

PRIRUČNIK

SUDSKA PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA O UPOTREBI ELEKTRONSKIH DOKAZA



Sufinansira
Evropska unija



EVROPSKA UNIJA

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Sufinansira i sprovodi
Savjet Evrope

PRIRUČNIK

SUDSKA PRAKSA EVROPSKOG SUDA
ZA LJUDSKA PRAVA O UPOTREBI
ELEKTRONSKIH DOKAZA

Ovaj prevod je pripremljen uz finansijsku podršku Evropske unije i Savjeta Evrope. Sadržaj je isključiva odgovornost Savjeta Evrope i ne predstavlja nužno zvanične stavove Evropske unije.

Dozvoljena je reprodukcija izvoda (do 500 riječi), osim za komercijalne svrhe, pod uslovom da je očuvan integritet teksta, da se izvod ne koristi izvan konteksta, da ne daje nepotpune informacije niti na neki drugi način dovodi čitaoca na pogrešne zaključke o njegovoj prirodi, obimu ili sadržaju teksta. Izvor teksta je uvijek obavezno navesti na sljedeći način

“© Savjet Evrope, godina izdanja”. Sve druge zahtjeve za reprodukciju/prevod dijela i cijelog teksta, treba uputiti na Directorate of Communications, Council of Europe (F-67075 Strasbourg Cedex ili na publishing@coe.int).

Svu ostalu korespondenciju koja se odnosi na ovu publikaciju treba uputiti na adresu:
[dodati relevantan Direktorat/Odjeljenje],
Avenue de l'Europe F-67075 Strasbourg Cedex, France

Tel. +33 (0)3 88 41 20 00

E-mail: Horizontal.Facility@coe.int

© Savjet Evrope, Septembar 2024.

Sva prava zadržana.

Licencirano Evropskoj uniji pod uslovima.

Grafički dizajn:
Studio Heber Podgorica

Naslovna fotografija:
Shutterstock

SADRŽAJ

UVOD

1. DOKAZNA VRIJEDNOST ELEKTRONSKOG DOKAZA

2. PRIKUPLJANJE DOKAZA

- 2.1. [Sprovođenje efikasne istrage](#)
- 2.2. [Vršenje ovlaštenja za prikupljanje dokaza](#)
 - 2.2.1. [Pristanak](#)
 - 2.2.2. [Osnova u zakonu](#)

3. ZNAČENJE ZAKONA

- 3.1. [Nepostojanje zakonskog osnova](#)
- 3.2. [Pristupačnost](#)
- 3.3. [Predvidljivost](#)
 - 3.3.1. [Legitiman cilj](#)
- 3.4. [Neophodan u demokratskom društvu](#)

4. OBAVEZE OBJELODANJIVANJA

- 4.1. [Telekomunikacione kompanije i pružaoci internet usluga](#)
- 4.2. [Druge osobe - osim onih koji su osumnjičeni](#)
- 4.3. [Novinari](#)
- 4.4. [Advokati](#)

5. PRETRES I ZAPLIJENA

6. MJERE NADZORA

- 6.1. [Naknadna upotreba](#)
- 6.2. [Samooptuživanje](#)

7. PRITVOR PRIJE POČETKA SUĐENJA

- 7.1. [Osnovana sumnja](#)
- 7.2. [Dostizanje praga](#)
- 7.3. [Proceduralne garancije](#)
 - 7.3.1. [Pristup dokazima](#)
 - 7.3.2. [Navođenje razloga](#)

8. OSNOV ZA OSUĐUJUĆU PRESUDU

- 8.1. [Dokazi uopšte](#)
- 8.2. [Dokazna vrijednost](#)
- 8.3. [Prihvatljivost](#)
 - 8.3.1. [Zlostavljanje](#)
 - 8.3.2. [Nezakonitost](#)
 - 8.3.3. [Kvalitet i pouzdanost](#)
 - 8.3.4. [Izazovno i suprostavljeno korišćenje elektronskih dokaza](#)
 - 8.3.5. [Dobrovoljnost \(nedostatak saglasnosti\)](#)
 - 8.3.6. [Otkrivanje](#)
 - 8.3.7. [Ispitivanje svjedoka](#)
 - 8.3.8. [Podrška za druge dokaze](#)
 - 8.3.9. [Mjere zaštite za korišćenje drugih dokaza](#)

9. NEKA DRUGA PITANJA

- 9.1. [Izvođenje dokaza odbrana](#)
- 9.2. [Pretpostavka nevinosti](#)
- 9.3. [Papirne kopije procesnih dokumenata](#)
- 9.4. [Izazovi vođenju suđenja](#)
- 9.5. [Dužina postupka](#)
- 9.6. [Korišćenje u druge svrhe](#)
- 9.7. [Korišćenje u građanskim postupcima](#)

Ovaj Priručnik prikazuje sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava („Evropski sud“) koja je razvijana u vezi sa prikupljanjem i upotrebom elektronskih dokaza u krivičnom postupku u svijetlu obaveza koje proizilaze iz Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Elektronski dokaz kao što je Evropski sud prepoznao u predmetu *Yüksel Yaçınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023. godine, postao je sveprisutan u krivičnim postupcima s obzirom na povećanu digitalizaciju svih aspekata života.

Elektronski dokaz se može odnositi na već dobro rasprostranjena krivična djela, ali i na ona koja su specifična za digitalno okruženje, kao što je slučaj sa krivičnim djelima uspostavljenim Konvencijom o Sajber kriminalu i Dodatnim protokolom uz nju, koja se tiču inkriminisanja radnji i djela rasističke i ksenofobične prirode, a koja su izvršena preko kompjuterskih sistema.

Činjenica da se krivična djela mogu počiniti u sajber prostoru može dovesti do potrebe za saradnjom u prikupljanju i razmjeni elektronskih dokaza, što dovodi do primjene pravnih instrumenata poput onih prema Uredbi (EU) 2023/1543 Evropskog parlamenta i Savjeta od 12.07.2023. godine kao što su evropski nalog o posredovanju, evropski nalog za čuvanje elektronskih dokaza u krivičnim postupcima i evropski nalog za izvršenje zatvorskih kazni nakon krivičnog postupka.

Elektronski dokazi će se odnositi na podatke koji uključuju slike, lokaciju, zvukove, tekst i saobraćaj kroz različite oblike komunikacije. Mogu se sakupljati i držati u mnogim formatima, uključujući kamere, računare, uređaje za skladištenje (kao što su CD-ROM, DVD, memorijske stikove i SIM kartice).

Potrebne su posebne tehnologije ne samo za njihovo prikupljanje, već i za njihovo naknadno obezbjeđivanje, obradu i analizu. Posebni izazovi u vezi sa njihovim prikupljanjem i kasnijim korišćenjem nastaju zbog obima podataka koji mogu biti uključeni, a da svi oni ne moraju biti relevantni bilo za tužilaštvo ili za odbranu. Uz to, šifriranje podataka može otežati pristup, ali isto tako može doći i do zadiranja u privatnost.

Neizbježno postoji zabrinutost za njihovu pouzdanost s obzirom da se originalni sadržaj može lako da uništiti, oštetiti, izmijeniti a sa njim se može i manipulirati.

U Evropskoj konvenciji ne postoje posebne odredbe koje se odnose na elektronske dokaze. Međutim, praksa Evropskog suda se morala baviti ovim dokazima, specifičnostima njihovog prikupljanja kao i korišćenja takvih dokaza, kao i da obezbijedi da to ne dovede do neopravdanog miješanja u zagarantovana prava i slobode.

Priručnik se bavi sudskom praksom koju je razradio Evropski sud u okviru pet različitih poglavlja, a to su dokazna vrijednost elektronskih dokaza, prikupljanje takvih dokaza, njihovo korišćenje u vezi sa pritvorom prije početka suđenja, kako se može formirati osnova za osuđujuću presudu i skup drugih pitanja koja su se u vezi sa elektronskim dokazom pojavila.

Predmeti na koje se Priručnik poziva prvenstveno su presude Evropskog suda, ali postoji i niz odluka o prihvatljivosti, koje su označene sa „(odl.)“ iza naziva predmeta. Iako za određene predmete može biti više od samo jednog broja predstave, navodi se samo prvi.

Priručnik odražava sudsku praksu do 27.05.2024. godine. Izradio ga je gđin Jeremy McBride, u okviru projekta „Osnaživanje odgovornosti u pravosudnom sistemu i unapređenje prava žrtava u Crnoj Gori“ koji je dio zajedničkog programa Evropske unije i Savjeta Evrope pod nazivom „Horizontal Facility za Zapadni Balkan i Tursku“.

1. DOKAZNA VRIJEDNOST ELEKTRONSKOG DOKAZA

Evropski sud je prepoznao da elektronski dokazi mogu biti važni kada se traži da se utvrdi **da li se određene činjenice mogu smatrati utvrđenim**, bilo u nacionalnim postupcima ili u predstavkama koje se javljaju u radu pred njim.

Takve činjenice mogu se, na primjer, odnositi na to da li:

- *su određena lica bila na određenom mjestu u vrijeme konkretnog događaja*, kao npr.
 - Kada telefonski i geo lokacijski podaci koji utvrđuju gdje su se nalazila imenovana lica kada je došlo do navodnog trovanja, kao što je bio slučaj u predmetu *Navalnyy protiv Rusije (br. 3)*, br. 36418/20, 06.06.2023;
- *je postojalo ponašanje optuženog koje predstavlja element krivičnog djela*, kao npr.
 - Kada video snimak koji prikazuje učešće okrivljenog u utovaru droge u automobil, kao što je bio slučaj u predmetu *Fejzulla i Mazreku protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* (odl.), br. 23065/07, 31.05.2011;
- *je saučesništvo drugih u određenom ponašanju*, kao npr.
 - Kada video snimak koji prikazuje kako je policija omogućila napad kontra demonstranata na određene demonstrante, kao u predmetu *Grupa za podršku ženskim inicijativama i drugi protiv Gruzije*, br. 73204/13, 16.12.2021. godine;
- *navodi protiv optuženog mogu biti neosnovani*, kao npr.
 - Kada video-dokazi koji su u suprotnosti sa opisom događaja predstavljenim od strane tužilaštva prema kojima se tvrdi da je optuženi učestvovao u događaju, kao u predmetu *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana (br. 2)*, br. 919/15, 16.11.2017;
- *postoje i druge okolnosti koje upućuju da osuđujuća presuda ne bi bila opravdana (osnovana)*, kao npr.
 - Kada audio-snimak koji pokazuje da je policija vršila pritisak na optuženog da odustane od svoje odlučnosti da ne uzme mito koji mu je nuđen, vidjeti ovakvu situaciju u predmetu *Nosko i Nefedov protiv Rusije*, br. 5753/09, 30.10.2014;
- *ako je lice pružalo otpor prilikom lišenja slobode (hapšenja)*, kao npr.
 - Kada video-snimak hapšenja podnosioca predstavke od strane dobro opremljene policijske jedinice, na kom se vidi da je od trenutka kada je uhapšeni stao na noge do ulaska u policijsku stanicu, njegova interakcija sa policajcima svodila se na usmenu komunikaciju gdje su se mogla čuti pitanja poput - da li će moći sam da hoda, zahtijevajući od njega da ostane miran i prijeteci da će mu slomiti ruku; ovakva situacija je bila u predmetu *Navalnyy i Gunko protiv Rusije*, br. 75186/12, 10.11.2020.

kao i odlučivanje kako je došlo do određenog ishoda, kao npr.

- Kada upotreba određenih satelitskih snimaka, kao u predmetu *Gruzija protiv Rusije (II)*, [GC], br. 38263/08, 21.01.2021. godine gje su dokazi bili u vidu satelitskih snimaka visoke rezolucije kako bi se utvrdilo da su kuće oštećene bombardovanjem, a ne vatrom.

Odsustvo elektronskih dokaza može u nekim slučajevima takođe značiti da *određene tvrdnje ne treba smatrati vjerodostojnim*. Vidjeti, npr., predmet *Stojanović protiv Hrvatske*, br. 23160/09, 19.09.2013, u kojem je odsustvo audio snimka dovelo do zaključka Evropskog suda, da zaključak domaćih sudova da je podnosilac predstavke izrekao prijetnju tokom predmetnog telefonskog razgovora nije zasnovan na prihvatljivoj procjeni relevantnih činjenica.

Bez obzira na to, postoji niz razloga koji bi trebalo da isključe ili ograniče oslanjanje na određene elektronske dokaze, bez obzira na njihovu potencijalnu dokaznu vrijednost, jer bi to negativno uticalo na ukupnu pravičnost osude koja bi bila zasnovana na njima. Ova razmatranja se ispituju u poglavlju *Osnov za osuđujuću presudu*.

2. PRIKUPLJANJE DOKAZA

Bez obzira na njihovu potencijalnu relevantnost za krivične i druge vrste sudskih postupaka, elektronski dokazi se prvo moraju prikupiti, a pri tome se moraju uzeti u obzir određeni zahtjevi Evropske konvencije.

Na prvom mjestu, elektronski dokazi mogu biti među vrstom dokaza koji treba da se prikupe kako bi se ispunile određene obaveze predviđene Evropskom konvencijom za *spровоđenje efikasne istrage*, kada postoji sporna povreda određenih prava, u cilju krivičnog gonjenja odgovornih lica.

Drugo, iako *vršenje ovlašćenja za prikupljanje dokaza* u bilo kom krivičnom postupku može dovesti do toga da se elektronski dokazi pronađu i zaplijene ili objelodane, kao i da nastanu upotrebom različitih mjera nadzora, obim i primjena ovih ovlašćenja će takođe zavisiti od potrebe poštovanja određenih prava prema Evropskoj konvenciji.

2.1. SPROVOĐENJE EFIKASNE ISTRAGE

Evropski sud je prepoznao da je prikupljanje određenih oblika elektronskih dokaza važno za ispunjenje procesnih obaveza za sprovođenje efikasne istrage, posebno onih koje proizilaze iz članova 2 i 3 u vezi sa nastupanjem smrti kod određenog lica i navodnim zlostavljanjem ili mučenjem određenog lica ili više njih.¹

Ovakve oblike elektronskih dokaza čine:

- podaci koji se odnose na korišćenje mobilnih telefona, kao što je slučaj u predmetu (*Enukidze i Girgvliani protiv Gruzije*, br. 25091/07, 26.04.2011.);
- podaci koji se odnose o određenim računarima, kao što je slučaj u predmetu (*Buturugă protiv Rumunije*, br. 56867/15, 11.02.2020.);
- podaci koji se odnose na digitalne fotografije, kao što je slučaj u predmetu (*X. i drugi protiv Bugarske*, br. 22457/16, 2.02.2021.);
- podaci koji se odnose na geolokacijske podatke sa mobilnih telefona i vozila, kao što je slučaj u predmetu (*Navalnyy protiv Rusije (br. 3)*, br. 36418/20, 06.06.2023.);
- podaci koji se odnose na snimke sa CCTV i nadzornih kamera, kao što je slučaj u predmetu (*Skorupa protiv Poljske*, br. 44153/15, 16.06.2022. godine);
- podaci koji se odnose na datoteke društvenih mreža, kao što je slučaj u predmetu (*Buturugă protiv Rumunije*, br. 56867/15, 11.02.2020.);
- podaci koji se odnose na USB fleš diskove, kao što je slučaj u predmetu (*Başbilen protiv Türkiye*, br. 35872/08, 26.04.2016. godine);
- podaci koji se odnose na korišćenje mrežne infrastrukture pružalaca internet usluga kao što je slučaj u predmetu (*Volodina protiv Rusije (br. 2)*, br. 40419/19, 14.09.2021.);
- podaci koji se odnose na video snimke razgovora, kao što je slučaj u predmetu (*X. i drugi protiv Bugarske*, br. 22457/16, 2.02.2021.); i
- podaci koji se odnose na video snimak upotrebe sile prilikom hapšenja, kao što

¹ Takva obaveza je takođe priznata kao posljedica zabrane ropstva i prinudnog rada i diskriminacije prema članovima 4, odnosno 14.

je slučaj u predmetu (*Sochichiu protiv Moldavije*, br. 28698/09, 15.05.2012.)

kada je u pitanju *obaveza sprovođenja efikasne istrage* povrede procesnog karaktera će nastati tamo gdje:

- *se od strane organa nadležnih za sprovođenje istrage ne ulažu dovoljni naponi* da se prikupe takvi relevantni elektronski dokazi, odnosno ne preduzmu svi razumni i raspoloživi koraci da se oni obezbijede, ili
- iako su takvi dokazi prikupljeni u toku istrage, isti *nisu upotrijebljeni*.

Može se vidjeti da su se takvi propusti desili u predmetima kao što su:

- *Enukidze i Girgvliani protiv Gruzije*, br. 25091/07 od 26.04.2011, gdje od strane istražnih organa nije učinjen pokušaj da se utvrdi koga je jedan od napadača više puta zvao u tačno vrijeme kada su on i drugi kidnapovali određena lica, a možda su ih već tukli i nije zabilježen nagovještaj sličnosti sa drugim napadačem koji se vidi na video snimku identifikacione parade;
- *Balázs protiv Mađarske*, br. 15529/12, 20.10.2015, gdje organi gonjenja nisu objasnili zašto je sadržaj određenih objava na društvenim mrežama od strane napadača i trojice muškaraca koji su mu pomogli, u kojima živi romsko porijeklo žrtve, ne može nedvosmisleno dovesti u vezu sa spornim događajima i zašto se iz tih objava ne mogu valjano zaključiti motivi napada na žrtvu. Takođe su ignorisani ohrabrujući komentari koje su objavili poznanici napadača, od kojih je jedan na internetu ukazivao na filmsku scenu koja sadrži previše netolerantnu i rasističku poruku i koja je nadaleko poznata kao takva;
- *Ciorap protiv Republike Moldavije (br. 5)*, br. 7232/07, 15.03.2016, gdje je istražitelj propustio da traži originalni video snimak pretresa tokom kojeg se navodno desilo zlostavljanje, uprkos pritužbi da je pregledana kopija nepotpuna i njen elektronski format znači da se lako može izmijeniti tako da se izuzmu dijelovi onoga što je snimljeno;
- *X. i drugi protiv Bugarske*, br. 22457/16, 02.02.2021, gdje je zaplijena telefona, kompjutera, kamera, video-kamera ili drugih medija koje koriste lica optužena za zlostavljanje djeteta mogla da omogući ili pribavljanje dokaza o tom zlostavljanju ili dokaze o sličnom zlostavljanju druge djece, ali to nije preduzeto;
- *Lapunov protiv Rusije*, br. 28834/19, 12.09.2023, gdje nije podnijet zahtjev za geolokacijske podatke o telefonima žrtve torture i potencijalnog svjedoka, koji su mogli da utvrde njihovu lokaciju u relevantnom trenutku, kao i propust da se ispita telefon policijskog službenika koji je navodno korišćen za snimanje podnosioca predstave dok je davao izjavu; i
- *Elibashvili protiv Gruzije*, br. 45987/21, 22.02.2024, gdje je većina zahtjeva za oduzimanje i pribavljanje bilo snimka kamere za nadzor drumskog saobraćaja ili privatnog CCTV snimka koji se odnosi na policijsku potjeru drugog vozača podnijeta kasno, a potencijalno važni dokazi su u međuvremenu izgubljeni ili izbrisani.

