istražilo postupanje ODB u tom slučaju, posebno pošto je u javnost dospelo sadržaj razgovora koje je podnosilac predstavke vodio sa J. B. i potom uputilo pismo podnosiocu predstavke u kome je iznelo da su zahtevi za presretanje telefonskih razgovora bili podneti u skladu sa zakonom i predviđenim postupkom, ali da D., ukoliko želi, može da pokrene privatnu tužbu u parničnom postupku. Prisluškivanje razgovora takođe je omogućilo da se obelodane druge kriminalne radnje D. i njegovih poslovnih partnera.

U februaru 2004. podnosilac predstavke je pokušao da ospori zakonitost sudskog rešenja kojim je dozvoljeno prisluškivanje njegovih razgovora. Okružni sud u Vilnusu je 18. februara 2004. pismeno obavestio D. da ne postoji zakonska mogućnost za ulaganje žalbe na takvo sudsko rešenje.

D. je takođe uputio pismo ODB, tražeći da to odeljenje obelodani rezultate istrage koju je povelu kako bi utvrdilo na koji način su „procureli“ sadržaji njegovih telefonskih razgovora sa J. B., kao i sve druge informacije koje o njemu poseduje ODB. ODB ga je posavetovalo da taj zahtev uputi državnom tužiocu.

Podnosilac predstavke je 10. marta 2004. uložio žalbu apelacionom sudu, još jednom nastojeći da ospori sudsko rešenje od 17. septembra 2003. i pri tom se pozvao na sledeće osnove: 1. nije bilo zakonitog osnova za presretanje; 2. bila su prekršena njegova prava po članu 8. Evropske konvencije i 3. ne postoji unutrašnji pravni lek protiv sudskog rešenja kojim se dozvoljava prisluškivanje telefonskih razgovora.

Apelacioni sud je tu žalbu odbio, ne uzimajući je u razmatranje, uz obrazloženje da bi *„kada bi se nekom licu dozvolilo pravo pristupa sudskim rešenjima kojima se izdaju dozvole za primenu operativnih mera i kada bi mu se dopustilo da ospori takva sudska rešenja, prikrivene istražne radnje bile bi obesmišljene i lišene svakog značenja“*. Predsednik apelacionog suda primetio je da član 8. Evropske konvencije ne zabranjuje prikrivene istražne mere ako je reč o mešanju koje je neophodno u interesu nacionalne bezbednosti ili radi sprečavanja kriminala, uz napomenu da *„obrazložena sudska rešenja jemče da istražni organi deluju u okviru zakona“*.

Svi snimci i transkripti telefonskih razgovora podnosioca predstavke s ruskim biznismenom V. F., sa J. B. i predsednikom države. deponovani su 15. marta 2004 u sekretarijat ustavnog suda, koji je trebalo da razmatra predlog za opoziv predsednika države. Tužioci nisu propisali nikakva ograničenja za obelodanjivanje tih snimaka, tako da su isti emitovani. Budući da je rasprava o opozivu predsednika bila javna i da je direktno prenošena na državnoj televiziji, i sadržaji tih razgovora su tako obelodanjeni.

Posle emitovanja snimaka razgovora koji su bili dostavljeni ustavnom sudu, D. je zatražio da se otvori krivična istraga povodom obelodanjivanja sadržaja njegovih razgovora, što je tužilac odbio. D. je uložio žalbu u upravnom postupku zbog toga što mu ODB nije dozvolilo da pristupi snimcima sopstvenih telefonskih razgovora, ali su tu žalbu odbili i okružni upravni sud u Vilnusu i vrhovni upravni sud, uz obrazloženje da je neutemeljena.

D. je podneo predstavku Evropskom sudu, navodeći pri tom da su u njegovom slučaju bili prekršeni članovi 6, 8. i 13. Evropske konvencije, i to sledećim redom:

1. zakonitost presretanja njegovog telefonskog razgovora od 16. marta 2003. sa J. B.;
2. presretanje (prisluškivanje) njegovih razgovora s predsednikom države, kojim je bio prekršen član 6. stav 3. Zakona o operativnim aktivnostima;
3. kršenje člana 6. stav 7. Zakona o operativnim aktivnostima – obelodanjivanjem/emitovanjem (snimaka) njegovih razgovora, budući da su time povređeni njegova čast i dostojanstvo i prava koja uživa po članu 8. Evropske konvencije;
4. nepostojanje unutrašnjeg pravnog leka protiv takvih rešenja.

Zaključci Evropskog suda

Suštinsko pitanje koje se postavlja glasi: da li je mešanje bilo opravdano, u smislu člana 8. stav 2. Stav 2., budući da sadrži izuzetak od prava koje je zajemčeno Evropskom konvencijom, treba usko tumačiti. Ovlašćenja za sprovođenje prikrivenog nadzora nad građanima, koja su inače karakteristična za policijsku državu, mogu se tolerisati prema Evropskoj konvenciji samo ako su strogo neophodna za očuvanje demokratskih institucija.

Da „mešanje“ koje je utvrđeno ne bi bilo u suprotnosti s članom 8., ono pre svega mora da bude „u skladu sa zakonom“. Evropski sud je ustanovio sledeće:

- „mešanje“ je imalo pravni osnov u Zakonu o operativnim aktivnostima;
- svaka pojedinačna mera nadzora odnosno praćenja mora biti u skladu sa strogim uslovima i postupcima koji su utvrđeni u tom zakonu (Z. o operativnim aktivnostima);
- zakonom je propisano da meru o kojoj je reč treba da odobri sudija.

Zakonitost – Evropski sud je ustanovio da je ovlašćenje da se pristupi nadzoru nad telefonskim razgovorima podnosioca predstave imalo pravni osnov u litvanskom zakonodavstvu.

Nužnost – Evropski sud je zaključio da je cilj presretanja, odnosno prisluškivanja bio očuvanje državne bezbednosti i sprečavanje kriminala i da je, shodno članu 8. stav 2. Evropske konvencije, bilo neophodno. Dozvole koje su izdate za to presretanje nisu bile lišene pravnog osnova, a nadzor nije bio „opšti“, niti „eksploratorni“ (predmet *Klass and others*).

Evropski sud je još jednom potvrdio da su državne vlasti, a pre svega sudovi, ti koji treba da tumače i primenjuju unutrašnje pravo.

Objavljivanje snimaka – Evropski sud je odvojeno razmatrao dva niza objavljivanja:

- a. Obelodanjivanje medijima telefonskog razgovora podnosioca predstavke sa J. B.:

Evropski sud je ustanovio da su ti snimci morali da ostanu nedostupni široj javnosti, bez obzira na to što je ODB skinulo s njih oznaku poverljivosti i predalo ih tužiocu.

Evropski sud je ustanovio da iako su zakonske odredbe bile „*koncipirane tako da obezbede da se nadzor i praćenje sprovode strogo u skladu sa zakonom radi zaštite privatnosti nekog lica od zloupotrebe, stvarna praksa u toj oblasti nije bila onakva kakva je propisana. Priznajući argument koji je iznela država o tome da javnost ima pravo da bude informisana o ponašanju državnog službenika, Evropski sud je ipak stao na stanovište da je ODB odgovorno za čuvanje poverljivosti informacija...*

Konačno, Evropski sud ne može a da ne primeti da litvanske vlasti do danas nisu otkrile kako je sadržaj razgovora ‘procureo’ u medije“.

S obzirom na to da nije sačuvana poverljivost informacija i da nije utvrđeno ko je i kome otkrio informacije, Evropski sud je zaključio da „*nedostatak zaštite koja je trebalo da bude primenjena na snimke telefonskih razgovora podnosioca predstavke sa J. B. nije bio u skladu sa zakonom. Usled toga prekršen je član 8. Evropske konvencije“.*

- b. Obelodanjivanje sadržaja svih telefonskih razgovora podnosioca predstavke ustavnom sudu, koji ih je, sa svoje strane, učinio dostupnim javnosti:

Evropski sud je utvrdio da tu nije bilo kršenja člana 8. Evropske konvencije, posebno ako se ima u vidu činjenica da je ustavni sud u tom trenutku razmatrao predlog za opoziv predsednika države.

Nepostojanje unutrašnjeg pravnog leka – Evropski sud se složio sa ocnom Vrhovnog suda Litvanije o tome da priroda takvih naloga podrazumeva da se ovlašćenja za preduzimanje mera izdaju i da se mere sprovode bez znanja lica koje je predmet tih mera. Evropski sud je naglasio da zahtev koji Evropska konvencija postavlja u pogledu predvidljivosti „*ne može biti potpuno istovetan u specifičnom kontekstu presretanja komunikacija (prisluškivanja) u cilju krivične istrage i onda kada je cilj relevantnog zakona da se ograniči ponašanje pojedinaca. Pre svega, zahtev za predvidljivošću ne može značiti da pojedincu treba da bude omogućeno da predvidi kada će vlasti presretnuti njegovu komunikaciju kako bi mogao da na odgovarajući način prilagodi svoje ponašanje... takvo obaveštenje moglo bi da dovede do razotkrivanja metoda rada i polja aktivnosti obaveštajnih službi, pa čak i do identifikovanja njihovih agenata.“*

Zakonom o operativnim aktivnostima utvrđene su procedure i zaštitni mehanizmi – Tim zakonom je zabranjeno obelodanjivanje informacija dobijenih tokom operativnih aktivnosti i podataka o privatnom životu lica, i propisano da sve informacije o privatnom životu lica koje je „predmet“ mera, a koje nisu značajne za predmet, moraju biti uništene. Ocenjeno je da su ti zaštitni mehanizmi dovoljni, i da po oceni Evropskog suda, tu nije došlo do kršenja člana 13. Međutim, u konkretnom slučaju počinjene su izvesne greške, a da pri tom „nije postojala ni jedna institucija koja bi delotvorno nadzirala i kontrolisala greške koje su se mogle dogoditi i koje su se dogodile u primeni neke operativne mere“¹, pa je u tom smislu prekršen član 13.

Predmet Hadzhiev v. Bulgaria (predstavka br. 22373/04):

Podnosilac predstavke Hadzhiev (u daljem tekstu H), pisao je 2001. godine okružnom sudu, pokušavajući da utvrdi da li je nalog za presretanje njegovih razgovora u periodu od 1. januara 1996. do 1. novembra 2001. izdao taj sud. H. nije dobio sadržajan odgovor ni od suda kome se obratio, ni od ministra unutrašnjih poslova.

H. je potom podneo zahtev za sudsku reviziju, da bi okružni sud u Varni 21. jula 2003. odbio taj zahtev uz obrazloženje da su informacije koje on traži poverljive. H. je uložio žalbu, a vrhovni upravni sud je odbio njegovu žalbu i potvrdio odluku okružnog suda, pozivajući se na sledeće pravne osnove:

- iako Ustav dopušta pojedincu da pribavlja informacije od državne vlasti, to pravo može biti podvrgnuto ograničenjima kada je, na primer, informacija o kojoj je reč označena kao poverljiva, kao što je slučaj sa informacijama koje se dobijaju tajnim nadzorom (Zakon o sredstvima za specijalni nadzor i praćenje iz 1997.);
- materijalom prikupljenim na taj način nije prekršen Zakon o zaštiti podataka;
- H. ne može da se poziva na Zakon o poverljivim informacijama iz 2002. jer se taj zakon ne može retroaktivno primeniti;
- nije bilo nikakvog kršenja člana 8. Evropske konvencije.

H. je podneo i drugi zahtev za obelodanjivanje podataka za period od 1. novembra 2001. do 29. maja 2003. Zahtev je podnet istim putem kao i prvi i sa istim ishodom; vrhovni upravni sud je utvrdio sledeće:

- informacije o tajnom nadzoru su poverljive;
- obaveštajni podaci koji su dobijeni na osnovu naloga za presretanje (komunikacija) kao i sam taj nalog, takođe su poverljivi;
- činjenica da tajni nadzor i praćenje mogu svojim rešenjem odobriti samo predsednici okružnih sudova dovoljna je da obezbedi nezavisni

1 Videti paragrafe 68 i 69 presude Evropskog suda dostupno na: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-112588>.

sudski nadzor nad postupanjem izvršne vlasti i pruža dovoljnu zaštitnu meru od nepropisnog mešanja u prava pojedinca;

- odbijanje da se informacije koje je podnosilac predstavke tražio dostave ne predstavlja kršenje prava po članu 10. Evropske konvencije, zato što stav 2. tog člana dopušta da se ograniče prava utvrđena stavom 1.

U februaru 2008. H. je podneo treći zahtev za dobijanje informacija koje su se odnosile na period od 1. januara 1996. do 3. februara 2008. Stvari su se odvijale istovetno kao i kod prvog i drugog zahteva i niži i apelacioni sud doneli slične odluke.

H. je tvrdio da su bili prekršeni članovi 8. i 10. Evropske konvencije, između ostalog zbog toga što zakonodavstvo u Bugarskoj na osnovu koga se vrši presretanje komunikacija ne sadrži dovoljno garancija protiv zloupotrebe prava i sprečava vlasti da potvrde da li je on bio predmet naloga za presretanje komunikacija. Evropski sud je međutim, razmatrajući predstavku, analizirao pritužbe podnosioca predstavke u širem smislu, tačnije uzevši u obzir upravo „*nedostatak odgovarajućih zaštitnih mehanizama od neopravdanog mešanja u njegova prava proistekla iz člana 8. Evropske konvencije*“, a ne samo odbijanje vlasti da ga obavešti da li je bio podvrgnut tajnom nadzoru.

Zaključci Evropskog suda

Država je tvrdila da H. „*nije bio predmet tajnog nadzora pa, samim tim, nije bio žrtva mešanja u prava proistekla iz člana 8*“. Međutim, u skladu s ranijim presudama, Evropski sud je smatrao da H. može da „*tvrdi da je žrtva, na osnovu same činjenice da u Bugarskoj postoji zakonodavstvo koje dopušta tajni nadzor i praćenje*“. Sud je slučaj analizirao u skladu sa zakonom koji je bio na snazi u relevantnom periodu.

Evropski sud je ustanovio, u skladu s prethodnom presudom donetom u predmetu *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev* (br. 62540/00, 28. jun 2007), da su i u ovom slučaju bili prekršeni i član 8. i član 13., budući da je predstavka proistekla iz istog pravnog okvira.

U pomenutom predmetu *Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev*, Evropski sud je utvrdio da bugarski pravni sistem do 2007. „*nije pružao dovoljno jemstava koja bi predstavljala zaštitni mehanizam od zloupotrebe sistema tajnog nadzora, niti je pružao delotvorne pravne lekove u tom smislu*“. Evropski sud je, tom prilikom, izrazio zabrinutost zbog stanja bugarskog zakonodavstva i predviđenih procedura u vezi s tajnim praćenjem i nadzorom i zatražio od Bugarske da izvrši neophodne izmene i dopune. Šire gledano, taj okvir je sadržao određene zaštitne mehanizme, ali je i dalje postojao rizik od zloupotrebe. Evropski sud je identifikovao sledeće probleme:

1. nije predviđeno da nezavisni organ vrši reviziju primene mera nadzora ili da utvrdi da li će materijal koji je pribavljen primenom tih mera biti uništen i u kojem roku ako se pokaže da praćenje nije donelo očekivane rezultate;

2. nedostaju dovoljna jamstva u odnosu na nadzor koji se sprovodi iz razloga nacionalne bezbednosti, a ne u kontekstu krivičnog postupka;
3. nedostaju propisi koji bi uredili, uz odgovarajući stepen preciznosti, način na koji se pregleda i kontroliše taj materijal ili koji bi utvrdili postupke koji se sprovode radi očuvanja integriteta i poverljivosti tog materijala, kao i postupke koji se sprovode ako materijal treba uništiti;
4. ne postoji nezavisni organ koji bi nadzirao funkcionisanje sistema tajnog praćenja i o tome podnosio izveštaje;
5. ne postoji nezavisna kontrola nad korišćenjem materijala izvan okvira izvorne primene mera nadzora i praćenja;
6. nema sistema obaveštavanja lica o kojima je reč, čak ni tamo gde bi to obaveštenje moglo da bude pruženo a da se ne ugrozi svrha samog praćenja, odnosno nadzora².

Predmet *Robathin v. Austria* (predstavka br. 30457/06)

Godine 2005. pokrenut je krivični postupak protiv Robathin-a (u daljem tekstu R.), advokata, u vezi s navodnim izvršenjem teške prevare, teške krađe i pronevere. Istražni sudija je 2006. izdao naredbu za pretres i zaplenu stvari u prostorijama R.

Pretres njegovih poslovnih prostorija izvršen je 2006. i tom pretresu su pored podnosioca predstavke, prisustvovali i njegov advokat i predstavnik Advokatske komore Beča. Policajci koji su obavljali pretres pretražili su njegov kompjuterski sistem i sadržaj svih dokumenata kopirali na disk.

Predstavnik Advokatske komore Beča tome se suprotstavio uz obrazloženje da je ta mera, po njegovom mišljenju, nesrazmerna zato što je „*tehnički moguće, primenom odgovarajućih kriterijuma za pretragu, pretresti i kopirati samo one dokumente koji odgovaraju kriterijumima utvrđenim u naredbi za pretres*“.

Policajci su stupili u kontakt sa istražnim sudijom i insistirali na tome da se kopiraju svi dokumenti. Nakon toga, na temelju predloga predstavnika Advokatske komore Beča, dogovoreno je da će policajci kopirati sve podatke koji se pokažu u pretrazi na osnovu imena „R“ i „G“ na jedan disk, dok će sve ostale podatke kopirati na zasebne diskove. Svi diskovi su zapečaćeni i predati istražnom sudiji.

Zbog spora oko navedenog materijala, od vanraspravnog veća (*Ratskammer*) je zatraženo da donese odluku treba li taj materijal analizirati ili ga treba vratiti. Vanraspravno veće je odlučilo da materijal treba analizirati zbog toga što je reč o materijalu koji je zaplenjen u sklopu prethodne istrage, a da R. ne može da se pozove na čuvanje profesionalne tajne zato što je on sam osumnjičeni.

2 Videti paragraf 45 presude Hadzhiev v. Bugarska.

Na osnovu Zakonika o krivičnom postupku (član 139), od istražnog sudije se traži da navede razloge zbog kojih izdaje naredbu za pretres. U naredbi mora što je moguće jasnije biti opisano koje predmete treba zapleniti; odobrenje za zaplenu može se dati samo za one dokumente (papirne kopije i elektronske podatke) koji su u neposrednoj vezi s krivičnim delom o kome je reč. U konkretnom slučaju Advokatska komora je tvrdila da je zaplena svih podataka preterana, odnosno da prevazilazi zakonom propisane okvire i da je stoga nezakonita.

Advokatska komora Beča obratila se državnom tužiocu tražeći od njega da razmotri mogućnost „poništaja radi očuvanja zakonitosti“, zbog profesije R. (advokatura) i opasnosti da nalogom za pretres i zaplenu bude povređena njegova dužnost (prema drugim klijentima itd.) u smislu profesionalne tajne. Osim toga, od advokata se zahteva da koriste kompjuterske sisteme koji im omogućuju komunikaciju sa sudovima; samim tim, potpuno je moguće pretresti celokupan sadržaj njihovih dokumenata, a da pri tom nije potrebno sve te dokumente kopirati. U slučaju R., svi dokumenti su kopirani, što je Advokatska komora Beča ocenila kao nesrazmernu, pa samim tim i nezakonitu meru.

Državni tužilac je obavestio Advokatsku komoru da nema nameru da uloži „zahtev za poništaj“.

R. je osuđen 2009. godine za proneveru, ali je, 2011. godine nakon pribavljanja novih dokaza i ponavljanja postupka, oslobođen optužbi.

R. je uložio žalbu u kojoj je naveo da su pretresom i zaplenom njegovih elektronskih podataka bila povređena njegova prava na osnovu člana 8. Evropske konvencije. Njegovo potonje oslobađanje od optužbi predstavlja dokaz da su pretres i zaplena bili nesrazmerni, ako ne i proizvoljni.

Država je u svome podnesku navela da mera pretresa nije bila nesrazmerna budući da nije bilo moguće ispitati relevantnost dokumenata, čak i da je na licu mesta izvršen kompletan pretres tekstualnog materijala, te da je stoga bio neophodan pretres svih dokumenata.

Zaključci Evropskog suda

Pretres i zaplena elektronskih podataka predstavljaju, po svojoj prirodi, mešanje u smislu člana 8. Evropske konvencije, ali je Sud na osnovu svoje ranije sudske prakse, zaključio da je pretres bio u skladu sa zakonom (praksom Evropskog suda utvrđeno je da mera koja se primenjuje mora imati osnov u unutrašnjem pravu, gde se izraz „pravo“ tumači u „supstancijalnom“, a ne u „formalnom“ značenju koji ujedno podrazumeva da odredbe moraju biti tako formulisane da lice u pitanju može izvesti zaključak o posledicama po njega/nju na osnovu samih odredbi) i težio legitimnom cilju. Stoga, suštinsko/stvarno pitanje koje se postavlja u ovom slučaju, jeste pitanje srazmernosti.

Evropski sud je stao na stanovište da je nalog za pretres bio veoma široko formulisano, prekoračivši okvire istrage R. i G. Zakonik o krivičnom postupku

sadrži neophodne mehanizme zaštite i ti mehanizmi su i primenjeni, naime pretresu su prisustvovali predstavnik advokatske komore i branilac; celokupan materijal koji je zaplenjen je zapečaćen; u postupak je bilo uključeno i vanraspravno veće kao nadzorni organ da bi procenilo treba li taj materijal da bude analiziran ili vraćen. Stoga, u takvim slučajevima je, dakle, od ključnog značaja upravo uloga vanraspravnog veća.

Evropski sud je ustanovio da vanraspravno veće nije navelo dovoljno razloga za izdavanje dozvole za pregled svih elektronskih podataka i nije obrazložilo zbog čega ograničeni pretres materijala u vezi sa R. i G. ne bi bio dovoljan. Iz tih razloga, Evropski sud nije uveren da je pretres bio srazmeran, već konstatuje da je *„pretres i pregled svih elektronskih podataka bio više od onoga što je bilo neophodno da bi se ostvario legitimni cilj. Iz toga sledi da je u konkretnom slučaju bio prekršen član 8. Evropske konvencije“*.

Evropski sud je odbacio tvrdnju R. da je njegovo potonje oslobađanje od optužbe na bilo koji način bilo u vezi s početnim pretresom i zaplenom dokumenata.

Predmet Sefilyan v. Armenia (predstavka br. 22491/08)

Sefilyan (u daljem tekstu S.) je kao aktivni pripadnik civilnog društva bio na rukovodećim položajima u nekoliko nevladinih organizacija i često je kritikovao jermenske vlasti. U nekoliko navrata pozivala ga je Nacionalna služba bezbednosti (NSB), kojom prilikom mu je naloženo da prestane da kritikuje vlasti i da prestane da sarađuje sa opozicijom.

Okružni sud je na zahtev NSB izdao naredbu, s rokom važenja od šest meseci, za presretanje komunikacija (tajni nadzor) i snimanje telefonskih razgovora podnosioca predstavke, kao i ostalih razgovora koje je vodio sa tri svoja mobilna i tri fiksna telefonska broja.

U decembru 2006. godine pokrenut je krivični postupak protiv S. U tom postupku on je osuđen.

S. je u predavci (Evropskom sudu) naveo da su u njegovom slučaju, između ostalog, bila prekršena prava iz člana 8. Evropske konvencije time što je Okružni sud izdao naredbu za presretanje komunikacija prema Zakonu o operativnim merama i merama traganja, koji je stupio na snagu tek 2007. godine. To znači da u relevantnom periodu (2006) nije bilo zakona koji je uređivao presretanje komunikacija itd.

Država je u svome podnesku navela da su sudovi izdali naredbu prema Zakoniku o krivičnom postupku (ZKP) koji je bio na snazi u predmetno vreme i čija primena, suprotno navodima podnosioca predstavke nije bila uslovljena donošenjem Zakona o operativnim merama i merama traganja³.

3 Vidi para. 116–120 presude Sefilyan v. Armenija

Članom 284. ZKP utvrđuje se postupak primene specijalnih istražnih tehnika na osnovu sudske naredbe i zahteva se od organa koji traže primenu specijalnih istražnih tehnika da u zahtevu navedu „*osnov koji opravdava pokretanje takve aktivnosti, informacije koje bi tim merama trebalo da budu pribavljene, mesto i rok za obavljanje tih radnji, kao i sve ostale relevantne elemente. Pri tom mora biti priložen i materijal koji potkrepljuje neophodnost preduzimanje te/takve radnje. Sud mora navesti razloge za odobravanje zahteva za izdavanje naredbe ili za odbijanje tog zahteva*“.

Sud je stao na stanovište da nije sporno da preduzimanje mera nadzora i presretanja telekomunikacija predstavlja mešanje u prava garantovana članom 8. Evropske konvencije i da je prema tome pitanje da li je presretanje komunikacija bilo u skladu sa zakonom (pitanje zakonitosti), imalo legitimni cilj i da li je bilo neophodno u datom slučaju.

Evropski sud je na osnovu ranijih odluka utvrdio sledeće:

- izraz „u skladu sa zakonom“ ne zahteva samo da mera o kojoj je reč ima izvestan osnov u unutrašnjem pravu već se odnosi i „*na kvalitet predmetnog zakona, budući da se traži da taj zakon bude dostupan licu o kome je reč i da ima predvidljive posledice*“;
- domaći sudovi su ti koji treba da tumače i primenjuju unutrašnje pravo: prema tome, postojao je pravni osnov u zakonu;
- predvidljivost u kontekstu odredbe „u skladu sa zakonom“ znači da „*zakon mora biti u dovoljnoj meri jasno formulisan da građanima na odgovarajući način ukaže na to u kakvim su okolnostima i pod kojim uslovima javne vlasti ovlašćene da posegnu za tim tajnim i potencijalno opasnim mešanjem u pravo na poštovanje privatnog života i prepiske*“, a ne to kada bi vlasti mogle da primene takve mere u odnosu na podnosioca predstavke;
- kroz svoju sudsku praksu u vezi s merama prikrivenog nadzora i praćenja, Evropski sud je ustanovio sledeće „*minimalne mehanizme zaštite, koji treba da budu zakonom uvedeni da bi se izbegla zloupotreba ovlašćenja: priroda krivičnih dela zbog kojih je moguće izdati naredbu za presretanje komunikacija; definicija kategorija lica čiji bi telefoni mogli biti predmet prisluškivanja; ograničenje roka primene mere telefonskog prisluškivanja; postupak koji treba sprovoditi radi analize, korišćenja i skladištenja podataka pribavljenih na taj način; mere predostrožnosti koje treba preduzeti kada se ti podaci predočavaju drugim strankama i okolnosti u kojima snimci mogu ili moraju biti izbrisani ili u kojima trake moraju biti uništene*“;
- Evropski sud mora biti uveren da postoje adekvatna i delotvorne garancije koje štite od zloupotreba, a ta „*procena zavisi od svih okolnosti datog slučaja, kao što su priroda, obim i trajanje mogućih mera, osnovi koji se traže da bi bila izdata dozvola za njihovu primenu, organi vlasti koji su nadležni da izdaju dozvolu, sprovedu mere i nadziru sprovođenje mera, kao i vrsta pravnog leka koju pruža unutrašnje pravo*“⁴.

Evropski sud je analizirao jermenske zakone i zaključio da, iako oni sadrže izvesne mehanizme zaštite, još uvek postoje „ozbiljni nedostaci“, te je u tom slučaju bio prekršen član 8. Evropske konvencije. Evropski sud je identifikovao sledeće nedostatke:

- zakonom „nije utvrđeno ni koji tipovi krivičnih dela ni koje kategorije lica mogu podlegati primeni mera“ tajnog nadzora za koje se može izdati odobrenje;
- zakonom nisu utvrđene okolnosti ili pravni osnov na temelju koga može biti izdata naredba za preduzimanje takvih mera; to u suštini znači da mera može biti primenjena i ako ne postoji krivični postupak (što je, po oceni Evropskog suda, uznemirujuće);
- zakonom „nije propisana najveća moguća dužina primene tajnog nadzora“ zato što sudija može, po sopstvenom nahođenju da utvrdi rok;
- „nema odredbe koja bi nalogala periodično preispitivanje“ primene date mere;
- „nema sudske niti kakve druge slične nezavisne kontrole“ nad primenom tih mera;
- „nema pravila za analizu, upotrebu, skladištenje i uništenje podataka“;
- „nema odredbe po kojoj je potrebno obavestiti lice koje je predmet mera po obustavi nadzora, čak i u onim slučajevima kada to obaveštenje više ni na koji način ne bi moglo da ugrozi svrhu samog nadzora, odnosno praćenja“.⁵

Predmet Shuvalov v. Estonia

(predstavke br. 39820/08 i 14942/09), 30. mart 2010
(delimična odluka o prihvatljivosti)⁶

Shuvalov (u daljem tekstu S.), bivši sudija iz Estonije, osumnjičen je za primanje mita. On je 2003. godine sudio u postupku koji se vodio protiv D., bi-znismena, optuženog, između ostalog, za utaju poreza i pranje novca.

D. je 2005. godine dao izjavu državnoj bezbednosti u kojoj je naveo da je N. (njegov poslovni partner) dugovao novac D-ovom preduzeću, ali je odbio da taj novac vrati. N. je obavestio D. da poznaje S. (sudiju) i da će moći da mu se obrati i zamoli ga da odbaci predmet koji se vodi protiv D., ako D. zaboravi na taj zajam. Osim toga, N. je želeo da dobije još novca zato što je organizovao da D. bude oslobođen optužbi.

U januaru 2006. tužilac je poveo postupak protiv N. i izdao je dozvolu za meru praćenja N. Sutradan je predsednik suda u oblasti Harju odobrio primenu mera presretanja komunikacija i tajnog snimanja telefonskih razgovora N.

5 Vidi para. 129–134 presude Sefilyan v. Armenija.

6 Vidi <http://echr.ketse.com/doc/39820.08–14942.09-en–20100330/view/>

Docnije su slične dozvole izdate i za primenu mera u odnosu na S. Rokovi trajanja tih odobrenja su u nekoliko navrata produžavani.

Predsednik oblasnog suda u Harju izdao je 26. januara odobrenje za simulaciju nuđenja mita od strane D., kako bi se N. i S. „uhvatili u zamku“. Izdato odobrenje odnosilo se i na zvučno i vizuelno snimanje sastanka. Rok trajanja odobrenja bio je 10 dana, da bi potom bio produžen.

Između 16. januara i 6. aprila 2006. D. i N. su se sastali 19 puta; između 3. februara i 6. aprila 2006. N. i S. su se sastali osam puta. U dvema prilikama se D., opremljen tajnim uređajima za snimanje, obratio S. prišavši mu na njegovom radnom mestu.

D. je 6. aprila dao N. novac i ubrzo potom N. je uhapšen i saslušan. Tokom saslušanja N. je izjavio da je podnosilac predstavke (S.) rekao da će, ako mu D. isplati 900.000 estonskih kruna, izreći presudu u njegovu korist. N. je, postupajući prema uputstvima tajne policije, ugovorio sastanak sa S. istog popodneva.

Predsednik oblasnog suda u Harju je 6. aprila 2006. u 14.30 izdao odobrenje za simulaciju krivičnog dela tako što će N. ponuditi mito da bi se S. „uhvatio u zamku“. Odobrenje se odnosilo na zvučno i vizuelno snimanje, a rok važenja iznosio je jedan dan. N. se, opremljen uređajima za snimanje, sastao sa S. i predao mu iznos od 200.000 estonskih kruna. Docnije je S. uhapšen i određen mu je pritvor. Optužen je za krivično delo traženja mita, da bi potom bio osuđen za pokušaj uzimanja mita.

U predstavci upućenoj Evropskom sudu S. je izneo sledeće argumente:

1. da je tužilac dao nekoliko izjava štampi u kojima je prejudicirao ishod njegovog predmeta i povredio pretpostavku nevinosti;
2. da je osuđen kao posledica podsticanja na izvršenje krivičnog dela;
3. da su informacije o krivičnoj istrazi namerno „procurele“ u medije (povreda člana 8. Evropske konvencije);
4. da mu je, hapšenjem i pretresom, povređen sudijski imunitet.

Podsticanje na izvršenje krivičnog dela – Evropski sud je presudio da u ovom slučaju nije bilo podsticanja na izvršenje krivičnog dela. Konstatovao je da „*primena specijalnih istražnih sredstava, pre svega tehnika tajnog snimanja, sama po sebi ne predstavlja kršenje prava na pravično suđenje, međutim, kod primene takvih tehnika postoji inherentna opasnost od podsticanja na izvršenje krivičnog dela, te stoga ta primena mora da se odvija unutar jasno utvrđenih granica*“. Evropski sud je iznova naglasio načela koja je ustanovio u predmetu *Ramanauškas protiv Litvanije* (predstavka broj 74420/01).

U ovom slučaju, i krivičnopravna istraga i prikrivena operacija zasnivali su se na konkretnim informacijama o planiranom izvršenju krivičnog dela, što je poslužilo kao osnov za potonje simuliranje tog dela.

Evropski sud je primetio da „*su primenu tajnih mera, uključujući simulaciju izvršenja krivičnog dela, odobrili nadležni organi, a domaći sudovi su potom razmotrili izveštaje o praćenju i delove snimaka na ročištima koja su bila dostupna*

javnosti, što znači da je postojala mogućnost neposredne procene uloge koju su razni akteri imali u toj prikrivenoj operaciji, tj. postojala je realna mogućnost da se utvrdi da li je tu bilo ili nije bilo podsticanja na izvršenje krivičnog dela. U meri u kojoj je materijal o kome je reč bio dostupan Evropskom sudu, on ne može da zaključi da je ta simulacija bila preterano 'aktivna'."

S. je takođe imao priliku da unakrsno ispituje i D. i N., na svom suđenju.

Predmet Veselov and others v. Russia (predstavke br. 23200/10, 24009/07 i 556/10)

Svaki od trojice podnosilaca predstavke (V., Z. i D.) bio je zasebna meta prikrivenih operacija u vezi s krijumčarenjem i preprodajom droge. Policija je, postupajući u skladu sa članovima 7. i 8. Zakona o operativno-istražnim radnjama, od 12. avgusta 1995. organizovala probne kupovine. Sva trojica podnosilaca predstavki su uhapšena i docnije osuđena za nedozvoljen promet opojnih droga.

Podnosilac predstavke V. – X, policijski doušnik, kazao je da V. i „Ruslan“ prodaju hašiš. V. je bio upućen u to da je X ranije učestvovao u operacijama u kojima je organizovana probna kupovina. Na osnovu podataka dobijenih od X, policija je pristupila operaciji probne kupovine i V. je uhapšen. Na suđenju je V. priznao krivicu za pomaganje „Ruslanu“, ali je kazao da je bio podstaknut na izvršenje krivičnog dela. Rekao je da nikada ranije nije bio umešan u stavljanje u promet opojnih droga i da je to učinio samo tada, jer je „Ruslan“ to uporno zahtevao.

Podnosilac predstavke Z. – Policiji se obratila Y i priznala da je narkomanka zavisna od heroina, a da je Z. njen redovni snabdevač. Policajci su zatražili od Y da učestvuje u operaciji probne kupovine od Z., i ona je na to pristala. Pre no što ih je Y o tome obavestila, policija nije imala nikakvih saznanja o tome da Z. prodaje drogu. Y je telefonirala Z. iz policijske stanice i dogovorila se s njim da dođe po drogu. Dala mu je novac i on je ubrzo potom uhapšen. Na suđenju je priznao krivicu, ali se branio time da je bio naveden na izvršenje krivičnog dela, odnosno da mu je „postavljena zamka“.

Podnosilac predstavke D. – Gđa Z. se obratila policajcima tvrdeći da je D. (bivši policajac, ranije osuđen za ubistvo) narko-diler od koga ona redovno kupuje drogu. Kao i u prethodna dva slučaja, i tu su policajci organizovali probnu kupovinu, pa je D. uhapšen kada je bio u društvu Z. koja je kupovala drogu. On je tvrdio da je nije snabdeo drogom, već joj pomogao u kupovini droge od nekog drugog. Uhapšen je i izveden pred sud. Priznao je krivicu, ali je zatražio da dokazi koji se odnose na probnu kupovinu budu izuzeti iz postupka zato što ga je policija podsticala da izvrši krivično delo.

Sva trojica podnosilaca predstavke žalili su se da u postupku pred domaćim sudovima nije bilo propisno razmatrano to što su se pozvali na policijsko

podsticanje na izvršenje krivičnog dela, čime je, po njihovoj oceni, bio prekršen član 6. Evropske konvencije.

Država je u svome podnesku navela da su probne kupovine bile organizovane u skladu sa unutrašnjim pravom (Zakonom o operativno-istražnim radnjama – strogo u skladu sa uslovima pod kojima rezultati takve probne kupovine mogu biti prihvaćeni kao dokazi u krivičnom postupku: 1. dokazi moraju biti pribavljeni u skladu sa zakonom; 2. mora biti dokazano da se namera okrivljenog da se upusti u promet nezakonitih supstanci razvijala nezavisno od postupaka prikrivenih agenata i 3. mora biti dokazano da je okrivljeni obavio sve pripreme radnje neophodne za izvršenje krivičnog dela), kao i da se tu ne može govoriti o „postavljanju zamke“, budući da ni na jednog podnosioca predstavke nije izvršen nikakav pritisak. Zakon ne zahteva sudsko odobrenje, a odobrenje za primenu specijalnih istražnih sredstava dao je visoki zvaničnik (policije).

Zaključci Evropskog suda

Evropski sud je zaključio da je u sva tri slučaja prekršen član 6. stav 1, što se direktno može pripisati sistemskoj pogrešci i nepostojanju odgovarajućih mehanizama zaštite. Sud je u svojoj ranijoj praksi utvrdio da su pravni i organizacioni okviri ruskog pravosuđa u vezi s probnim kupovinama neodgovarajući, tako da se, u poređenju sa sličnim sistemima u drugim zemljama-članicama Saveta Evrope, ruski sistem izdvaja po neusklađenosti.

Evropski sud je iskoristio tu priliku da razmotri zakonodavstvo u 22 zemlje-članice Saveta Evrope i načine na koje je u njima uređeno korišćenje prikrivenih agenata u probnim kupovinama i sličnim tajnim operacijama (Austrija, Belgija, Bugarska, Češka, Hrvatska, Estonija, Finska, Francuska, Nemačka, Grčka, Irska, Italija, Lihtenštajn, Litvanija, Bivša Jugoslovenska Republika Makedonija, Poljska, Portugal, Rumunija, Slovenija, Španija, Turska i Ujedinjeno Kraljevstvo Velike Britanije i Severne Irske). Evropski sud je takođe razmotrio rezolucije Saveta Evrope koje su proistekle iz nekih ranijih odluka koje je sud doneo, pre svega u predmetima *Teixeira de Castro v. Portugal* (1998), *Pyrgiotakis v. Greece* (2008), *Ramanauskas v. Lithuania* i *Malininas v. Lithuania* (2008).

Na osnovu svega toga mogu se sažeto izvesti sledeća osnovna načela⁷:

1. „Upotreba prikrivenih agenata kao legitimna istražna tehnika u borbi protiv teškog kriminala jeste prihvatljiva, ali ona zahteva odgovarajuće mehanizme zaštite od zloupotrebe, budući da se korišćenje u postupku dokaza koji su pribavljeni usled policijskog podsticanja na izvršenje krivičnog dela ne može opravdati javnim interesom“;

2. „Evropske konvencije ne zabranjuje oslanjanje na takve izvore kao što su anonimni doušnici u fazi prethodne istrage ili tamo gde to možda nalaže sama

priroda krivičnog dela koja je predmet istrage. Međutim, potonja upotreba takvih izvora u sudskom postupku, da bi se na njima utemeljila osuđujuća presuda, predstavlja potpuno različitu stvar i prihvatljiva je samo onda kada postoje odgovarajući i dovoljni mehanizmi zaštite od zloupotreba, pre svega jasan i predvidljiv postupak za davanje odobrenja za preduzimanje istražnih mera o kojima je reč, sprovođenje tih mera i nadzor nad njihovom primenom“;

3. Kada glavni „dokazi proističu iz neke prikrivene operacije, kao što je probna ili simulirana kupovina droge, vlasti moraju biti kadre da dokažu da su imale valjane razloge za organizovanje takve tajne operacije. To pre svega znači da vlasti treba da poseduju konkretne i objektivne dokaze koji ukazuju na to da su već bili preduzeti početni koraci u cilju izvršenja radnji koje predstavljaju krivično delo, za koje je podnosilac predstavke potom i sudski gonjen“;

4. U situaciji kada „vlasti tvrde da su postupale na osnovu informacije dobijene od nekog pojedinca, građanina, Evropski sud pravi razliku između pojedinačne pritužbe i informacije koja je dobijena od policijskog saradnika ili doušnika. Ukoliko je reč o ovom drugom slučaju, postoji značajna opasnost da takav doušnik ili saradnik pokuša da proširi svoju ulogu na ulogu agenta provokatora, pa je zato u svakom slučaju od presudne važnosti da se utvrdi da li je krivično delo u trenutku kada je izvor počeo da sarađuje s policijom već bilo u pripremi“;

5. „Svaka tajna operacija mora biti usklađena sa zahtevom da se istraga odvija na suštinski pasivan način“;

6. „Evropski sud je utvrdio da postoji veća verovatnoća da se pređe linija koja razdvaja legitimno infiltriranje prikrivenog agenta, s jedne, i podsticanje na izvršenje krivičnog dela, s druge strane, ako domaćim pravom nije utvrđen jasan i predvidljiv postupak za izdavanje ovlašćenja za preduzimanje tajnih operacija; to utoliko pre ukoliko nedostaju i odredbe o valjanom nadzoru nad takvim operacijama. U predmetima na osnovu predstavi protiv Rusije Evropski sud je već ustanovio da ni Zakon o operativno-istražnim radnjama ni drugi instrumenti ne predviđaju dovoljne zaštitne mehanizme kada je reč o probnim kupovinama, pa je saopštio da postoji potreba za sudskim ili drugim nezavisnim davanjem ovlašćenja za početak takvih operacija i za nadzor nad njima“. Mada je postavljanje policijske „zamke“ izričito zabranjeno izmenama i dopunama Zakona iz 2007.), ne postoji ni jedan zakonodavni ili regulatorni instrument koji bi definisao ili tumačio taj termin, niti postoje bilo kakve praktične smernice o tome kako da se postavljanje zamki izbegne.

7. Svako „pozivanje odbrane na „postavljanje zamke“, tj. podsticanje na izvršenje krivičnog dela zahteva od domaćih sudova da te navode ispituju na način koji je usaglašen s pravom na pravično suđenje. Postupak koji se pri tom primenjuje mora biti kontradiktoran po svojoj prirodi, temeljit, sveobuhvatan i takav da se može doneti jasan zaključak o pitanju postojanja/postavljanja zamke, s tim što teret dokazivanja tvrdnji da nije bilo podsticanja na izvršenje krivičnog dela mora biti na tužilaštvu“. Evropski sud je ustanovio da domaći sudovi u Rusiji imaju

kapacitet da sprovedu takvo ispitivanje u okviru postupka za isključenje dokaza (ali da su propustili to da učine).

Uzun v. Germany, predstavke br. 35623/05 (2010)

Godine 1993. Odeljenje za zaštitu Ustava u pokrajini Severna Rajna – Vestfalija započelo je osmatranje podnosioca predstavke U., zato što je bio osumnjičen da je uključen u delovanje Antiimperijalne ćelije koja preduzima terorističke aktivnosti.

U. je bio pod nadzorom i prisluškivan je njegov kućni telefon (u kući je živio s majkom) i obližnji javni telefon, a prepiska koju je vodio je kontrolisana. Dozvolu za presretanje njegovih telefonskih razgovora izdao je istražni sudija.

Vlasti su 1995. godine postavile predajnike u automobil njegovog saučelnika S. S. i U. su to otkrili i uništili uređaje. Savezni biro za krivične istrage ugradio je GPS prijemnik u automobil koji je bio u vlasništvu S., po nalogu saveznog državnog tužioca.

U. se na suđenju usprotivio tome što su u dokaznom postupku izvedeni dokazi dobijeni pomoću uređaja GPS; apelacioni sud je odbio žalbene navode U. i presudio da dokazi dobijeni pomoću uređaja GPS mogu biti prihvaćeni zato što su pouzdani. Na osnovu Zakonika o krivičnom postupku, za nadzor pomoću GPS ne mora postojati naredba koju je izdao sudija.

U. je uložio žalbu saveznom apelacionom sudu i saveznom ustavnom sudu na presudu koja mu je izrečena, pozivajući se na to da nije postojao pravni osnov za korišćenje GPS i da je ta mera preduzeta bez sudskog nadzora. Ustavni sud nije uvažio žalbu, saopštivši da za postavljanje GPS nije bio potreban poseban zakonski osnov, budući da je to predviđeno u Zakoniku o krivičnom postupku i da nije reč o nesrazmernoj meri s obzirom da su U i S bili osumnjičeni za postavljanje bombi.

U. se obratio Evropskom sudu, navodeći u predstavci da su nadzorom, a pre svega nadzorom pomoću uređaja GPS, bila povređena njegova prava zaštićena članom 8. Evropske konvencije, kao i da potonje prihvatanje tih dokaza u sudskom postupku protiv njega predstavlja kršenje njegovog prava na pravično suđenje po osnovu člana 6.

Zaključci Evropskog suda o članu 8.

1. Izraz „privatni život“ po članu 8. može obuhvatiti i kontakte koje pojedinac ima u javnosti;

2. Pitanje uvažavanja privatnog života može se postaviti onda kada „postoji sistematska ili trajna evidencija podataka“, koja sadrži i informacije koje nisu dobijene prikrivenim nadzorom;

3. U ovom slučaju, vlasti su nameravale da prikupe informacije o U. i S. i njihovom kretanju;

4. Sav taj materijal (ne samo onaj dobijen pomoću uređaja GPS) bio je korišćen za izradu profila U. i radi prikupljanja daljih dokaza koji su potom upotrebljeni u sudskom postupku protiv njega;

5. Nadzor pomoću uređaja GPS mora se razlučiti od drugih metoda nadzora (koji mogu biti intruzivni), a u konkretnom predmetu upotreba GPS uređaja u kombinaciji sa obradom i korišćenjem podataka koji su na taj način dobijeni jeste predstavljala mešanje u privatni život podnosioca predstavke;

6. *„U skladu sa zakonom“*: Mora postojati jasan osnov u zakonu, i taj osnov mora takođe biti dostupan i predvidljiv. Kada je reč o merama prikrivenog nadzora, zakon *„mora biti dovoljno jasno formulisan da građani steknu odgovarajuću predstavu o uslovima i okolnostima u kojima vlasti imaju pravo da posegnu za nekom takvom merom... S obzirom na to da je opasnost od zloupotrebe immanentna svakom sistemu prikrivenog nadzora, takve mere moraju biti utemeljene na zakonu koji je izuzetno precizan, posebno u situaciji kada se dostupna tehnologija sve više usavršava...“*;

7. S obzirom na potencijalni rizik od zloupotrebe prilikom primene prikrivenih mera, domaće pravo mora pružiti odgovarajuća jamstva/zaštitu od proizvoljnog mešanja;

8. U konkretnom slučaju, primenjena mera bila je u skladu sa zakonom i postojala su dovoljna jamstva i zaštitni mehanizmi. Prikrivene mere mogu se primeniti samo onda kada se za neko lice *„sumnja da je počinilo krivično delo znatne težine... i kada ima manje izgleda ili postoje veće teškoće da se primenom drugih mera otkrije gde se okrivljeni nalazi“*;

9. Iako nije postojao sudski nalog za upotrebu GPS uređaja, samo prihvatanje dokaza u toku sudskog postupka moglo je biti osporeno, i sudija koji je predsedavao sudskom veću mogao je da odbije izvođenje tih dokaza;

10. *Nužnost i srazmernost*: S obzirom na stepen ozbiljnosti krivičnog dela o kome je reč (terorističko delovanje), upotreba GPS uređaja jeste bila srazmerna. Međutim, nadzor od strane više državnih organa doveo je do većeg „upada“ u privatni život; ipak, GPS uređaj je bio korišćen tokom relativno kratkog perioda, pa se stoga ne može reći da je podnosilac predstavke bio pod *„totalnim i sveobuhvatnim nadzorom“*.