Takođe treba napomenuti da *neuspjeh u traženju* elektronskih dokaza takođe mogu dovesti do zaključka Evropskog suda da je došlo do materijalne, a ne proceduralne povre-

de tih prava, kao u predmetu *Olewnik-Cieplińska i Olewnik protiv Poljske*, br. 20147/15, 05.09.2019. U tom slučaju kažnjenje u analizi poziva korišćenjem poznate telefonske SIM kartice (što bi dovelo do veze sa otmičarima i identifikacije njihove lokacije i praćenja poziva koje su oni obavili), bio je faktor koji je doprinio u svom nalazu da je došlo do propusta da se zaštiti život osobe koja je kidnapovana.

Konačno, kako dokazi pribavljeni u fazi istrage često određuju okvir u kojem će se krivično djelo koje se tereti razmatrati na suđenju, to je prepoznato u predmetu *Haarde protiv Islanda*, br. 66847/12, 23.11.2017. da bi *prikupljanje dokaza prije suđenja moglo biti manjkavo* na štetu optuženog i time dovesti do povrede člana 6(1) Evropske konvencije. Međutim, utvrđeno je da se to nije dogodilo u tom slučaju, u kojem je tužilac imao pristup relevantnoj bazi podataka i prepisci sa poslovnog mejla podnosioca predstavke.

2.2. VRŠENJE OVLAŠĆENJA ZA PRIKUPLJANJE DOKAZA

Prikupljanje dokaza:

- bilo putem obaveze objelodanjivanja dokaza koje se primjenjuju na one koji ih posjeduju ili kontrolišu;

- vršenjem ovlašćenja za pretres i zaplijenu, ili

- mjere nadzora (kao što je presretanje komunikacije, prisluškivanje i audio i video snimanje i korišćenje uređaja za praćenje);

tamo gdje ne postoji saglasnost za gore navedeno, uvijek se može osporavati sa stanovišta da se ometa pravo zagarantovano članom 8 Evropske konvencije, pravo na slobodu izražavanja kao i pravo na imovinu prema članu 10 Protokola br. 1, odnosno, ovo utiče na novinare i medijske organizacije i uključuje uzimanje fizičkih predmeta.

Pored toga, prinuda da se otkrije informacija koja bi za sobom povukla samooptuživanje bila bi u suprotnosti sa pravom na pravično suđenje prema članu 6(1).

2.2.1 *Pristanak*

Postojanje *pristanka* (odobrenja) određenog lica može se vidjeti u predmetu kao što je *Posevini protiv Bugarske*, br. 63638/14, 19.01.2017, gdje je policija mogla da pregleda e-mail nalog podnosioca predstavke jer im je on dao svoju lozinku i pozvao ih da to učine, a nije bilo dokaza da je to učinio pod otvorenom ili podrazumijevanom prinudom.

Međutim, postojanje *pristanka* (*saradnje, odobrenja*) u pružanju informacija neće biti sporazumna ako je osoba koja to čini navedena da shvati da nije bilo drugog izbora osim da dozvoli pristup određenom materijalu. Utvrđeno je da se to dogodilo na primjer, predmetu *Saint-Paul Luxembourg S.A. protiv Luksemburga*, br. 26419/10, 18.04.2013, gdje su policijski službenici jasno stavili do znanja da mogu izvršiti prinudni pretres u slučaju odbijanja saradnje.

Prikupljanje dokaza *bez saglasnosti* lica može se smatrati dozvoljenim miješanjem u prava iz Evropske konvencije **samo u slučajevima** ako:

postoji *zakonska osnova*;

- ta osnova ispunjava kriterijume *pristupačnosti i predvidljivosti*;
- ima *legitiman cilj*;
- je to *neophodno u demokratskom društvu*.

Pored toga, ove zahtjeve treba poštovati kad god se prikupljanje materijala koji bi mogao da postane dokaz dogodi u drugoj zemlji. Ovo se odnosi i na to da sama Strana u Evropskoj Konvenciji prikuplja takve dokaze u odsustvu zahtjeva za međunarodnu pravnu pomoć u krivičnim stvarima (kao što je utvrđeno u predmetu *Bosak i drugi protiv Hrvatske*, br. 40429/14, 06.06.2019. u vezi sa upotrebom mjera nadzora) i za traženje i prijem takvog materijala od države koja nije članica Evropske konvencije (kao što se smatralo da je slučaj u predmetu *Big Brother Watch i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 58170/13, 25.05.2021. u vezi sa presretnutim materijalom koji je prikupila strana obavještajna služba).

2.2.2 Osnova u zakonu

Prikupljanje dokaza koji nemaju nikakav zakonski osnov za njegovo preduzimanje nužno će predstavljati povredu člana 8.

To će biti tako bez obzira da li dokaze prikupljaju službenici za sprovođenje zakona ili privatna lica koja djeluju ili pod njihovim uputstvom (kao u predmetu *M.M. protiv Holandije*, br. 39339/98, 08.04.2003, u kojem su snimljeni telefonski razgovori po sugestiji policije na opremi koju su instalirali) ili uz njihovu tehničku pomoć (kao u predmetu *Van Vondel protiv Holandije*, 38258/03, 25.10.2007, gdje je pojedinac dobrovoljno napravio snimke razgovora, ali je policija dala uputstva šta treba snimiti).

3. ZNAČENJE ZAKONA

Ovaj osnov može da pruži *bilo koja odredba koja ima zakonsku snagu* prema pravnom sistemu određene države. Nije neophodno da on bude u formi zakona koji usvaja zakonodavna vlast, ali se može proširiti i na odredbu usvojenu na osnovu ovlašćenja prenijetih na administrativna tijela.

Međutim, *obična praksa* će biti nedovoljna za ovu svrhu, kao što je utvrđeno da je bio slučaj u predmetu *Heglas protiv Češke Republike*, br. 5935/02, 01.03.2007, koji se odnosi na snimanje razgovora pošto relevantno ovlašćenje još nije stupilo na snagu.

3.1. NEPOSTOJANJE ZAKONSKOG OSNOVA

Ovo će biti situacija gdje:

- ne postoji *zakonska odredba* koja je zapravo omogućila preduzimanje određene mjere, kao što je bio slučaj u vezi sa presretanjem komunikacija, korišćenjem prikrivenih uređaja za prisluškivanje i praćenje korišćenja e-pošte i interneta koji se razmatraju u predmetima *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 8691/79, 02.08.1984, *Bykov protiv Rusije* [GC], br. 4378/02, 10.03.2009. i *Copland protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 62617/00, 03.04.2007; ili
- postoji *nepoštovanje navedenih ograničenja* u ovlašćenju datom po posebnoj odredbi kao npr.
 - ko bi mogao dati to ovlašćenje,
 - procedure koje treba pratiti, njihovo trajanje,
 - onih koji su njima obuhvaćeni i
 - postupke za koje se ono može dati;

kao što se vidi u *predmetima A. protiv Francuske*, br. 14838/89, 23.11.1993, *Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 63737/00, 17.07.2003, *Kvasnica protiv Slovačke*, br. 72094/01, 09.06.2009, *Mikhaylyuk i Petrov protiv Ukrajine*, br. 11932/02, 10.12.2009. i *Karabeyoğlu protiv Turske*, br. 30083/10, 07.06.2016.

Pored toga, ne može se oslanjati na zakonsku odredbu *koja stupa na snagu tek nakon što je određena mjera već nastupila*, kao što je bila situacija u predmetu *Heglas protiv Češke Republike*, br. 5935/02, 01.03.2007.

U svim slučajevima biće važno provjeriti *da li su određeni zahtjevi u nekom zakonu zaista primjenljivi na određenu situaciju*. To nije bio slučaj npr. U predmetu *Blagajac protiv Hrvatske*, br. 50236/16, 09.05.2023, gdje je Evropski sud prihvatio podnesak tužene vlade da pretraga laptopa i mobilnih telefona advokata koji su oduzeti nakon pretresa njegovih prostorija nije bila nezakonita, jer se zakonski uslov za prisustvo istražnog sudije i predstavnika advokatske komore primjenjuje samo u slučaju pretresa advokata lično ili advokatske kancelarije, dok za pretragu pokretnih stvari, poput laptopa ili mobilnog telefona, takav uslov nije bilo potrebno ispuniti. Štaviše, Evropski sud je primijetio da su pretrage obavljene na temelju pisanog i obrazloženog sudskog naloga, uz prisustvo podnosioca predstavlke, koji je mogao prigovoriti sadržaju zapisnika ili ga odbiti potpisati, ali on to nije učinio.

Pored toga, *ograničenja u mogućnosti korišćenja određenih ovlašćenja* u pogledu određenih osoba se takođe moraju poštovati, što se nije dogodilo u predmetu *Aydin Sefa Akay protiv Türkiye*, br. 59/17, 23.04.2024. kada je izvršen pretres prostorija međunarodnog sudije koji uživa diplomatski imunitet.

3.2. PRISTUPAČNOST

Ovaj *zahtjev* obično će biti zadovoljeni objavljivanjem određenih zakonskih odredbi.

Tako je u predmetu *Mikhaylyuk i Petrov protiv Ukrajine*, br. 11932/02, 10.12.2009, Sud utvrdio da ovaj uslov nije ispunjen tamo gdje su uputstva o postupanju sa korespondencijom organa ministarstva unutrašnjih poslova i kazneno-popravne službe interna i neobjavljena, te stoga nisu dostupna javnosti.

Međutim, Evropski sud je ponekad smatrao da će to biti ispunjeno ako su zakonske odredbe *u praksi dostupne*, čak i ako nisu zvanično objavljene.

To je bila, na primjer, situacija u predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015. povodom naredbe ministarstva u vezi sa presretanjem komunikacija, koja je objavljena u službenom časopisu koji se distribuirao putem pretplate, čineći ga dostupnim samo stručnjacima za komunikacije, a ne široj javnosti. Međutim, tekstu naredbe, sa dopunama, moglo se pristupiti preko privatno održavane internet pravne baze podataka, koja ga je reprodukovala iz objave u službenom časopisu. Evropski sud je zaključio da, uzimajući u obzir činjenicu da je objavljen u zvaničnom ministarskom časopisu, u kombinaciji sa činjenicom da mu može pristupiti šira javnost putem internet pravne baze podataka, nije bilo potrebno dalje razmatrati ovo pitanje usaglašenosti sa zahtjevom pristupačnosti.

3.3. PREDVIDLJIVOST

Zakonsku odredbu koja se odnosi na *obavezu otkrivanja podataka i ovlašćenja za pretres i zapljenu* Evropski sud će smatrati „predvidivom“ ako je formulisana dovoljno precizno da omogući pojedincima (ako je potrebno i uz odgovarajuće savjete) da regulišu svoje ponašanje.

Ovo neće biti slučaj kada postoji:

- *neslaganje u pogledu pravnog osnova*, kao npr.
 - početna pravna osnova za mjere inspekcije i zaplijene u vezi sa računarom i hard diskom računara je izmjenjena u *predmetu Bože protiv Letonije*, br. 40927/05, 18.05.2017. i tada je došlo do neslaganja među nadležnim organima o tome koja je posebna odredba relevantnog zakonodavstva regulisala određene policijske radnje;
- *nepreciznost u vezi sa važnim zaštitnim mjerama ili one ne postoje*², kao npr.

² Međutim, kada se pred Evropskim sudom osporava zakonodavstvo koje dozvoljava tajni nadzor, on smatra da je zakonitost mješanja usko povezana sa pitanjem da li je ispoštovan test „neophodnosti u demokratskom društvu“ tako da teži da razmatra oba zahteva zajedno. Po njegovom mišljenju, „kvalitet zakona“ u ovom smislu podrazumeva da domaći zakon ne samo da mora biti dostupan i predvidiv u svojoj primeni, već mora da obezbedi da se mjere ta-

- gdje je pronađeno u predmetu *Petri Sallinen protiv Finske*, br. 50882/99, 27.09.2005, da ne postoje važeći propisi koji bi sa odgovarajućim stepenom preciznosti propisali okolnosti u kojima bi zakonski privilegovani materijal na hard disku advokatskog računara mogao biti predmet pretresa i zaplijene, što znači da su podnosioci predstavke bili lišeni minimalnog stepena zaštite na koji su imali pravo prema vladavini zakona u jednom demokratskom društvu;
- gdje je, nakon oduzimanja mobilnog telefona i laptopa advokata, u predmetu *Sär-gava protiv Estonije*, br. 698/19, 16.11.2021. zakon je nejasno postavio na koji način bi se riješili eventualni sporovi između istražnih organa i advokata u vezi sa ključnim riječima koje će se koristiti ili bilo kojim drugim metodama filtriranja elektronskog sadržaja. Zaista, čini se da zakon nije imao nikakva posebna pravila o postupku koji bi trebalo poštovati u slučaju da se advokat ili njegov zastupnik usprotive zaplijeni ili ispitivanju sadržaja u pogledu povjerljivosti advokata i klijenta i
- gdje je postojao pravni osnov za pretres, u predmetu *Taraneks protiv Letonije*, br. 3082/06, 02.12.2014. utvrđeno je da zakon ne pruža dovoljne sudske garancije, bilo prije izdavanja naloga za pretres, bilo nakon pretresa, tako da je podnosilac predstavke bio lišen minimalnog stepena zaštite na koji je imao pravo u skladu sa vladavinom prava u demokratskom društvu
- gdje u predmetu *Sanoma Uitgevers B.V. protiv Holandije* [GC], br. 38224/03, 14.09.2010, nije sproveden postupak uz adekvatne zakonske garancije kako bi se omogućila nezavisna procjena da li je interes krivične istrage pretežniji javni interes od interesa zaštite novinarskih izvora, gdje je preduzeće vlasnik časopisa bilo u obavezi da preda fotografije ilegalnih automobilskih trka na CD-ROM-u. U hitnim slučajevima, Evropski sud je smatrao da bi trebalo da postoji procedura za identifikaciju i izuzimanje informacija koje bi mogle da dovedu do identifikacije izvora prije korišćenja materijala od strane vlasti, od informacija koje ne nose takav rizik.
- u predmetu *Kruglov i drugi protiv Rusije*, br. 11264/04, 04.02.2020, navedeno je da umjesto postoje bilo kakva pravila po kojima bi se moglo utvrditi kada se može smatrati dozvoljeno, a kada ne narušavanje povjerljivosti pravno privilegovanih dokumenata, ovdje su sudovi implicirali da se povjerljivost advokata i klijenta može narušiti u svakom slučaju sve dok postoji krivična istraga, čak i kada takva istraga nije bila protiv advokata već protiv njihovih klijenata;
- *Kadura i Smaliy protiv Ukrajine*, br. 42753/14, 21.01.2021, gdje nisu primijenjene zaštitne mjere protiv organa vlasti koji neodgovarajuće i proizvoljno procjenjuju informacije koje podliježu zakonskoj profesionalnoj privilegiji na mobilnom telefonu advokata koji je pretresen zbog njegovog hapšenja dok je zastupao klijenta u policijskoj stanici;
- gdje je bila *interpretacija koja se nije mogla predvidjeti*, kao npr.
- u predmetu *Ivashchenko protiv Ukrajine*, br. 61064/10, 13.02.2018., gdje se prona-

jnog nadzora primenjuju samo kada je „neophodno u demokratskom društvu“, posebno obezbeđivanjem adekvatnih i djelotvornih mjera zaštite i garancija protiv zloupotrebe; vidi *Roman Zakharov protiv Rusije* [Vv], 47143/06, 04.12.2015. godine, u st. 236. Kao rezultat toga, mjere zaštite potrebne za prikupljanje dokaza mjerama tajnog nadzora razmatraju se u ispunjavanju uslova „Neophodno u demokratskom društvu“ u nastavku.

đena „roba“ koja se prenosi preko carinske granice, u smislu carinskog zakonodavstva tumačila kao pokretna imovina, tako da obuhvata stvari kao što su laptop računari, fleš memorijske kartice, kamere, video kamere, štampani materijal i slično. Ovo je tada u postupku poslužilo kao osnova da se tvrdi da takva „roba“ može biti zakonito podvrgnuta postupku uzorkovanja, bez daljeg razmatranja konteksta u kojem se carinska kontrola odnosila na nematerijalne digitalne sadržaje (elektronski podaci koji predstavljaju informacije ili slike, na primjer) te je pristupljeno „otvaranju“ „kontejnera“ (a radilo se o laptopu). Evropski sud je utvrdio da takvo čitanje relevantnih zakonskih odredbi ne može se smatrati da predstavlja predvidljivo tumačenje nacionalnog zakona, jer se ovime obezbjeđuje pravni osnov za kopiranje elektronskih podataka sadržanih u elektronskim dokumentima koji se nalaze u takvom „kontejneru“ kao što je laptop.

Bez obzira na to, potrebnu preciznost takođe može obezbijediti *značajan dio sudske prakse* koja se odnosi na određenu odredbu, kao što je bila situacija u predmetu *K.S. i M.S. protiv Njemačke*, br. 33696/11, 06.10.2016. u vezi sa mogućnošću da se nalog za pretrazivanje zasniiva na podacima uprkos činjenici da je isti možda stečen protivno zakonu.

U slučaju nadzora, Evropski sud u predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015. potvrdio je da „predvidljivost“ u posebnom kontekstu tajnih mjera nadzora, kao što je presretanje komunikacija, ne može značiti da bi pojedinac trebalo da bude u stanju da predvidi kada će organi vlasti vjerovatno presretati njegovu komunikaciju kako bi mogao da prilagodi svoje ponašanje u skladu sa tim.

Umjesto toga, pošto su rizici od proizvoljnosti bili očigledni, posebno kada se ovlaštenje dato izvršnom organu vrši u tajnosti, bilo je od suštinske važnosti da postoje *jasna, detaljna pravila o presretanju razgovora*, posebno pošto je tehnologija dostupna za korišćenje stalno postajala sve sofisticiranija. Stoga, mora biti dovoljno jasno da se građanima pruži adekvatna indikacija o okolnostima u kojima i uslovima pod kojima su javni organi ovlašćeni da pribjegnju takvim mjerama.

Pored toga, pošto primjena mjera tajnog nadzora komunikacija u praksi nije pod nadzorom pojedinaca ili javnosti u cjelini, *bilo bi u suprotnosti sa vladavinom zakona da diskreciono pravo koje se daje izvršnoj vlasti ili sudiji bude izraženo u vidu nesputane moći*. Shodno tome, zakon mora navesti obim svakog takvog diskrecionog prava datog nadležnim organima i način njegovog sprovođenja sa dovoljno jasnoće da pojedincu pruži adekvatnu zaštitu od proizvoljnog mješanja.

Ovo je navelo Evropski sud da razradi *određene minimalne zaštitne mjere*, čije poštovanje je relevantno za to da li se miješanje u pravo iz člana 8 pridržava onoga što je „neophodno u demokratskom društvu“. Kao rezultat toga, ove zaštitne mjere se razmatraju u donjem pododjeljku koji se bavi tim pitanjem.