Imajući sve izneto u vidu, Sud je našao da nije bilo kršenja člana 8.

Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, predstavke br. 74336/01, ECHR 2007-IV

Podnosioci predstavke, W. (fizičko lice, advokat) i BB GmbH (pravno lice i holding kompanija „Novamed“), tvrdili su da su pretraživanjem i zaplenom elektronskih podataka tokom pretresa njihovih prostorija bila povređena njihova prava iz člana 8. Nije osporavan pretres i zaplena dokumenata.

Godine 2000., na osnovu zahteva za međunarodnu pravnu pomoć tužilaštva u Napulju, oblasni sud u Salcburgu izdao je nalog za pretres prostorija pre-

duzeća BB GmbH i „Novamed“, a sedišta oba ta preduzeća bila su registrovana u kancelariji W. U zahtevu iz Italije stajalo je da se traži *zaplenu svih poslovnih dokumenata iz kojih se mogu videti kontakti sa osumnjičenim licima i preduzećima*.

Pretres su izvršili policajci u prisustvu W. i predstavnika advokatske komore Salcburga, i njima su pre zaplene pokazani svi dokumenti. Svi zaplenjeni dokumenti su evidentirani i potpisali su ih W. i policajci, a u slučajevima u kojima je uložen prigovor zbog nekog dokumenta, isti je posebno spakovan i zapečaćen.

Kada je reč o elektronskim podacima, grupa policajaca zadužena za pregled kompjuterskog sistema W. prekopirala je nekoliko fajlova na diskove i otišla, ne obavestivši W. o rezultatima pretresa. Nisu sačinili ni izveštaj o pretresu. Predstavnik Advokatske komore je, međutim, bio obavешten i neko vreme je prisustvovao pretraživanju elektronskog sistema. Policajci su docnije sačinili izveštaj u kome su naveli da nije napravljena kompletna kopija materijala s kompjuterskog servera, kao i da je pretraga obavljena (uključujući i izbrisane fajlove) tako što su korišćena imena kompanija i pojedinaca dobijena od italijanskih vlasti.

Istražni sudija je otvorio zapečaćene dokumente u prisustvu W. i oni koji su bili relevantni za istragu predati su policajcima, dok su oni u kojima se radilo o poslovnoj tajni vraćeni W. W. i BB GmbH uložili su žalbu vanraspravnom veću, tvrdeći da je pregledom i pretragom elektronskih podataka bio prekršen član 9. Zakona o advokaturi (poslovna tajna kao pravo i dužnost) i član 152. Zakonika o krivičnom postupku, budući da su neki od prisutnih policajaca bez ikakvog nadzora pretraživali i kopirali elektronske podatke. Osim toga, policajci u svome izveštaju nisu naveli da su izvršili pretragu elektronskih podataka, niti su pobrojali elektronske podatke koje su kopirali, a nisu naveli ni imena svih prisutnih policajaca (posebno stručnjaka za elektronsku obradu podataka).

Vanraspravno veće je odbacilo pritužbe uz sledeće obrazloženje: (i) elektronski podaci su pretraživani po imenu i u skladu sa odgovarajućim kriterijumima; (ii) tamo gde su uloženi prigovori, taj materijal je zasebno zapečaćen da bi ga potom pregledao istražni sudija; (iii) pretres prostorija advokata odnosio se samo na ono što se ticalo navedenih preduzeća; (iv) nije bilo povrede poverljivog odnosa između advokata i klijenta.

W. je takođe uložio žalbu nezavisnom upravnom veću. Održano je ročište na kojem je žalba odbijena, uz obrazloženje da policajci nisu prekoračili ovlašćenja dobijena od istražnog sudije.

Zaključci Evropskog suda

- Pretres kancelarije advokata smatra se mešanjem u „privatni život“ i „prepisku“ i, potencijalno, njegov dom u širem smislu, koji proističe iz francuskog teksta Konvencije, gde se koristi izraz *domicile*.

- Pretres i zaplena elektronskih podataka predstavljaju mešanje, budući da je reč o „prepisci“ u smislu člana 8. EKLP.

- Nesrazmernost: Podnosioci predstavki su se žalili da su pretres i zaplena elektronskih podataka bili nesrazmerni i da je taj pretres nužno doveo do otkrivanja prepiske koju je W. vodio u svojstvu advokata. Evropski sud zaključuje da su pretres i zaplena elektronskih podataka bili nesrazmerni⁸ (i kada je reč o jednom, i kada je reč o drugom podnosiocu predstavke) budući da policajci nisu „postupali u skladu sa procesnim jemstvima koncipiranim upravo radi sprečavanja bilo kakve zloupotrebe ili proizvoljnosti i radi zaštite profesionalne tajne na koju je advokat obavezan, usled čega su pretres i zaplena elektronskih podataka prvog podnosioca predstavke bili nesrazmerni legitimnom cilju kome se tim pretresom težilo“.

8 Za razliku od postupanja policije tokom zaplene dokumentacije, vidi para. 63 presude *Wi-
eser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*.

V. TIPOVI SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA: PODROBNA ANALIZA

Izvori/doušnici, agenti provokatori i prikriveni agenti

Doušniku (u nekim pravnim sistemima on se opisuje kao izvor ili kao ljudski izvor) se poverava zadatak da iskoristi odnos koji ima s metom, ne bi li tajno prikupio informacije. Odatle logički sledi da će verovatno doći do kršenja prava na privatni/lični život mete. Stoga mora da postoji:

- izričit osnov u nacionalnom zakonu (lako dostupnom) koji uređuje način korišćenja i ponašanja doušnika;
- odgovarajući okvir za davanje ovlašćenja i nadzor;
- neophodnost i srazmernost u svim aspektima vezanim za postupanje doušnika i sa doušnikom

Države koje žele da uvedu nova zakonska rešenja u vezi sa specijalnim istražnim sredstvima, moraju da razmotre osnovna načela koja uvek treba imati na umu kada se utvrđuje okvir za ponašanje doušnika, a koji je u skladu sa onim što nalaže Evropska konvencija.

Prvo među tim načelima je definicija „doušnika“ i jezgrovito objašnjenje toga šta doušnik stvarno radi. Uopštena, ali tačna definicija mogla bi da glasi: doušnik je lice koje:

- „uspostavlja ili održava lični ili kakav drugi odnos s nekim licem, nastojeći u tajnosti da omogući da učini sve kako bi:
 - prikriveno koristio takav odnos da bi pribavio informacije/dokaze ili da bi omogućio nekom drugom licu pristup informacijama/dokazima; ili
 - *prikriveno obelodanio informacije/dokaze dobijene korišćenjem takvog odnosa ili proistekle iz postojanja takvog odnosa*“.

U samom središtu te definicije jeste teza da država koristi neko lice da bi preko njega dobila privatne ili lične informacije (u najširem smislu te reči) i da će to, ako nema izričite zakonske odredbe koja dopušta takvu aktivnost, predstavljati kršenje člana 8. Evropske konvencije.

Odmah treba istaći da je prikriveni agent ili obaveštajac obično obuhvaćen tom definicijom. Iako se u nekim zemljama angažovanje prikrivenih agenata (agenti države) uređuje posebnim zakonskim odredbama, izvesno je da načelna pitanja i obim izazova, kako u smislu unutrašnjeg prava tako i u smislu Evropske konvencije, ostaju isti.

U Velikoj Britaniji policajcima ponekad navode sledeću definiciju doušnika, koja je prilično laka za pamćenje:⁹

„Doušnik je neko ko, ne iznoseći svoje prave namere (nameru da pribavi informacije i potom ih prenese policiji), stupa u odnos s drugim licem (ili održava već postojeći odnos) u nastojanju da pribavi informacije ili da stekne pristup informacijama koje će potom preneti policiji bez znanja osobe od koje su te informacije dobijene.“

Sledeće ključno načelo jeste da doušnik ili prikriveni agent neminovno dobijaju konkretan zadatak da obavi tajne aktivnosti. To je veoma važno zbog toga što se Evropska konvencija primenjuje samo onda kada je radnju preduzeo neki državni organa ili javna vlast. Prikriveni agent je, sam po sebi državni agent, ali to ne važi za doušnika (bez obzira na to da li je samo to lice uključeno ili nije u neke kriminalne aktivnosti). Prema tome, kada je reč o doušniku, ključno pitanje je da li su mu državna agencija ili državni agent, dali/poverili zadatak da se uključi u tajne aktivnosti onako kako su gore definisane, na ma koji način – podsticanjem, traženjem od njega ili pomaganjem.

Radi celovitog prikaza treba reći da se o prikrivenom postupanju, u vezi sa uspostavljanjem ili održavanjem ličnog ili kakvog drugog odnosa doušnika i drugog lica, govori ako se, i samo ako se taj odnos odvija na način koji je sračunat da obezbedi da jedna od strana koja u tom odnosu učestvuju (tj. meta) nije svesna svrhe zbog koje je odnos uspostavljen ili se održava. Slično tome, odnos će biti korišćen tajno i pribavljene informacije će biti tajno prenete, ako se, i samo ako se koriste ili, zavisno od situacije, obelodanjuju na način koji je sračunat na to da jedna od strana koje u tom odnosu učestvuju (i ovde je to meta) nije svesna načina upotrebe informacija ili njihovog obelodanjanja.

Drugo načelo koje se može izvesti iz iskustva jednog broja evropskih zemalja glasi da, s obzirom na to da je država dužna da poštuje stroge zaštitne mehanizme Evropske konvencije u odnosu na doušnika, definicija ne treba da obuhvati sva lica koja policiji dostavljaju informacije u vezi s kriminalnim aktivnostima, čak i ako ta lica žele da njihova anonimnost bude sačuvana. Pre bi se moglo reći da se treba rukovoditi načelom da treba da se postavi pravni okvir čiji je cilj da se obezbedi da sve tajne policijske tehnike budu potpuno u skladu sa Evropskom konvencijom. Isto onako kao što doušnik nije službeno lice, tako ni svaki građanin koji policiji dostavi informacije nije službeno lice ni organ javne vlasti. Sem toga, malo je verovatno da će takvo lice, kao pripadnik populacije koja takve informacije dostavlja i kada se to od njega ne traži, morati da uspostavi ili održava lični odnos da bi pribavio takve informacije. I tu se suština stvari svodi na to da li je aktivnost lica koje dostavlja informaciju u suprotnosti sa članom 8. stav 1. Evropske konvencije ili ne. Ako jeste u suprotnosti sa Evropskom konvencijom, onda će policija ili tužilac (kao državni organ) morati da budu u stanju da opravdaju tu aktivnost, pozivajući se na uslove koji to pravo čine uslovljenim, a ne apsolutnim, što je utvrđeno članom 8. stav 2.

Mera opreza: promena statusa lica koje daje informacije

Kao što je gore jasno stavljeno do znanja, pitanje poštovanja Evropske konvencije, člana 8., po pravilu se ne postavlja u okolnostima u kojima građanin dobrovoljno daje informacije policiji, u sklopu svojih redovnih građanskih dužnosti, ili pozivanjem telefona koji je određen za prijem anonimnih informacija. Lica koja dobrovoljno dostavljaju informacije policiji po pravilu očekuju da se poštuje njihova anonimnost. Teškoće nastaju onda kada pojedinci dobrovoljno dostave informacije, tj. kada im to prethodno nije „povereno u zadatak“, a onda se ustanovi da je njihova uloga do te mere složena da se mora primeniti član 8. Evropske konvencije. Lica koja su u tom pogledu „rizična“ spadaju u jednu od sledeće tri kategorije:

- odgovorni građani koji informacije dostave u sklopu onoga što smatraju svojom građanskom dužnošću;
- pojedinci koji dobrovoljno dostave informacije do kojih su došli u okviru svoje profesionalne aktivnosti, u okolnostima u kojima ih zakon ne obavezuje da to učine;
- pojedinac, obično i sam kriminalac, koji dobrovoljno dostavi informacije o aktivnostima svojih partnera iz kriminalnog miljea.

Kada je reč o prvoj kategoriji, nema potrebe da se otvaraju pitanja vezana za član 8. Evropske konvencije niti da se analizira kompletan pravni okvir. Obično je reč o licima koja jednostavno obaveste organe reda o onome što su čuli ili videli i nisu pri tom uspostavili niti održavaju odnos sa „metom“, kako bi dobili te informacije. Osim toga, pojedinci o kojima je reč tu postupaju na sopstvenu inicijativu, bez ikakvog mešanja države ili javne vlasti. Međutim, ako policija tom izvoru potom „stavi u zadatak“ da pribavi dodatne informacije, u okolnostima koje zahtevaju da on, poput doušnika, uspostavi odnos s kriminalcem (ili da na neki način nadogradi postojeći odnos), sa takvim licem će tada morati da se postupi u svetlu obaveza koje država ima po osnovu Evropske konvencije.

Ista pravila važe i za drugu kategoriju. Pojedinac, na primer turistički agent, koji dobrovoljno dostavi informacije policiji ili carini o putničkim aranžmanima nekog klijenta za koga posumnja da se upustio u kriminalne aktivnosti, ne postaje doušnik u smislu u kome to tumači Evropski sud kada nalaže da se treba povinovati odredbama Evropske konvencije (sem, razume se, onoga što se odnosi na prava samog tog pojedinca). Takvo lice, međutim, postaje doušnik/izvor onog trenutka kada mu se „stavi u zadatak“ da počne da postupi proaktivno i traži dodatne informacije o budućim planovima putovanja navodnog kriminalca. U takvim okolnostima on postaje agent policije (države ili javne vlasti) kome je poveren određeni zadatak i u tom zadatku se oslanja na postojeći poslovni odnos, ne bi li dobio informacije za neki prikriveni svrhu.

Potencijalno najveći problemi iskršavaju kada je reč o licima koja spadaju u treću kategoriju. Pojedinci koji dobrovoljno policiji dostave informacije u vezi sa aktivnostima svojih partnera kriminalaca, mogu u očima policije u nekim

evropskim zemljama uživati status „poverljivih kontakata“ ili neki sličan status. Informacije koje oni dostave biće zabeležene i, tamo gde je to primereno, postupaće se u skladu s njima. Ni u tom slučaju neće se otvarati pitanje u vezi sa članom 8 Evropske konvencije u pogledu interakcije tih lica s drugima u toj fazi, budući da im policija nije stavila u zadatak da pribave informacije u okolnostima u kojima bi se od izvora zahtevalo da uspostavi odnos ili da (što je verovatnije) nadogradi postojeći odnos kako bi pribavilo te informacije.

Međutim, policija mora biti posebno oprezna kada je reč o „promeni statusa“ onih lica koja spadaju u ovu treću kategoriju. Neminovno će doći trenutak kada će takvo lice morati da bude smatrano licem kome je poveren određeni zadatak, pa samim tim doušnikom ili izvorom u značenju koje je ovde već opisano/dato. Važnost te činjenice je izuzetno velika, tolika da se ni u kom slučaju ne može preceniti. Pored procesnih nedostataka i nedostataka u smislu Evropske konvencije, koji bi lako mogli uticati na ishod predmeta, policijski organi uvek moraju imati na umu da će, ako žele da pojedinac bude propisno tretiran kao doušnik/izvor, većina država iz toga izvesti sopstvenu obavezu zaštite anonimnosti doušnika (pod uslovom da doušnik koji je dostavio informacije ne želi ili nije u stanju da postane deo dokaznog lanca).

Korišćenje izvora u prikrivenoj ulozi kao učesnika

U nekim državama izvoru može biti dato ovlašćenje da učestvuje u određenom krivičnom delu radi postizanja napretka u istrazi. Takav metod se obično može koristiti samo kada ne postoje drugi konvencionalni istražni metodi i kada se krivično delo koje je predmet istrage smatra ozbiljnim. Za takav metod mora postojati propisno odobrenje i njegova upotreba mora da zadovolji principe neophodnosti i srazmernosti pri otkrivanju ili sprečavanju kriminala. Da bi se takva aktivnost uopšte mogla odvijati, tu, kao i kod drugih vidova prikrivenog angažovanja, mora postojati osnov u domaćem pravu.

Uloga izvora mora biti periferna ili minorna u odnosu na samu kriminalnu aktivnost o kojoj je reč. Izvor ne treba da bude uključen ni u jedan vid planiranja krivičnog dela. Baš kao i svaki državni agent, on ne može postaviti zamku bilo kom licu niti sme da podstiče neko lice da učini nešto što ono inače ne bi učinilo. Pored toga, samo krivično delo već mora postojati: neko lice, koje nije izvor, već je ranije moralo započeti planiranje krivičnog dela.

Prikriveni agenti

Kao što je već pomenuto, prikriveni agent koji stupa u interakciju s licem koje je meta i koji će, samim tim, verovatno prekršiti pravo na privatni život lica koje je meta mora imati konkretna zakonska ovlašćenja da postupa na takav način i njegove aktivnosti moraju biti propisno odobrene i kontrolisane. U tom smislu, prikriveni agent jeste agent odnosno pripadnik policijskih organa koji

prikriva svoj pravi identitet ili na neki drugi način postupa tajno, da bi se infiltrirao među lica koja se bave kriminalnim aktivnostima.

U mnogim državama postoji određeni niz zakonskih odredaba kojima se uređuje takva prikrivena aktivnost; u drugim, pak, državama prikriveni agent i doušnik (onako kako je definisan u ovom radu) mogu postupati u skladu sa istim zakonskim okvirom, iako se njihove aktivnosti međusobno razlikuju¹⁰. Angažovanje, rukovođenje i korišćenje prikrivenog agenta ne samo da se mora odvijati na osnovu odobrenja, već mora biti zasnovano na redovnom poveravanju konkretnih zadataka i nadzoru.

Kako prikriveni agent koriste dodatna specijalna istražna sredstva (npr. opremu za tajno snimanje)

Nadzor kao specijalno istražno sredstvo detaljnije je opisan dalje u tekstu, ali ovde je ipak treba naglasiti da su, zahvaljujući razvoju tj. sve savršenijoj opremi za praćenje i nadzor, prikriveni agent (a ponekad i izvori-učesnici) opremljeni tajnim uređajima za snimanje. U mnogim državama izveštaj se, upotrebom ove opreme, može snažno potkrepiti dokazima koje agent podnosi o svojim razgovorima s metom tajne operacije, zahvaljujući čemu taj iskaz postaje praktično neoporiv, a što je i potvrda važnosti navedene opreme.

Prilikom razmatranja ovog pitanja, država mora da odluči da li će odobrenje za angažovanje prikrivenog agenta automatski podrazumevati i odobrenje da taj agent upotrebljava dodatnu opremu. U nekim državama potrebno je zasebno odobrenje, budući da se smatra da upotreba te opreme sama po sebi predstavlja nadzor i praćenje (vidi definiciju nadzora i praćenja).

Simulovane kupovine i „mamci“

Države će možda odlučiti da razmotre:

Pitanje nivoa odobrenja koji je potreban za aktivnosti policajaca obučenih da obavljaju probne kupovine (kao što je kupovina manje količine droge, krijumčarene robe itd) strogo uzev, ne spada u okvire trenutnih razmatranja, ali ga treba pomenuti celovitosti radi. Prilikom odlučivanja o tome koji je nivo odobrenja odgovarajući, osnovno pitanje glasi da li predloženi metodi i postupci tih policajaca zahtevaju uspostavljanje (ili održavanje) nekog odnosa i da li postoji verovatnoća da će se na taj način omogućiti pristup privatnim informacijama ili će na neki drugi način doći do mešanja u prava koja pojedinac ima po članu 8. Evropske konvencije. Ako je odgovor potvrđan, biće neophodno postupiti u skladu sa odredbama Evropske konvencije. Pri tom se mora voditi računa o terminologiji. Prava operacija simulovane kupovine, u kojoj se ne uspostavlja

10 Treba obratiti pažnju na to da uloga kriminalca kao „izvora koji učestvuje“, u suštini postaje, u konceptijskom smislu, veoma slična ulozi prikrivenog agenta.

odnos s licem koje je meta akcije, ne povlači za sobom primenu člana 8. Ako je, međutim, reč o operaciji koja predstavlja infiltriranje među kriminalce nižeg ranga (što može biti slučaj kod preprodaje neke manje količine droge), neminovno će se primenjivati član 8., a samim tim i član 6.

U slučaju da policajac ili agent postupa kao „mamac“ u sklopu tajne operacije i ako je njegova uloga pri tom potpuno pasivna i ne obuhvata nikakvu verbalnu komunikaciju s metom operacije, član 8. Evropske konvencije se ne primenjuje.

Internet „pričaonice“ i forumi

Među pravnicima širom Evrope preovladava mišljenje da se član 8. ne primenjuje kada pojedinac učestvuje u internet „pričaonicama“ ili na nekim drugim društvenim mrežama, čak ni onda kada prikriva svoj pravi identitet. Logika za ovo je sledeća: oni koji učestvuju u četovanju ili gostuju na društvenim mrežama ne mogu očekivati privatnost u pogledu sadržaja, budući da se svaki komentar ili poruka objavljuje za određenu grupu učesnika, u kojoj mnogi nisu otkrili svoj pravi identitet.

Stav se menja samo onda kada se preduzimaju koraci da se pristup ograniči samo na manji broj poznatih lica ili onih lica čiji se identitet može proveriti. Član 8. stupa u dejstvo kada agent (ili, razume se, izvor-učesnik, koji je dobio određeni zadatak ili agent provokator u državama koje dozvoljavaju njegovo angažovanje) namerava da razvije *on lajn* odnos s drugim učesnicima, da bi prikupio informacije ili obaveštajne podatke. Pored razloga sadržanih u članu 8, tu će verovatno morati da se uzmu u obzir i razlozi iz delokruga člana 6, ako se policajac ili agent infiltrira u postojeću kriminalnu aktivnost radi pribavljanja informacija. Ako službeno lice ili agent namerava da razvije odnos s drugim učesnicima u „pričaonici“ i daje lažne podatke o svom pravom identitetu i cilju aktivnosti, za takvu aktivnost država mora da obezbedi izričit pravni osnov i da predvidi odgovarajući postupak davanja odobrenja.

Davanje odobrenja

S obzirom na to da doušnici, učesnici i prikriveni islednici obavljaju širok dijapazon aktivnosti, od kojih su neke intruzivnije nego druge, iskustvo stečeno u jednom broju zemalja ukazuje na to da ne postoji nijedan pojedinačni nivo odobrenja koji bi mogao da obuhvati sve navedene aktivnosti.

Države mogu da razmotri sledeće varijante:

1. odobrenje za angažovanje i korišćenje doušnika daje relativno visoki službenik policije / državne bezbednosti (ali operativac) ili neko sa odgovarajućim činom (izuzetak predstavlja situacija u kojoj ovlašćenje daje istražni sudija/tužilac, kada doušnik ostaje angažovan na istom zadatku i pošto je otvorena istraga);

2. odobrenje za učesnika, agenta provokatora ili prikrivenog agenta daje lice koje ima veoma visok policijski/obaveštajni čin, sem u situacijama u kojima treba tražiti ovlašćenje istražnog sudije/tužioca, ukoliko je reč o zadatku prikupljanja dokaza;

3. tamo gde se primenjuje odredba iz prethodnog stava, bolje bi bilo ako bi postojala nezavisna kontrola ili nadzor nad davanjem odobrenja;

4. u situacijama u kojima je primereno dobijanje odobrenja od istražnog sudije/tužioca, lice koje daje odobrenje treba da bude neki drugi istražni sudija/tužilac, a ne onaj istražni sudija/tužilac koji od početka rukovodi postupkom na tom krivičnom dosijeu (razlog za navedeno je taj što će pred domaćim ili Evropskim sudom ta odluka o davanju odobrenja verovatno biti izložena pomnoj analizi);

5. odobrenja treba redovno preispitivati i treba ih stavljati van snage onda kada više nisu opravdana; svako takvo odobrenje treba, u svakom slučaju, da bude jasno vremenski ograničeno (taj rok mora biti neophodan i srazmeran), ali treba da postoji mogućnost da se važenje odobrenja produži, ako je takav postupak opravdan;

6. procedura izdavanja odobrenja treba da bude tako koncipirana da je moguće hitno postupanje po zahtevima za dobijanje odobrenja.

Regrutovanje i procena, rukovođenje i poveravanje zadataka:

Praktični procesi koji omogućuju bezbedno korišćenje

Pored stvaranja zakonskog osnova za angažovanje i „rukovođenje“ doušnicima, što važi i za izvore koji učestvuju u akciji (tzv. *agenti provokatori*) i prikrivene agente, država treba da obezbedi i okvir za regrutovanje i procenu (izvora), i poveravanje konkretnih zadataka svim izvorima i prikrivenim islednicima. U tom cilju, ovde ćemo dati prikaz međunarodne dobre prakse/metodologije, čije bi usvajanje valjalo imati u vidu. Neke aktivnosti i pitanja koji su ovde opisani mogli bi se uvrstiti u konkretne zakonske odredbe, dok se neki drugi mogu odraziti u sektorskoj politici ili smernicama za rad.

Osnovna stvar koja se može naučiti širom Evrope jeste da svaka odluka koju donosi policija ili tužilac treba da bude sačinjena u pismenoj formi i kao takva sačuvana. To će se pokazati izuzetno korisnim u trenutku kada neko pokuša da ospori tu odluku, bilo pred domaćim sudom ili pred Evropskim sudom u Strazburu.

Regrutovanje/vrbovanje i procena doušnika

Regrutovanje/vrbovanje i procena doušnika treba da bude proces koji se odvija u četiri faze:

1. identifikacija,
2. istraživanje,

3. procena informacija,
4. procena i analiza karaktera doušnika.

Identifikacija – Izvori se identifikuju kroz nekoliko različitih postupaka. Najočigledniji postupci su oni kada zatvorenici i/ili osumnjičeni privuku pažnju policije. Međutim, kada je reč o privrednom kriminalu i korupciji, iskustvo je pokazalo da su neki od najboljih izvora upravo lica koja su na samoj granici privrednog kriminala/korupcije. To su najčešće pojedinci koji nisu suštinski umešani u kriminal, ali su svesni toga šta se zbiva i odlučili su da to ignorišu. Ta lica znaju šta rade njihove kolege ili saradnici i svesna su nivoa njihove aktivnosti, ali su isuviše uplašena da bi progovorila o tome.

Ustanovljeno je da, samo ako im se pristupi na pravi način, oni pokazuju spremnost da se „otvore“ i da pričaju o nivou kriminala i upru prstom u one koji su u sve to aktivno uključeni. To ih potom navodi na odavanje postupaka i sistema koji se koriste. Ako ih je moguće ubediti da će biti zaštićeni, oni su po pravilu spremni da prihvate zadatke koje im daje policija i da se pridržavaju dobijenih uputstava.

Istraživanje – Ključna oblast kada je reč o vrbovanju. Ne može se dovoljno naglasiti koliko je važno napraviti celokupan profil lica kome se pristupa. Na osnovu valjanih informacija treba predvideti kako će to lice reagovati kada mu se priđe.

Treba postaviti sledeća pitanja:

- Da li je to lice po svom karakteru kadro da prihvati da mu se na taj način priđe i da potom nastavi da pomaže?
- Da li služba koja namerava da mu na taj način priđe ima čvrsta uverenja da to lice ni na koji način nije uključeno u neku kriminalnu aktivnost?

Da bi to postigle, neke službe redovno nadziru „stil života“ potencijalnih kandidata kojima žele da priđu, pa im rezultati tog nadzora pomažu da ih procene.

Procena informacija – Na samom početku, mora postojati namera da se drugim dokazima potkrepe informacije koje stižu iz tog izvora. Mora se proveriti tačnost tih informacija: da li one zaista nešto novo govore i da li se na osnovu toga može postići napredak u istrazi, da li je reč o blagovremenim i ažurnim informacijama, da li se na osnovu tih informacija može stupiti u akciju, što opet znači da treba postaviti pitanje mogu li se te informacije koristiti da bi se postigao napredak u istrazi.

Ocena karaktera doušnika – Preporučuje se da se izdvoji izvesno vreme da se sa onima koji neposredno rukovode novim doušnicima, kao i sa onima koji su već bili uključeni u postupak procene, razmotre njihovi stavovi po pitanju karaktera doušnika. Potom, na osnovu onoga što je u tim razgovorima ustanovljeno, treba postaviti sledeća pitanja:

- Da li se smatra da lice o kome je reč ima dovoljno snage i sposobnosti da izađe na kraj sa stresom kome je doušnik neminovno podvrgnut?
- Da li će to lice zadržati objektivnost i usredsređenost?
- Može li se, što je i najvažnije, imati poverenje u to lice i biti siguran da ono neće kompromitovati celu operaciju?

Dokumentacija koja se odnosi na izvor i na prikrivenog agenta

Dokumentacija koja se odnosi na izvor i na prikrivenog agenta (u meri u kojoj je to adekvatno) jeste:

- detaljno naveden postupak koji je korišćen kod regrutovanja/vrbovanja;
- pobrojani uslovi koji su dati izvoru pre no što je angažovan;
- preispitivanje odluke;
- dozvole za susrete sa izvorom;
- evidencija o sadržaju razgovora vođenih prilikom susreta sa izvorom.

Regrutovanje/vrbovanje – U pismenoj formi treba detaljno pobrojati sve elemente procesa odlučivanja koji su korišćeni da bi se regrutovao taj izvor i navesti metode koji su pri tom korišćeni, kao i obrazloženje za sve upotrebljene metode.

Obrazloženje napred navedenog je u tome što se prilikom istrage ili potonjih žalbi često mogu čuti osporavanja u vezi sa metodama koje su korišćene radi vrbovanja doušnika. Takvim postupkom državni organ će se najbolje pripremiti da brani svoje postupke i pri tom će ispoljiti transparentnost u svom radu i celokupnom sistemu.

Ponudjeni uslovi – Postupak u kome se utvrđuju uslovi u kojima može da deluje izvor (ili prikriveni agent). Tu se jasno vidi šta je tom licu rečeno pre no što mu je poveren bilo kakav zadatak i pre no što je angažovano. Izvor takođe treba da bude obavešten o posledicama koje slede ako poćini neko krivićno delo ili prekrši utvrđene uslove i rokove.

Preispitivanje – Treba redovno preispitivati naćin na koji se angažuje izvor (ili prikriveni agent), kao i zadatke koji mu se poveravaju, pored toga što treba preispitivati i rezultate koji se postižu angažovanjem tog lica.

Cilj tog preispitivanja jeste da se osigura da se izvor ili agent angažuje u skladu s propisima, kao i da to bude svrsishodno. U postupku preispitivanja treba posebno razmotriti dobrobit izvora i sprećiti njegovo prekomerno angažovanje.

I ovaj postupak biće od pomoći kada treba pokazati da državni organ koristi objektivne i delotvorne postupke u angažovanju izvora i radu s njim.

Ovlašćenje za sastanke sa izvorom – Postupak u kome zvanićnik koji je nezavisan u odnosu na one koji rukovode izvorom, i koji je u mnogim pravnim sistemima oznaćen kao kontrolor, daje odobrenje za sastajanje sa izvorom. Ono

što je potrebno je obezbediti da rukovođenje izvorom bude delotvorno i u skladu sa etičkim normama. Kontrolor nadzire sve postupke koji se sprovode, kao i podatke koji se dobijaju od izvora i odlučuje o načinu na koji će ti podaci dalje biti distribuirani.

Na samom početku kontrolor daje ovlašćenje rukovodiocima da se sastanu sa izvorom i odobrava mesto sastanka.

Razlog za takvo postupanje je da se obezbedi postojanje postupka kontrole izvora.

Kako i zbog čega se beleže detalji u vezi sa sastankom i podacima koji su prilikom tog sastanka dobijeni – Možda najvažniji aspekt rukovođenja doušnikom. Treba da postoji detaljna evidencija o tome gde se (i u kom trenutku) odvijao sastanak i koje informacije je izvor preneo svom sagovorniku.

Zahvaljujući preciznom i detaljnom evidentiranju, na svakom kasnijem krivičnom suđenju ili saslušanju moguće je dokazati šta je tačno izvor rekao. Tu se navode i činjenice o izvoru i mišljenje o onome šta je izvor rekao/preneo/dostavio. Na taj način moguće je pokazati racionalan osnov za upotrebu određene operativne strategije i način na koji je ta strategija napredovala.

Vođenje sastanaka i „tajne obaveštajnog zanata“

Vođenje sastanaka – Razmotriti mogućnost da se ustanovi pravilo po kome na svakom sastanku moraju biti prisutna dva lica. To pokazuje integritet postupanja. Na taj se način obezbeđuje svedok svega što radi glavni rukovodilac izvora; taj svedok će moći da posvedoči šta se tačno dogodilo ako doušnik ili ma ko drugi iznese bilo kakve pritužbe o neprimerenom postupanju.

Pre sastanaka treba obezbediti pouzdanu priču, kao pokriće ili opravdanje (*cover story*), za slučaj da iskrasne nezgodna situacija u kojoj će neki (doušnikov) partner slučajno ugledati doušnika s licima iz policije koja njime upravlja. Zato treba pažljivo razmotriti mesto održavanja sastanaka i ne treba se opredeljivati za mesta koja se često koriste u te svrhe, da bi se izbegla kompromitovanje doušnika.

Tajne obaveštajnog zanata – Postupak koji za cilj ima da se opasnost od kompromitovanja tokom sastanka svede na najmanju moguću meru i sasvim izbegne. Države treba da razmotre da li je njihova postojeća praksa u skladu s poukama koje se mogu izvući iz međunarodnog iskustva, kao što je to ovde objašnjeno:

- Prvo, trebalo bi razmotriti mogućnost primene nadzora tokom sastanka, kako bi se ustanovilo da li neko prati izvor i/ili je izvor organizovao sopstveni nadzor;
- Dalje, treba ugovoriti sastanak sa izvorom, a potom mu, pošto dođe na utvrđeno mesto, dati uputstvo da pređe na neku drugu lokaciju. Dok prelazi na tu drugu lokaciju, treba ga posmatrati da bi se utvrdilo da li ima kontakt s nekim drugim licem i da li je praćen.

Sve se ovo radi da bi se obezbedilo da izvor ni u kom slučaju ne pokuša da ugrozi one koji njime upravljaju, kao i da on sam ne bude ni na koji način ugrožen ili kompromitovan, bilo od onih koji sumnjaju da je to lice izvor, bilo kroz sopstvene nesmotrene razgovore.

Davanje odobrenja i nivo nadležnosti koji je za to potreban

Davanje odobrenja i nivo nadležnosti koji je za to potreban podrazumeva sledeće:

1. odobrenje da se koristi izvor;
2. odobrenje koje daje kontrolor za održavanje sastanka;
3. registrator koji je nadležan za sektorsku politiku i čuvanje dokumentacije.

Tačkama 1. i 2. nije potrebno posebno obrazloženje.

Registrator – Služba koja rukovodi izvorima, ako to već nije uradila, trebalo bi da razmotri mogućnost uspostavljanja sistema u okviru koga bi se svi obaveštajni podaci beležili elektronski i unosili u bazu podataka s jedinstvenim brojem. U nekim većim službama svaka jedinica ili odeljenje može imati sopstvenu bazu podataka, u kojoj će biti uskladištene sve osetljive informacije iz velikog broja različitih izvora kojima se upravlja.

U svakoj službi (ili jedinici/odeljenju, zavisno od situacije) treba da postoji obaveštajna ćelija ili jedinica čija je uloga, između ostalog, da obuhvati i kontrolu baze podataka. U slučaju da je reč o nekoj većoj službi, u tu ulogu bi spadalo i uvođenje obaveštajnih podataka u opšti obaveštajni sistem koji koristi neka veća agencija/snage.

Zahvaljujući takvom sistemu postiže se sledeće:

- Svako lice koje pročitava neku informaciju tačno će znati iz koje obaveštajne jedinice ona potiče. Ono što, međutim, neće znati jeste izvor informacije, jer jedinstveni broj treba da ukazuje samo na relevantnu obaveštajnu ćeliju, a ni u kom slučaju ne treba da razotkriva izvor;
- Da bi utvrdilo o kom izvoru je reč, lice koje radi u službi moraće da stupi u kontakt s relevantnom obaveštajnom ćelijom i tu će biti prekinut svaki trag, sem ukoliko mu kontrolor izvora ne bude dao odobrenje da ide dalje;
- Na ovaj način se pruža zaštita izvoru.

Evropski primeri pravnih okvira za delovanje prikrivenog agenta i/ili izvora

Primer Nemačke

Zakonska odredba o prikrivenim agentima nalazi se u članu 110a. nemačkog Zakonika o krivičnom postupku.

U članu 110a utvrđeno je sledeće:

„(1) Prikriveni islednici mogu biti angažovani za rasvetljavanje krivičnih dela, ako ima dovoljno osnova iz kojih proističe da je počinjeno krivično delo od posebnog značaja:

- 1. u oblasti nedozvoljenog prometa opojnih droga ili oružja, ili falsifikovanja novca ili taksenih maraka,*
- 2. u oblasti državne bezbednosti (član 74a i član 120. Zakona o sudovima),*
- 3. ukoliko se lice bavi vršenjem krivičnih dela¹¹ ili,*
- 4. ako je delo učinjeno od strane člana kriminalne grupe ili na neki drugi organizovan način.“*

Nemačka je svela primenu ove odredbe na ograničen broj okolnosti, ali ne i na spisak konkretnih krivičnih dela. Ipak, krivična dela koja su obuhvaćena spadaju u teška dela, i to će pomoći da se zadovolje uslovi neophodnosti i srazmernosti.

Sledeća odredba zakona, 110a(1) dodatno pomaže u tom smislu:

„Prikriveni islednici mogu biti angažovani i za rasvetljavanje teških krivičnih dela kada određene činjenice upućuju na opasnost od ponavljanja [dela]. Korišćenje prikrivenih agenata dozvoljeno je samo kad se teško krivično delo ne može na drugi način rasvetliti ili ako bi njegovo rasvetljavanje bilo povezano s nesrazmerno velikim teškoćama. Pored toga, prikriveni islednici mogu se koristiti za rasvetljavanje teških krivičnih dela onda kada posebna težina krivičnog dela to nalaže, a druge mere ne bi imale izgleda na uspeh.“

Odredba člana 110a(2) je ograničena na pripadnike policije i ne postoji mogućnost da se njen domet proširi na druge izvore:

„Prikriveni islednici su službenici policije koji obavljaju istragu pod dodeljenim, izmenjenim identitetom (lažnim identitetom). Oni imaju pravo da pod svojim lažnim identitetom učestvuju u pravnom prometu.“

Odredbom 110b(1) propisano je da odobrenje mora dati javni tužilac (sem u hitnim slučajevima, gde se traži naknadno odobrenje u roku od tri radna dana):

„Angažman prikrivenog agenta dozvoljen je samo uz saglasnost tužilaštva. Ako postoji opasnost od odlaganja, a odluka tužilaštva se ne može pribaviti na vreme, treba je naknadno pribaviti u što kraćem roku; mera se ukida ako je tužilaštvo ne odobri u roku od tri radna dana. Odobrenje se izdaje u pisanoj formi i na određeno vreme.“

Međutim, sudsko odobrenje je potrebno u sledećim okolnostima (110b(2):

„Angažman prikrivenih agenata:

- 1. koji je usmeren prema određenom osumnjičenom, ili*
- 2. u kome prikriveni agent ulazi u privatne prostorije koje nisu javno dostupne – tada je neophodno odobrenje suda. Ako postoje okolnosti koje ukazuju na opasnost od odlaganja, dovoljno je odobrenje tužilaštva. Ako se pokaže da se odluka tužilaštva ne može blagovremeno dobiti, to odobrenje se mora pribaviti na-*

11 Čl. 110a koristi dvojnu odrednicu „on commercial or habitual basis“, tj. bavljenje kriminalom iz koristi ili navike.

knadno u što kraćem roku. Mera se ukida ako je sud ne odobri u roku od tri radna dana.“

Član 110b takođe utvrđuje anonimnost prikrivenih agenata kao svedoka u postupku, dok su članom 110c ograničena njihova ovlašćenja u odnosu na ulazak u privatne prostorije:

„[Ulazak u privatne prostorije] Prikriveni islednici mogu da koriste svoj lažni identitet za ulazak [u privatne prostorije] uz saglasnost ovlašćenog lica. Saglasnost se ne sme iznuditi lažnim prikazivanjem prava pristupa, mimo onog koje proističe iz korišćenja lažnog identiteta. U svim ostalim slučajevima ovlašćenja prikrivenog agenta utvrđena su ovim zakonom i drugim zakonskim propisima.“

Primer Ujedinjenog Kraljevstva

U Britaniji je korišćenje i postupanje doušnika, *agenata provokatora* i prikrivenih agenata ozakonjeno jednom istom odredbom Zakona o uređenju istražnih ovlašćenja iz 2000 (RIPA), kojim se svaka od pomenutih kategorija definiše kao „tajni obaveštajni ljudski resurs“, odnosno CHIS (*covert human intelligence source*). CHIS je

- „lice koje uspostavlja ili održava lične ili kakve druge odnose s nekim licem, nastojeći, u tajnosti da omogući obavljanje svega kako bi:
- prikriveno koristilo taj odnos da bi pribavilo informacije ili da bi obezbedilo pristup neke druge osobe informacijama,
- prikriveno saopštilo informacije dobijene korišćenjem takvog odnosa, ili proistekle iz postojanja takvog odnosa (član 26. st. 8).“

Prikriveni agent ili policajac uklapa se u tu definiciju.

Zahtev za upotrebu izvora treba da bude dat u pisanoj formi i u njemu treba da budu navedeni sledeći podaci:

- razlozi zbog kojih je neophodna upotreba izvora u konkretnom slučaju a na osnovima pobrojanim u članu 29. stav 3;
- razlozi zbog kojih se smatra da je upotreba izvora srazmerna onome što se želi postići tim postupkom;
- svrha u koju će biti angažovan izvor, odnosno u koju će mu biti povereni određeni zadaci;
- kada je reč o konkretnoj istrazi ili operaciji, treba navesti podatke o prirodi te operacije ili istrage;
- priroda zadataka koji će biti povereni izvoru;
- potreban nivo odobrenja;
- detalji u vezi s bilo kakvim potencijalnim kolateralnim mešanjem u privatnu sferu i razlozi zbog kojih je to opravdano;
- detalji u vezi s poverljivim informacijama koje će verovatno biti pribavljene zahvaljujući datom korišćenju izvora.

Upotreba i postupanje CHIS je zakonito, pod uslovom da je dato odobrenje za angažovanje izvora i da je postupanje izvora u skladu s tim odobrenjem.

Osnovni uslovi za izdavanje odobrenja u Ujedinjenom Kraljevstvu zasnovani su neposredno na članu 8. stav 2. Evropske konvencije (vidi članove 27. i 29. Zakona o uređenju istražnih ovlašćenja).. To znači da odobrenje za upotrebu CHIS ne može biti izdato sem u slučaju da je:

- to odobrenje potrebno po jednom od sledećih osnova:
 - u interesu nacionalne bezbednosti;
 - radi sprečavanja ili otkrivanja kriminala ili sprečavanja nereda;
 - u interesu ekonomske dobrobiti Ujedinjenog Kraljevstva;
 - u interesu javne bezbednosti;
 - radi zaštite javnog zdravlja;
 - radi procene ili ubiranja bilo kog vida poreza, dažbine, doprinosa ili nekog drugog nameta, takse ili dažbine koja treba da bude uplaćena u državni budžet;
 - u bilo koju drugu svrhu propisanu uredbom državnog sekretara;
- ovlašćeno ponašanje ili upotreba (izvora) srazmerna onome cilju čijem se ostvarenju teži tim angažmanom,
- utvrđeno da mere/procedure vezane za konkretni izvor ispunjavaju sledeće zahteve:
 - uvek će postojati zvaničnik koji ima odgovarajuća istražna ovlašćenja i poverena mu je u zadatak svakodnevna odgovornost za rad sa izvorom i staranje o dobrobiti izvora;
 - uvek će postojati zvaničnik kome je poveren opšti nadzor nad načinom na koji se izvor angažuje;
 - uvek će postojati zvaničnik odgovoran za vođenje evidencije o načinu na koji se izvor angažuje;
 - ta dokumentacija će uvek sadržati detalje o svim pitanjima koja u tu svrhu precizira državni sekretar;
 - dokumentacija iz koje se može obelodaniti identitet izvora neće biti dostupna drugim licima sem u onoj meri u kojoj postoji potreba da im se pristup omogući.

Odobrenje za upotrebu CHIS u policiji daje službeno lice u rangu načelnika ili neko sa odgovarajućim činom, iako u hitnom slučaju, u odsustvu službenog lica sa odgovarajućim činom, to ovlašćenje može dati i inspektor. Ako postoji verovatnoća da će usled rada izvora bilo koje lice steći uvid u neki poverljivi materijal, ovlašćenje mora dati šef policije. Time se ovlašćenje namerno podiže na znatno viši nivo, kao odraz visokog nivoa mešanja.

Nijedan slučaj ne može se smatrati hitnim ako nije reč o situaciji u kojoj bi, po mišljenju lica koje izdaje hitno odobrenje, vreme koje protekne do trenutka kada je nadležni zvaničnik postao dostupan bilo toliko da bi moglo da ugrozi život ili istragu ili celu operaciju za koju se traži odobrenje.

Odobrenja mogu biti izdata za korišćenje izvora i u Ujedinjenom Kraljevstvu i van njega, iako u ovom drugom slučaju odobrenje može biti dato samo za

one akcije koje se sprovode radi postupaka koji se vode u Ujedinjenom Kraljevstvu za slučaj da, na primer, docnije bude osporena zamolnica koju je Ujedinjeno Kraljevstvo dostavilo u sklopu uzajamne pravne pomoći.

Iako se od službenog lica koji izdaje ovlašćenje ne zahteva posebno da ispita da li se tražene informacije mogu dobiti na neki drugi način, takvo razmatranje predstavlja suštinsku pretpostavku za ispunjenje uslova srazmernosti.

Pod uslovom da su ispunjeni kriterijumi utvrđeni članom 29, odobrenje se može obnoviti u svakom trenutku pre no što istekne rok na koje je izdato. Lice koje odobrava produžetak roka važenja odobrenja mora se uveriti da je redovno (otkako je dato prvobitno odobrenje ili poslednja obnova odobrenja) preispitivan način na koji se izvor koristi, „zadaci“ povereni izvoru u datom periodu i informacije na taj način pribavljene.

Usmena odobrenja i odobrenja koja su dodelila ili obnovila službena lica koja ovlašćena da postupaju u hitnim slučajevima u odsustvu nadležnog zvaničnika ističu u roku od 72 sata. U svim ostalim slučajevima odobrenje važi 12 meseci od trenutka izdavanja ili poslednje obnove, tj. produžetka roka važenja (član 43).

Iako ne postoji zahtev za pribavljanje prethodne nezavisne saglasnosti za izdavanje odobrenja, detaljna evidencija čije je vođenje i čuvanje zakonom propisano mora biti na raspolaganju za inspekciju koju će izvršiti nezavisni penzionisani viši sudija – nadzorni komesar.

Lice koje je izdalo odobrenje (ili ono koje ga je poslednji put obnovilo) mora povući to odobrenje ako se uveri da delovanje za koje je izdao odobrenje više ne ispunjava zakonske zahteve.

Anonimnost svedoka i zaštita svedoka

Iako izvori obično dostavljaju obaveštajne podatke, a ne i dokaze, ima prilika kada izvori-učesnici (*agenti provokatori*), oni koji učestvuju u simulovanim kupovinama i prikriveni islednici iznose dokaze, uključujući i „neposredna“ usmena svedočenja pred sudom. U takvim slučajevima mogu biti potrebni različiti stepeni zaštite, počev od toga da prikriveni agent svedoči iza paravana uz zaštitu anonimnosti u pogledu imena i ostalih ličnih podataka, do toga da svedok bude poznat, ali da se službeno ne iznose podaci o njegovom mestu boravka. Između tih dvaju primera postoji, razume se, čitav dijapazon drugih mogućih kombinacija različitih mera zaštite.