3.3.1 Legitiman cilj

Ovaj uslov će biti ispunjen kada su preduzete mjere za *sprječavanje kriminala*, što uključuje i one za obezbjeđivanje dokaza za krivično gonjenje (kao što je priznao Evropski sud u, npr., *Nagy protiv Mađarske*, br. 6437/02, 20.12.2005. u stavu 26) ili da bi se *olakšala istraga budućih krivičnih djela* (kako je utvrđeno u predmetu *P.N. protiv Njemačke*, br. 74440/17, 11.06.2020, u stavu 68).

Istovremeno, priroda krivičnih djela koja su uključena može značiti da drugi legitimni ciljevi također služe mjerama za prikupljanje dokaza, posebno o ekonomskom *blagostanju zemlje* (kao što je pretres u vezi sa poštovanjem pravila konkurencije koja se razmatra u predmetu *Naumenko i Sia Rix Shipping protiv Letonije*, br. 50805/14, 23.06.2022.), *borbi protiv korupcije*, kao što je pretraga laptopa i mobilnog telefona u predmetu *Blagajac protiv Hrvatske*, br. 50236/16, 09.05.2023.) i *nacionalnoj bezbjednosti* (kao što je presretanje telefonskih razgovora razmatranih u predmetu *Draksas protiv Litvanije*, br. 36662/04, 31.07.2012).

3.4. NEOPHODAN U DEMOKRATSKOM DRUŠTVU

Specifični elementi uključeni u postizanje usaglašenosti sa ovim zahtjevom će se razlikovati u zavisnosti od određene mjere.

4. OBAVEZE OBJELODANJIVANJA

U slučaju obaveza davanja informacija ili dokumenata u elektronskom formatu, ovo će vjerovatno biti zadovoljeno kada su informacije koje se traže od onih koji ih posjeduju ili kontrolišu *strogo ograničene*, kao u predmetu *P.G. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, u kojem je bilo zahtjeva da se objelodane konkretne informacije o naplati telefonskih poziva koji su obavljani, ali se to odnosilo samo na telefonske brojeve pozvane iz stana osumnjičenog između dva određena datuma i stoga nije uključivalo nikakve informacije o sadržaju tih poziva ili ko ih je uputio ili primio.

4.1. TELEKOMUNIKACIONE KOMPANIJE I PRUŽAOCI INTERNET USLUGA

Pored toga, Evropski sud će vjerovatno prihvatiti određenu obavezu koja se nameće telekomunikacionim kompanijama i pružaocima internet usluga da otkriju identitet svojih korisnika kada se to može pokazati kao neophodno za navodnog izvršioca krivičnih djela poput onih kojima se ugrožava fizički ili moralni integritet ili uključuje upotrebu govora mržnje koji treba identifikovati i izvesti pred lice pravde.

Tako je utvrđena povreda člana 8 u predmetu *K.U. protiv Finske*, br. 2872/02, 02.12.2008. kao rezultat izostanka pravnog lijeka za 12-godišnjaka koji je bio predmet oglasa seksualne prirode na sajtu za upoznavanje na internetu, gdje zakon nije predviđao mogućnost dobijanja identiteta osobe koja ga je postavila od pružaoca internet usluga.

Vidjeti takođe predmet *Delfi AS protiv Estonije* [GC], br. 64659/09, 16.06.2005, gdje je razlog za zaključak da je nametanje građanske odgovornosti vlasniku novinskog portala za govor mržnje objavljen na njemu bilo njegovo nepomaganje u identifikaciji konkretnog autora. Vidjeti i zahtjeve iz Konvencije o sajber kriminalu koji obavezuje države članice da učine mjere kao što su prikupljanje podataka o saobraćaju u realnom vremenu i izdavanje naloga koji su dostupni vlastima u borbi protiv krivičnih djela kao što su oni koji se odnose na dječiju pornografiju.

Međutim, u nametanju takvih obaveza, opšte zadržavanje komunikacionih podataka od strane pružaoca komunikacionih usluga i njihov pristup od strane vlasti u pojedinačnim slučajevima moraju biti praćeni, *mutatis mutandis*, istim mjerama zaštite kao i tajni nadzor (o tome, vidjeti **Mjere nadzora** u nastavku).

Što se tiče zaštite od zloupotrebe od strane službenih lica u postupku za pristup i prenos takvih podataka, utvrđeno je u predmetu *Benedik protiv Slovenije*, br. 62357/14, 24.04.2018. da je policija mogla da identifikuje autora tako što je samo tražila od pružaoca internet usluga da potraži tu informaciju i nije bilo nezavisnog nadzora nad korišćenjem ovlašćenja, uprkos činjenici da su ta ovlašćenja, po tumačenju sudova, primorala pružaoca internet usluga da preuzme sačuvane podatke o konekciji i time omogući policiji da poveže veliki broj informacija u vezi sa aktivnostima na mreži sa određenom osobom bez njegovog ili njenog pristanka.

Slično, u predmetu *Podchasov protiv Rusije*, br. 33696/19, 13.02.2024, Evropski sud je zaključio da zakonodavstvo koje predviđa zadržavanje svih internet komunikacija, svih ko-

risnika, direktan pristup bezbjednosnih službi pohranjenim podacima bez adekvatnih mjera zaštite od zloupotrebe kao i zahtjev za dešifrovanje šifrovanih komunikacija u primjeni na šifrovane *end-to-end* komunikacije, ne može se smatrati neophodnim u demokratskom društvu jer narušava samu suštinu prava na poštovanje privatnog života prema članu 8. Konvencije.

Bez obzira na to, Evropski sud je u predmetu *Podchasov i Yüksel Yalçinkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023.³ konstatovao da šifrovanje mogu da koriste i kriminalci, što komplikuje krivične istrage. S tim u vezi, u prethodnom slučaju je konstatovano da je bilo poziva za alternativnim rješenjima dešifrovanja koja nisu oslabila zaštitne mehanizme, kako u zakonodavstvu tako i kroz kontinuiranu tehničku evoluciju.⁴ Takođe se odnosi na neke od alternativa koje je citirala treća strana umješača, naime, korišćenje forenzike uživo na zaplijenjenim uređajima, otkrivanje ili dobijanje privatnih ključeva koje drže strane u komunikaciji, korišćenje ranjivosti u softveru cilja ili slanje implanta na ciljane uređaje.

Pored toga, tamo gdje je dobijen pristup komunikacijskim podacima koji su zadržani kršeći zahtjeve privatnosti zbog sistematskog, neselektivnog i opšteg načina, utvrđeno je u predmetu *Škoberne protiv Slovenije*, br. 19920/20, 15.02.2024., gdje je konstatovano da pristup takvim podacima, njihova naknadna obrada i čuvanje od strane nadležnih organa – ne može, iz istog razloga, biti u skladu sa članom 8.

S druge strane, u predmetu *Breyer protiv Njemačke*, br. 50001/12, 30.01.2020, smatralo se da postoji zaštita od prekomjernih ili nepravilnih zahtjeva za informacijama u vezi sa pohranjenim podacima koji se odnose na korisnike pripejd SIM kartica tako što je preuzimanje ograničeno na neophodne podatke koji uključuju barem početnu sumnju na prekršaj, pri čemu je ovaj uslov neophodnosti zaštićen opštom obavezom nadležnih organa koji preuzimaju informacije da izbrišu, bez nepotrebnog odlaganja, sve podatke koji im nisu potrebni. Pored toga, postojale su mogućnosti pregleda i nadzora zahtjeva za informacijama, sa nezavisnim nadzorom organa za zaštitu podataka i mogućnošću traženja pravne pomoći protiv preuzimanja informacija prema opštim pravilima.

Pored toga, trebalo bi da postoji i efikasan pravni lijek za ublažavanje sumnje kod šire javnosti da se zadržanim komunikacionim podacima zloupotrebljava pristup i zloupotreba, što nije utvrđeno u predmetu *Ekimdzhev i drugi protiv Bugarske*, br. 70078/12, 11.01.2022.

4.2. DRUGE OSOBE - OSIM ONIH KOJI SU OSUMNJIČENI

Evropski sud će vjerovatno smatrati širinu naloga za objelodanjivanje problematičnim u situacijama kada se to odnosi na bankarske informacije koje utiču na pojedinca koji nije bio predmet tekuće istrage u vezi sa kojom su upućene zamolnice za pomoć i u pogledu kojih nije iznijeta nikakva jasna sumnja. U tom slučaju, činjenica da je ovo odlučeno od strane sudskog organa smatrana je nedovoljnom od strane Evropskog suda u predmetu *M.N. protiv San Marina*, br. 28005/12, 07.07.2015. s obzirom na to da sudski organ nije mogao, ili je, u svakom slučaju, propustio da izvrši bilo kakvu procjenu potrebe za tako širokim nalogom, ili njegovog uticaja na više trećih strana u pitanju.

3 U st. 312.

4 U tom smislu se poziva na Zajedničku izjavu Evropola i Agencije Evropske unije za sajber bezbednost (ENISA) od 20.05.2016. o zakonitoj krivičnoj istrazi koja poštuje zaštitu podataka 21. veka i *Izveštaj o pravu na privatnost u digitalnom dobu* Kancelarije visokog komesara Ujedinjenih nacija za ljudska prava, (4. avgust 2022, A/HRC/51/17), st. 21-26.

Pored toga, kada je – kao u predmetu *M.N. protiv San Marina* – u pitanju krivični postupak, postojaće potreba da pogođena lica imaju „efektivnu kontrolu“ nad zahtjevom za objelodanjivanje u smislu da mogu da ospore mjeru kojoj su bile podvrgnute i na taj način, nakon sprovođenja tog naloga, da im na raspolaganju budu neka sredstva za njegovu reviziju. U tom slučaju, za razliku od optuženih, nije postojala takva mogućnost koja bi im omogućila da to miješanje ograniče na ono što je „neophodno u demokratskom društvu“.

4.3. NOVINARI

Zahtjev da novinar otkrije istraživački materijal koji ne podrazumijeva moguću identifikaciju njegovih ili njenih izvora ukoliko bi to moglo pomoći u istrazi i izvođenju dokaza u predmetu neće biti nesaglasan sa članom 10, sve dok to nije nesrazmjerno za taj legitimni cilj. Ovo je bio slučaj u, na primjer, predmetu *Nordisk Film & TV A/S protiv Danske* (odl.), br. 40485/02, 08.12.2005, gdje se traženi materijal odnosio na film koji je snimio novinar na tajnom zadatku, kada su od strane novinara snimljene dvije osobe poznate policiji koje nisu znale da ih snimaju, kao i razne bilješke. Zahtjev za objelodanjivanjem je posebno isključio materijal koji se odnosi na novinarske izvore u tradicionalnom smislu.

Pored toga, u predmetu *Stichting Ostade Blade protiv Holandije* (odl.), br. 8406/06, 27.05.2014, Evropski sud nije uzeo u obzir zahtjev da se časopisu preda pismo osobe koja tvrdi da je izvršila tri bombaška napada a čiji sadržaj je kasnije objavljen, da utiče na novinarski izvor ili da nije u skladu sa članom 10. s obzirom na to da je originalni dokument tražen kao mogući trag ka identifikaciji nepoznate osobe ili osoba za koje se sumnja da su izvršile više bombaških napada.

Nasuprot tome, biće veoma teško opravdati nametanje zahtjeva za objelodanjivanje novinara koji bi mogao da dovede do identifikacije izvora, jer je Evropski sud zabrinut da bi takva prinuda mogla dovesti do potkopavanja vitalne uloge štampe kao čuvara javnosti i negativno uticati na sposobnost štampe da pruži tačne i pouzdane informacije.

Kao rezultat toga, nalog za objelodanjivanje – koji bi, na primjer, mogao da utiče na fotografije, video i glasovne snimke – neće se smatrati kompatibilnim sa članom 10. Evropske konvencije osim ako nije opravdan osnovnim zahtjevom koji je u javnom interesu.

Ovo se neće smatrati utvrđenim tamo gdje postoji cilj da se zaštiti integritet policije (*Voskuil protiv Holandije*, br. 64752/01, 22.11.2007), da se spriječi otkrivanje povjerljivih informacija od strane neloyalnog zaposlenog (*Financial Times Ltd. i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 821/03, 15.12.2009.) ili da se povrate kopije nezakonito otkrivenih dokumenata gdje bi se moglo nadzirati njihovo uništavanje (*Telegraaf Media Nederland Landelijke B.V. i drugi protiv Holandije*, br. 39315/06, 22.11.2012.).

Bez obzira na to, zahtjev za objelodanjivanje koji utiče na novinare mogao bi da bude opravdan ako se može pokazati da je objelodanjivanje izvora neophodno da bi se obezbijedilo pravično suđenje optuženoj osobi, što nije utvrđeno u predmetu *Voskuil protiv Holandije*, br. 64752/01, 22.11.2007, gdje je sud očigledno mogao da zamijeni dokaze drugih svjedoka za one koje je pokušao da izvuče od podnosioca predstave.

4.4. ADVOKATI

Evropski sud je jasno stavio do znanja u predmetu *Michaud protiv Francuske*, br. 12323/11, 6.12.2012. da se od advokata ne bi trebalo zahtijevati da otkriju informacije koje su pokrivene zakonskom profesionalnom privilegijom ili profesionalnom tajnom, smatrajući da bi takve radnje ugrozile samu suštinu njihove uloge kao branioca.

Međutim, kako je u tom slučaju jasno pokazano, zahtjev – podržan disciplinskim mjerama – da advokati prijave sumnjive radnje ljudi koji im dolaze po savjet nije nužno nekompatibilan sa članom 8.

Konkretno, ovo ne bi bio slučaj gdje:

- sami advokati učestvuju u aktivnostima pranja novca,
- njihovi pravni savjeti se pružaju u svrhe pranja novca,
- znaju da klijent traži pravni savjet u te svrhe ili
- ovaj uslov se odnosi na druge zadatke koji nisu povezani sa odbranom njihovih klijenata

i postoje dovoljne zaštitne mjere, kao što je filter u tom slučaju kojim bi predsjednik advokatske komore mogao prvo da utvrdi koje informacije su obuhvaćene privilegijom advokata i klijenta, a zatim bi samo prenio izvještaj o sumnjama nakon što se uvjeri da su relevantni uslovi ispunjeni.

5. PRETRES I ZAPLIJENA

Pretnes bez saglasnosti će se smatrati neophodnim u demokratskom društvu i stoga neće predstavljati kršenje člana 8 samo kada su razlozi navedeni da opravdaju takvu mjeru bili „relevantni“ i „dovoljni“ i kada je poštovan *princip proporcionalnosti*.

Ovo će zahtijevati sljedeće:

- Razumna *sumnja* da je lice pod istragom počinilo krivično djelo ili da je došlo do kršenja zakona koji regulišu ekonomske aktivnosti tako da se miješanje u pravo iz člana 8 može smatrati ostvarenjem legitimnog cilja, kao u slučaju *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB protiv Švedske*, br. 18700/09, 20.12.2016. (u vezi sa potrebom da se pretresu dvije prostorije da bi se utvrdilo vlasništvo i prijavljeni troškovi poslovanja više imenovanih, međusobno povezanih kompanija i koji se odnosi na učešće određene osobe u svim njima), ali ne i u predmetu *Aliyev protiv Azerbejdžana*, br. 68762/14, 20.09.2018. (u kojoj je pretres opravdan samo uopštenim-neodređenim pozivanjem na krivičnu istragu o „kršenju zakona otkrivenim u aktivnostima većeg broja nevladinih organizacija“ bez navođenja bilo kakvih konkretnih činjenica u vezi sa sumnjom na krivična djela zloupotrebe položaja i falsifikovanja);
- *Naročito jako opravdanje* treba da postoji kada pogođeno lice nije osumnjičeno za krivično djelo u vezi sa kojim se istraga vodi, kao što je bio slučaj u predmetu *Međunarodni odbor za istraživanje i razmjenu protiv Azerbejdžana*, br. 7668/15, 02.03.2023; kada se razmatrao status menadžera i zaposlenih u pretresu organizacije .
- Prekršaj zbog kojeg se vrši pretres je *dovoljne težine* da opravda miješanje u pravo zagarantovano članom 8; nešto što nije bilo zadovoljeno u predmetu *Buck protiv Njemačke*, br. 41604/98, 28.04.2005, gdje je krivično djelo bilo samo kršenje pravila o drumskom saobraćaju;
- Nemogućnost postizanja cilja pretresa *manje nametljivim sredstvima*, kao u predmetima *Zubal protiv Slovačke*, br. 44065/06, 09.11.2010. (gdje je zapravo postojala spremnost da se sarađuje sa istragom) i *Kruglov i drugi protiv Rusije*, br. 11264/04, 04.02.2020. (gdje je postojala mogućnost da se informacije dobiju od klijenata advokata, a ne od samih advokata);
- *Sudska kontrola*, koja bi obično trebalo da bude u formi prethodnog ovlašćenja, gdje sudije propisno ispituju postojanje osnovane sumnje, izdaje nalog za pretres na takav način da zadrži njegov uticaj u razumnim granicama i uvjeri se da je pretres prostora u vezi sa kojim je tražen nalog za pretres mogao da pruži relevantne dokaze (*Vinks i Ribicka protiv Letonije*, br. 28926/10, 30.01.2020, u stavu 104), **ali** u hitnim slučajevima (npr. da bi se spriječilo uništavanje ili prikriivanje dokumenata, potreba koja nije dokazana u predmetu *Nagla protiv Letonije*, br. 73469/10, 16.07.2013.), *ex post facto* sudska revizija će biti prihvatljiva sve dok oni koji su pogođeni nisu spriječeni da je traže, postoje jasna pravila o njenom obimu, zatim postoji istinsko razmatranje stvarne potrebe da se djeluje bez prethodnog traženja sudskog ovlašćenja i stvarna sprovedena revizija može se smatrati efikasnom (vidjeti predmete *Kruglov i drugi protiv Rusije*, br. 11264/04, 04.02.2020, *Prezhda-*

rovi protiv Bugarske, br. 8429/05, 30.09.2014, *Taraneks protiv Letonije*, br. 3082/06, 02.02.2014. i *Stefanov protiv Bugarske*, br. 73284/13, 16.11.2021.);

- *Naredba ili nalog za pretres koji*

(a) sadrži informacije o istrazi koja je u toku, svrhu njenog sprovođenja ili zašto se vjerovalo da će istraga omogućiti da se pribave dokazi o bilo kakvom prekršaju, kao i adekvatno vođenje evidencije o datom ovlašćenju (vidjeti za nedostatke u tom pogledu u predmetu *Iliya Stefanov protiv Bugarske* br. 65755/01, 22.05.2008.

(b) nije široko formulisana (za razliku od predmeta *Aleksanyan protiv Rusije*, br. 46468/06, 22.12.2008. godine, u kojem ni u prijavi za izdavanje naloga, niti u samom nalogu nije navedeno koji predmeti i dokumenti se očekuju da će biti pronađeni u kancelariji koja se pretražuje ili kako bi bili relevantni za istragu),⁵

(c) pokriva osobu, prostorije ili predmet koji će biti pretražen (vidjeti predmet *Avaz Zeynalov protiv Azerbejdžana*, br. 37816/12, 22.04.2021. gdje se nalog odnosio na kuću i radno mjesto podnosioca predstavke, ali ne i na vozilo koje je parkirano u dvorištu) i

(d) je razumno vremenski ograničen (kao u predmetu *Cacuci i S.C. Virra & Cont Pad S.R.L. protiv Rumunije*, br. 27153/07, 17.01.2017.);

- *Uručenje naloga ili naredbe licima na koja se odnosi kako bi im se dale precizne informacije o obimu pretresa koji se zahtijeva naredbom (što se nije dogodilo u predmetu *Imakayeva protiv Rusije*, br. 7615/02, 09.11.2006.);*

- *Prisustvo lica čije se prostorije ili predmeti kao što su telefoni pretresaju u trenutku pretresa kako bi mogli da ospore da su određeni predmeti koji su zaplijenjeni obuhvaćeni naredbom ili nalogom (tačka iznijeta u predmetu *Modestou protiv Grčke*, br. 51693/13, 16.03.2017.);⁶*

- *Zapis ili opis sačinjen o bilo kom zaplijenjenom predmetu (a koji se nije mogao sačiniti na primjer u predmetu *Imakayeva protiv Rusije*, br. 7615/02, 9.11.2006.);*

- *Odgovarajuće razmatranje potencijalnog uticaja pretresa koji utiču na medije i advokate u pogledu prava na slobodu izražavanja i na pravično suđenje, uz*

(a) posebno ovlašćenje za pretres i zapljenu profesionalnog materijala lica na koja se odnosi naredba (što nije dato u predmetu *Taner Kılıç protiv Turske*, br. 70845/01, 24.10.2006.),

(b) ili zabranu uklanjanja materijala obuhvaćenog privilegijom advokata i klijenta (što je utvrđeno da nedostaje u predmetu *Aleksanyan protiv Rusije*, br. 46468/06, 22.12.2008.)

(c) ili nadgledanje pretresa od strane nezavisnog posmatrača sposobnog da identifikuje, nezavisno od istražnog tima, koji materijal je pokriven zakonskom profesionalnom privilegijom i profesionalnom tajnom i stoga nije mogao biti uklonjen (kao što se dogodilo u predmetu *Tamosius protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), br. 62002/00, 19.09.2002, ali ne i u predmetu *Močulskis protiv Letonije*, br. 71064/12, 17.12.2020.),

5 Međutim, kada se procijenjuje da li je određena naredba ili nalog suviše širok, može se uzeti u obzir priroda navoda koji su uključeni; vidjeti *Sher protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 5201/11, 20.10.2015. (u vezi sa terorističkim napadima) i *Vinks i Ribicka protiv Letonije*, br. 28926/10, 30.01.2020. (u vezi sa utajem poreza i pranjem novca velikih razmjera).

6 Međutim, odbijanje da se učestvuje u pretresu će verovatno biti shvaćeno kao odricanje od ove posebne zaštitne mjere, kao što se dogodilo u predmetima *Cacuci i SC Virra & Cont Pad SRL protiv Rumunije*, br. 27153/07, 17.01.2017.

što može da podrazumijeva postupak ispitivanja elektronskih podataka koji su neselektivno prikupljeni (procedura koja je primijenjena u predmetu *Naumenko i Sia Rix Shipping protiv Letonije*, br. 50805/14, 23.06.2022, ali ne i u predmetu *Sergey Sorokin protiv Rusije*, br. 52808/09, 30.08.2022.) i

- (b) odgovarajuće zaštitne mjere kako bi se osiguralo da svako kasnije ispitivanje oduzetih predmeta ne krši ovu privilegiju (što se dogodilo u predmetu *Sérvulo & Associados Sociedade de Advogados, RL i drugi protiv Portugala 1*, br. 27013/10, 3.09.2015, gdje su zaplijenjeni kompjuterski fajlovi i mejlovi bili zapečaćeni i poslani predsjedniku Apelacionog suda, a potom ih je otvorio i pregledao potpredsjednik suda. To takođe znači da istražni organ ne bi trebalo da ima pristup materijalu prije nego što se ovaj postupak propisno završi, što je naglašeno u predmetu *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB protiv Švedske*, br. 18700/09, 20.12.2016. kao poštovano. Nadalje, mogućnost žalbe protiv bilo koje odluke kojom se dozvoljava da istražitelji ili tužiocima pregledaju materijal naglašeno je u predmetu *Wolland protiv Norveške*, br. 39731/12, 17.05.2018. i *Mirmotahari protiv Norveške* (odl.), br. 30149/19, 8.10.2019, kao obezbeđivanje usklađenosti s vladavinom zakona. Takođe, sudija koji vrši provjeru nakon što je materijal zaplijenjen mora, kada mu se predoče obrazloženi podnesci u vezi sa precizno identifikovanim materijalom koji nije u vezi sa istragom ili spada u obim povjerljivosti odnosa između advokata i klijenta, da odluči o njihovoj sudbini nakon konkretne kontrole proporcionalnosti iako je potrebno, naredi njihovu restituciju, a utvrđeno je da se ovo nije dogodilo u predmetu *Vinci Construction i GMT genie civil and services protiv Francuske*, br. 63629/10, 02.04.2015. ali jeste u predmetu *Sérvulo & Associados - Sociedade de Advogados, RL i drugi protiv Portugala I*, br. 27013/10, 03.09.2015.

Pored toga, neadekvatnost zakonodavnog okvira može učiniti neefikasnim određene nadzorne aranžmane, kao što je bila situacija u predmetu *Särgava protiv Estonije*, br. 698/19, 16.11.2021. u vezi sa rješavanje sporova u vezi sa filtriranjem elektronskog sadržaja koji se ispituje na mobilnom telefonu i laptopu advokata nakon oduzimanja u pretresu; i

- Dogovaranje ograničenja pristupa nepovezanim ličnim podacima (vidjeti npr. *Kent Pharmaceuticals Limited i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), br. 9355/03, 11.10.2005, u vezi sa kompjuterski sačuvanim slikama supruge osobe koja je bila podvrgnuta pretresu).

Sve takve mjere zaštite moraju se pokazati efikasnim u konkretnim okolnostima određene pretrage.

Utvrđeno je da to nije tako u predmetu *Wieser i Bicos Beteiligungen GmbH protiv Austrije*, br. 74336/01, 16.10.2007. u vezi sa ispitivanjem elektronskih podataka u toku pretrage.

Dakle, član Advokatske komore, iako je bio privremeno (određeni dio vremena) prisutan prilikom pretresa računarskih objekata, uglavnom je bio zauzet nadzorom nad oduzimanjem dokumenata i stoga nije mogao na odgovarajući način da obavlja svoju nadzornu funkciju u pogledu elektronskih podataka. Drugo, izvještaj koji navodi koji su kriterijumi pretrage primijenjeni i koji su fajlovi kopirani i zaplijenjeni nije sastavljen na kraju pretresa, već tek kasnije istog dana.

Pored toga, pravni lijek protiv ispitivanja elektronskih podataka zaplijenjenih u advokatskoj kancelariji na osnovu široke naredbe bio je nezadovoljavajući u predmetu *Robathin protiv Austrije*, br. 30457/06, 03.07.2012. godine, gdje je sud dao samo vrlo kratke i prilično opšte razloge kada je odobravao pretragu svih podataka, a posebno se nije osvrnuo na pi-

tanje da li bi bilo dovoljno pretraživati samo one diskove koji sadrže podatke koji se odnose na dvojicu lica pod istragom i nije naveo nikakve konkretne razloge za svoj nalaz da je za tu istragu neophodna pretraga svih podataka. Pored toga, službenici su očigledno otišli nakon što su završili svoj zadatak, a da o rezultatima pretresa nisu obavijestili prvog podnosioca predstavke ili predstavnika Advokatske komore.

Vidjeti i predmet *Kruglov i drugi protiv Rusije*, br. 11264/04, 04.02.2020, gdje najmanje jednom podnosiocu predstavke nije bila dostupna zaštitna mjera da pribjegne pravnoj pomoći tokom pretresa, pod izgovorom da je njen advokat sa zakašnjenjem stigao na lice mjesta kada je pretres već počeo. U tom slučaju je bilo teško utvrditi kako je advokat mogao da se pojavi na početku pretresa, s obzirom da podnosilac predstavke nije bila unaprijed obaviještena o pretresu i da nije sama odabrala vrijeme kada je pretres počeo.

Pored toga, nezavisni posmatrač trebalo bi:

- (I) da ima potrebnu pravnu kvalifikaciju za efektivno učešće u postupku;
- (II) da bude obavezan privilegijom advokata i klijenta da garantuje zaštitu privilegovanog materijala i prava trećih lica; i
- (III) da ima potrebna ovlašćenja da može da spriječi, u toku postupka rješavanja, svako moguće miješanje u profesionalnu tajnu advokata, što je bio slučaj, na primjer, u predmetu *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB protiv Švedske*, br. 18700/09, 20.12.2016. ali ne i *Kruglov i drugi protiv Rusije*, br. 11264/04, 04.02.2020, gdje lica koja su prisustvovala pretresu nisu imali pravne kvalifikacije.

Tamo gdje povjerljivost advokata i klijenta ili profesionalna tajna nisu uključeni, prisustvo onih koji nisu advokati kao lica koja prisustvuju pretresu može se smatrati dovoljnom garancijom od zloupotrebe, kao u predmetu *Koval protiv Bugarske* (odl.), br. 38482/11, 01.10.2019, gdje su to bili kadeti u Vojnoj školi grada.

Svako oduzimanje u toku pretresa određenih predmeta-materijala koji nije bio obuhvaćen naredbom-ovlašćenjem za njegovo oduzimanje, kao i materijala oduzetog prilikom pretresa koji nema zakonsku osnovu, predstavljalo bi kršenje člana 8. i 1. Protokola br. 1; kao što je u predmetu *Bagiyeva protiv Ukrajine*, br. 41085/05, 28.04.2016. (koja se ticala zaplijene mobilnih telefona kada oni nisu bili u okviru predmetnog naloga) i *Zaurbekova i Zaurbekova protiv Rusije*, br. 27183/03, 22.01.2009. (u kojem su centralna jedinica procesora računara i kompakt-diskovi zaplijenjeni kada uopšte nije bilo naloga).

U svim slučajevima, sprovođenje pretresa i oduzimanja predmeta iz pretresa ne bi trebalo da uključuje *upotrebu nepotrebne sile*.

Dakle, Evropski sud nije bio ubijeđen u predmetu *Anzhelo Georgiev i drugi protiv Bugarske*, br. 51284/09, 30.09.2014., da se legitimni cilj sprječavanja uništavanja elektronskih dokaza u računarima kompanije podnosioca predstavke ne može postići prikladnijim i manje nametljivim sredstvima koja ne zahtijevaju upotrebu fizičke sile nakon ulaska u kancelarije. Smatralo se da organi vlasti nisu na odgovarajući način ispunili teret dokazivanja da opovrgnu tvrdnje podnosioca predstavke da nije bilo potrebe za prikrivenom upotrebom sile, kao i liscama i palicama sa elektrošokovima koji su bili upotrijebljeni protiv nekih radnika kompanije i koji su tom prilikom zadobili povrede, što je dovelo do utvrđenja o postojanju povrede zagarantovanog prava - zabrana zlostavljanja iz člana 3. Evropske konvencije kako u njenom materijalnom tako i u procesnom aspektu.

Vidjeti takođe predmet *Vinks i Ribicka protiv Letonije*, br. 28926/10, 30.01.2020, gdje je konstatovano da ne postoje dovoljne mjere zaštite od zloupotrebe, a samim tim i povrede člana 8, gdje je izvršen pretres i oduzimanje digitalnih lozinki, više laptopova i hard diskova, CD-ova i USB-ova, nekoliko mobilnih telefona i SIM kartica ; navedeno oduzimanje izvršila je antiteroristička jedinica policije koja je kritične prilike imala teško naoružanje i koja je silom ušla tako što je provalila kroz prozore u kuću podnosioca predstavke i upotrijebila mjere vezivanja i prijetnje oružjem prema njima i ćerki (koja je bila u tinejdžerskom uzrastu) jednog od njih u ranim jutarnjim satima.

Pored toga, pretraga ne bi trebalo da se vrši na način koji šteti ugledu lica ili entiteta u pitanju, što nije ustanovljeno ni u predmetima *Lindstrand Partners Advokatbyrå AB protiv Švedske*, br. 18700/09, 20.12.2016. ili *Kolev protiv Bugarske* (odl.), br. 38482/11, 01.10.2019.

Takođe treba da postoje odgovarajuće mjere zaštite u pogledu pristupa i daljeg čuvanja i rukovanja sa bilo kojim predmetom-materijalom koji je zadržan. Nijedna takva mjera nije pronađena u vezi sa privilegovanim informacijama u predmetu *Stefanov protiv Bugarske*, br. 73284/13, 16.11.2021, u vezi sa cjelokupnim sadržajem memorijskog ključa koji je kopiran, prvobitno na računar, odakle je prenijet na najmanje dva digitalna nosača (diska). Nisu navedeni bilo koji zakonski zahtjevi u vezi sa čuvanjem takvih podataka ili njihovim uništavanjem i izgleda da su izbrisani sa kompjutera stručnjaka zbog nedostatka prostora za skladištenje ili kao rezultat interne prakse, bez ikakvih pravila ili garancija o tome kako se informacijama trebalo rukovati u procesu. Pored toga, takođe se činilo da je digitalna kopija mogla biti dodatno čuvana u Institutu koji sprovodi vještačenje i nije dokazano da postoje garancije u pogledu pristupa i daljeg rukovanja podacima.

Pored toga, svaki zaplijenjeni materijal treba da bude vraćen kada nije potreban ili više nije potreban za relevantne postupke i ne bi trebalo da postoji nedostatak marljivosti u određivanju šta bi moglo biti potrebno u tu svrhu. Tako je u predmetu *Gration Treyd, TOV protiv Ukrajine*, br. 9166/14, 22.02.2024, kada su organi tužilaštva propustili da ispoštuju primjenljive mjere zaštite u skladu sa važećim zakonodavstvom i istraga je naložila da se relevantna imovina zadrži bez davanja ikakvog objašnjenja, iako je prethodnog dana smatrala da je njeno zadržavanje nezakonito i da je treba vratiti.

Nije se smatralo da postoji takav nedostatak marljivosti u predmetu *Wolland protiv Norveške*, br. 39731/12, 17.05.2018. godine u vezi sa godinom koju je sud proveo za pregled 2.309 elektronskih dokumenata, imajući u vidu njegove napore da ubrza proces nakon kašnjenja u njihovom dostavljanju od strane tužilaštva i prekida pregleda zbog žalbi podnetih višim sudovima od strane podnosioca predstavke. S tim u vezi, takođe je bilo važno da su predmetni hard disk i laptop vraćeni podnosiocu predstavke dva dana nakon prvobitnog pretresa u njegovim prostorijama. Posljednja tačka može se nepovoljno uporediti sa držanjem računara i perifernih uređaja duže od mjesec dana nakon provjere, što je doprinijelo da se utvrdi povreda člana 8. u predmetu *Iliya Stefanov protiv Bugarske*, br. 65755/01, 22.05.2008.

Kada su elektronski dokumenti kopirani u svrhu istrage, takve kopije treba izbrisati kada više nisu potrebne.

Dakle, u predmetu *Bernh Larsen Holdings AS i drugi protiv Norveške*, br. 24117/08, 14.03.2013, Evropski sud je prihvatio ispravnim da postupak kojim je naloženo da se kopija, nakon završenog pregleda, ili obriše ili uništi, a svi tragovi sadržaja izbrišu sa računara i uređaja za

skladištenje poreskih organa. Osim toga, ne bi im bilo dozvoljeno da zadrže dokumenta iz materijala koji su odnijeti, osim ako poreski obveznik ne prihvati tu mjeru. S druge strane, u predmetu *Stefanov protiv Bugarske*, br. 73284/13, 16.11.2021, nije obaviješten ni o kakvim zakonskim zahtjevima u vezi sa čuvanjem podataka ili njihovim uništavanjem.

Evropski sud nije razmatrao u predmetu *UAB Kesko Senukai Lithuania protiv Litvanije*, br. 19162/19, 4.04.2023. da li se član 8. Evropske konvencije može tumačiti kao da zahtjeva *ex post facto* sudsko preispitivanje u svim slučajevima koji se tiču inspekcije koja je obavljena u prostorijama privrednog društva gdje je za to prethodno dato ovlašćenje suda. Međutim, sud je ukazao na to da se dostupnost takvog pregleda može uzeti u obzir prilikom procjene usklađenosti sa tom odredbom u određenom slučaju. Specifično, Evropski sud je smatrao takvu kontrolu posebno važnom kada je u pitanju veliki broj fizičkih i elektronskih dokumenata, pa tako uključujući čitav *inbox* petorice zaposlenih u kompaniji koja je podnosilac predstavke, koji su zaplijenjeni ili kopirani, a istraga je obustavljena tako da kompanija nije mogla da podnese svoje žalbe u vezi sa uticajem postupaka na poslovne tajne ili lične podatke koji nisu bili povezani sa tom istragom.

6. MJERE NADZORA

Kao što je već napomenuto, Evropski sud je zabrinut zbog takvih mjera jer relevantne odredbe moraju obezbjediti da postoji *dovoljno jasnoće u pogledu obima ili načina* na koji se može primijeniti svako diskreciono pravo i da postoje *dovoljne mjere zaštite od njihove zloupotrebe*.