Načelo

Interesi pravde nalažu da ranjivi svedoci, svedjedno da li su to obični građani, policajci ili saradnici kriminalaca, dobiju najveću moguću zaštitu da bi im se omogućilo da iznose dokaze/daju svoj iskaz na način koji:

- održava kvalitet i verodostojnost tog svedočenja;
- je u skladu sa „obavezom staranja“ o svedoku;
- svodi na najmanju moguću meru pretrpljenu patnju.

Interes pravde isto tako nalaže da mere za zaštitu ranjivih svedoka ne liše okrivljenog njegovog prava na pravično suđenje, kao i da svako ograničenje načela javnosti pravosuđa mora biti u potpunosti opravdano.

Zaštitne mere i pravo na pravično suđenje

Ovde je od koristi predmet *Doorson v Netherlands*¹², koji je raspravljan pred Evropskim sudom, a odnosio se na problem anonimnosti svedoka. Odluka da se ne obelodani identitet dvojice zaštićenih svedoka bila je podstaknuta potrebom da se pribave dokazi od njih, a da se, u isto vreme, oni sami zaštite od mogućih represalija podnosioca predstavke. (Evropski sud je primetio da iako u tom konkretnom slučaju nema dokaza da je podnosilac predstavke pretio ijednom od te dvojice svedoka, postoje dokazi da preprodavci narkotika po pravilu posežu za zastrašivanjem onih koji svedoče protiv njih). Evropski sud je stao na stanovište da je „u ovom slučaju postojao prihvatljiv/validan razlog da im se prizna anonimnost, ali da treba videti da li je to bilo dovoljno“.

Evropski sud je zaključio da je u konkretnom slučaju bilo dovoljno garancija koje su bile protivteža preprekama/“ograničenjima s kojima je morala da se suoči odbrana“:

- anonimne svedoke je u prisustvu advokata odbrane saslušao istražni sudija koji je bio upoznat s njihovim identitetom;
- istražni sudija je mogao da konstatuje okolnosti na temelju kojih je mogao da izvede zaključke u pogledu pouzdanosti dokaza;
- advokat odbrane ne samo da je bio prisutan već je mogao da postavi svako pitanje koje je želeo, sem pitanja koja bi mogla dovesti do identifikacije svedoka;
- presuda „ne bi trebalo da se isključivo ili u odlučujućoj meri zasniva na anonimnim iskazima (ali to nije bio slučaj u samom predmetu *Doorson v Netherlands*!)“;
- „dokazima dobijenim od svedoka u uslovima u kojima prava odbrane ne mogu biti obezbeđena u meri koju Evropske konvencije normalno nalaže treba pristupati s izuzetnom pažnjom.“

Korišćenje zaštitnih paravana može biti u skladu sa Evropskom konvencijom, barem tamo gde svedoka može da vidi pravni zastupnik optuženog. U smislu argumenata zasnovanih na Evropskoj konvenciji, interesi oštećenih/svedoka moraju biti balansirani s pravima okrivljenog na pravično suđenje, što je utvrđeno članom 6. Evropske konvencije.

U predmetu *X v United Kingdom*¹³, Komisija (Evropska komisija za ljudska prava) razmotrila je pritužbu iz Severne Irske gde su, na suđenju za ubistvo gde je sudio sudija-pojedinaac (ti sudovi su poznati kao Diplokovi

12 <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57972>

13 (1993) 15 E. H. R. R. C. D. 113

sudovi)^{14*}, svedoci bili zaklonjeni paravanom tako da optuženi, štampa i publika nisu mogli da ih vide. Odbrana i sudija su, međutim, mogli da vide svedoke.

Komisija je zaključila da je pritužba koju je podneo okrivljeni bila očigledno neosnovana iz sledećih razloga:

- podnosilac predstavke je tim svedocima mogao preko svog pravnog zastupnika da postavi sva pitanja;
- svedočenje koje se predstavkom osporava „*ni iz daleka nije bilo jedini dokazni materijal na kome je sud zasnovao svoju presudu*“;
- iako prisutni u sudu nisu mogli da vide svedoke koji su bili zaštićeni paravanom, mešanje u pravo na javno suđenje bilo je svedeno na najmanju moguću meru, već samom činjenicom da javnost nije bila isključena s rasprave, već je mogla da sasluša sva pitanja i sve odgovore svedoka.

Zaštita punoletnih svedoka

S obzirom na to da mogu delovati prejudicirajuće po okrivljenog, zahtevi tužilaštva za primenu zaštitnih mera prema punoletnim svedocima po pravilu nisu česti, ali se ipak neretko koriste tamo gde su dokazi pribavljeni pomoću specijalnih istražnih sredstava. Takav zahtev za primenu zaštitnih mera može biti primeren u sledećim okolnostima:

- ako je svedok pripadnik službi bezbednosti, prikriveni agent, carinik ili doušnik;
- ako je okrivljeni nastojao da stavi u potčinjeni položaj, zastraši ili ponizi svedoka koji traži zaštitu ili ako se razumno može očekivati da će okrivljeni to učiniti;
- ako je alternativa primeni zaštitnih mera to da iskaz/overena izjava bude pročitana na sudu, čime se okrivljeni lišava mogućnosti na unakrsno ispitivanje.

Kada je reč o anonimnosti svedoka, sud uzima u obzir sledeće činioce:

- mora postojati stvarni osnov za strahovanje od posledica ako svedok svedoči bez mera zaštite i ako njegov identitet bude otkriven;
- dokazi moraju biti u dovoljnoj meri relevantni i važni, da bi bilo nepravilno tužilaštvo primorati da vodi postupak bez tih dokaza;
- tužilaštvo mora uveriti sud da je kredibilitet svedoka u potpunosti istražen i da je rezultat tog istraživanja predložen odbrani, kao i da je konzistentan s traženom anonimnošću;

14 Diplokovi sudovi – osnovani sedamdesetih godina prošlog veka u Severnoj Irskoj na predlog lorda Diploka, zasedali su bez porote i sudili su u predmetima iz oblasti političkog nasilja u vreme najžešćih sukoba između republikanaca i lojalista, na osnovu Zakona o Severnoj Irskoj (vanredne odredbe) iz 1973. i Zakona o sprečavanju terorizma iz 1974; 2005. prvi put suđeno pred Diplokovim sudom za terorizam Al Kaide – prim. prev.

- sud mora biti uveren da se na taj način ne stvara nikakva nepotrebna i neopravdana predrasuda u odnosu na okrivljenog;
- sud ima mogućnost da balansira potrebu za zaštitom, uključujući razmere neophodne zaštite, i potencijalnu nepravdičnosti ili privid nepravdičnosti u konkretnom slučaju.

Novije britansko iskustvo

U nedavnom slučaju *R v Davis* (2008), Dom lordova (tada najviši apelacioni sud u Velikoj Britaniji, sada Vrhovni sud) je iskoristio priliku da razmotri praksu Evropskog suda kao izvor prava.

Podnosilac žalbe D. izručen je iz SAD i suđeno mu je pred Centralnim krivičnim sudom u Londonu, po optužnici za dvostruko ubistvo. Hici iz pištolja ispaljeni su prilikom dočeka Nove 2002. godine i ubijena su dvojica ljudi. D. je bio osuđen na temelju iskaza svedoka, kojima je priznato pravo na anonimnost. D. je uložio žalbu Krivičnom odeljenju Apelacionog suda da bi potom, pošto mu je ta žalba odbijena, podneo žalbu Domu lordova.

Na suđenju je D. priznao da je bio na navedenoj zabavi povodom dočeka Nove godine, ali je tvrdio da je otišao pre no što je hitac ispaljen. Negirao je da je on ispalio hice. Međutim, ubrzo posle ubistava on je napustio Ujedinjeno Kraljevstvo i pomoću falsifikovanog pasoša otputovao u SAD. Kada se vratio u Veliku Britaniju, odbio je da na razgovoru u policiji odgovara na pitanja. Naveo je detalje svog alibija tek kada je sam dao iskaz na suđenju i nije pozvao nijednog drugog svedoka da potkrepi taj alibi.

Tri svedoka koja su svedočila za tužilaštvo bili su u stanju da ga identifikuju kao lice koje je pucalo. Svaki od tih svedoka tvrdio je da strahuje za svoj život ako se sazna da je svedočio protiv D. Njihove tvrdnje o strahovanjima su istražene i prihvatili su ih kao realne /opravdane i sudija koji je bio predsednik veća na suđenju i apelacioni sud. Da bi se zaštitili svedoci i da bi se obezbedila njihova spremnost da svedoče, predsednik veća je izdao sledeću naredbu:

1. svi svedoci će svedočiti pod pseudonimom;
2. adrese i lični podaci, kao i svi drugi podatci koji bi mogli da identifikuju svedoka biće nedostupni podnosiocu žalbe i njegovim braniocima;
3. braniocu podnosioca žalbe nije dopušteno da svedocima postavlja pitanja na osnovu kojih bi bilo ko među njima mogao da bude identifikovan;
4. svedoci će svoje iskaze davati sedeći iza zaštitnog paravana, tako da će moći da ih vide sudija i porota, a ne i podnosilac žalbe;
5. glasove svedoka moći će da čuju sudija i porota, ali će ih podnosilac predstave i njegov branilac čuti uz upotrebu mehaničke distorzije, da bi se otklonila mogućnost da svedoci budu prepoznati.

Sudija svojim nalogom nije braniocu uskratio mogućnost da vidi svedoke dok daju iskaze. Međutim, branilac je stao na stanovište da je nespojivo s njegovim odnosom s klijentom da dobije informacije koje potom ne može da mu prenese, kako bi dobio njegove instrukcije. Na samom suđenju odbrana je uložila prigovor na ograničenja, tvrdeći da su ona u suprotnosti sa engleskim precedentsnim/običajnim pravom, da nisu u skladu s članom 6. stav 3(d) Evropske

konvencije i da je stoga suđenje podnosiocu žalbe nepravilno. Iste te argumente izneli su pred apelacionim sudom, ali su argumenti odbijeni. Ipak, Apelacioni sud je potvrdio da tu postoji pravno pitanje od opšteg javnog značaja i formulisao ga je na sledeći način: „*da li je dopušteno da okrivljeni bude proglašen krivim kada se ta presuda zasniva isključivo ili u odlučujućoj meri na svedočenju jednog ili više anonimnih svedoka?*“.

Ovde valja ukazati na to da se prigovor koji je uložio podnosilac žalbe, i pred apelacionim sudom i pred Domom lordova, nije odnosio samo na pitanje anonimnosti svedoka već pre na čitav spektar mera koje je sudija uveo, a koje je Dom lordova opisao kao „*zaštitne mere*“.

Dom lordova je zaključio da je stanovište sudskih vlasti u Strazburu, uključujući ono izraženo u predmetu *Doorson v Netherlands*, da nijedna osuđujuća presuda ne treba da bude zasnovana isključivo ili u odlučujućoj meri na izjavama ili svedočenju anonimnih svedoka. Razlog za to leži u činjenici da je takva presuda izrečena po završetku suđenja koje se ne može smatrati pravičnim. Takvo mišljenje ujedno odražava stanovište koje je tradicionalno prihvaćeno u precdentnom pravu, ali i u nacionalnom zakonodavstvu mnogih država kontinentalnog prava. U tom smislu, praksa Evropskog suda je otišla čak i korak napred.

Tužilaštvo se u slučaju *Davis* pozivalo, između ostalog, na to da je zastrašivanje svedoka realan i preovlađujući problem. U brojnim slučajevima svedoci jednostavno nisu spremni da svedoče ako njihov identitet ne ostane sakriven od odbrane. Ako takvi svedoci ne svedoče, opasni kriminalci u predmetima u kojima se radi o teškim krivičnim delima će izaći na slobodu. Krajnji rezultat je da će, negativne posledice trpe i pravosuđe i celo društvo. Odgovor na navedeno, koji je Dom lordova dao u slučaju *Davis*, glasi da se u celosti prihvata realnost koja je odražena u pretpostavci o zastrašivanju svedoka. Međutim, taj problem nije nov, iako je veoma težak. Po oceni Doma lordova, lek za to, ako uopšte postoji, leži u donošenju posebnog zakona kojim će se urediti pitanje anonimnosti svedoka.

Zaista, Britanski parlament je ubrzo potom usvojio zakon kojim se dopušta anonimnost svedoka u jasno utvrđenim okolnostima, mahom u skladu s pristupom za koji se opredelio Evropski sud. Stoga države, prilikom razmatranja korišćenja zaštitnih mera, treba da ocene i odmere svoje postojeće zaštitne mere u svetlosti odluka koje je doneo Evropski sud.

Vansudska zaštita

Sve gore navedeno uglavnom se odnosilo na zaštitu (svedoka) na sudu. Ne sme se zaboraviti da oni koji se bave svedocima imaju stalnu dužnost da vode brigu i staraju se o ljudskim pravima i svedoka i njihovih porodica. Mora se vršiti procena rizika u primerenim intervalima i ta procena treba da bude praćena primenom odgovarajućih zaštitnih mera. Te mere mogu da se kreću u dijapazonu od postavljanja alarmnih uređaja, preko preseljenja, pa sve do promene identiteta (svedoka). Ta dužnost je stalna – dokle god postoji rizik.

Zaštitu svedoka, uključujući procenu rizika, moraju obavljati obučeni operativci, nezavisni od istrage. U isto vreme, istraga treba da bude uključena u sva relevantna pitanja, budući da će biti neophodno da se osigura da svedok ne dobi-je neki posebno povoljan tretman ili da ne bude podstaknut na svedočenje time što će mu, recimo, biti ponuđen neuporedivo bolji smeštaj od onoga koji koristi.

Nadzor i presretanje komunikacija

Nadzor (bez obzira na to da li se obavlja pomoću elektronskih ili kakvih drugih uređaja) i presretanje komunikacija u mnogim državama smatraju se konceptijski istom stvari i obe se označavaju kao nadzor.

U nekim drugim državama, međutim, te dve aktivnosti se razmatraju odvojeno i smatra se da među njima postoji izražena razlika. Razlozi za takvo stanovište su različiti. Ima pravnih sistema u kojima se smatra da je presretanje, u suštini, intruzivnije od drugih vidova nadzora (čak i onih koji bi mogli da obuhvate, na primer, postavljanje uređaja za prisluškivanje u stambenim prostorijama) ili se na presretanje gleda kao na nešto što se konceptijski u dovoljnoj meri razlikuje od ostalih vidova nadzora da zaslužuje sopstveni pravni okvir (prista-lice tog mišljenja često ukazuju na način na koji se u mnogim međunarodnim instrumentima presretanje komunikacija jasno razlučuje od nadzora).

Pored toga, ima nekoliko pravnih sistema (uključujući Ujedinjeno Kraljevstvo i neke druge države u kojima vlada precedentno pravo) čiji zakonski okviri ne dopuštaju, sem u izvesnim okolnostima, da se materijal pribavljen pre-sretanjem koristi kao dokazni materijal, ali prihvataju dokazni materijal koji je rezultat nadzora (uključujući elektronsko prisluškivanje). Za te je države očigled-no veoma važno da presretanje dobije zaseban tretman u zakonu.

Šta je nadzor?

Iz dosadašnjeg razmatranja sudske prakse Evropskog suda jasno je da nadzor, po samoj svojoj prirodi, obuhvata kršenje prava iz člana 8, a u nekim državama i kršenje ustavnih jemstava, sem ako je to zakonom izričito propisano i kada se odvija na temelju propisnih ovlašćenja, a istovremeno je i potrebno i proporcionalno.

Imajući u vidu koliko je, naročito, u ovoj oblasti prava, važno da se postigne najveća moguća izvesnost, potrebna je tačna/precizna ali i upotrebljiva defi-nicija nadzora. Ako pogledamo iskustvo evropskih država i presude Evropskog suda, utisak je da takva definicija treba da bude i praktična, ali i da odražava prirodno značenje pojma nadzor. Uzimajući, međutim, u obzir različite vidove u kojima nadzor može da se odvija, teško je formulisati iscrpnu definicija nadzora, pa se preporučuje da se kaže kako on mora da obuhvati:

»

i. praćenje, osmatranje ili slušanje razgovora lica, praćenje njihovog kreta-nja, njihovih razgovora ili njihovih drugih aktivnosti ili komunikacija;

ii. beleženje svega što je uočeno, snimljeno ili saslušano tokom nadzora.¹⁵

S obzirom na to da je upotreba uređaja koji se koriste pri nadzoru već navedena, može se reći i to da treba uzeti onu definiciju koja obuhvata sve gore navedene aktivnosti, čak i kada su one u potpunosti ili bar delimično obavljene pomoću takvih uređaja (svejedno da li se radi o, na primer, elektronskim spravama ili dvogledima ili nečem sličnom).

Nadzor, zadiranje u imovinu i tajni pretresi

Država će sama morati da odluči da li će definicija nadzora koju koristi obuhvatiti postavljanje uređaja za nadzor, kao što su uređaji za prisluškivanje u okolnostima u kojima postavljanje takvih uređaja podrazumeva ulazak na tuđ posed ili zadiranje u tuđu imovinu. Takvo postupanje bilo bi, razume se, nezakonito kada za njega ne bi postojala osnova u zakonu i kada ne bi bilo izvršeno na osnovu propisnog ovlašćenja.

U mnogim zemljama ovlašćenje za faktičko postavljanje uređaja (sam postupak postavljanja), po pravilu u prostorijama ili u motornom vozilu, obuhvaćeno je samim ovlašćenjem za nadzor, kao i ulazak/boravak na položaju s koga policajac ili agent obavlja vizuelni nadzor, ako je u pitanju imovina ili zemljište na kome bi, u redovnim okolnostima, njihovo prisustvo predstavljalo neovlašćeno ometanje poseda. U Ujedinjenom Kraljevstvu potrebno je, međutim, posebno ovlašćenje (od šefa policije, uz odobrenje nezavisnog nadzornog komesara, koji je penzionisani viši sudija) da bi se moglo zadreti u imovinu (uključujući neovlašćeno ometanje poseda od strane nekog lica).

Britanski model prihvata da odobrenje (koje spada u polje dejstva Zakona o policiji iz 1997, a ne Zakona o uređenju istražnih ovlašćenja iz 2000. [RIPA], kojim je, između ostalog, uređen nadzor) ne mora biti potrebno onda kada policija postupa uz saglasnost lica koje može da izda dozvolu u vezi sa imovinom o kojoj je reč. Pored toga, dozvola za ulazak nije potrebna kada je reč o područjima koja su otvorena za javnost, kao što su prodavnice, barovi, restorani, predvorja hotela, blokovi zgrada ili kakvi drugi prostori na koje, uz podrazumevani pristanak vlasnika, javnost ima neometani pristup (zato što u takvim okolnostima ne može biti govora o neovlašćenom ometanju poseda).

Prema britanskim odredbama, „imovina“ obuhvata i ličnu imovinu, kao što su, na primer, ključevi. Tako će uzimanje cipela da bi se napravili otisci donova predstavljati mešanje, ali uzimanje otisaka sa otirača na koji je neko lice kročilo neće predstavljati mešanje, pod uslovom da je sam pristup otiraču bio zakonit. Slično tome, namerno zadržavanje nečijeg prtljaga na aerodromu da bi se otklonila sumnja u vlasnika predstavlja mešanje.

Ovde valja naglasiti da su sve to prikrivena istražna ovlašćenja (gde se, razume se, primenjuje član 8, a možda i član 6. Evropske konvencije) i da se ne odnose na uzimanje predmeta od osumnjičenog prilikom ili posle njegovog hapšenja.

15 Vidi http://surveillancecommissioners.independent.gov.uk/advice_definition.html

Prilikom razmatranja zakonske uređenosti ovakvih aktivnosti, potrebno je ispitati i da li npr. policija ima dovoljan zakonski okvir koji joj omogućuje da obavlja prikrivene pretrase kontejnera za smeće na ulici ili u neposrednoj blizini nečijeg poseda. Iako se na prvi pogled čini da za pretres smeća nije potrebno odobrenje, pravo se u mnogim državama razvijalo u pravcu u kome smeće ili otpad, bez obzira na to da li se nalaze na privatnom posedu ili na ulici, ostaju „imovina“ na osnovu toga što se na njih gleda kao na nešto što vlasnik nije odbacio, već je namenski dao lokalnoj samoupravi ili opštini. (Međutim, praktično u svakoj državi, ako lice koje se nadzire baci neki predmet na javnom mestu, onda se opravdano pretpostavlja da je on taj predmet istinski odbacio, te nije potrebno nikakvo odobrenje ni policiji niti nekoj drugoj službi da taj predmet uzme.)

Dodatna pitanja u vezi s nadzorom koja treba imati u vidu

- Da li se ono što bi se moglo označiti kao „nizak nivo“ nadzora sprovodi na osnovu oslanjanja na zakonski okvir usklađen sa Evropskom konvencijom ili ne? Drugačije rečeno, u pitanju je vizuelni i svaki drugi nadzor (tj. osmatranje, praćenje) koji se sprovodi tajno (tj. na način koji je koncipiran tako da se obezbedi da lica koja su predmet nadzora ne budu svesna da se on možda odvija) na javnom ili privatnom mestu u sklopu konkretne istrage, na način koji će verovatno dovesti do pribavljanja privatnih informacija (definicija je vrlo široka, u skladu sa članom 8) o ličnosti (bez obzira na to da li je upravo to lice identifikovano u svrhu istrage). U tom smislu ne treba gubiti iz vida da činjenica da se nešto radi u javnosti ne znači da to nešto prestaje da bude privatno, i Evropski sud je iz tog razloga dosledno zauzimao stanovište da „privatni život“ predstavlja veoma širok pojam kome se ne može dati iscrpna definicija.
- Da li zakon dopušta da se nadzor preduzme kao neposredni odgovor na konkretne događaje ili okolnosti i onda kada nije izvodljivo da se prethodno dobije ovlašćenje za taj nadzor?
- Da li treba da postoje različiti nivoi ovlašćenja za nadzor, zavisno od toga u kojoj je meri određeni vid nadzora intruzivan? Drugačije rečeno, da li je za postavljanje prislušnog uređaja u stambenim prostorijama potreban viši nivo ovlašćenja (ili čak veća nezavisnost) nego za postavljanje sličnog uređaja u kancelarijskim prostorijama?

Nadzor i internet „pričaonice“ / forumi

Kao što je već istaknuto u vezi s tajnim operacijama, države u Evropi po pravilu smatraju da nije potrebno ovlašćenje za učestvovanje u internet „pričaonicama“ i drugim društvenim mrežama, čak ni onda kada je prikriiven istinski identitet nekog lica. To isto bi se moglo dokazivati u odnosu na nadzor u takvom

okruženju. Lica koja učestvuju u otvorenom četovanju ili šalju priloge za društvene mreže ne mogu osnovano očekivati privatnost u pogledu sadržaja svojih priloga. Stoga, svaki komentar ili „post“ praktično je objavljen datoj grupi učesnika, od kojih mnogi nisu ni otkrili svoj pravi identitet.

I tu se, kao i u slučaju prikrivenog agenta, situacija bitno menja onog trenutka kada su preduzeti koraci da se pristup ograniči na manji broj poznatih pojedinaca ili onih čiji se identitet može proveriti. Pored člana 8., tu će se onda verovatno primeniti i član 6.

Presretanje komunikacija

Mnoge jurisdikcije, se u velikoj meri oslanjaju na informacije pribavljene presretanjem telefonskih razgovora i mejlova da bi otkrile a potom i krivično gonile počiniocima najtežih krivičnih dela, uključujući i dela iz oblasti terorizma. Već je naglašeno da je Velika Britanija glavni izuzetak u Evropi po tome što se u njoj informacije pribavljene „domaćim“ presretanjem, za koje odobrenje može izdati samo ministar unutrašnjih poslova, ograničavaju na korišćenje u obaveštajne svrhe, a ne prihvataju se kao dokazni materijal (iako ono što se presretanjem pribavi u inostranstvu može biti upotrebljeno pred britanskim sudovima).

Za one države koje, shodno unutrašnjem pravu, mogu da koriste svoje kapacitete za presretanje, vrednost tih podataka za istragu može biti značajna. U cilju razjašnjenja treba precizirati da „presretanje“ označava presretanje elektronskih informacija koje čine telefonski poziv ili mejl tokom emitovanja tih informacija. To je ostvarivanje čitavog tehničkog zadatka, a ne samo postavljanje prislušnog uređaja na telefon ili u njegovoj blizini.