Da bi se to postiglo, zakon koji dozvoljava presrijetanje komunikacija i prikupljanje drugih podataka bez saglasnosti mora da precizira:

- kategorije *osoba i komunikacija ili podataka na koje se odnosi*, koje moraju biti jasno definisane, što nije bio slučaj u predmetu *lordachi i drugi protiv Moldavije*, br. 25198/02, 10.02.2009, pošto je bilo nejasno ko – i pod kojim okolnostima – rizikuje da se na njih primjeni mjera;
- krivična *djela za koja se mjera može primijeniti*, a koja bi trebalo da budu sva ili čak većina njih, za razliku od predmeta *lordachi* gdje se naredbe za presretanje mogu tražiti za više od polovine krivičnih djela u Republici Moldaviji;
- osnov za *primjenu takvih mjera*, koji bi trebalo da bude odobren samo kada postoje veoma ozbiljni razlozi zasnovani na razumnoj sumnji da je lice umiješano u tešku kriminalnu aktivnost;
- maksimalno *trajanje bilo koje mjere*, koja ne bi trebalo da bude pretjerano duga, kao na primjer u *Volokhy protiv Ukrajine*, br. 23543/02, 02.11.2006, gdje presretanje nije bilo podložno nikakvom vremenskom ograničenju niti bilo kakvom preispitivanju u razumnim intervalima i trajalo je više od jedne godine;
- postupak *ispitivanja, korišćenja i čuvanja prikupljenih podataka*, za razliku od predmeta *lordachi* gdje zakon nije nalagao istražnim sudijama da preispituju da li su ispoštovani zahtjevi zakona koji se tiču ovih pitanja, niti predviđa njihovo upoznavanje sa rezultatima nadzora;
- dozvoljeno korišćenje i pristup prikupljenom materijalu, kao što su odredbe razmatrane u predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015, kojim je propisano da prikupljeni podaci predstavljaju državnu tajnu i da se za pečaćuju i čuvaju pod uslovima koji isključuju svaki rizik od neovlašćenog pristupa. Pored toga, oni su mogli biti otkriveni samo onim službenicima i organima gonjenja kojima su podaci zaista bili potrebni za obavljanje svojih dužnosti i koji su imali odgovarajući nivo bezbjednosne provjere, pri čemu je objelodanjenja samo količina informacija koja je primaocima potrebna za obavljanje svojih dužnosti;
- okolnosti u kojima će materijal biti uništen ili obrisan, kao što je zahtjev u predmetu *Roman Zakharov* da presretnuti materijal mora biti uništen nakon šest mjeseci skladištenja, ako dotično lice nije optuženo za krivično djelo, te da sudija po okončanju krivičnog postupka donese rješenje o njegovom daljem čuvanju ili uništavanju. Evropski sud je smatrao da je taj rok razuman u takvim slučajevima. Međutim, u tom predmetu je takođe izrazio žaljenje zbog nedostatka zahtjeva da se odmah unište svi podaci koji nisu relevantni za svrhu za koju su dobijeni i smatra da se automatsko skladištenje očigledno irelevantnih podataka u trajanju od šest mjeseci ne može smatrati opravdanim prema članu 8. Pored toga, zadržavanje podataka iz nadzora bez ikakve eksterne kontrole i

prema pravilima koja nisu bila dostupna, utvrđeno je u predmetu *Haščák protiv Slovačke*, br. 58359/12, 23.06.2022. da ne pruža nikakvu zaštitu od proizvoljnog mješanja u pravo na poštovanje privatnog života i stoga nije „u skladu sa zakonom“. Takođe, nedostatak dovoljno jasnog pravnog okvira i odsustvo proceduralnih garancija koje se konkretno odnose na uništavanje komunikacija osobe koja nije bila predmet dotične operacije nadzora, u predmetu *Kaczmarek protiv Poljske*, br. 16974/14, 22.02.2024. znači da miješanje u njena prava po članu 8. na sličan način nije bilo „u skladu sa zakonom“;

- strukturu modela i načina vođenja evidencije (za koje je utvrđeno u predmetu *Shimovolos protiv Rusije*, br. 30194/09, 21.06.2011. da nisu otvoreni za uvid javnosti i pregled) i nezavisni nadzor (ovo je vršeno od strane tužilaca prema zakonodavstvu razmatranom u slučaju *Roman Zakharov*, ali je smatrano da postoje sumnje u njihovu nezavisnost i od izvršne vlasti i njihovih tužilačkih odgovornosti, a obim i efikasnost njihovog nadzora su bili ograničeni); i
- pravni lijek koji obezbjeđuje ispitivanje opravdanosti nadzora namjenski pravni lijek, koji je ocijenjen kao nezadovoljavajući u predmetu *Ekimdzhev i drugi protiv Bugarske*, br. 70078/12, 11.01.2022. pošto nije bio dostupan u praksi u svim mogućim scenarijima, nije obezbijedio ispitivanje opravdanosti svakog nadzora (po osnovu osnovane sumnje i srazmjernosti), nije bio otvoren za pravna lica i bio je ograničen u smislu dostupne pomoći.

Pored toga, *prethodno sudsko odobrenje*:

- generalno treba da se traži prethodno sudsko odobrenje kada nadzor uključuje krivični postupak, pri čemu obim kontrole može da obezbijedi da mjere ne budu naložene nasumično, bez pravila ili bez dužnog i odgovarajućeg razmatranja, što nije bio slučaj, npr. u predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015, u kojem je zabrana materijala koji sadrže informacije o prikrivenim agentima ili policijskim doušnicima ili o organizaciji i taktici operativno-istražnih mjera koji se dostavljaju sudiji i stoga su isključeni iz djelokruga kontrole suda, što znači da sud nije bio u mogućnosti da procijeni da li postoji dovoljno činjeničnih osnova za sumnju da je osoba u vezi s kojom su tražene operativno-istražne mjere počinila krivično djelo;
- je uvijek potrebno za svako presrijatanje komunikacije koje se sprovodi radi otkrivanja novinarskih izvora (kao što je podvučeno u predmetu *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media BV protiv Holandije*, br. 39315/06, 22.11.2012, u st. 89-102); **ali**
- neće biti zahtijevano kod veoma hitnih predmeta, pri čemu je sudsko odobrenje naknadno potrebno 48 ili 72 sata nakon početka nadzora, smatra se prihvatljivim u predmetu *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015. i *Szabó i Vissy protiv Mađarske*, br. 37138/14, 12.01.2016.

Razgovori i druga komunikacija sa advokatom optuženog generalno ne bi trebalo da budu pod nadzorom, jer Evropski sud smatra da bi pravo na pomoć advokata prema članu 6(3)(c) izgubilo veliki dio svoje korisnosti ako advokat ne bi bio u mogućnosti da se posavjetuje sa svojim klijentom i da od njega ili nje dobije povjerljiva uputstva bez takvog nadzora; *Khodorkovskiy i Lebedev protiv Rusije*, br. 11082/06, 25.07.2013, st. 627. Takav nadzor bi se, međutim, mogao smatrati kompatibilnim sa ovim pravima kada se advokat smatra učesnikom u izvršenju krivičnog djela, kao u predmetu *Versini-Campinchi i Crasnianski protiv Francuske*, br. 49176/11, 16.06.2016.

Pored toga, čak i ako nadzor ne utiče na pravičnost krivičnog postupka, Evropski sud je

presudio u predmetu *Canavci i drugi protiv Türkiye*, br. 24074/19, 14.11.2023. da je praćenje razgovora pritvorenih lica sa njihovim advokatima u kontekstu pravne pomoći, spadalo u djelokrug privatnog života, jer je svrha takve interakcije bila da se pojedincima omogućiti da donose informisane odluke o svom životu i takvo miješanje se ne bi moglo smatrati „beznačajnim“ nedostatkom u smislu člana 35(3)(b) Evropske konvencije.

Pored toga, kad god se preduzimaju mjere nadzora, uvijek treba da *postoji efikasna zaštita za komunikaciju koja je pokrivena zakonskom profesionalnom privilegijom ili profesionalnom tajnom*, kao što su jasna pravila koja definišu šta treba da se desi kada se, na primjer, presretne telefonski poziv klijenta svom advokatu, za koje je utvrđeno da nedostaju u predmetu *lordachi i drugi protiv Moldavije*, br. 25198/02, 10.02.2009. i posebno u vezi sa uništavanjem određenih razgovora, u predmetu *Vasil Vasilev protiv Bugarske*, br. 7610/15, 16.11.2021.

Pored toga, čak i tamo gdje gore navedene zaštitne mjere postoje, radnje (mjere) nadzora se sigurno neće smatrati neophodnom u demokratskom društvu osim ako se može pokazati da:

- *osnova za njegovo preduzimanje je potkrijepljena*, što je bio slučaj u predmetu *Karabeioglu protiv Türkiye*, br. 30083/10, 07.06.2016. (u kojoj je nadzor bio zasnovan na sumnji nakon pronalaska dokaza tokom pretresa), ali ne u predmetu *Kvasnica protiv Slovačke*, br. 72094/01, 09.06.2009. (u kojoj mjera nije bila zasnovana na bilo kakvoj konkretnoj sumnji protiv podnosioca predstavke i nije imala određenu svrhu) niti u predmetu *Potoczka i Adamčo protiv Slovačke*, br. 7286/16, 12.01.2023. (u kojoj nalog nije sadržao nikakvo obrazloženje osim pozivanja na zahtjev tužilaštva i lažnog nalaza da je s obzirom na taj zahtjev, pribavljanje potrebnih dokaza na drugi način bilo neefektivno ili nemoguće);
- *druga manje nametljiva sredstva nisu se mogla koristiti* za potrebe istrage, što je izgleda bio slučaj u predmetu *Matanović protiv Hrvatske*, br. 2742/12, 04.04.2017. jer u tom predmetu nije dato nikakvo relevantno obrazloženje, već samo formalna izjava o ovlaštenju;
- *efikasno su primjenjivani* u konkretnim okolnostima slučaja, što nije bio slučaj u predmetu *Bâlteanu protiv Rumunije*, br. 142/04 od 16.07.2013, gdje – uprkos zakonskim odredbama koje uređuju kontrolu nad mjerama nadzora, sudovi nisu dali sveobuhvatan odgovor na ponovljene prigovore podnosioca predstavke o zakonitosti datog ovlaštenja za te mjere i tačnosti transkripata napravljenih snimaka. Umjesto toga, oni su samo primijetili da je izvještaj koji je sačinio tužilac o snimcima, zajedno sa trakama, priložen sudskom spisu i prihvatili su ne dovodeći u pitanje odbijanje tužioca da dostavi ovlaštenje;
- posebna upotreba ovlaštenja za nadzor *ne bi trebalo da bude nesrazmjerna*, kao što je utvrđeno u predmetu *Uzun protiv Njemačke*, br. 35623/05, 02.09.2010, gdje je GPS nadzor vršen u relativno kratkom vremenskom periodu (oko tri mjeseca) i uticao je na podnosioca predstavke u suštini samo vikendom i kada je putovao samo u određenom automobilu, što nije bio slučaj u predmetu *Sedletska protiv Ukrajine*, br. 42634/18, 01.04.2021, gdje je postojalo

(a) jedno ovlaštenje za prikupljanje širokog spektra zaštićenih komunikacionih podataka novinarku u vezi sa njenim ličnim i profesionalnim kontaktima tokom perioda od šesnaest mjeseci, uključujući vrijeme i trajanje njene komunikacije i telefonske brojeve njenih kontakata koji bi eventualno mogli da sadrže informacije koje se mogu identifikovati u vezi sa njenim povjerljivim izvorima koji nisu bili od važnosti za krivični postupak u vezi sa navodnim nedoličnim ponašanjem osumnjičenog i

(b) drugo ovlaštenje koje dozvoljava pristup njenim objavljenim podacima o

geolokaciji za isti period koji su tamo mogli biti registrovani u više navrata, a koji nisu bili relevantni za predmet koji je bio pod istragom . Ostala je značajna neizvjesnost da li su bilo kakve informacije bile relevantne u vezi sa postupkom protiv osumnjičenog.

Utvrđeno je da upotreba u krivičnom postupku video snimaka napravljenih spontano i bez ikakve intervencije ili pomoći vlasti nije dovela do povrede člana 8. u predmetu *Sarbu protiv Rumunije*, br. 34467/15, 28.03.2023. gdje su se ovi snimci odnosili na dva izolovana incidenta, pronađeni su tokom pretresa i taj postupak je podnosiocu predstavlja pružio dovoljne garancije.

Ne postoji obaveza davanja upozorenja unaprijed svakome ko bi mogao da postane predmet mjera nadzora jer bi to moglo ozbiljno da ugrozi uspjeh sprovođenja mjera nadzora otkrivanjem resursa onih koji je preduzimaju i obima već prikupljenih informacija; *Mersch i drugi protiv Luksemburga* (odl.), br. 10439/83, 10.05.1985.

Međutim, *potrebno je obavještavanje onih koji su bili predmet mjera nadzora nakon njegovog okončanja* u cilju obezbjeđivanja djelotvornog pravnog lijeka protiv svake zloupotrebe ovlašćenja u pitanju; *Roman Zakharov protiv Rusije* [GC], 47143/06, 04.12.2015, u st. 298. Ovo se ne odnosi samo na stranke u predmetnom krivičnom postupku, već i na ona lica čije su komunikacije presretnute, ali nisu bila stranke u postupku jer nisu osumnjičena ili optužena za umiješanost u neko krivično djelo. U nedostatku takvog obavještenja, Evropski sud je odlučio u predmetu *Contrada protiv Italije* (br. 4), br. 2507/19, 23.05.2024. da neće postojati adekvatne i djelotvorne garancije protiv zlostavljanja za takva lica koja su bila podvrgnuta mjeri presrijetanja jer se nije mogao podnijeti zahtjev sudskom organu za efektivno preispitivanje zakonitosti i neophodnosti mjere i dobijanje odgovarajuće pravne pomoći, zavisno od slučaja.

Pored toga, *prikupljanje i skladištenje digitalnih slika osoba i njihova upotreba za izdvajanje i obradu biometrijskih podataka o ličnosti tih osoba uz pomoć tehnologije prepoznavanja lica* da:

(a) identifikuje lica na osnovu fotografija i video snimka objavljenih u aplikaciji za razmjenu poruka;

(b) da locira lica i uhapsi nije se smatralo neophodnim u demokratskom društvu u predmetu *Glukhin protiv Rusije*, br. 11519/20, 04.07.2023, kada se radilo o postupku za prekršaj koji se sastojao od održavanja samostalne demonstracije bez prethodne najave, koja je bila potpuno mirna.

Pored toga, Evropski sud je u predmetu *Glukhin* posumnjao da zakonska odredba koja je uključena ispunjava *uslove kvaliteta zakona* pošto:

- (I) je bila *široko formulisana* bez ikakvih instanci restriktivnog tumačenja i primjene;
- (II) je *dozvolila obradu biometrijskih podataka o ličnosti* – uključujući njihovu obradu uz pomoć tehnologije za prepoznavanje lica – u vezi sa bilo kojim sudskim postupkom;
- (III) je imala *ograničenja* u pogledu prirode situacija koje bi mogle dovesti do upotrebe takve tehnologije, predviđenih namjena, kategorija ljudi koji bi mogli biti ciljani ili obrade osjetljivih podataka o ličnosti; i
- (IV) nije se činilo da postoje nikakve *proceduralne garancije* kao što su one u vezi sa autorizacijom, ispitivanjem, korišćenjem i čuvanjem dobijenih podataka, nadzornim kontrolnim mehanizmima i pravnim lekovima, odnosno zahtjevima koji se generalno primjenjuju na mjere nadzora.

6.1. NAKNADNA UPOTREBA

Evropski sud nije smatrao bitnim u predmetu *Škoberne protiv Slovenije*, br. 19920/20, 15.02.2024. da je u cilju utvrđivanja povrede člana 8, u naknadnom krivičnom postupku bilo vrlo ograničeno korišćenje svih podataka koje su pribavili organi za sprovođenje zakona, a zatim obradili, čuvali i ispitali.

Međutim, u predmetu *Aydin Sefa Akay protiv Türkiye*, br. 59/17, 23.04.2024, Evropski sud je presudio da ne može zanemariti činjenicu da su pretresom kuće osobe koja uživa diplomatski imunitet pronađeni određeni materijali, poput računara i mobilnih telefona, koji su kasnije korišćeni u krivičnom postupku protiv te osobe i na taj način postali dio optužnice. U tom slučaju, podnosilac predstavke je bio međunarodni sudija i Evropski sud je naglasio da je njegova kuća bila predmet pojačane zaštite, slične onoj koja se pruža pretresima advokatske kancelarije u sudskoj praksi Suda prema članu 8.

6.2. SAMOOPTUŽIVANJE

Zahtjev za pružanjem informacija ili materijala ne bi trebalo da bude nametnut kada bi to predstavljalo kršenje prava protiv samooptuživanja, za šta Evropski sud smatra da „leži u srcu pojma pravičnog postupka prema članu 6.“, iako to nije posebno pomenuto u njemu; predmet *Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 19187/91, 17.12.1996, u st. 68.

Osobe će se smatrati inkriminisanom ne samo kada izjava ili dokument koji je u pitanju uključuje *priznanje krivičnog djela ili je na drugi način direktno inkriminiše*, već i tamo gdje *oslobađajući dio pruža informacije koje se kasnije mogu primijeniti* u krivičnim postupcima u prilog predmetima optužbe, npr. da protivrječi ili dovede u sumnju druge izjave optuženog ili dokaze koje je on/ona dao tokom suđenja ili da na neki drugi način podriva njegov kredibilitet; predmet *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 50541/08, 13.09.2016, u st. 268.

Pored toga, pravo protiv samooptuživanja *neće biti negirano javnim interesom* u borbi protiv složenih prevara (kao što se tvrdilo u predmetu *Saunders protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 19187/91, 17.12.1996.), rješavanje problema bezbjednosti i javnog reda (kao što se tvrdilo u predmetu *Heaney i McGuinness protiv Irske*, br. 34720/91, 21.12.2000.) ili traženje povraćaja duga (kao što je tvrđeno u predmetu *Marttinen protiv Finske*, br. 19235/03, 21.04.2009.).

Pravo protiv samooptuživanja biće *prekršeno bilo kojim zahtjevom da se predaju dokazi ili da se obezbijede informacije koje su podržane krivičnim kaznama za neispunjavanje tog zahtjeva*, poput:

- *akumulacije odgovornosti* u predmetu *Funke protiv Francuske*, br. 10828/84, 25.02.1993. za plaćanje novčane kazne zbog odbijanja da se dostave izvodi za bankovne račune koje podnosilac predstavke drži van zemlje;
- *zatvaranja* u predmetu *Heaney i McGuinness protiv Irske*, br. 34720/91, 21.12.2000. zbog propusta da se pruže informacije o tome gdje se podnosioci predstavke nalazili u određeno vrijeme;
- *akumulacije odgovornosti* u predmetu *J.B. protiv Švajcarske*, br. 31827/96, 03.05.2001. za plaćanje novčane kazne zbog odbijanja da se podnesu dokumenta koja bi pružila informacije o prihodima podnosioca predstavke u cilju utvrđivanja njegovih poreza u vezi sa postupkom za utaju poreza koji je pokrenut protiv njega; i

- zatvora ili novčane kazne u predmetu *Shannon protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 6563/03, 04.10.2005. zbog nedolaska da pruže informacije finansijskim istražiteljima koji traže da uđu u trag imovinskoj koristi stečenoj kriminalom u vezi sa događajima u vezi sa kojima je podnosilac predstavke već bio optužen za krivična djela.

7. PRITVOR PRIJE POČETKA SUĐENJA

Dokazi prikupljeni elektronskim putem mogu poslužiti kao osnov utvrđivanja postojanja *osnovane sumnje* počinjenog krivičnog djela koje je potrebno kad god se donese odluka o određivanju pritvora licu prije bilo kakvog suđenja. Ovo postavlja *prag* za koji se ne može pretpostaviti da je dostignut. Pristup elektronskom dokazu i njegova dostupnost takođe su bili osnov za ocjenu materijalnog uslova prilikom utvrđivanja da li su postignute određene *proceduralne garancije* u vezi sa lišavanjem slobode.

7.1. OSNOVANA SUMNJA

Član 5(1)(c) Evropske konvencije zahtjeva da postoji osnovana sumnja da su osobe počinile krivično djelo kada su uhapšene ili im je određen pritvor radi njihovog privođenja nadležnom pravosudnom organu.

Kao što je Evropski sud jasno stavio do znanja u mnogim predmetima *Sumnja će biti „razumna“* kada postoje *činjenice ili informacije koje bi zadovoljile objektivnog posmatrača* da su određene osobe mogle počiniti krivično djelo, imajući u vidu sve okolnosti; vidjeti, npr., predmet *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana*, br. 15172/13, 22.05.2014, u st. 87-88.

Međutim, takođe je naglasio da ti dokazi *ne moraju biti dovoljni da bi se omogućilo podizanje optužnice ili da bi se opravdala osuda* jer svrha ispitivanja ovih dokaza tokom pritvora prema članu 5(1)(c) je da se unaprijedi krivična istraga potvrđivanjem ili otklanjanjem konkretne sumnje koja je osnova za hapšenje; predmet *Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 14310/88, 28.10.1994, u st. 55.

Takva osnovana sumnja je takođe potrebna ako bi izricanje bilo koje preventivne mjere koja uključuje lišenje slobode (tj. pritvor/zadržavanje prije suđenja) bilo u skladu sa članom 5(3) i to je takođe slučaj za izricanje bilo kojeg manje strogog oblika preventivne mjere, kao i kada se nametanje bilo koje od ovih mjera nastavlja nakon njihovog prvobitnog izricanja.

Međutim, *što duže traje pritvor, to će dokazi biti još zahtjevniji koji su potrebni da se osnovana sumnja potvrdi da i dalje postoji*; *Labita protiv Italije* [GC], br. 26772/95, 06.04.2000.

Evropski sud je primijetio u predmetu *Svetina protiv Slovenije*, br. 38059/13, 22.05.2018, u st. 50, ne izražavajući zabrinutost, moguću ulogu koju su imali nezakonito dobijeni podaci sa mobilnog telefona osobe u početnoj fazi postupka koji je doveo do njegovog lišavanja slobode. Međutim, u tom slučaju je fokus bio samo na pravičnosti njegove osuđujuće presude, a nezakonito dobijeni podaci nisu korišćeni da se to obezbijedi.

7.2. DOSTIZANJE PRAGA

Do sada se suština dokaza dobijenih elektronskim putem na koje se poziva – uključujući aplikacije za razmjenu poruka, snimke telefonskih razgovora i *post-ove* na društvenim mrežama – nije smatrala dovoljno snažnom da zadovolji prag postavljen prethodnim razmatranjima.

Dakle, postojao je samo jedan predmet, *Ahmet Husrev Altan protiv Turske*, br. 13252/17, 13.04.2021. godine, u kojoj je Evropski sud istakao da bi pominjanje imena osobe među onima koji su uključeni u ilegalnu organizaciju – što se dogodilo u transkriptu razgovora u aplikaciji za razmjenu poruka – *moglo potencijalno da izazove sumnje* i na taj način opravdavajući nastavak pritvora tog lica. Međutim, to nije moglo predstavljati odlučujući faktor u tom slučaju, jer se činilo da ti dokazi nisu posebno uzeti u obzir kada su relevantne odluke u vezi sa pritvorom te osobe zaista donošene.

S druge strane, postojao je niz slučajeva u kojima standard dokaza koji je potreban za potrebe člana 5(1)(c) *definitivno nije ispunjen*.

Dakle, u dva predmeta – *Sabuncu i drugi protiv Turske*, br. 23199/17, 10.11.2020. i *Şik protiv Turske (br. 2)*, br. 36493/17, 24.11.2020. – Evropski sud je smatrao da sadržaj post-ova na društvenim mrežama spada u legitimne granice slobode sumnje i ne može predstavljati ništa drugo osim puke sumnje da su dotične osobe počinile krivična djela širenja propagande u ime terorističkih organizacija ili pomaganja tim organizacijama.

Pored toga, u drugom predmetu – *Selahattin Demirtaş protiv Turske (br. 2)* [GC], br. 14305/17, 22.12.2020. – Evropski sud je ocijenio da zapisi o presretnutim telefonskim razgovorima ne mogu da predstavljaju činjenicu koja opravdava sumnju da je podnosilac predstavke bio zadužen za političko krilo ilegalne organizacije. Ovo se posebno odnosilo na navodno davanje instrukcija u tim razgovorima da se učestvuje u programu organizovanom u okviru Saveta Evrope mnogo godina prije njegovog pritvora prije početka suđenja.

Takođe, Evropski sud je utvrdio da je lišenje slobode nezakonito u predmetu *Mehmet Hasan Altan protiv Turske*, 13237/17, 20.03.2018, čime je praktično podržao stav Ustavnog suda Turske, da sadržaj poruka koje su razmijenili osumnjičeni članovi ilegalne organizacija putem aplikacije za razmjenu poruka ne može se samo po sebi smatrati značajnim indikacijama da je neko drugi počinio to krivično djelo. S obzirom na taj nalaz, Evropski sud nije smatrao potrebnim da se izjasni o žalbi podnosioca predstavke o nedostatku osnovane sumnje da je počinio krivično djelo.

U predmetu *Baş protiv Turske*, br. 66448/17, 03.03.2020, koji se odnosio na istu aplikaciju za razmjenu poruka, Evropski sud nije našao za shodno da se pozabavi presudom Ustavnog suda Turske da je trebalo tretirati njeno korišćenje ili instaliranje u cilju korišćenja od strane istražnih organa kao dokaz o povezanosti sa dotičnom ilegalnom organizacijom, budući da nije bilo objašnjenja kako su takvi dokazi pribavljeni nekoliko mjeseci nakon određivanja prvobitnog pritvora podnosioca predstavke, mogli da predstavljaju osnov za osnovanu sumnju da je počinio djelo za koje je optužen.⁷

Međutim, Evropski sud je kasnije naglasio u predmetu *Akgün protiv Turske*, br. 19699/18, 20.07.2021. da u principu, *sama činjenica preuzimanja ili korišćenja sredstava šifrovane komunikacije* (ili upotreba bilo kog drugog metoda zaštite privatne prirode razmijenjenih poruka) ne može sama po sebi da predstavlja dokaze koji mogu da zadovolje objektivnog posmatrača da se radi o nezakonitij ili kriminalnoj aktivnosti.

Kao rezultat toga, Evropski sud će smatrati da bi tek onda kada je korišćenje šifrovanog

⁷ Slično, u predmetu *Başer and Özçelik protiv Türkiye*, br. 30694/15, 13.12.2022, prvobitni pritvor podnosioca predstavke nije mogao biti opravdan pozivanjem na dokument na USB stiku koji je pronađen tokom pretresa, jer su ti dokazi izneti tek dugo nakon toga.

komunikacionog alata podržano drugim dokazima o tom korišćenju – na primjer, sadržajem razmijenjenih poruka ili kontekstom takve razmjene – bilo moguće govoriti o dokazima koji bi objektivnog posmatrača mogli uvjeriti da postoje razumni razlozi za sumnju da je pojedinac koji koristi to sredstvo komunikacije član kriminalne organizacije.

Ovaj pristup je u skladu sa prihvatanjem od strane Evropskog suda u predmetu *Engels protiv Rusije*, br. 61919/16, 23.06.2020, u st. 30 da su informacione tehnologije *sredstvo skladištenja i pristupa sadržaju i ne mogu se poistovjetiti sa samim sadržajem*, bez obzira na to kakav je njegov pravni status.

Pored toga, u predmetu *Akgün*, Evropski sud je takođe podvukao da informacije koje su dostavljene o takvoj upotrebi moraju biti *dovoljno precizne* da bi se moglo zaključiti da je dotični sistem za razmjenu poruka u stvari bio namijenjen za upotrebu samo od strane članova kriminalne organizacije.

Međutim, ispostavilo se da ovaj zahtjev u ovom slučaju nije ispunjen. Konkretno, Evropski sud je smatrao da dokument u kojem se zaključuje da je podnosilac predstavke koristio određenu aplikaciju za bezbjednu razmjenu poruka nije precizirao i nije naveo bilo kakvu nezakonitu aktivnost sa njegove strane jer nije identifikovao ni datume ove pretpostavljene aktivnosti niti njenu učestalost, i nije sadržao nikakve dodatne detalje. Pored toga, Evropski sud je istakao da ni ovaj dokument ni naredba o određivanju pritvora prije suđenja nisu objasnili kako bi ova pretpostavljena aktivnost podnosioca predstavke ukazivala na njegovo članstvo u terorističkoj organizaciji.

Elektronski dokazi takođe mogu biti važni u *opovrgavanju postojanja osnovane sumnje*, kao što se može vidjeti u predmetu *Ayyubadze protiv Azerbejdžana*, br. 6180/15, 02.03.2023. Ovo se odnosilo na hapšenje podnosioca predstavke zbog navodnog izvršenja krivičnog djela otpora ili nasilja nad javnim službenikom. Međutim, zaključivši da nije postojala osnovana sumnja da je on počinio ovo krivično djelo, Evropski sud je primijetio da je tužilaštvo bez sumnje prihvatilo tvrdnju da na kamerama za nadzor ne postoje sistemi za skladištenje memorije koji bi mogli podržati verziju podnosioca predstavke o događaju u pitanju.

Pored toga, kad god se osnovi za produženje pritvora prije početka suđenja nekog lica oslanjaju na autentičnost elektronskih dokaza, pravosudni organi će tada biti u *obavezi da pokažu njegov kredibilitet*. Ovo je naglasio Evropski sud u predmetu *Selahattin Demirtaş protiv Turske (br. 2)* [GC], br. 14305/17, 22.12.2020, u kojoj je konstatovao da domaći sudovi nisu tražili da provjere autentičnost zapisnika o presretnutim telefonskim razgovorima koje im je dostavio javni tužilac, iako ih je smatrao nedovoljnim pod pretpostavkom da su pouzdani.

7.3. PROCEDURALNE GARANCIJE

Ustanovljeno je da je *jednakost stranaka* potrebna gdje se osporava zakonitost pritvora u fazi prije suđenja u skladu sa članom 5(4) Evropske konvencije.

7.3.1 Pristup dokazima

Princip jednakosti strana, međutim, neće biti osiguran ako se *uskrati pristup onim dokumentima u istražnom dosijeu* koji su neophodni za ovu svrhu. Iako postoji potreba za efikasnim vođenjem krivičnih istraga što može značiti da se dio tih informacija može čuvati

u tajnosti kako bi se spriječilo da osumnjičeni manipulišu dokazima i potkopavaju tok pravde, ovaj cilj se ne može ostvariti na račun značajnih ograničenja prava odbrane.

Zahtjev za takav pristup se podjednako odnosi i na dokaze prikupljene elektronskim putem.

Tako, u predmetu *Akgün protiv Turske*, br. 19699/18, 20.07.2021, utvrđeno je da je došlo do povrede člana 5(4) kada podnosiocu predstavke tokom trajanja pritvora prije početka suđenja nije saopšteno da se njegovo ime nalazi na crvenoj listi korisnika određene aplikacije za razmjenu poruka. Pošto je ovo bio jedini dokaz na kome je zasnovano rješenje o njegovom pritvoru prije početka suđenja, ni podnosilac predstavke ni njegov advokat nisu imali dovoljno znanja o suštini ovih dokaza, dostupnih isključivo tužilaštvu, koji su bili od presudnog značaja za osporavanje njegovog pritvora.

Bez obzira na to, neće biti povrede člana 5(4) ako se ne može dokazati da su ovi dokazi bili relevantni za dovođenje u pitanje osnova za lišenje slobode osumnjičenog i da je pristup zapravo bio odbijen u svrhu osporavanja njegove zakonitosti.

Ispostavilo se da je to situacija u predmetu *Falk protiv Njemačke* (odl.), br. 41077/04, 11.03.2008. Dakle, na prvom mjestu, uzet je u obzir dokazni materijal koji je branilac podnosioca predstavke podnio radi osporavanja naloga za hapšenje nakon što je imao pun pristup određenim zaplijenjenim podacima sačuvanim na CD-ROM-ovima, serveru i hard disku računara, nije sadržavao elemente koji bi doveli u pitanje sumnju protiv podnosioca predstavke. Drugo, smatralo se da podnosilac predstavke nije uspio da dokaže da bi bilo koji takav materijal kome pristup nije bio odobren zbog kvara na hard-disku doveo u pitanje sumnju protiv njega da ga je primio ranije i da bi tako igrao ulogu u njegovom osporavanju naloga za hapšenje.

7.3.2 Navođenje razloga

Pored toga, Evropski sud je prihvatio stav u predmetu *Ugulava protiv Gruzije*, br. 5432/15, 9.02.2023., da tamo gdje nacionalni zakon zahtjeva pisane razloge za određivanje ili nastavak pritvora prije suđenja, dostupnost i pristup audio snimku u kojem je odbijen zahtjev za puštanje na slobodu može nadoknaditi nedostatak pisane odluke u kojoj su jasno vidljivi razlozi koji su, u očima sudije, opravdavali određivanje pritvora prije suđenja. Ovo je zato što su podnosilac predstavke i njegovi advokati mogli, u postupku za traženje njegovog puštanja na slobodu, da imaju pristup tom snimku i da ga koriste u postupku.

8. OSNOV ZA OSUĐUJUĆU PRESUDU

Ovo poglavlje prvo razmatra opšte zahtjeve koji proizilaze iz prava na pravično suđenje iz člana 6 stav (1) Evropske konvencije u vezi sa upotrebom dokaza za potkrjepljenje presude prije razmatranja specifičnih aspekata koji se odnose na njenu dokaznu vrijednost, prihvatljivost, objelodanjivanje i ispitivanje svjedoka, kao i korišćenje elektronskog pribavljanja dokaza za otklanjanje nedostataka koji se odnose na druge dokaze ili za utvrđivanje da takvi dokazi nisu prikupljeni nepropisno.

8.1. DOKAZI UOPŠTE

Propust da se pravilno procijeni određena dokazna vrijednost pojedinog dokaza na koje se oslanja presuda dovesti će do povrede člana 6(1) Evropske konvencije.

Međutim, ova odredba, iako garantuje pravo na pravično suđenje, ne postavlja nikakva pravila o prihvatljivosti dokaza. Kao što je Evropski sud ponovio u predmetu *Yüksel Yalçınkaya v. Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023, u stavu 302, ovo je prvenstveno pitanje za odličivanje kroz nacionalno pravo i nacionalne sudove.

Kao rezultat toga, postoji konzistentan pristup Evropskog suda u pogledu toga da li određeni dokazi mogu biti prihvatljivi i time pružiti neke ili jedine osnove za osuđujuću presudu, treba da se bavi samo time da li je postupak u cjelini bio pravičan, a time i kompatibilan sa garancijom pravičnog suđenja.

Prihvatanje i uvrštavanje u dokaze *izjava dobijenih kao rezultat torture ili drugog zlostavljanja* kršenjem člana 3. Evropskog suda u cilju utvrđivanja relevantnih činjenica u krivičnom postupku *automatski će čitav postupak u cjelini učiniti nepravičnim*. Ovo je nezavisno od dokazne vrijednosti izjava i bez obzira na to da li je njihovo korišćenje bilo presudno u obezbjeđivanju osuđujuće presude.

Međutim, što se tiče prihvatljivosti dokaza koji nisu tako pribavljeni, Evropski sud će se stoga usredsrijediti na to da li su ispoštovana prava odbrane, a posebno na faktore kao što su:

- a. bilo kakva *nezakonitost* u načinu na koji su određeni dokazi mogli biti pribavljeni;
- b. kvalitet dokaza, uključujući i to da li okolnosti u kojima su dokazi dobijeni dovode u sumnju njihovu *pouzdanost ili tačnost*;
- c. *mogućnost da se dovedu u pitanje* autentičnost i pouzdanost dokaza i da se usprotivi njihovom korišćenju;
- d. *mogućnost da se ispituju* svi relevantni svjedoci; i
- e. *dobrovoljnost bilo kakvih priznanja* koje je dao optuženi.

Pitanje pravičnosti neće se nužno pojaviti kada dokazi čija se prihvatljivost osporava nisu *potkrjepljeni drugim materijalom ili drugim dokazom*. U takvim slučajevima, Evropski sud je u više navrata naglašavao da, tamo gdje su dokazi veoma jaki i ne postoji rizik da budu nepouzdana, potreba za potkrjepljujućim dokazima je shodno tome slabija; vidjeti, npr. predmet *Bosak i drugi protiv Hrvatske*, br. 40429/14, 06.06.2019, st. 83.

Ipak, to ne znači da Evropski sud neće naglasiti postojanje drugih pratećih dokaza kada nije našao neopravdanim odbijanje osporavanja određenih dokaza koji su odlučujući. Na primjer, u predmetu *Fejzulla i Mazreku protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* (odl.), br. 23065/07, 31.05.2011, ukazao je na postojanje i drugih potkrjepljujućih dokaza protiv optuženog, osim video snimka koji je bio sporan.

Potreba da se procijeni dokazna vrijednost dokaza i da se razmotre različiti faktori koji mogu učiniti oslanjanje na njih nepravednim važi i za dokaze dobijene elektronskim putem kao i za bilo koji drugi oblik dokaza. Nedostaci u ovom pogledu doveli su do toga da Evropski sud utvrdi povredu člana 6(1) u određenom broju predmeta.

8.2. DOKAZNA VRIJEDNOST

Iako je potencijalna dokazna vrijednost elektronskih dokaza u određenim slučajevima već pomenuta, to ne znači da ona uvijek *može da utvrdi bilo šta materijalno u vezi sa pitanjima koja će se utvrditi u određenom postupku ili čak da doprinese tome.*

Odbrana bi stoga trebalo da bude u mogućnosti da ospori dokaznu vrijednost bilo kog elektronskog dokaza na koji se poziva u prilog osuđujuće presude, čak i ako se njegova prihvatljivost ne osporava. Vidjeti, npr., *Shuvalov protiv Estonije* (odl.), br. 39820/08, 30.03.2010, u kojem je puštanjem audio zapisa u sudnici data mogućnost odbrani da tvrdi da je djelo učinjeno kao posljedica podstrekavanja.

Pored toga, od suštinske je važnosti da sud pravilno procjeni *dokaznu vrijednost svakog elektronskog dokaza* koji je izveden u prilog optužbe. Ovo se ne može pretpostaviti iz činjenice da je osuđujuća presuda izrečena u konkretnom slučaju, već se mora pokazati u obrazloženju koje je do nje dovelo.

To nije bila situacija u predmetu *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana* (br. 2), br. 919/15, 16.11.2017. u vezi sa stavom nacionalnih sudova da su određene objave objavljene na blogu i društvenim medijima pokazale namjeru da se organizuju masovni neredi. Ovo je bilo u potpunosti u suprotnosti sa punim sadržajem post-ova, koji su samo prenosili ono što je podnosilac predstavke vidio i čuo, nudeći tumačenje događaja iz njegove sopstvene perspektive, bez ičega u njima što bi ukazivalo na to da je prekoračio granice zaštićenog političkog govora na pitanje od značajnog javnog interesa.

Slično, nije bilo adekvatnog objašnjenja u predmetu *Üçdağ protiv Türkiye*, br. 23314/19, 31.08.2021. o razlozima zbog kojih se dijeljenje dvije fotografije na društvenim mrežama mora tumačiti kao hvaljenje, odobravanje i ohrabivanje metoda koje podrazumijevaju prinudu, nasilje i prijetnje koje koristi teroristička organizacija.

Pored toga, u predmetu *Yüksel Yalçınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023, Evropski sud je primijetio nedostatak bilo kakve smislene rasprave u relevantnim presudama o tome kako bi upotreba bankovnog računa – naizgled zakonit čin koji je imao koristi od pretpostavke zakonitosti – mogao biti dokaz kriminalnog ponašanja, čak i na sporedan način. Kao rezultat toga, nacionalni sud je smatrao da je trebalo da se razjasni kako je to ojačalo njihov nalaz u vezi sa članstvom podnosioca predstavke u oružanoj

terorističkoj organizaciji, napominjući posebno da objašnjenje koje je on dao u vezi sa svojim bankarskim transakcijama nikada nije potvrđeno ili na drugi način rješavano od strane sudova.