Ukoliko se u istrazi kapaciteti za presretanje koriste „uživo“, to obično podrazumeva praćenje razgovora u realnom vremenu. Veoma često će oni koji prate razgovore i sami praviti beleške ili sažetke onoga što je rečeno, čime će pomoći u docnijim postupcima kada treba identifikovati relevantne telefonske pozive.

U onim pravnim sistemima u kojima se postupak korišćenja/upotrebe i sprovođenja nadzora nad korišćenjem ovih tehnika ne označava kao „tajni“ i gde postoji obaveza istražitelja i tužilaca da te podatke predoče odbrani, treba pažljivo postupati s sačinjenim beleškama, i pre svega sa svakim vidom pomoći koji bi one mogle pružiti odbrani kada ona izlaže svoju argumentaciju. Shodno tome, treba dozvoliti da se obelodane kako same informacije do kojih se presretanjem došlo, tako i posebno oni njihovi delovi koji su od pomoći za tužilaštvo.

„Živo“ osmatranje i praćenje ispunjava čitav niz važnih funkcija. Kada je reč o pitanjima ljudskih prava, ono pomaže da se na minimum svedu takozvani „kolateralni upadi“ (tj. slučajni, za samu istragu nebitni upadi i mešanje u privatni ili porodični život trećeg lica) koji se neminovno događaju, budući da, zavisno od same države, oni koji obavljaju presretanje mogu, na primer, da isključe nadzor i „uzimanje slučajnih uzoraka radi provere“, ali da nastave snimanje ili da isključe snimanje dok traje poziv trećeg lica.

Posebnu pažnju treba obratiti na podatke koji potpadaju pod obavezu čuvanja profesionalne tajne, što u mnogim državama obuhvata komunikaciju iz-

među advokata i njegovog klijenta, ali se ne odnosi na sadržaj razgovora između advokata i klijenta radi izvršenja krivičnog dela. I tu se praksa razlikuje (između država i, zapravo, između službi unutar pojedinih država) tako da se razgovor između advokata i njegovog klijenta ne tretira svuda isto u slučaju da je taj razgovor „uhvaćen“ tokom presretanja: neki prestaju da snimaju, drugi nastavljaju sa snimanjem, ali potom zapečate taj snimak, a da ga nisu preslušali ni nadzirali, sem možda kada uzimaju slučajni uzorak radi provere; drugi snimaju, slušaju i transkribuju, a potom taj snimak zapečate, a na transkript stave oznaku „poverljivi podaci pravne profesije“ (ili nešto slično) i to, razume se, ostaje nedostupno za tužioca ili za istražitelja.

Kada se razmatra presretanje i sva pravna pitanja koja se s njim u vezi postavljaju, treba naglasiti da mnoge države (u Evropi su to Nemačka i Velika Britanija) koriste zakonsko rešenje po kome presretanje za koje postoji saglasnost jedne strane koja učestvuje u razgovoru (na primer u slučajevima kidnapovanja/traženja otkupnine ili ucenjivanja i sl.) taj postupak tretiraju kao nadzor, a ne kao presretanje (iako je, u tehničkom smislu, reč o istom procesu).

Nadzor i presretanje: davanje odobrenja

Od suštinskog je značaja da postoji nezavisan i temeljan postupak davanja odobrenja, u kome se primenjuju kriterijumi koji su u skladu sa ustavnim odredbama date države i sa odredbama Evropske konvencije/praksom Evropskog suda. Imajući to na umu, kad bude pristupila preispitivanju svog pravnog okvira za korišćenje specijalnih istražnih sredstava, država treba da razmotri i sledeće:

- Da li kriterijumi za davanje odobrenja u potpunosti odražavaju osnove za izuzetke navedene u članu 8. stav 2. Evropske konvencije;
- Da li postoji rok za primenu takvih mera od, recimo, najviše tri meseca za nadzor i presretanje, ali uz mogućnost da se zahtevi za izdavanje odobrenja obnavljaju. To će, ukoliko se, na primer, uz to jednom mesečno i preispituje slučaj, pomoći da se obezbedi opravdanje za svaku tekuću primenu takvih mera;
- Da li postoji izričita obaveza službe da opozove odobrenje od trenutka kada ono više ne može biti opravdano;
- Da li postoji izričita obaveza u pogledu evidentiranja i dokumentovanja u pismenoj formi i zadržavanja i čuvanja zahteva i izdatih odobrenja;
- Da li je uvedena tzv. „pro forma“ dokumentacija kako bi se obezbedilo da svi koji su uključeni u postupak traženja/davanja odobrenja vode računa o svim relevantnim činjenicama i razlozima.

Nadzor i presretanje: ostali evropski primeri

Primer Francuske (Presretanje)

Između 1991. i 1995. godine Francuska je u nekoliko navrata menjala svoj Zakonik o krivičnom postupku, između ostalog, kroz izmene i dopuna odredaba

o presretanju u kojima je uzela u obzir kritike i negativne ocene koje je dobila u raspravama vođenim pred Evropskim sudom (vidi analizu jurisprudencije Evropskog suda na prethodnim stranicama). Sadašnji član 100. Zakonika o krivičnom postupku, posle tih promena, predviđa sledeće:

„U istragama krivičnih dela i prekršaja, ako zaprećena kazna zatvora iznosi dve godine ili više, istražni sudija može izdati nalog za presretanje, snimanje i transkripciju telekomunikacione prepiske kada istražni organ to traži. Takve operacije odvijaju se pod nadležnošću i nadzorom istražnog sudije...

Nalog za presretanje iz člana 100. mora sadržati sve podrobnosti na osnovu kojih se identifikuje veza koja treba da bude predmet presretanja, krivično delo koje opravdava pribegavanje presretanju kao i dužinu trajanja presretanja (član 100-1).

Ova odluka se donosi s maksimalnim rokom važenja od četiri meseca. Njeno važenje može biti produženo samo ako se sledi ista procedura i poštuju isti uslovi u pogledu forme i trajanja (član 100-2).

Istražni sudija ili pripadnik sudske policije (kriminalističke policije) koga on odredi transkribuje svaku prepisku koja je korisna za otkrivanje istine. Ti transkripti se zvanično arhiviraju i uvode u spis predmeta (član 100-5).

Snimci se uništavaju na zahtev republičkog tužioca ili tužioca, po isteku roka zastarevanja krivičnog gonjenja. Pravi se zvanični zapisnik o uništenju snimaka (član 100-6)...

Ne može biti presretnuta telefonska linija koja na jednom kraju ima kancelarije ili dom advokata, sem u slučaju kada predsednika advokatske komore o tome obavesti istražni sudija (član 100-7).“

Može se uočiti da je ovde zastupljena većina osnovnih elemenata koje zahteva Evropska konvencija:

- nezavisno davanje odobrenja (istražni sudija);
- pismeni nalog i dokumentacija;
- ograničeno trajanje i razuman rok;
- uništenje snimaka po isteku roka;
- priznanje potrebe za zaštitom komunikacija advokata.

Takođe se može primetiti da Francuska nema spisak krivičnih dela za koja je moguće izdati dozvolu za presretanje; pre bi se moglo reći da je reč o širokoj kategoriji u koju spadaju sva krivična dela za koja je zaprećena kazna zatvora od dve ili više godina. Time je izbegnuto da zakon mora da se menja kad god se pojave novi vidovi krivičnih dela i istovremeno je pružena veća fleksibilnost istražiteljima. To, međutim, znači da i oni koji traže ovlašćenje i sudija koji odlučuje o tome da li će to ovlašćenje izdati moraju da budu veoma oprezni i da obezbede da predložena primena mera bude stvarno neophodna i proporcionalna, a te zahteve je teže ispuniti kada je reč o lakšim krivičnim delima.

Isto tako treba napomenuti da Francuska ne propisuje kriterijume koji opravdavaju uvođenje presretanja, kao što su kriterijumi sadržani u članu 8. stav 2 Evropske konvencije.

Primer Nemačke (presretanje i nadzor)

Ponekad se zaboravlja da oduzimanje poštanskih pošiljki ili uplitanje u njihov prenos predstavlja oblik presretanja komunikacija. U tom smislu, Nemačka je u članu 99. svog Zakonika o krivičnom postupku predvidela oduzimanje poštanskih pošiljki po nalogu javnog tužioca. Treba naglasiti da u Velikoj Britaniji takođe postoji izričita odredba o presretanju poštanskih pošiljki¹⁶.

Odredbe o presretanju komunikacija sadržane su u članu 100a (uslovi u vezi s presretanjem komunikacija) Zakonika o krivičnom postupku:

„(1) Presretanje i snimanje komunikacija dozvoljeno je i bez znanja lica koje se nadzire:

ako određene činjenice opravdavaju sumnju da je lice počinilo krivično delo iz stava 2, bilo kao izvršilac, podstrekač ili pomagač, ili da je pokušalo da učini krivično delo čiji je pokušaj kažnjiv ili da je pripremajući takvo delo izvršilo krivično delo,

ako to delo u konkretnom slučaju ima posebnu težinu,

ako utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta osumnjičenog na neki drugi način nema izgleda za uspeh ili bi bilo bitno otežano.

(2) Teška krivična dela u smislu stava 1. tačka 1. ovog člana su:

[ovde je u Zakonu pobrojan jedan broj teških krivičnih dela shodno Krivičnom zakoniku, uključujući ona dela koja spadaju u oblast privrednog kriminala i korupcije¹⁷].

(3) Takav nalog može se odnositi samo na osumnjičenog ili na lica za koja se na osnovu određenih činjenica sumnja da u ime osumnjičenog ili od osumnjičenog primaju i prosleđuju poruke ili da osumnjičeni koristi njihov telefonski priključak.

(4) Ako postoje činjenice koje upućuju na zaključak da bi se pomoću mere iz stava 1. ovog člana steklo samo saznanje iz privatnog života tih osoba, takva mera nije dozvoljena. Informacije o privatnom životu prikupljene pomoću mere iz stava 1. ne smeju se dalje koristiti. Snimci takvih informacija moraju se izbrisati bez odlaganja. Sticanje saznanja o takvim informacijama i brisanje snimaka moraju biti dokumentovani.“

Postupak izdavanja odobrenja i podnošenja zahteva utvrđen je članom 100b (nalog za presretanje telekomunikacija):

„(1) Mere iz člana 100a može da naredi samo sud na zahtev tužilaštva. Ako postoji opasnost od odlaganja, nalog može izdati i tužilaštvo. Nalog prestaje da važi ako ga u roku od tri radna dana ne potvrdi sud. Nalog može trajati najviše

16 U Zakonu o uređenju istražnih ovlašćenja iz 2000 (RIPA – Regulation of Investigation Powers Act)

17 Vidi http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html

do tri meseca. Dozvoljeno je produženje naloga za još najviše tri meseca ako su ispunjeni uslovi iz naloga u smislu rezultata dobijenih istragom.

(2) Nalog se izdaje u pismenoj formi.

(3)...

(4) Ako više ne postoje uslovi iz naloga, bez odlaganja se mora obustaviti preduzimanje naređenih mera. Posle obustavljanja mera, sud koji je izdao nalog mora biti obavešten o rezultatima njihovog preduzimanja.

...“

I ovde se jasno vidi poštovanje odredaba Evropske konvencije:

- nezavisno izdavanje odobrenja (sud, na zahtev tužioca);
- svođenje primene presretanja na pobrojana teška krivična dela (pitanje je nije li ipak praktičnija francuska definicija po kazni, nego po spisku krivičnih dela?);
- pitanja nužnosti i srazmernosti konkretno su uzeta u obzir;
- vremensko ograničenje i razumno važenje;
- svođenje na minimum opasnosti od kolateralnog upada ili mešanja (zato što je u centru pažnje optuženi);
- izričito priznanje [u članu 100a(4)] prava na privatni život i izbegavanje pribavljanja podataka o najprivatnijim aspektima života, kada ti podaci nemaju dokaznu vrednost;
- Priznanje potrebe za merama zaštite kada je reč o komunikaciji sa advokatom: [utvrđene i drugim odredbama, ne samo gore navedenim, npr. član 160a].

Ni u Nemačkoj, kao ni u Francuskoj, nema izričite odredbe kojom bi bilo utvrđeno da je neophodno poštovati kriterijume iz člana 8. stav 2. Evropske konvencije. Budući da je većina država kontinentalnog prava monistička i da one svoje međunarodnopravne obaveze inkorporiraju neposredno u unutrašnje pravo, odmah po ratifikaciji, može se tvrditi da takva odredba nije potrebna. Međutim, čitalac će sam morati da zaključi da li bi takva odredba bila od pomoći licu od koga se traži davanje odobrenja/naloga, kao i licu koje podnosi odgovarajući zahtev.

Nemački Zakonik o krivičnom postupku takođe sadrži posebnu, izričitu odredbu o nadzoru u odnosu na ono što se može smatrati jednim od najintruzivnijih vidova nadzora. Reč je o nadzoru u privatnim prostorijama pomoću elektronskih uređaja za prisluškivanje, što je materija koja je uređena članom 100c (mere koje se primenjuju bez znanja osobe na koju se odnose):

„(1) Bez znanja lica na koje se (ta) mera odnosi mogu se tehničkim sredstvima prisluškivati i snimati njegovi privatni razgovori u njegovim privatnim prostorijama:

- 1. ako određene činjenice opravdavaju sumnju da je lice počinilo neko od krivičnih dela iz stava 2. kao izvršilac, podstrekač ili pomagač, ili pokušalo da izvrši krivično delo čiji je pokušaj kažnjiv, i*

2. ako to delo u konkretnom slučaju ima posebnu težinu,
3. ako činjenični pokazatelji navode na zaključak da će se pomoću nadzora snimiti izjave osumnjičenog koje su od značaja za rasvetljavanje činjeničnog stanja ili za utvrđivanje boravišta drugih osumnjičenih,
4. ako utvrđivanje činjeničnog stanja ili boravišta drugog osumnjičenog na neki drugi način nema izgleda za uspeh ili je znatno otežano.

(2) Posebno teška krivična dela u smislu člana 1. stav 1. su: [ovde su pobrojana teška krivična dela shodno Krivičnom zakoniku, uključujući dela iz oblasti privrednog kriminala i korupcije¹⁸].

(3) Mera se može odnositi samo na osumnjičenog i može se sprovoditi samo u njegovim privatnim prostorijama. U privatnim prostorijama drugih lica mera je dozvoljena samo ako određene činjenice upućuju na zaključak da:

1. u njima boravi osumnjičeni; i da
2. mera koja se sprovodi samo u prostorijama osumnjičenog neće omogućiti da se utvrdi činjenično stanje ili boravište drugog osumnjičenog.

Mera se može sprovoditi i kada su njome neizbežno obuhvaćena treća lica.

(4) Mera se može naložiti samo ako činjenice, posebno u odnosu na vrstu prostorija koje treba nadzirati i međusobni odnos nadziranih osoba, opravdavaju pretpostavku da se neće presresti izjave koje spadaju u sferu privatnog života. Razgovori u službenim ili radnim prostorijama po pravilu ne spadaju u sferu privatnog života. Isto važi i za razgovore o počinjenim krivičnim delima i izjavama da su krivična dela počinjena.

(5) ...snimanje se mora bez odlaganja prekinuti ako se u toku nadzora pojave pokazatelji da će biti snimljeni iskazi koji spadaju u sferu privatnog života. Snimci o takvim iskazima brišu se bez odlaganja. Informacije pribavljene kroz takve izjave ne smeju se koristiti. Činjenica da su podaci snimljeni i izbrisani mora biti dokumentovana. Ako je mera prekinuta shodno prvoj rečenici, ona može biti ponovo nastavljena samo pod uslovima navedenim u stavu 4. U slučaju sumnje, treba bez odlaganja pribaviti odluku suda o tome da li će mera biti prekinuta ili nastavljena...”

Manje više ista zapažanja mogli bismo izneti i ovde kao i kada je bilo govora o odredbama o presretanju. Ipak, čitaocu se dodatno skreće pažnja na detaljne odredbe sadržane u ovom članu, čiji je cilj smanjenje kolateralnog mešanja u najvećoj mogućoj meri i izbegavanje mešanja u privatni život osim ako se utvrdi da je takvo mešanje u potpunosti opravdano kao deo istrage. Ovde postoji mogućnost ponovnog obraćanja sudu ako se javi bilo kakva sumnja da li treba prekidati snimanje. Time se naglašava jedan važan element dobre prakse: celokupna upotreba specijalnih istražnih sredstava mora biti predmet neprekidnog preispitivanja.

18 Vidi http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch_stpo.html

Primer Ujedinjenog Kraljevstva (presretanje i nadzor)

Zakon o uređenju istražnih ovlašćenja iz 2000. godine¹⁹ (dalje: Zakon o istražnim ovlašćenjima) se bavi većinom vidova specijalnih istražnih sredstava u Velikoj Britaniji i služi kao pravni osnov. Taj zakon utvrđuje sledeće mogućnosti ili tehnike:

- presretanje komunikacija;
- pribavljanje podataka u vezi s komunikacijama (npr. telefonski listinzi);
- „usmereni“ nadzor (nadzor tokom neke konkretne operacije);
- „intruzivni“ nadzor u stambenim prostorijama ili u privatnim automobilima;
- korišćenje „pokrivenih ljudskih obaveštajnih izvora“ i rukovođenje tim izvorima (agenti, doušnici, pokriveni islednici);
- ovlašćenje da se zaplene elektronski „ključevi“ koji omogućuju pristup šifrovanom kompjuterskom materijalu.

Budući da je britanski zakon o presretanju javnih komunikacija u neskladu s zakonima u većem delu Evrope i da zabranjuje da se informacije dobijene presretanjem, u zemlji (ali ne i u inostranstvu) koriste kao dokazni materijal, o tome ovde nećemo detaljnije govoriti. Cela oblast je uređena Prvim delom (čl. 1–19) Zakona o istražnim ovlašćenjima (RIPA) koji ovlašćuje ministra unutrašnjih poslova (*Home Secretary*), široko uzev, da izda nalog kojim se dopušta presretanje u obaveštajne svrhe.

Ipak, postoji jedan aspekt britanskog zakona koji se ovde može pokazati korisnim; to je definicija „presretanja“. Presretanje u najdoslovnijem smislu (to jest, presretanje komunikacija tokom prenosa podataka telekomunikacionim sistemom) definisano je u članu 2. stav 2. kao:

„... modifikacija ili mešanje u sistem ili nadzor nad prenosima koje sistem obavlja ili se obavljaju bežično, sa aparata ili na aparat koji je uvršten u sistem da bi deo sadržaja ili celokupan sadržaj komunikacije, za vreme tog prenosa, bio dostupan i nekom trećem licu uz pošiljaoca i željenog primaoca poruke.“

Kada je reč o nadzoru, Drugi deo Zakona o istražnim ovlašćenjima (RIPA) između ostalog utvrđuje zakonski okvir za dva tipa nadzorne aktivnosti:

- usmereni nadzor;
- intruzivni nadzor.

I za jedan i za drugi tip nadzora u članu 48. stav 2. Zakona o istražnim ovlašćenjima (RIPA) postoji odredba koja nadzor definiše kao aktivnost koja obuhvata:

»

(a) praćenje, osmatranje ili slušanje lica, njihovih pokreta, njihovih razgovora ili drugih njihovih aktivnosti ili komunikacija;

¹⁹ U Engleskom originalu RIPA – Regulation of Investigation Powers Act.

- (b) snimanje svega što je osmotreno, evidentirano ili saslušano tokom nadzora;
- (c) nadzor uz ili pomoću upotrebe uređaja za nadzor.“

Kao što je napred istaknuto, kada uređaj za nadzor treba postaviti na način koji predstavlja „mešanje u imovinu“ ili kada nadzor podrazumeva i ometanje poseda (pokretnog ili nepokretnog), mora se pribaviti ovlašćenje, shodno Trećem delu Zakona o policiji iz 1997.

Usmereni nadzor

Usmereni nadzor je tajni nadzor koji nije „intruzivan“ već se preduzima tokom specifične istrage, na način koji će verovatno za posledicu imati pribavljanje privatnih informacija o određenom licu (bez obzira na to da li je lice konkretno identifikovano u svrhu istrage ili obavljanja operacije). Usmereni nadzor ne obuhvata nadzor koji se preduzima kao neposredni odgovor na događaje (npr., neki policajac odgovara na incident) niti okolnosti u kojima tražiti i dobiti odobrenje ne bi bilo praktično izvodljivo.

Ne treba zaboraviti da su i usmereni i intruzivni nadzor, po definiciji, prikriveni tj. nadzor je prikriven ako se sprovodi na način koji je tako osmišljen da lice koje je predmet osmatranja ne bude svesno da je osmatranje u toku niti da je ono predmet osmatranja.

Za usmereno osmatranje, „privatne informacije“, budući da se odnose na ličnost, obuhvataju sve informacije koje imaju veze s privatnim ili porodičnim životom nekog lica, iako bi to trebalo protumačiti tako da se odnosi i na privatne ili lične odnose tog lica s drugima. Takođe treba imati na umu da činjenica da se nešto radi u javnosti ne znači da to prestaje da bude privatno.

Zahtev za izdavanje odobrenja za usmereni nadzor – Treba da bude dostavljen u pismenoj formi i u njemu treba da budu opisani koraci/mere za koje se izdaje ovlašćenje i navedena svrha te istrage ili te operacije. U zahtevu takođe treba precizirati:

- razloge zbog kojih je ovlašćenje neophodno u konkretnom slučaju kao i usklađenost sa osnovima pobrojanim u članu 28. stav 3. [to je stav u kome su utvrđeni kriterijumi prema članu 8. stav 2. Evropske konvencije];
- razloge zbog kojih se nadzor smatra srazmernim onome cilju čijem se ostvarenju teži;
- prirodu nadzora;
- identitete onih lica koja će biti podvrgnuta nadzoru, kada je poznat;
- objašnjenje informacije čije se pribavljanje želi postići nadzorom;
- detalje o svim potencijalnim kolateralnim upadima i razloge zbog kojih je takav upad opravdan;
- detalje o svakoj poverljivoj informaciji koja će verovatno biti pribavljena zahvaljujući nadzoru;

- nivo odobrenja koji je potreban za taj nadzor.

Davanje odobrenja za usmereni nadzor:

Usmereni nadzor je zakonit ako je odobrenje za takvo postupanje dato i ako je to postupanje u skladu s navedenim odobrenjem.

Odobreno postupanje može se odnositi na svaku radnju preduzetu bilo u Ujedinjenom Kraljevstvu, bilo u inostranstvu (ali se onda primenjuje nacionalno/domaće pravo, tako da je tu potrebna uzajamna pravna pomoć).

Niko ne treba da izda odobrenje za usmereni nadzor ako nije uveren/a (ovo su kriterijumi iz člana 28. stav 3):

- da je odobrenje neophodno:
 - u interesu nacionalne bezbednosti;
 - radi sprečavanja ili otkrivanja kriminala ili sprečavanja nereda;
 - u interesu ekonomskog blagostanja Ujedinjenog Kraljevstva;
 - u interesu javne bezbednosti;
 - radi zaštite javnog zdravlja;
 - radi procene ili ubiranja bilo kakvog poreza, dažbine, doprinosa ili nekog drugog nameta ili takse koja treba da se uplati u državni budžet;
 - u neku drugu svrhu koju utvrdi državni sekretar;
- da je traženi nadzor (cilj nadzora) proporcionalan/srazmeran onome (cilju) što se teži ostvariti pomoću njega.

Kada je reč o policiji, njeni pripadnici koji izdaju odobrenja za usmereni nadzor moraju biti u rangju načelnika ili u nekom ekvivalentnom rangju iako u hitnim slučajevima, kada nije moguće doći do načelnika, i inspektor može da izda takvo odobrenje. Tamo gde je verovatno da će se usled usmerenog nadzora steći uvid u neki poverljiv materijal, odobrenje mora dati šef policije.

Odobrenje za usmereni nadzor mora biti dato ili obnovljeno u pisanoj formi, sem ako je slučaj hitan, i tada odobrenje može biti dato ili obnovljeno usmenim putem (član 43. stav 1). Usmeni zahtevi i zahtevi koje su odobrili ili obnovili policajci koji imaju samo ovlašćenja da postupaju u hitnim slučajevima, prestaju da važe 72 sata po stupanju na snagu. U svim ostalim slučajevima odobrenje prestaje da važi tri meseca pošto je poslednje dodeljivanje ili obnavljanje stupilo na snagu. Odobrenje takođe može biti obnovljeno u svakom trenutku od strane lica koje je ovlašćeno da izda novo odobrenje pod istim uslovima.