Pored toga, za pravilnu procjenu će takođe biti *potrebno da se pokaže da su u potpunosti uzete u obzir sve tvrdnje odbrane u vezi sa zaključcima koje treba izvući iz bilo kog elektro-nskog dokaza koje je odbrana izvela.*

Ovo se nije dogodilo u predmetu *Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana (br. 2)*, br. 919/15, 16.11.2017. pošto je žalbeni sud u suštini zanemario činjenicu da slike na video snimku ne pokazuju nikakve sukobe između demonstranata i policije, što je u suprotnosti sa konkretnim činjeničnim tvrdnjama protiv podnosioca predstavke, i stvorile su ono što je bilo čisto hipotetička verzija događaja koju tužilaštvo nikada nije argumentovalo i koja nije potkrijepljena nikakvim postojećim dokazima. Odbacujući na takav način dokaze koji idu u prilog podnosiocu predstavke, Evropski sud je smatrao da je domaći sud stavio ekstremno i nedostižno teret dokazivanja na podnosioca predstavke, suprotno osnovnom zahtjevu da tužilaštvo mora da dokaže svoj stav i jedno od osnovnih načela krivičnog prava, naime, *in dubio pro reo*. Kao takva, ocjena dokaza od strane suda je bila očigledno nerazumna i doprinijela je zaključku da krivični postupak protiv podnosioca predstavke nije bio u skladu sa garancijama pravičnog suđenja.

Takođe je primjetno u tom slučaju da se prvostepeni sud oslonio na drugi video koji prikazuje sukobe između demonstranata i policije, ignorišući tvrdnju odbrane da se radi o događajima kada podnosilac predstavke nije ni bio prisutan u dotičnom gradu.

Slično, u predmetu *Yüksel Yalçinkaya protiv Türkiye [GC]*, br. 15669/20, 26.09.2023, se smatralo da je od suštinske važnosti da su sudovi riješili prigovore podnosioca predstavke u vezi sa istinitošću navoda o isključivoj upotrebi aplikacije za razmjenu poruka od strane članova ilegalne terorističke organizacije ili o njegovoj upotrebi te aplikacije u „organizacione” svrhe. S tim u vezi, njegovo korišćenje nije potkrijepljeno konkretnim činjeničnim nalazima, već je obuhvaćeno argumentom ekskluzivnosti, podržanom uglavnom tehničkim karakteristikama aplikacije – kao što su njena šifrovana priroda, posebne okolnosti potrebne za ulazak u komunikaciju sa drugim korisnicima, zahtjev za korišćenjem VPN-a i automatsko brisanje sadržaja, kao i dešifrovanih korisničkih profila i sadržaja, bez obzira što je bilo moguće preuzeti aplikaciju otprilike dvije godine bez ikakvog kontrolnog mehanizma, broj puta koliko se to dogodilo, a tehničke karakteristike su zajedničke sa drugim aplikacijama. Pored toga, nacionalna obavještajna agencija je donijela zaključke u vezi sa navodnom ekskluzivnom i organizacionom prirodom aplikacije za razmjenu poruka prvenstveno u vansudskom kontekstu i nisu ih temeljito ispitali sudovi.

U predmetu *Dan protiv Republike Moldavije (br. 2)*, br. 57575/14, 10.11.2020. smatrano je da *oslanjanje na izgubljeni video* kojim su snimljene specijalne radnje - operacije u vezi sa privođenjem optuženog prilikom utvrđivanja njegove krivice za traženje mita, *dodatno je pogoršalo nedostatke u ukupnoj procjeni dokaza u predmetu, bez obzira na to što ključni momenat – davanje novca kao predmet izvršenja davanja mita nije snimljen,*

8.3. PRIHVATLJIVOST

Pitanja relevantna za prihvatljivost elektronskih dokaza na način koji je u skladu sa pravom na pravično suđenje tiču se svake moguće upotrebe zlostavljanja, nezakonitog sticanja elektronskih dokaza, njihovog kvaliteta i pouzdanosti, mogućnosti osporavanja i suprotstavljanja njihovoj upotrebi i njihove dobrovoljnosti.

8.3.1 Zlostavljanje

Situacija koju je Evropski sud morao razmotriti u predmetu *Ćwik protiv Poljske*, br. 31454/10, 05.11.2020. bilo je postojanje radnji zlostavljanja lako postojanje tih radnji zlostavljanja a koje su u suprotnosti sa članom 3. Evropske konvencije možda generalno nije bilo povezana sa oslanjanjem na elektronske dokaze,

Naime u ovom slučaju, tužilaštvo se tokom suđenja podnosiocu predstavke pozivalo na dokaz- transkript snimljenih razgovora jedne osobe. Ovaj transkript je prvostepeni sud prihvatio i uvrstio ga u dokaze, nakon toga pozvao se na njega prilikom utvrđivanja činjeničnog stanja i utvrđivanja krivice i odgovornosti podnosioca predstavke. Izjave su snimljene dok je dotična osoba bila izložena zlostavljanju od strane članova organizovane kriminalne grupe, a što je u suprotnosti članu 3.

Činjenica da *su zlostavljanje vršila fizička (privatna) lica, a ne javni službenici* nije napravila nikakvu razliku u zaključku da je prihvatanje osporenog transkripta kao dokaza automatski učinilo postupak u cjelini nepravičnim, što je kršenje člana 6(1).⁸

8.3.2 Nezakonitost

Evropski sud nije utvrdio, da oslanjanje na elektronske dokaze u cilju donošenja osuđujuće presude , u situaciji kada su ti dokazi prikupljeni *bez osnova po nacionalnom zakonu* automatski dovodi do nepravičnosti suđenja u slučajevima koji se odnose na:

- snimak telefonskih razgovora (*Schenk protiv Švajcarske*, br. 10862/84, 12.07.1988.);
- korišćenje uređaja za prisluškivanje za snimanje razgovora (*Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 35394/97, 12.05.2000. i *P.G. i J.H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 44787/98, 25.09.2001.);
- pravljenje video-snimka (*Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), br. 63737/00, 26.09.2002.).

Iako nije postojala zakonska odredba koja bi dozvoljavala prikupljanje dokaza na ove načine, jedino je u predmetu *Schenk* postojala posebna zakonska zabrana da se to radi. Međutim, prikupljanje dokaza na ovaj način je u svim ostalim slučajevima bilo suprotno zvaničnoj praksi ili smjernicama.

Ipak, u predmetu *Khan* i *P.G. i J.H.* U nekim slučajevima, akcenat je stavljen na činjenicu da – za razliku od predmeta *Schenk* – snimci *nisu bili nezakoniti u smislu da su suprotni krivičnom zakonu*. Moguće je da bi se ovo moglo pokazati relevantnim za ocjenu u budućnosti od strane Evropskog suda o pravičnosti oslanjanja na elektronske dokaze kada su sredstva upotrijebljena za njihovo prikupljanje predstavljala krivično djelo.

8 Sudije Wojtyczek i Pejchal nisu se složili oko toga.

U procjeni pravičnosti oslanjanja na dokaze, važnost postojanja *mogućnosti da se ospori njihova autentičnost ili pouzdanost* je naglašeno u svim slučajevima osim u predmetu *Khan*, u kojima ovo nije osporeno. U svima je postojala i mogućnost suprotstavljanja upotrebi dokaza, iako je to bilo neuspješno.

U predmetu *Perry*, takođe je bilo moguće osporiti kvalitet video zapisa.

I u predmetima *Schenk* i *P.G. i J.H.*, određeni naglasak je stavljen na činjenicu da izvjesno oslanjanje na druge dokaze nema rizika da dokaz bude nepouzdan. Ovo se nije smatralo važnim u predmetu *Khan* s obzirom na to da je snimak priznat kao veoma jak dokaz i da je postojao.

U predmetu *Škoberne protiv Slovenije*, br. 19920/20, 15.02.2024, Evropski sud je ponovio svoj dugogodišnji stav da prihvatanje i korišćenje u sudskim postupcima dokaza pribavljenih kršenjem člana 8. ne mora nužno dovesti do nalaza o povredi člana 6.

Zaista, Evropski sud do sada nije smatrao nepravičnim nijedno suđenje u kojem je oslanjanje na dokaze prikupljene na način suprotan zahtjevima člana 8. dovelo do osuđujuće presude.

Dakle, iako je utvrđeno u predmetu *Dumitru Popescu protiv Rumunije (br. 2)*, br. 71525/01, 26.04.2007. da nisu ispunjene zaštitne mjere predviđene članom 8. za snimanje telefonskih razgovora, već se samo bavilo pitanjem pravičnosti suđenja iz perspektive navodnog neispunjavanja zahtjeva u nacionalnom pravu. S tim u vezi, samo je primjetio da podnosilac predstavke nikada nije negirao sadržaj spornih snimaka niti je osporio njihovu autentičnost, bilo pred nacionalnim sudovima ili pred Sudom. Pored toga, smatrao je prikladnim, kao u slučaju *Schenk*, da da prevagu težini činjenice da sporni snimci nisu predstavljali jedino sredstvo dokazivanja.

8.3.3 Kvalitet i pouzdanost

Elektronski dokaz treba smatrati nedovoljnim (neprihvatljivim) u svrhu dokazivanja bilo čega, u postupku na primjer, kada:

- je *kvalitet loš ili nepotpun*, kao npr.
 - priroda audio snimka na koji se poziva u predmetu *Mikhaylova protiv Ukrajine*, br. 10644/08, 06.03.2018. Osim ovih nedostataka, podnositeljka predstavke – koja je nastojala da se osloni na snimak kako bi potkrijepila svoje navode o ponašanju sudije na suđenju – nije dostavila transkript snimka, pa čak ni dijelova na koje se navodno oslanjala. Pored toga, nije objasnila pod kojim uslovima je snimak napravljen i njegov pravni status prema domaćem zakonu. Kao rezultat toga, Evropski sud je odbio da to uzme u obzir;
 - došlo je do nekog *editovanja ili manipulacije* sadržaja elektronskog dokaza, kao npr.
 - gdje je izvještaj vještaka razmatran u predmetu *Botea protiv Rumunije*, br. 40872/04, 10.12.2013. i gdje je utvrđeno da audio kasete koje su priložene kao dokaz nisu originalne i da mogu biti kopije, miješanja urađena sa ili bez namjere da se prikaže lažna stvarnost, ili su izmišljena, te je istakao da se glasovna identifikacija može izvršiti samo na originalnim snimcima koristeći istu opremu kao što je ona korišćena za snimanje;
 - montaža snimaka koja se navodi u predmetu *Taraneks protiv Letonije*, br. 3082/06, 02.12.2014, koja je opovrgnuta vještačenjem;

- je da se manipulacija zaista dogodila u predmetu *Batiashvili protiv Gruzije*, br. 8284/07, 10.10.2019. u vezi sa audio snimkom u cilju stvaranja sumnje u odnosu na podnosioca;
- postoji *nedostatak jasnoće u pogledu njegovog porijekla*, kao što :
 - su bile nejasne okolnosti u kojima je pronađen audio snimak i nije bilo objašnjenja o svrsi njegovog pravljenja ili o onima koji su odgovorni za to, kao u predmetu *Adzhigitova i drugi protiv Rusije*, br. 40165/07, 22.06.2021. Ovo je navelo Evropski sud da zaključi da audio snimak nepoznatih muškaraca ne predstavlja dovoljno vjerodostojan dokaz da bi poništio pretpostavku o otmici koja se dogodila;
 - postoje *i drugi nedostaci koji utiču na način prikupljanja*, kao npr.
 - navod koji nije potkrijepljen u predmetu *Khodorkovskiy i Lebedev protiv Rusije*, br. 11082/06, 25.07.2013. godine u pogledu mogućih neslaganja u dokumentima koji opisuju količinu podataka sadržanih na određenim čvrstim diskovima i netačnosti u pogledu tačne lokacije dotičnih računarskih servera;
 - stavljena je ozbiljna sumnja u predmetu *Ayetullah Ay protiv Turske*, br. 29084/07, 27.10.2020. u pogledu pouzdanosti i tačnosti dokaza koji su navodno pronađeni tokom pretresa gdje je (a) pretres izvršen uz zanemarivanje zakonske proceduralne garancije – prisustvo dva nezavisna svjedoka – što je posebno bilo važno kada je optuženi tvrdio da mu je namješteno i (b) da dokazi nisu navedeni kao oduzeti u zapisniku o pretresu i zaplijeni koji je naknadno dostavljen sudu, već su navedeni u drugom zapisniku o pretresu.

Pored toga, Evropski sud je podvukao u predmetu *Yüksel Yalçınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023. da u slučajevima kada prikupljanje ili obrada obavještajnih informacija *ne podliježe prethodnom nezavisnom odobrenju ili nadzoru, ili post factum sudskom preispitivanju*, ili kada nije praćeno drugim procesnim mjerama zaštite ili nije potkrijepljeno drugim dokazima, veća je vjerovatnoća da će njegova pouzdanost biti dovedena u pitanje.

Ovaj slučaj se odnosio na to da li je podnosilac predstavke koristio određenu šifrovanu aplikaciju za razmjenu poruka za koju se smatralo da je koriste članovi naoružane terorističke organizacije. Činjenica da u ovom slučaju domaći sudovi nisu izvršili bilo kakvu procjenu forenzičkih mjera predostrožnosti kako bi osigurali integritet i pouzdanost relevantnih podataka na koje se oslanjao da bi pokazali da je on koristio tu aplikaciju, značila je da Evropski sud sam nije bio u poziciji da procjeni da li su mjere u pitanju, kao što je dobijanje neobrađenih podataka sa servera aplikacije kao datoteke automatski kreirane od strane sistema za upravljanje relacionim bazama podataka otvorenog koda bez ikakve ljudske intervencije, što su kopirala dva imenovana eksperta u skladu sa standardima digitalne forenzike, u prisustvu sudije i sa napravljenim snimkom kamerom, pri čemu je pronalaženje neobrađenih podataka ograničeno na to da oni budu razumljivi kako bi se iz njih mogle izvući značajne informacije – predstavljali su dovoljne garancije integriteta i pouzdanosti.

S druge strane, prigovori u predmetu *Yüksel Yalçınkaya* na zakonitost, tačnost i pouzdanost određenih drugih komplementarnih sredstava za provjeru upotrebe aplikacije od strane podnosioca predstavke nisu smatrani odlučujućim jer (a) izvan zakonskog roka nije bilo koji se odnose na tehničku tačnost i (b) podnosilac predstavke nije iznio nikakve tvrdnje o manipulaciji ili bilo kakve opipljive lične podatke koji ukazuju na vezu sa njegovog telefona na IP adrese aplikacije.

Bez obzira na to, kako su okolnosti u kojima su podaci koji se odnose na prijavu preuzeti

prima facie izazvali sumnju u njihov „kvalitet“, u nedostatku konkretnih procesnih garancija koje bi trebalo da obezbijede njihov integritet do predaje pravosudnim organima, tada je postalo važno da se razmotri da li je podnosilac predstavke imao stvarnu priliku da ospori dokaze protiv sebe i da svoju odbranu vodi na efikasan način i ravnopravno sa tužilaštvom.

8.3.4 Izazovno i suprostavljeno korišćenje elektronskih dokaza

Kad god tužilaštvo nastoji da se osloni na elektronske dokaze, uvijek treba da postoji **moćnost da ospori njihovu autentičnost i pouzdanost i da se usprotivi njihovoj upotrebi.**

Svakako, kako se u nekim slučajevima pouzdanost ili tačnost elektronskih dokaza ne može osporiti (npr. *Pejkić protiv Hrvatske*, br. 49922/16, 17.01.2023.), i dalje mogu postojati razlozi zbog kojih optuženi želi da tvrdi da ne treba koristiti u postupku protiv njih zbog svoje nezakonitosti ili iz drugih razloga.

Dakle, postojanje *pravičnih postupaka za obje svrhe* Evropski sud će obično smatrati od suštinskog značaja za procjenu sveukupne pravičnosti suđenja.

Međutim, propust suda da se pozabavi prihvatljivošću određenih elektronskih dokaza ili dokaznom vrijednošću drugih takvih dokaza možda neće uvijek biti dovoljan da Evropski sud zaključi da je sveukupna pravičnost postupka narušena.

Tako će sigurno biti tamo gdje su postojali *drugi ubjedljivi dokazi o krivici optuženog* da bi bilo teško zamisliti čak i da su ta pitanja bila riješena, zaključak suda bi bio drugačiji.

Takva situacija se može vidjeti u *Victor Savitchi protiv Moldavije*, br. 81/04, 17.06.2008, u kojoj su sudovi u krivičnom gonjenju policijskog službenika za primanje mita propustili da se pozabave podnescima odbrane o prihvatljivosti pojedinih audio zapisa, kao i dokaznoj vrijednosti jednog od snimaka i jednog od dva video snimka *flagrante delicto*. Međutim, osnov za donošenje odluke o krivici u ovom predmetu je zasnovan na:

- učešću službenika u istrazi slučaja koji uključuje jednu od dvije osobe od kojih je traženo mito;
- svjedočenju dvojice davalaca mita da je policajac tražio mito; i
- na drugom snimku *flagrante delicto* se jasno vidi kako policajac umače prste u kriglu piva, očigledno pokušavajući da ispere tragove praha kojim su obilježene novčanice koje su mu predate i da izbací iz džepa košulje novčanice koje su bile obilježene prahom, a sporni snimak takođe jasno pokazuje da mu prilikom hapšenja policajca nije provjeren džep na košulji.

Pored toga, tamo gdje takvi postupci postoje, ali nisu korišćeni, žalba Evropskom sudu da je postupak koji je doveo do osude bio nepravedan zbog oslanjanja na dokaze koji nisu imali integritet, pouzdanost i autentičnost ili se na njih ne bi trebalo osloniti na drugi način. biće odbačen zbog toga što nije iscrpio domaće pravne lijekove kako to zahtjeva član 35(1) Evropske konvencije, kao što se desilo, na primjer, u predmetu *Knaggs and Khachik protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), br. 46559/06, 30.08.2011.

Međutim, *neotkrivanje određenih elektronskih dokaza ili postojanje ograničenja pristupa njima* – što se dalje razmatra u nastavku – može uticati na mogućnost da se ospori integritet određenih dokaza, kao što je priznato u predmetu *Yüksel Yalçınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023.

Biće važno da ne postoji samo prilika da se ospori autentičnost određenih elektronskih dokaza, već i to

- (a) *podnesci sa potkrijepljenom argumentacijom* u vezi sa tim pitanjem se zapravo ispituju, a što se činilo nije bilo u *predmetu Ilgar Mammadov protiv Azerbejdžana* (br. 2), br. 919/15, 16.11.2017, u st. 236, budući da su domaći sudovi u potpunosti prećutali navode da je tužilaštvo manipuliralo određenim video-dokazima. S druge strane, u *predmetu Bosak i drugi protiv Hrvatske*, br. 40429/14, 6.06.2019, u st. 81, sve sumnje odbrane u tačnost pojedinih audio snimaka prvostepeni sud je uredno ispitao i riješio, nadalje ispitao i potvrdio je i Vrhovni sud, koji je smatrao da su sve relevantne okolnosti slučaja pravilno utvrđene tokom suđenja.
- (b) ovi podnesci se *odbacuju samo obrazloženom odlukom*, kao što se dogodilo u predmetu *Fejzulla i Mazreku protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* (odl.), br. 23065/07, 31.05.2011.