Lice kome je dato odobrenje za usmereni nadzor treba da obustavi izvršenje mere samoinicijativno, ako se uveri da nadzor više ne ispunjava zahteve iz člana 28. stav 2. (što znači da ti osnovi više ne postoje).

Intruzivni nadzor

Shodno članu 26. stav 3, intruzivni nadzor je tajni nadzor koji se sprovodi u odnosu na sve što se događa u stambenim prostorijama ili u privatnom automobilu, i obuhvata prisustvo pojedinca u prostorijama ili automobilu ili se spro-

vodi pomoću uređaja za nadzor. Shodno članu 48. stav 1, privatni automobil je automobil koji se koristi prvenstveno u privatne svrhe (na primer, za porodične potrebe, slobodno vreme ili neke druge privatne stvari) i ne odnosi se na taksi vozila. Ukradeno vozilo takođe ne može biti „privatno vozilo“ u tom smislu.

Pod „stambenim prostorijama“ podrazumeva se deo prostorija koji je zauzet i koristi se, makar i privremeno, u stambene svrhe, uključujući delove hotela i zatvorskog smeštaja koji su na taj način korišćeni, ali ne obuhvata zajedničke prostorije, kao što su hodnici, holovi ili stepeništa, bašte ili prilazni putevi za automobile (član 48(1) i (7)).

Postavljanje uređaja za nadzor u nekoj kući uz saglasnost vlasnika/stanara predstavlja intruzivni nadzor u odnosu na sve koji posećuju tu kuću a kojima nije rečeno da je uređaj postavljen. Slično tome, da bi se postavio uređaj za nadzor u policiji ili u zatvorskim ćelijama, potrebno je odobrenje za intruzivni nadzor.

Shodno članu 26. stav 4. nadzor nije intruzivan ako se sprovodi pomoću uređaja za nadzor koji su tako projektovani ili adaptirani da npr. prate lokaciju vozila (tzv. uređaji za praćenje), iako to onda predstavlja usmereni nadzor. Isto tako, nadzor nije intruzivan ako se sastoji od presretanja komunikacija za koje nije dato odobrenje nalogom za presretanje i u situaciji kada jedna strana koja u presretanju učestvuje pristaje na to (kao u slučajevima kidnapovanja ili ucene, kada familija žrtve pristaje na to). I ovde je, međutim, reč o usmerenom nadzoru.

Pored toga, nadzor koji se obavlja pomoću uređaja i kojim je obuhvaćeno sve što se dešava u stambenim prostorijama ili u bilo kom privatnom automobilu, ali tako da se uređaj ne nalazi u tim prostorijama niti u automobilu, nije intruzivan, osim ukoliko taj uređaj ne dostavlja informacije istog kvaliteta i istog stepena podrobnosti koje bi se moglo očekivati od uređaja koji se stvarno nalazi u tim prostorijama ili u vozilu. Tako se nadzor sa osmatračnice koja se nalazi van prostorija koje su podvrgnute nadzoru, iz koje je pogled ograničen i nema zvuka koji bi ukazivao na to šta se događa u prostorijama, ne smatra intruzivnim.

Podnošenje zahteva za intruzivni nadzor – Zahtev za intruzivni nadzor treba da bude dostavljen u pisanoj formi i da sadrži opis postupanja koje treba da bude obuhvaćeno tim odobrenjem, kao i svrhu istrage ili operacije o kojoj je reč. U zahtevu takođe treba precizno navesti:

- razloge zbog kojih je ovlašćenje potrebno u konkretnom slučaju i na kojim od osnova pobrojanih u članu 32. stav 3. se zasniva (vidi dole);
- razlog zbog kojih se nadzor smatra srazmernim onom cilju čijem se ostvarenju teži;
- prirodu nadzora;
- stambene prostorije ili privatno vozilo u odnosu na koje će se obavljati nadzor;
- identitete, tamo gde su poznati, lica koja su predmet nadzora;
- objašnjenje informacija koje se žele pribaviti pomoću tog nadzora;

- podatke u vezi sa potencijalnim kolateralnim upadom i razloge zbog kojih je taj upad opravdan;
- podatke u vezi sa poverljivom informacijom koja će se verovatno pribaviti zahvaljujući tom nadzoru.

Davanje odobrenja za intruzivni nadzor – Kao i kod usmerenog nadzora, i intruzivni nadzor je zakonit pod uslovom da je dobijeno odobrenje i da se postupa u skladu s tim odobrenjem.

Odobrenje za intruzivni nadzor mogu dati samo državni sekretar (ministar unutrašnjih poslova) ili neki zvaničnik tako visokog ranga. Kada je reč o policiji, to je šef policije, mada postoji odredba da u hitnim slučajevima odobrenje može dati zvaničnik u rangu pomoćnika šefa policije.

Odobrenje za intruzivni nadzor neće biti dato ukoliko lice koje ga izdaje nije uvereno (u skladu sa članom 32. stav 3.):

- da je odobrenje neophodno
 - u interesu nacionalne bezbednosti;
 - u svrhu sprečavanja ili otkrivanja teškog kriminala (onako kako je definisan u članu 81. stav 3.);
 - u interesu ekonomske dobrobiti Ujedinjenog Kraljevstva,

i

da je ovlašćeni nadzor srazmeran cilju čijem se ostvarenju pomoću njega teži.

Kada se utvrđuje da li su ti kriterijumi ispunjeni, potrebno je još jednom proceniti da li se informacije koje se pribavljaju pomoću ovlašćenog nadzora mogu pribaviti nekim drugim putem.

„*Teško krivično delo*“ definisano je kao delo za koje lice staro najmanje 21 godinu, prethodno neosuđivano, može osnovano očekivati da mu bude izrečena kazna od najmanje tri godine zatvora, ili delo koje obuhvata primenu nasilja, ili donosi značajnu finansijsku dobit, ili je počinjeno od velikog broja lica koja teže ostvarenju zajedničkog cilja.

Odobrenje mora biti dato u pisanoj formi, sem u hitnim slučajevima, kada može biti dato ili produženo usmenim putem.

Forma, produžavanje i trajanje odobrenja za intruzivni nadzor – Usmena odobrenja i odobrenja koja su izdali ili produžili zvaničnici koji imaju pravo da postupaju samo u hitnim slučajevima (ako nema ovlašćenog lica ili njegovog zvaničnog zamenika), ističu 72 sata od trenutka izdavanja ili produžetka. U svim ostalim slučajevima odobrenje ostaje na snazi do tri meseca od poslednjeg izdavanja ili produžetka. Postojeće odobrenje može biti obnovljeno pre no što prestane da važi od strane ma kog lica koje je ovlašćeno da izda novo odobrenje pod istim uslovima.

Ukidanje odobrenja – Shodno članu 45. Zakona o istražnim ovlašćenjima (RIPA), lice koje je izdalo (ili poslednji put produžilo) odobrenje za intruzivni

nadzor ukida to odobrenje ukoliko više nije uvereno da nadzor može biti opravdan.

Prethodna saglasnost Nadzornog komesara (penzionisanog višeg sudi-je) – Kada se izda, produži ili ukine policijsko odobrenje za sprovođenje intruzivnog nadzora, lice koje ga je izdalo mora o tome pismenim putem obavestiti nadzornog komesara. U tom obaveštenju mora biti navedeno ili da je odobrenje nadzornog komesara potrebno pre nego što odobrenje stupi na snagu, ili je reč o hitnom slučaju. Ukoliko je slučaj hitan, u obaveštenju moraju biti navedeni osnovi za to. Po prijemu obaveštenja, komesar ga mora pomno proučiti i odlučiti da li će se sa njim saglasiti.

Odobrenje ne može stupiti na snagu bez odobrenja komesara i bez pismenog obaveštenja dostavljenog ovlašćenom licu o tome da je saglasnost data (sem kada je reč o hitnom slučaju, kada odobrenje stupa na snagu odmah pošto je izdato).

Kontrolisana isporuka

Kontrolisana isporuka je istražno sredstvo koje u stvarnosti zapravo i nije posebno specijalno istražno sredstvo (iako se često tako opisuje) već je reč o tehnici koja, po pravilu, koristi širok spektar specijalnih istražnih sredstava, najčešće nadzor, prikriveno angažovanje (ili barem njegov ekvivalent na nešto nižem nivou) i presretanje (kako predmeta, tako i telekomunikacija).

Kontrolisana isporuka se, po pravilu, koristi u borbi protiv krijumčarenja narkotika i krijumčarenja/prometa drugih nedozvoljenih supstanci i predmeta (uključujući oružje).

Kontrolisana isporuka može biti isporuka nedozvoljene supstance ili samog predmeta, ili predmeta ili supstance koji predstavljaju zamenu za nezakoniti „original“. Isporuka može obuhvatiti tranzit paketa preko teritorije više od jedne države, ili pak može biti potpuno „domaća“.

Kao i kod drugih specijalnih istražnih sredstava, i ovde su ključna sledeća pitanja:

- Obezbediti da postoji zakonski osnov (može biti zakonski osnov za „kontrolisane isporuke“ same po sebi, ili za svaku pojedinačnu primenu, u zavisnosti od države);
- Utvrditi odgovarajuću proceduru izdavanja odobrenja od strane nezavisnog tela/organa;
- Postarati se da svaka kontrolisana isporuka kao sredstvo i svaka druga aktivnost koja se odvija u sklopu kontrolisane isporuke, bude potrebna i srazmerna;
- Evidentirati i sačuvati svu neophodnu dokumentaciju (uključujući i dokumentaciju koja se odnosi na proces odlučivanja).

Testiranje integriteta

Ovde se o testiranju integriteta govori kao o zasebnoj aktivnosti, jer se ono u nekim državama tumači kao pravna radnja ili kao samostalno sredstvo. U drugim pravnim sistemima, međutim, test integriteta se jednostavno svrstava u kategoriju tajnih ili „sting“ operacija („žaoka“), koje obično imaju komponentu prikrivenog angažovanja i nadzora.

Testiranje integriteta će ovde biti analizirano kao operacija koja se sprovodi radi prikupljanja dokaza. Ipak, postoji i potencijal da država uvrsti testiranje integriteta u sredstva za prikupljanje samo obaveštajnih podataka, u sklopu pre-distražne faze ili čak i kao sredstvo za prikupljanje podataka u upravnom (a ne u krivičnom) postupku.

Nema sumnje da testiranje integriteta može da bude važno sredstvo za otkrivanje i sprečavanje pronevera u javnom sektoru, privrednog kriminala i korupcije. Ipak, testiranje integriteta u isti mah povlači i izvestan broj pravnih pitanja kojima će tužilac morati da se pozabavi. Pre svega, od vitalnog je značaja da tužilac bude uveren da planirani test integriteta ima pravni osnov, kako u domaćem pravu, tako i u odnosu na instrumente ljudskih prava/odgovarajuću sudsku praksu, pa samim tim i legitimitet, pre no što pristupi njegovom sprovođenju.

Testiranje integriteta možemo podeliti na dva tipa: prvi tip se ponekad naziva „testiranjem vrlina po slučajnom uzorku“, i njega koriste institucije kako bi ukazale na prisustvo određenih problema ili zloupotreba koje ne moraju po svojoj težini spadati u krivična dela ili težu povredu radne dužnosti, ali koja svakako izazivaju korporativnu zabrinutost.

Drugi tip testova integriteta čine testovi „na temelju obaveštajnih podataka“, koji se, kako im i ime kaže, koriste onda kada postoji informacija ili obaveštajni podatak da određeni pojedinac ili grupa pojedinaca vrše krivična dela ili teže disciplinske/administrativne prekršaje. Tada se pristupa testu u doslovnom značenju, jer se na tom testu može ili pasti, ili se on može položiti. Po pravilu se, u svetlosti obaveštajnog podatka koji služi kao polazište, razrađuje scenario u kome je, na primer, državni službenik stavljen u neku svakodnevnu situaciju (koja u najvećoj mogućoj meri odražava obaveštajne podatke koji su protiv njega prikupljeni), i taj službenik ima mogućnost da samostalno odluči hoće li se ili neće upustiti u kriminalno ili kakvo drugo nedolično ponašanje. Nudi mu se mogućnost da se ponaša ili korektno ili nezakonito (na primer, prikriveni agent mu/joj može pružiti mogućnost da uzme mito, ili da, recimo, zloupotrebom polažaja iznudi mito).

Oba ova tipa testa integriteta sadrže u sebi mogućnost kršenja prava na privatni život iz člana 8. Evropske konvencije, pa čak i kršenja ustavnih prava pojedinca. Stoga je važno obezbediti da za svaki ovakav test postoji pravni osnov, da je sam test neophodan u određenim okolnostima i da je srazmeran opasnosti ili zloupotrebi koja je predmet istrage.

Iskustvo pokazuje da je testiranje na osnovu obaveštajnih podataka, ubedljivo najkorisnija vrsta operacije za tužioce i/ili policiju.

Iskustvo takođe pokazuje da je blagovremeno razmatranje mogućih pravnih osporavanja neophodna komponenta svakog valjano planiranog testa integriteta. Jedan od primera dobre prakse ukazuje da se treba usredsrediti na prirodu obaveštajnih podataka na kojima je zasnovana potreba za organizovanjem testa integriteta, na predloženi scenario ili scenarije kao i na različita odobrenja koja će morati da budu zatražena i, u svetlosti svega navedenog, na to da se razmotre i unapred otklone procesna i pravna osporavanja za koja postoji verovatnoća da budu izneta na sudu (u slučaju da sud uopšte razmatra test integriteta).

Ključna pitanja na koja treba odgovoriti da bi test bio uspešan:

- Postoji li pravni osnov (i u domaćem pravu i u instrumentima zaštite ljudskih prava) za taj test?
- Postoji li odgovarajuće ovlašćenje za svaku fazu i komponentu testa?
- Postoji li pouzdan obaveštajni podatak odnosno informacija?
- Da li test u najvećoj mogućoj meri oponaša/replikuje prirodu obaveštajnih podataka?
- Da li su sve faze testa, uključujući i pripremnu, evidentirane i snimljene najboljim mogućim sredstvima (npr. audio, video itd.)?
- Da li su donete sve odluke u vezi sa prirodom testa i da li je njegovo sprovođenje evidentirano u „dnevniku odluka“?
- Postoji li potpuni trag preduzetih radnji?
- Da li je odabrani scenario izvodljiv i verodostojan?
- Da li test traje samo onoliko koliko je neophodno?
- Da li je služba uverena da taj scenario nije provokacija/“postavljanje zamke“?
- Da li su na najmanju moguću meru svedeni učesnici trećih lica i opasnost od kolateralnog upada?
- Da li se u svakoj fazi planiranja i pripreme vodilo računa o mogućim pojavljivanjima pred sudom (ako je to u datoj situaciji primenjivo) i o implikacijama obelodanjivanja?
- Da li je svaku radnju istražiteljskog tima moguće opravdati, u skladu sa utvrđenim načelima unutrašnjeg prava (uključujući ustavne osnove) i sa načelima ljudskih prava?

VI. SPECIJALNA ISTRAŽNA SREDSTVA: MEĐUNARODNI INSTRUMENTI/STANDARDI I UZAJAMNA PRAVNA POMOĆ

Primena specijalnih istražnih sredstava i u opštim i u finansijskim istragama danas je opšte prihvaćena i priznata i u međunarodnim i u regionalnim konvencijama/instrumentima.

Nema sumnje da države o tome treba da vode računa iz dva razloga:

- Da bi obezbedile da unutrašnje pravo, pružajući pravni okvir za specijalna istražna sredstva, adekvatno odrazi međunarodne obaveze koje je država preuzela kao zemlja potpisnica,
- Da bi se na odgovarajući način podnosili i izvršavali zahtevi podneti/primljeni u okviru uzajamne pravne pomoći.

Sledeća pitanja mogu pomoći u traganju za najboljim načinom odgovora na preuzete ugovorne obaveze:

- Da li su nadležni organi države ovlašćeni da koriste tehničke vidove nadzora i druga specijalna istražna sredstva?
- Postoje li jasni zakoni i smernice za upotrebu specijalnih istražnih sredstava?
- Da li su dokazi pribavljeni pomoću specijalnih istražnih sredstava prihvatljivi pred domaćim sudovima?
- Da li je država zaključila neki bilateralni sporazum ili pristupila multilateralnom sporazumu za unapređenje međunarodne saradnje u korišćenju specijalnih istražnih sredstava

Međunarodni instrumenti

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (UNTOC) – U članu 20. od država potpisnica se zahteva da, ako to dozvoljavaju osnovni principi njihovog domaćeg prava, omoguće odgovarajuće korišćenje širokog spektra specijalnih istražnih sredstava, a poimence se navode kontrolisane isporuke, elektronsko praćenje i drugi oblici nadzora i tajne operacije prilikom istrage aktivnosti organizovanog kriminala. U tom članu se dalje podstiču države potpisnice da zaključe odgovarajuće bilateralne i multilateralne sporazume za korišćenje specijalnih istražnih sredstava, kada je to potrebno.

Konvencija Ujedinjenih nacija protiv korupcije (UNCAC) – Slično kao i prethodna, i ova Konvencija predviđa, u članu 50., korišćenje specijalnih istraž-

nih sredstava (kontrolisana isporuka, elektronski i drugi oblici praćenja i tajne operacije) i kasnije korišćenje na sudu dokaza koji iz toga proisteknu. U skladu sa onim što je utvrđeno odredbama UNTOC, i ovom Konvencijom države-članice se podstiču da pomažu jedna drugoj u navedenim aktivnostima.

Regionalni instrumenti

*Krivičnopravna konvencija o korupciji Saveta Evrope*²⁰:

„Član 23: Mere za olakšanje prikupljanja dokaza i oduzimanje dobiti

- 1. Svaka potpisnica će usvojiti takve zakonodavne i druge mere koje mogu biti neophodne, uključujući one koje dozvoljavaju upotrebu specijalnih istražnih tehnika, u skladu sa nacionalnim zakonodavstvom, da bi se olakšalo prikupljanje dokaza vezanih za krivična dela ustanovljena u skladu sa čl. 2. do 14. ove Konvencije i identifikovanje, ulaženje u trag, zamrzavanje i zaplena instrumenata i dobiti od korupcije, ili imovine čija vrednost odgovara toj dobiti, u skladu sa merama utvrđenim u stavu 3. člana 19. ove Konvencije.*
- 2. Svaka potpisnica će usvojiti takve zakonodavne i druge mere koje mogu biti neophodne da bi se njeni sudovi ili drugi nadležni organi ovlastili da mogu da naredi da bankarski, finansijski ili drugi poslovni podaci budu stavljeni na raspolaganje ili da budu zaplenjeni, kako bi se obavile aktivnosti iz stava 1 ovog člana.*
- 3. Bankarska tajna neće biti prepreka merama predviđenim u st. 1. i 2. ovog člana.“*

Iako u ovoj Konvenciji nije posebno pomenuta nijedna određena specijalna istražna tehnika, u propratnom komentaru Konvencije navodi se da su „tvorci Konvencije prvenstveno mislili na korišćenje prikrivenih agenata, prisluškivanje (wire-tapping) i prisluškivanje pomoću prislušnih uređaja postavljenih u telefonski aparat (bugging), presretanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima itd. Ove specijalne istražne tehnike pominju se i u drugim međunarodnim instrumentima kao što su Konvencija Ujedinjenih nacija iz 1988, Konvencija Saveta Evrope o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (ETS br. 141, član 4.), ili Četrdeset preporuka koje je usvojio FATF (Financial Action Task Force)²¹.“

Preporuka Rec (2005) 10 Komiteta ministara Saveta Evrope o „specijalnim istražnim tehnikama“ u odnosu na teška krivična dela, uključujući terorizam, ističe značaj takvih tehnika za hvatanje u koštac sa teškim krivičnim delima i potrebu za balansiranjem tih mera i odgovarajuće zaštite ljudskih prava. Cilj ove preporuke jeste da se zemljama-članicama daju smernice koje će moći da koriste kada razmatraju mogućnost uvođenja takvih mera u unutrašnje pravo.

20 Vidi ETS broj 173

21 Vidi paragraf 114. Komentara uz Konvenciju.

Preporuka definiše „specijalne istražne tehnike“ kao „*tehničke, koje primenjuju nadležni organi*²² u kontekstu krivičnih istraga, a u cilju otkrivanja i istrage teških krivičnih dela i osumnjičenih, radi prikupljanja informacija na način koji neće pobuditi sumnju lica koja su predmet te istrage“.

Shodno ovoj preporuci, domaći pravni okvir treba da obezbedi sledeće:

- Okolnosti i uslove pod kojima se takve mere mogu primeniti;
- Odgovarajuću kontrolu u primeni takvih mera kroz prethodno davanje odobrenja i nadzor tokom istražne faze ili preispitivanje posle primene tih mera (bilo od strane pravosudnih organa ili nekog drugog nezavisnog tela);
- Takve mere treba da budu ograničene na istragu teških krivičnih dela (proaktivnu ili reaktivnu) i moraju biti srazmerne;
- Nadležni organi treba da koriste takve mere isključivo onda kada nisu mogući neki drugi, manje intruzivni metodi istrage;
- Ono što proistekne iz takve istrage treba da bude takvo da se može priključiti dokazima u sudskom postupku;
- Prilikom pripreme takvog dokaznog materijala treba se rukovoditi procesnim pravilima i pravilima o prihvatljivosti dokaza, koja će služiti kao neophodni zaštitni mehanizam;
- Nadležni organi treba da raspolazu dovoljnim resursima (tehnologija, ljudski i finansijski resursi) za takvo korišćenje;
- Način na koji telekomunikacione kompanije (internet provajderi, telefonske kompanije itd.) skladište i čuvaju podatke o telekomunikacionom i elektronskom saobraćaju i podatke o lokaciji/geografskoj poziciji treba da bude u skladu sa zahtevima Evropske konvencije;
- Svaka tehnologija koja je potrebna za primenu specijalnih istražnih tehnika mora ispunjavati zahteve koji se postavljaju u pogledu „poverljivosti, integriteta i dostupnosti“.
- Države treba da koriste međunarodne i regionalne sporazume o saradnji (policije i/ili pravosuđa) koji im stoje na raspolaganju.

*Konvencija o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom*²³ – Već je naglašeno na početku ovog referata da je, kada se pristupa finansijskoj istrazi ili praćenju traga imovine, jedan od ključnih ciljeva identifikacija i evidentiranje fizičkog lica koje je korisnik/ima korisnički interes. Stoga je uvek potrebno da se pogleda ko stoji iza pravnog lica. U jednom broju slučajeva to može biti sasvim jednostavno. Često, međutim, nije tako, posebno onda kada je reč o velikim korporacijama sa horizontalnom strukturom, gde se može pokazati da je potrebno primeniti znatno intruzivniju meru/e.

22 Obuhvaćeni su: istražitelji, tužioci i nosioci sudijskih funkcija.

23 Konvencija Saveta Evrope ETS br. 141

Ova Konvencija se u članu 4. bavi specijalnim istražnim tehnikama, a u Komentaru na sledeći način definiše razne vrste naloga²⁴:

„Naredbe za nadzor: sudske naredbe nekoj finansijskoj instituciji da dostavi informacije o transakcijama obavljenim preko računa koji kod te institucije određeno lice poseduje. Takva naredba obično ima određeni rok važenja.

Opservacija: istražna tehnika koju primenjuje policija, a koja se sastoji u tajnom posmatranju kretanja lica, bez mogućnosti da se čuje šta ta lica govore.

Presretanje telekomunikacija obuhvata presretanje telefonskih razgovora, teleksa i telefaksa. Ovim pitanjem se bavi i Preporuka br. R (85) 10 o praktičnoj primeni Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima u odnosu na zamolnice za presretanje telekomunikacija.

Naredbe za dostavljanje: nalozi pojedincima da dostave konkretne arhivske podatke, dokumente ili drugo što je u njihovom posedu. Neizvršenje takvih naredbi može imati za posledicu naredbu za pretres i zaplenu. Naredbom se može tražiti da se dokumentacija ili određeni dokumenti predoče u nekom posebnom vidu, kao onda kada se naredba odnosi na kompjuterski sačinjen materijal (vidi, takođe, izveštaj o visokotehnološkom kriminalu²⁵).“

„Član 4. – Specijalna istražna ovlašćenja i tehnike

- 1. Svaka strana ugovornica treba da usvoji potrebne zakonske i druge mere koje će joj omogućiti da svojim sudovima ili drugim nadležnim organima obezbedi potrebna ovlašćenja kako bi mogli da nalože da bude podneta na uvid bankarska, finansijska ili trgovinska dokumentacija ili da ta dokumentacija bude zaplenjena, kako bi se mogle sprovesti mere iz članova 2. i 3. Nijedna strana ugovornica neće odbiti da postupa shodno odredbama ovog člana, pozivajući se na bankarsku tajnu kao na pravni osnov.*
- 2. Svaka strana ugovornica treba da razmotri mogućnost usvajanja takvih zakonskih i drugih mera koje će joj omogućiti da koristi specijalne istražne tehnike koje olakšavaju identifikaciju i ulaženje u trag prihodima, kao i prikupljanje dokaza u vezi sa njima. Takve tehnike mogu obuhvatiti naredbe za nadzor, opservaciju, presretanje telekomunikacija, pristup kompjuterskim sistemima i naredbe za dostavljanje određenih dokumenata.“*

Iako Evropska konvencija o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima²⁶ ne pominje konkretno specijalne istražne tehnike kao mere pomoći, sasvim je jasno da je saradnja u primeni tih mera predviđena u kontekstu (uzajamne pravne) pomoći²⁷ i potom utvrđena u „Drugom dopunskom protoko-

24 Vidi paragrafe 29 –30 Komentara uz Konvenciju.

25 <http://www.oas.org/juridico/english/89-9&final%20Report.pdf>. Reč je o izveštaju eksperata Saveta Evrope sačinjenom u okviru Komiteta za krivičnopravna pitanja.

26 U pitanju je Konvencija Saveta Evrope iz 1959. godine (ETS broj 30). Postoje i dva Protokola uz ovu Konvenciju.

27 Vidi gore pomenutu Preporuku br. R (85) 10 u kojoj su izneta prilično detaljna pravila u vezi sa zahtevima za presretanje komunikacija po Evropskoj konvenciji o uzajamnoj pomoći u krivičnim stvarima.

lu²⁸ uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima“ kroz sledeće odredbe:

- Član 18: kontrolisana isporuka,
- Član 19: prikrivene istrage,
- Član 20: zajednički istražni timovi.

*Konvencija o visokotehnoškom kriminalu*²⁹ utvrđuje postojanje određenih krivičnih dela i pruža osnov za preduzimanje sledećih mera (na unutrašnjem planu i u sklopu međunarodne saradnje³⁰):

- Hitna zaštita sačuvanih kompjuterskih podataka,
- Hitna zaštita i delimično otkrivanje podataka o saobraćaju,
- Izdavanje naredbe [za dostavljanje],
- Pretraživanje i zaplena sačuvanih kompjuterskih podataka,
- Prikupljanje podataka o saobraćaju u realnom vremenu,
- Presretanje podataka iz sadržaja određenih komunikacija

Konvencija o uzajamnoj pravnoj pomoći država članica Evropske unije iz 2000. Godine – Savet ministara Evropske unije je 29. maja 2000. usvojio Konvenciju o uzajamnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. Ta konvencija ima za cilj da podstakne i modernizuje saradnju pravosudnih, policijskih i carinskih organa unutar EU (zajedno sa Norveškom i Islandom), kroz dopunu odredaba u postojećim pravnim instrumentima, uključujući Konvenciju Saveta Evrope iz 1959. godine, i da unapredi njihovu primenu. Između ostalog:

- Dopusnene su kontrolisane isporuke na teritoriji zemlje-članice u okviru krivične istrage onih krivičnih dela kod kojih je moguće izručenje. Te istrage treba da usmeravaju i nadziru vlasti zamoljene zemlje-članice;
- Dve zemlje-članice EU ili više njih mogu osnovati zajednički istražni tim u određenu svrhu i za ograničeni vremenski period;
- Pripadnici organa jedne zemlje-članice mogu u drugoj zemlji-članici sprovoditi istrage (to mogu činiti i pripadnici organa domaće zemlje-članice) delujući pod tajnim ili prikrivenim identitetom, pod uslovom da domaće pravo i zakonom utvrđene procedure zemalja-članica u kojima se takve istrage odvijaju budu u potpunosti poštovani;
- Nadležni organ jedne zemlje-članice može zatražiti od druge zemlje-članice da izvrši presretanje telekomunikacija. To je moguće učiniti ili tako što će telekomunikacije biti presretnute i podaci neposredno dostavljeni državi molilji, ili tako što će podaci biti snimljeni, da bi prenos kasnije usledio. Takvi zahtevi moraju biti u skladu sa unutrašnjim pravom i zakonom predviđenim procedurama zemalja-članica o kojima je reč.

28 ETS broj 182; stupio na snagu 2004. godine.

29 ETS broj 185

30 Korišćena je terminologija iz Zakona o potvrđivanju Konvencije o viskokotehnoškom kriminalu, "Službeni glasnik Republike Srbije", mart 2009.

Međunarodni standardi i praksa

*Preporuke FATF, 2012*³¹.

Preporuka 31 bavi se ovlašćenjima policije i istražnih vlasti i u njoj se navodi sledeće:

„Prilikom sprovođenja istraga u vezi sa pranjem novca, povezanim predikatnim krivičnim delima i finansiranjem terorizma, nadležni organi treba da imaju mogućnost pristupa svim neophodnim dokumentima i informacijama koji se mogu koristiti u tim istragama, kao i u krivičnom gonjenju i srodnim radnjama. To treba da obuhvati i ovlašćenje za primenu obavezujućih mera u pogledu dostavljanja dokumentacije koju poseduju finansijske institucije, određene nefinansijske institucije i profesije³² i druga fizička i pravna lica, za pretresanje lica i prostorija, uzimanje izjava svedoka i zaplenu i pribavljanje dokaza.

Države treba da obezbede da nadležni organi koji sprovode istrage imaju mogućnost korišćenja širokog dijapazona istražnih tehnika pogodnih za istragu pranja novca, povezanih predikatnih krivičnih dela i finansiranje terorizma. Te istražne tehnike obuhvataju: prikrivene operacije, presretanje komunikacija, ulazak u kompjuterske sisteme i kontrolisanu isporuku. Pored toga, države treba da poseduju delotvorne mehanizme koji će im omogućiti da blagovremeno identifikuju da li fizička ili pravna lica poseduju ili kontrolišu račune. One takođe treba da imaju na raspolaganju mehanizme koji će obezbediti da nadležni organi mogu da primene postupak za identifikaciju imovine bez prethodnog obaveštavanja vlasnika. Prilikom vođenja istrage povodom pranja novca, povezanih predikatnih krivičnih dela i finansiranja terorizma, nadležni organi treba da imaju mogućnost da zatraže sve relevantne informacije koje poseduju Finansijske obaveštajne jedinice.“

Načela uzajamne pravne pomoći

Prilikom razmatranja mogućnosti upućivanja zahteva drugoj državi za bilo kakvom vrstom angažovanja koje će obuhvatiti i intruzivnu akciju, uvek treba postaviti sledeća pitanja: „Da li je moguće obaveštajne podatke/dokaze pribaviti na neki drugi, manje intruzivan način?“, i „Da li je ono što se traži zakonito u zamoljenoj državi i da li ću država molilja moći da iskoristi te dokaze pred svojim sudovima?“

Zahtev za uzajamnom pravnom pomoći može sadržati i zahtev za primenu specijalnih istražnih sredstava. Pored toga, dve ili više država mogu zajednički da koriste specijalna istražna sredstva kad god je to potrebno, ukoliko postoji odgovarajući bilateralni ili multilateralni sporazum/ugovor ili aranžman/dogovor u kontekstu saradnje na međunarodnom nivou, uzimajući u potpunosti u obzir sve implikacije u pogledu zaštite ljudskih prava.

31 http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF_Recommendations.pdf

32 Engleska skraćenica DNFBP od Designated Non-Financial Businesses and Professions, *prim. prev.*

Potencijalni problem predstavlja zakonitost istražne tehnike koja se koristi za pribavljanje dokaza. Na primer, presretanje telefonskih razgovora ili snimanje telefonskih razgovora nije prihvatljivo kao dokaz pred sudovima nekih država. Usled toga te države neće postupiti po zahtevu za snimanje telefonskih razgovora. To se mora jasno objasniti organima koji upućuju zahtev, da bi se sprečili dalji nesporazumi.

Slična pitanja iskrsavaju i kada jedna država traži od druge sprovođenje prikrivenih operacija. Iako takve operacije predstavljaju prihvaćeni način pribavljanja dokaza, one u poslednje vreme podrazumevaju i primenu novih tehnologija za nadzor. Stoga, da li će takvi zahtevi biti ispunjeni, zavisi od toga da li su u zamoljenoj državi te nove tehnološke metode zakonite.

Po pravilu, zahtev za primenu prikrivenih tehnika, kao što su specijalna istražna sredstva, podrazumeva i pribavljanje odobrenja ili sudskog naloga i u državi molilji i u zamoljenoj državi. Oni koji podnose zahtev moraju pomno voditi računa o ovome i moraju se postarati da poseduju ovlašćenje ili naredbu u sopstvenoj državi, da to navedu u zahtevu, kao i da obezbede dovoljno materijala vlastima u zamoljenoj državi da se to može predočiti pred njenim sudovima.

VII. KORIŠĆENJE SPECIJALNIH ISTRAŽNIH SREDSTAVA I OSETLJIVI/POVERLJIVI MATERIJAL

Pitanje koje će se svakako postaviti kao veoma važno za sve evropske države u slučajevima koji obuhvataju primenu specijalnih istražnih sredstava (i na unutrašnjem planu, i u odnosu na zahteve za uzajamnom pravnom pomoći jeste ono koje se odnosi na otkrivanje osetljivih ili poverljivih podataka strankama u nekom krivičnom postupku. U istragama u kojima se primenjuju specijalna istražna sredstva verovatno će se pojaviti bar sledeće kategorije osetljivih podataka:

- Obaveštajni podaci koji mogu poslužiti kao osnov i obrazloženje za primenu (specijalnih istražnih sredstava);
- Metodološki i tehnički podaci o angažovanim tehničkim kapacitetima;
- Obaveštajni podaci pribavljeni primenom specijalnih istražnih sredstava;
- Postojeći obaveštajni podaci koji se, na primer, odnose na angažovane izvore;
- Obaveštajni podaci dobijeni od drugih službi (kako domaćih, tako i međunarodnih).

Opšta načela i različita praksa u pogledu omogućavanja odbrani uvida u podatke

Jasnoće radi, valjalo bi se prvo pozabaviti opštim načelima: jedna od osnovnih pretpostavki vladavine prava jeste pravo na pravično suđenje. Ovo pravo je proklamovano u različitim međunarodnim i regionalnim pravnim instrumentima i instrumentima koji se odnose na zaštitu ljudskih prava, i koji postavljaju osnovne zahteve koji zadovoljavaju garancije za ostvarivanje prava na pravično suđenje npr. Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima (član 14), Evropska konvencija o ljudskim pravima i osnovnim slobodama (član 6.).

Pravo na pravično suđenje, suštinski, podrazumeva pravo/potrebu da odbrana bude u potpunosti obaveštena o argumentima na kojima počiva optužnica, što joj omogućuje da pripremi „celovitu i robusnu“ odbranu okrivljenog. Stoga u sklopu postupka okrivljenome moraju biti predloženi dokazi koje će tužilaštvo nastojati da izvede tokom suđenja, ali okrivljeni mora dobiti i sav drugi relevantan materijal koji je proistekao iz istrage, ali na koji tužilaštvo ne namerava da se osloni tokom suđenja.

Države kontinentalnog prava

Tradicionalni pristup kontinentalnog prava je da sav materijal koji je prikupljen u okviru istrage treba da bude obelodanjen strankama u postupku (tužilaštvu, odbrani i *oštećenom* [tamo gde je primenjivo]), bez razlike između do-

kaza za koje tužilaštvo tvrdi da potkrepljuju optužnicu i drugog materijala koji bi mogao ili da potkrepi tvrdnje odbrane, ili da onemogući da predmet u celini napreduje. Kod otkrivanja takvog materijala u zemljama kontinentalnog prava obično se poseže za redigovanjem ili brisanjem osetljivih/delikatnih delova pre no što se stvar predoči odbrani. Odluku o tome po pravilu donosi istražni sudija.

Pored toga, može postojati i materijal, obično obaveštajne prirode, koji se prikupi pre no što se formalno otvori istraga. U nekim zemljama kontinentalnog prava takav materijal ostaje poverljiv, u drugim zemljama on se može obelodaniti strankama ukoliko postane relevantan za neko pitanje o kome se u predmetu odlučuje (kao što su npr. osnovi za primenu neke specijalne istražne tehnike).

Države precedentnog/običajnog prava

U pravnim sistemima u kojima vlada precedentno/običajno pravo, dokazi na koje tužilaštvo namerava da se pozove kao prihvatljive za dokazivanje optužnice smatraju se delom predmeta (takozvani „korišćeni materijal“) i moraju biti na raspolaganju odbrani, bilo tako što će joj se omogućiti uvid u njih, bilo tako što će joj oni biti dostavljeni, u zavisnosti od prirode i težine navodnog krivičnog dela.

Pored toga će se, međutim, pojaviti i materijal koji su prikupili istražitelji (bilo domaći ili, u sve većoj meri, oni iz inostranstva) koji nije deo predmeta koji tužilaštvo predočava na sudu, tokom sudskog postupka. O takvom materijalu obično se govori kao o „neiskorišćenom materijalu“ (on može obuhvatiti neke osetljive informacije koje bi mogle rezultirati zahtevom za sprečavanjem obelodanjivanja materijala u cilju zaštite javnog interesa).

Shodno običajnom/precedentnom pravu takav materijal mora biti otkriven odbrani ako je „relevantan“. Test relevantnosti sastoji se u tome da se odgovori na pitanja, na osnovu razumne ocene tužilaštva, (1) da li se materijal može smatrati relevantnim ili verovatno relevantnim za neku stvar u samom postupku, (2) da li taj materijal otvara ili može da otvori neko novo pitanje čije se postojanje ne može naslutiti na osnovu dokaza koje tužilaštvo predlaže da izvede ili, (3) se može smatrati materijalom koji pruža realne, a ne prividne izglede da posluži kao putokaz u vezi sa dokazima koji spadaju pod (1) ili (2).

Neki pravni sistemi, kao što su sistemi Australije ili Velike Britanije, sada imaju kodifikovana pravila u pogledu takvog materijala i njegovog obelodanjivanja. Taj kodifikovani pristup, međutim, u najvećoj meri odražava tradicionalni pristup karakterističan za zemlje običajnog prava.

Stoga će se jasno videti da u okolnostima složenog privrednog/finansijskog kriminala i predmeta koji se odnose na korupciju ili organizovani kriminal, takva pravila u vezi sa obelodanjivanjem materijala predstavljaju preveliki teret za tužilaštvo. Prilikom vođenja istrage od tužioca se traži da sledi sve razumne pravce istrage i on mora da sačuva sav relevantni materijal i da evidentira sve informacije koje su relevantne za istragu; pri tom je dužan da ih evidentira na način koji omogućuje trajno čuvanje i pretraživanje dokumentacije. Tužilaštvo potom mora da predoči odbrani sav materijal koji namerava da koristi, kao i sav

neiskorišćeni materijal koji se može smatrati materijalom koji bi mogao da ospori argumentaciju tužilaštva ili da bude od pomoći odbrani. Ukoliko se ne ispune sve te obaveze, postoji verovatnoća da će optužnica biti odbačena.

Pošto je identifikovan relevantni neiskorišćeni materijal, pristupa se obelodanjivanju onih stvari koje nisu osetljive. Ako, na primer, neki dokument sadrži osetljive detalje kao što je pravi identitet doušnika, onda će se tužilac obratiti sudu i zatražiti da sudija donese odluku o tome može li taj dokument ostati tajna. Sudovi u zemljama običajnog prava stalno, međutim, naglašavaju sledeće:

- Tužilaštvo je dužno da predoči sudu samo one dokumente koje smatra bitnim, ali ne želi da ih otkrije, a pri tom samo tužilaštvo utvrđuje koji dokumenti su „bitni“;
- Kada sud ima materijal pred sobom (tj. onaj materijal za koji je rečeno da je osetljiv), sudija mora da pokuša da odmeri stvari tako što će, s jedne strane, razmotriti neobelodanjivanje u javnom interesu, dok će s druge strane odmeriti potencijalnu važnost navedenih dokumenata za ona pitanja koja su od interesa za trenutnu i buduću odbranu. Ako sporni materijal može pomoći utvrđivanju nevinosti optuženog ili izbegavanju sudske greške, onda je jasno da će prevagnuti razlozi u prilog obelodanjivanja. Pri tom cilj treba da bude da se obelodani sve ono što je moguće obelodaniti, čak i ako tužilaštvo mora da rediguje ili preformuliše materijal tako da on poprimi prihvatljiv oblik, pošto bi, da nema tog redigovanja, u izvornom i integralnom vidu bio preterano osetljiv za obelodanjivanje. Najvažniji predmet u precedentnom pravu za ovo odmeravanje razloga za i protiv kada je reč o osetljivom ili poverljivom materijalu jeste *R v H; R v C* [2004]³³, koji je iznet pred Dom lordova u Velikoj Britaniji;
- Ako treba pristupiti obelodanjivanju, a tužilaštvo odbije ili nije u stanju da to učini, rad na predmetu ne može da se nastavi a sam predmet se odbacuje.

Ako tužilac ili istražitelj ne ispune svoje obaveze u bilo kojoj fazi postupka, posledice mogu biti sledeće:

- okrivljeni može uspešno da se pozove na suđenju na argument koji se svodi na zloupotrebu postupka,
- tužilac može da dođe u situaciji da ne može više da traži produženje pritvora,
- okrivljeni može biti oslobođen obaveze da obelodani argumente odbrane (u onim državama u kojima takva zakonska obaveza postoji),
- tužilaštvo može biti primorano da plati troškove za vreme koje je izgubljeno zbog njegovog kašnjenja u obelodanjivanju podataka,
- sud može odlučiti da izuzme neki dokazni materijal, pa okrivljeni na kraju zbog toga može biti oslobođen,

33 [2004] UKHL 3.

- apelacioni sudovi mogu ustanoviti da osuđujuća presuda „nije utemeljena“;
- može biti pokrenut disciplinski postupak protiv tužioca ili istražitelja.

Države moraju imati na umu sve gore navedeno, posebno kada budu razmatrale pitanje korišćenja specijalnih istražnih sredstava u kontekstu zahteva za uzajamnom pravnom pomoći koje ili dobiju iz zemalja precedentnog prava ili koje same upute tim zemljama. Još je važnije, međutim, razmotriti kako, na domaćem planu, može da se osigura da u predmetima kod kojih su u istrazi primenjena specijalna istražna sredstva odbrani bude stavljeno na raspolaganje dovoljno informacija da može da testira valjanost primene tih sredstava i da se pozabavi pitanjima poput zakonitosti neke „policijske zamke“, ali da se pri tom odbrani ne predoči onaj materijal koji može naneti ozbiljnu štetu budućim istragama, ugroziti živote pojedinaca, nacionalnu bezbednost ili metodologiju tajnih operacija.

Uticaj uzajamne pravne pomoći

S obzirom na razlike u pristupu između zemalja kontinentalnog i zemalja precedentnog prava koje su ovde izložene, kao i na potencijalne teškoće u vezi sa zahtevima za uzajamnom pravnom pomoći na koje je takođe ukazano, osnovno pitanje kojim se treba pozabaviti glasi: ako je država molilja od zamoljene države već dobila (zahvaljujući formalnoj ili neformalnoj pravnoj pomoći) osetljive ili poverljive informacije koje nisu priključene dokazima radi potvrde neke činjenice u predmetu, ali su te informacije ipak došle u posed tužilaštva u državi molilji, kako se treba postaviti u odnosu na to i na koji način je moguće rešiti problem eventualnog sukoba interesa između obezbeđivanja pravičnog suđenja, s jedne, i očuvanja poverljivosti podataka za zamoljenu državu, s druge strane?

Iako, kao što smo videli, zemlje kontinentalnog i precedentnog prava imaju vlastite, različite pristupe načinu na koji se postupa s materijalom koji se nađe u posedu tužilaštva/u istražnom predmetu, obe pravne tradicije moraju voditi računa o tome da Evropski sud, posebno u poslednje vreme, dosledno ukazuje na to da odbrani moraju biti na raspolaganju osnovne obaveštajne informacije ili materijal za koji se, na primer, smatra da opravdava tajnu ili prikrivenu istragu, barem u onoj meri u kojoj će omogućiti da odbrana stekne dovoljno informacija da bude u stanju da iznese pravnu argumentaciju kojom će osporiti zakonitost primene takvih metoda. Tužioci u svakoj evropskoj zemlji stoga moraju voditi računa o obavezama koje imaju na ovom planu.

Kako kriminal postaje u sve većoj meri transnacionalni a zahtevi za dostavljanje dokaza, pa čak i zajedničke istrage u kojima bi učestvovali istražitelji iz različitih pravnih sistema sve učestaliji, uvećavaju se i izgledi da relevantni neiskorišćeni materijal postoji van pravnog sistema u kojem se vodi sudski postupak. Može se desiti da kada država postupa po zahtevu neke države precedentnog prava, vlasti zemlje molilje mogu imati potrebu da dobiju kopije polaznog/

obaveštajnog/informativnog materijala. Neizvesnosti se mogu otkloniti ako se preko službenog lica za vezu rešava svaki slučaj pojedinačno. Isto tako, kada se izvršavaju zahtevi pristigli iz zemalja kontinentalnog prava, treba imati na umu da vlasti zemlje molilje mogu tražiti taj materijal da bi rešile pitanja koja se postavljaju na suđenju u vezi sa ustavnim osnovima i zaštitom ljudskih prava.

Slično tome, kada država kontinentalnog pravnog sistema podnese zahtev nekoj stranoj državi (svejedno da li u njoj vlada običajno ili precedentno pravo), tužilac treba da ima na umu da, uprkos tome što danas možda nisu česti slučajevi osporavanja zakonitosti ili opravdanosti istražne strategije, niti dovođenja u sumnju pravičnosti suđenja zbog toga što optuženi nema pristup drugom materijalu koji se još uvek nalazi u zamoljenoj državi, ipak postoje svi izgledi da se ta situacija promeni i da taj vid osporavanja postane učestaliji. Prema tome, tužilac uvek treba da razmisli o obimu materijala koji traži (po osnovu uzajamne pravne pomoći) posebno onda kada zahteva primenu neke prikrivene ili specijalne istražne tehnike u stranoj državi.

Na osnovu svega navedenog, jasno je da ponekad zahtev za pravnom pomoći, formalnom ili neformalnom, može dovesti do toga da bude dostavljen obaveštajni ili kakav drugi sličan materijal koji zamoljena država želi da podeli sa nadležnim organima države molilje, ali koji smatra suviše osetljivim ili štetnim za legitimni javni interes da bi ga podelila sa okrivljenim ili sa njegovim zastupnicima.

U takvom slučaju, sve strane bi trebalo da ispolje oprez i ne bi smele da gube iz vida sledeća načela:

- „Vlasništvo“ nad materijalom, posebno u odnosu na osetljive informacije, uvek pripada zamoljenoj državi;
- U svrhu obelodanjivanja materijala u onim pravnim sistemima gde na sudu mora da se odluči da li materijal, koji se smatra osetljivim, treba da bude obelodanjen odbrani, strani organ (policija ili tužilaštvo zamoljene države) imaće status trećeg lica pred sudom i može imati posebnog predstavnika (sem onda kada je reč o zajedničkoj istrazi);
- Postoje veoma realne teškoće sa kojim se suočava tužilaštvo u državi molilji ukoliko tužilac ne zna šta sve strana (tj. zamoljena) država ima u svom posedu u vezi s datim predmetom;
- Kao i uvek, i ovde su od presudnog značaja konsultacije i diskusija.

ISBN 978-86-84437-62-6