Oslanjanje na elektronske dokaze uprkos činjenici što postoje sumnje u njihov integritet i autentičnost, i pritom se ne razriješe, nesumnjivo će navesti Evropski sud da zaključi da postupak nije bio u skladu sa zahtjevima pravičnog suđenja. Ovo je bila situacija u predmetu *Nitulescu protiv Rumunije*, br. 16184/06, 22.09.2015, u kojoj nije moglo biti vještačenja snimaka razgovora za koje se tvrdilo da nedostaju važni dijelovi, jer ni trake ni oprema za snimanje nisu dostavljeni sudu. Ovi propusti su dodatno pojačani time što je osoba koja je sama napravila snimke osporavala integritet transkripata i oslanjanje sudova na pisane izjave osoba koje zapravo nisu bile prisutne jednom od dotičnih razgovora.

U nekim slučajevima, *sud može biti u stanju da riješi osporavanje autentičnosti ili pouzdanosti elektronskih dokaza sopstvenim ispitivanjem ili jednostavnim testom*, kao što je korišćen u predmetu *Fejzulla i Mazreku protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* (odl.), br. 23065/07, 31.05.2011. godine. U tom slučaju, došlo je do osporavanja autentičnosti VHS reprodukcije originalnog video materijala snimljenog digitalnim kamerama o događajima na parkingu gdje je droga utovarena u kamion. Evropski sud nije našao zamjerku u odbijanju prvostepenog suda po zahtjevu optuženog da prihvati originalni video materijal, ne nalazeći osnova za sumnju u autentičnost reprodukcije. S tim u vezi, Evropski sud je primijetio da je dužina video materijala snimljenog na VHS kaseti i prihvaćenog na suđenju odgovarala dužini originalnog video materijala snimljenog digitalnim kamerama.

Pored toga, nedoumice u vezi sa sadržajem snimljenih razgovora takođe mogu biti riješene ako je optuženi imao *dovoljno prilike tokom suđenja da ispituje i unakrsno ispituje sve osobe sa kojima su vođeni razgovori*, kao što se dogodilo u predmetu *Taraneks protiv Letonije*, br. 3082/06, 2.12.2014.

Bez obzira na to, rješavanje izazova može zahtijevati *mogućnost stručnog pregleda* elektronskih dokaza izvedenih u predmetu.

Ovo će biti posebno kada se, na primjer, oslanja samo na transkripte za koje se tvrdi da ne pokrivaju u cjelini tok razgovora, kao što je bila situacija u predmetu *Vaduva protiv Rumunije*, br. 27781/06, 25.02.2014, u kojoj se navodi da je tužilac (a) propustio da predloži sudu sve transkripte određenih snimljenih razgovora i tako prikrio činjenicu da je podnosilac predstavke bio podstaknut na prodaju droge i (b) odbio da dozvoli vještačenje predmetnih audio traka. Ova razmatranja su dovela do zaključka Evropskog suda da je u

praksi bilo propusta da se obezbijede adekvatne zaštitne mjere za protivtežu svim poteškoćama koje je odbrani prouzrokovalo ograničenje njenih prava, posebno nemogućnost ispitivanja određenih svjedoka o čijim izvještajima i izjavama na kojoj se u značajnoj mjeri zasnivala osuda podnosioca predstavke.

Kada se tvrdi da je za procjenu elektronskih dokaza potrebna pomoć stručnjaka (kao što je glasovna identifikacija u vezi sa snimcima ili da bi se utvrdilo da li su autentični), ne bi trebalo da postoji neopravdano ili proizvoljno odbijanje da se izvrši takva procjena, kao što je u predmetima:

- *Groza protiv Rumunije*, br. 12889/19, 21.12.2021, gdje je to bila posljedica odbijanja suda da naloži kompaniji za društvene mreže da otkrije informacije o okolnostima oko naloga- profil na mreži, što je bilo potrebno kako bi vještak utvrdio da se radi o lažnom nalogu- profilu koji je kreiran u ime podnosioca zahtjeva. Čini se da su razlozi za odbijanje zahtjeva za izdavanje sudskog naloga za obezbeđivanje ove informacije samo bili u suprotnosti sa suštinom razloga koji stoje iza prethodne odluke da se vještaku dozvoli da više puta zahtjeva od kompanije i da se ignorišu činjenice koje je podnosilac predstavke naveo kao odlučujuće implikacije na sami slučaj; i
- *Beraru protiv Rumunije*, br. 40107/04, 18.03.2014, u kojoj su domaći sudovi svoju odluku zasnovali na snimcima osporene autentičnosti, a prvostepeni sud je promijenio prvobitni stav o neophodnosti tehničkog izvještaja radi utvrđivanja autentičnosti snimaka, smatrajući da je biti suvišni uprkos tehničkom izvještaju nacionalnog forenzičkog instituta u kojem se navodi da postoje sumnje u autentičnost snimaka.

Takođe ne bi trebalo biti odbijeno dati odgovor na zahtjev za nezavisno ispitivanje – čak i ako se samo objasni zašto takvo nezavisno ispitivanje nije smatrano neophodnim – što se smatra problematičnim u predmetu *Yüksel Yalçınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023, posebno s obzirom na nedostatak bilo kakvih konkretnih informacija u spisima predmeta koji bi ukazivali na to, da li su u vrijeme podnošenja pravosudnim organima ili naknadno, predmetni podaci u bilo kom trenutku bili podvrgnuti ispitivanju radi provjere njihovog integriteta. Ovo je bilo važno, s obzirom na suštinu zabrinutosti podnosioca predstavke da li je integritet podataka sačuvan netaknut prije primopredaje, a ne poslije. Pored toga, nisu razmotrene neke druge zabrinutosti u vezi sa obezbeđivanjem integriteta podataka.

Pored toga, kada tehnički izvještaj dovodi u sumnju autentičnost ili pouzdanost elektronskih dokaza, ne treba ga jednostavno zanemariti kao što se dogodilo u predmetu *Botea protiv Rumunije*, br. 40872/04, 10.12.2013.

U tom slučaju, uprkos važnosti određenih audio snimaka – koji su bili, ako ne jedini, barem odlučujući dokaz protiv podnosioca predstavke, bez kojih obezbeđivanje njegove osude ili ne bi bilo moguće ili bi ta mogućnost bila mala (sud promijenio prvobitni stav o neophodnosti tehničkog izvještaja kako bi se utvrdila autentičnost snimaka). Pored toga, uprkos tome što je dobio tehnički izvještaj u kojem se navodi da su postojale sumnje u autentičnost snimaka prije donošenja presude, sud se oslanjao na transkripte umjesto da ponovo otvori postupak kako bi omogućio strankama da iznesu svoja zapažanja na izvještaj. Pored toga, nije odgovoreno na tvrdnje podnosioca predstavke da mu nisu prezentovani transkripti kao dokaz i da stoga nije bio upoznat sa njihovim sadržajem. Takođe, sud nije puštao au-

dio snimke transkripata na glavnim pretresima u prisustvu optuženog niti je dao bilo kakav odgovor na njegove ponovljene pritužbe u vezi sa nezakonitošću snimaka.

Zaista, kad god postoji sumnja u stvarnost ili pouzdanost elektronskih dokaza, trebalo bi da postoji jasna i efektivna mogućnost da ih procijeni javni ili privatni centar nezavisno od onog koji ih je prikupio.

To nije bila situacija u predmetu *Dumitru Popescu protiv Rumunije* (br. 2), br. 71525/01, 26.04.2007. godine, u kojoj se može sumnjati u nezavisnost rumunske obavještajne službe – samog organa odgovornog za presrijetanje komunikacija, njihovo pisanje i potvrđivanje njihove autentičnosti.

Pored toga, *ne bi trebalo da postoji nepravednost u načinu na koji se vještaci biraju ili koji proizilazi ili iz njihove pristrasnosti ili zbog toga što jedan ili više njih mogu da igraju posebnu ili dominantnu ulogu u postupku.*

Ovo se navodno dogodilo u predmetu *Mirilashvili protiv Rusije*, br. 6293/04, 11.12.2008, ali je Evropski sud zaključio da to nije bio slučaj ni sa jednim od vještaka koji su imenovani da procjene da li je glas na snimcima telefonskih razgovora glas podnosioca predstave. Zaista, istakla je da je odbrana imala priliku da učestvuje u procesu imenovanja i ispitivanja vještaka i da su podnesci sopstvenih vještaka doveli do toga da je sud naručio još jedno ispitivanje dotičnih audio traka. Činjenica da određeni vještak nije imenovan nije bila značajna jer se za nju nije tvrdilo da je nezamjenljiva kao jedini stručnjak u oblasti fonetskih studija i imenovana je bila zamjena.

Međutim, može biti otvoreno za sud da zaključi da postoje *i drugi načini osim stručne procjene da se ispita pouzdanost određenih dokaza*, kao što je bila situacija na primjer u predmetu *Saçak v. Türkiye* (dec.), br. 18815/18, 30.08.2022. U tom slučaju, Evropski sud nije mogao da zaključi da je podnosilac predstavke postavio osnovu *prima facie* tvrdnje koja bi dovela u sumnju zaključak domaćih sudova da je korišćen određeni mobilni telefon od njega i nije mogao prihvatiti da je njegovo odbacivanje uporedne glasovne analize presretnutih poziva samo po sebi dovoljno da se zaključi da je podnosilac predstavke lišen svih sredstava neophodnih da se ovo pitanje podvrgne značajnoj kontroli. Tako je istakla da, iako su on i njegov advokat imali pristup audio kasetama presretnutih telefonskih poziva, nema naznaka da su pokušali da dobiju kopije istih ili da su tražili od prvostepenog suda da pusti te snimke tokom suđenja sa ciljem da se rasvijetli pitanje da li je dotične pozive uputio on ili ne.

U protivljenju upotrebi određenih elektronskih dokaza, možda će biti potrebno da postoji mogućnost osporavanja njihove zakonitosti kada bi to bilo relevantno za postupak u predmetnoj jurisdikciji, kao što je bilo moguće u predmetima *Fejzulla i Mazreku protiv „Bivše Jugoslovenske Republike Makedonije“* (odl.), br. 23065/07, 31.05.2011. i *Svetina protiv Slovenije*, br. 3805

8.3.5 Dobrovoljnost (nedostatak saglasnosti)

Nedostatak dobrovoljnosti(nedostatak saglasnosti) u načinu pribavljanja elektronskih dokaza, gdje ti dokazi predstavljaju osnovu za osuđujuću presudu, dovešće do toga da se suđenje smatra nepravednim.

Dakle, *upotreba psihološkog pritiska Allan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 48539/99, 05.11.2002. za dobijanje priznanja putem audio snimka, značilo je da se informacije koje su na taj način dobijene smatraju dobijenim protivno volji osumnjičenog i da je njihovo korišćenje na suđenju narušilo njegovo pravo na ćutanje i privilegiju protiv samooptuživanja. U tom slučaju, priznanja su dobijena upornim ispitivanjem doušnika koji je pred policijom, kanalisao razgovore sa okrivljenim u razgovore o navodnom krivičnom djelu u okolnostima koje bi se mogle smatrati funkcionalnim ekvivalentom ispitivanja, bez ikakvih zaštitnih mjera koje bi bile vezane za formalni policijski razgovor, uključujući prisustvo advokata i izricanje uobičajenog upozorenja.

8.3.6 Otkrivanje

Pravo na akuzatorno suđenje uključuje zahtjev da organi gonjenja objelodane odbrani sve materijalne dokaze koje posjeduju za ili protiv optuženog, a to uključuje i elektronske dokaze. Takvo objelodanjivanje će biti važno da bi odbrana mogla da testira njegovu prihvatljivost, integritet, pouzdanost, potpunost i vrijednost dokaza kao dio pripreme efikasne odbrane, ne samo kada bi elektronski dokaz o kome je riječ mogao da sadrži materijal koji bi doveo do oslobađajuće presude.

Međutim, kako je Evropski sud naglasio u predmetu *Yüksel Yalçinkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023, *elektronski dokazi se mogu uskratiti odbrani* u cilju, na primjer, zaštite informacija o detaljima tajnih policijskih operacija, osjetljivih informacija relevantnih za nacionalnu bezbjednost i prava drugih.

Ipak, uvijek mora postojati *odgovarajući postupak kojim se može pravilno procijeniti i relevantnost dokaza pribavljenih od strane organa gonjenja i neophodnost njihovog objelodanjivanja ili zadržavanja*.

Utvrđeno je da takav postupak ne postoji u predmetu *Matanović protiv Hrvatske*, br. 2742/12, 4.04.2017, čime je Evropski sud zaključio da je podnosilac predstavke bio spriječen da utvrdi da li dokazi koji su izuzeti iz spisa predmeta, a koji su bili u posjedu tužilaštva, (snimci na CD-u) mogu smanjiti kaznu ili bi doveli u sumnju obim njegove navodne kriminalne aktivnosti.

Svaku odluku o uskraćivanju dokaza trebalo bi da donese sudija u procesu koji odbrani pruža priliku da učestvuje u procesu odlučivanja u najvećoj mogućoj mjeri. Sudija mora da balansira između javnog interesa u neobjelodanjivanju dokumenata i važnosti dokumenata za pitanja koja su od interesa ili će vjerovatno biti od interesa za optuženog. To zahtjeva od sudije da analizira sadržaj materijala, a ne samo njihov tip, i utvrdi da li bi materijali o kojima je riječ bili od bilo kakve pomoći odbrani i da li bi njihovo objelodanjivanje, čak argumentovano, štetilo bilo kom javnom interesu koji se može identifikovati.

Utvrđeno je da se to nije dogodilo u predmetu *Mirilashvili protiv Rusije*, br. 6293/04, 11.12.2008, gdje je odluka suda da uskrati određeni materijal zasnovana na tipu materijala – odnosno materijalu koji se odnosi na operativne i istražne radnje – a ne na analizi

njegovog sadržaja. Stoga se činilo da nije analizirano da li bi ti materijali bili od bilo kakve pomoći odbrani i da li bi njihovo objelodanjivanje, barem argumentovano, štetilo bilo kom javnom interesu koji se može identifikovati. Ovo je bila posljedica važećeg zakonodavstva, koje je u apsolutnom smislu zabranjivalo objelodanjivanje dokumenata koji se odnose na ove aktivnosti i nije predviđalo bilo kakvo „balansiranje“ od strane sudije.

Neobjelodanjivanje materijala u ovom slučaju, koji se odnosi na način na koji su elektronski dokazi pribavljeni smatralo se faktorom za zaključak da je odbrana stavljena u ozbiljno nepovoljan položaj u odnosu na tužilaštvo, i to u pogledu ispitivanja veoma važnog dijela spisa predmeta, tako da se, s obzirom na važnost pojavljivanja u pitanjima krivičnog pravosuđa, predmetni postupak, u cjelini, ne može smatrati da ispunjava uslove „pravičnog saslušanja“.

U slučaju snimaka nadzora, član 6. Evropske konvencije ne zahtjeva da optuženi zapravo ima *pristup njihovim kopijama*. Ipak, postojao bi problem u poštovanju ove odredbe ako okrivljeni ne bi mogao efektivno da dobije ni transkripte ni kopiju snimaka prisluškivanih telefonskih poziva koji se koriste kao dokaz u postupku.

Pored toga, *davanje transkripta snimaka* od strane nezavisnog i nepristrasnog stručnjaka i *reprodukcije snimaka* na suđenju Evropski sud će vjerovatno smatrati protivtežom nemogućnosti odbrane da pribavi kopije snimaka, posebno ako se optuženom pruži velika prilika da uporedi transkripte sa reprodukovanim materijalom. Takvi transkripti treba da budu dostupni u dovoljnom vremenu kako bi se osiguralo da okrivljeni može na adekvatan način pripremiti svoju odbranu.

Svi ovi zahtjevi su ispunjeni u predmetu *Matanović protiv Hrvatske*, br. 2742/12, 4.04.2017. godine, tako da Evropski sud nije utvrdio nepravdičnost u postupku u vezi sa činjenicom da podnosiocu predstavke nisu dostavljene kopije snimaka tajnog nadzora na koje se pozivao za njegovu osudu.

Međutim, u predmetu *Beraru protiv Rumunije*, br. 40107/04, 18.03.2014, advokati optuženog nisu mogli da dobiju kopiju transkripata snimaka prisluškivanih telefonskih razgovora niti njihovu snimljenu kopiju koja je korišćena kao dokaz u spisu, što je bio osnov da Evropski sud zaključi da predmetni postupak, u cjelini, nije zadovoljio uslove pravičnog suđenja.

Vidjeti sličnu presudu u predmetu *Cevat Soysal protiv Turske*, br. 17362/03, 23.09.2014, u kojoj ga je nemogućnost podnosioca predstavke da ima pristup originalima audio traka telefonskih razgovora spriječila da efikasno ospori vjerodostojnost transkripata koji su mu dostavljeni.

S druge strane, u predmetu *İnal protiv Turske*, br. 28359/08, 18.01.2022, podnosiocu predstavke je dostavljena kopija CD-ova na kojima se nalaze audio zapisi i transkripti presretnutih telefonskih razgovora i u predmetu *Blagajac protiv Hrvatske*, br. 50236/16, 09.05.2023, Evropski sud nije smatrao vjerodostojnom tvrdnju da podnosilac predstavke nije znao za dosije koji sadrži sav materijal o nadzoru, koji je takođe utvrdio da nema dokaza da je tražio pristup ovom materijalu ili da je izjavio žalbu na nemogućnost da pristupi takvom materijalu.

U mjeri u kojoj je bilo koji dio elektronskog dokaza izgubljen ili uništen i stoga se ne može omogućiti odbrani, biće potrebno da se utvrdi – koliko je to moguće – da li je to

bilo namjerno. Smatralo se da to nije bila situacija u *predmetu Mirilashvili protiv Rusije*, br. 6293/04, 11.12.2008. Pored toga, gdje, kao u predmetu *Natunen protiv Finske*, br. 21022/04, 31.03.2009, odluka o uništavanju neotkrivenih dokaza – kao što su snimci telefonskih razgovora koji su eventualno mogli potkrijepiti nevinost optuženog – doneta je u toku prekrivične istrage, a da odbrani nije data mogućnost da učestvuje u procesu donošenja odluka, što je prouzrokovalo da dođe do povrede člana 6(1) kao i povrede člana 6(3)(b).

Pored toga, kada se žali da se određeni elektronski dokazi ne mogu izvesti kao podrška određenoj datoj odbrani okrivljenog lica, *moraće se utvrditi da su ti dokazi zaista postojali*. Vidjeti, npr., *Lyubchenko protiv Ukrajine* (odl.), br. 34640/05, 31.05.2016, gdje su istražni organi dosljedno negirali postojanje audio snimka razgovora sa optuženim, a nije bilo dokaza za suprotno.

Poseban pristup objelodanjivanju određenih materijala, zahtjeva se, kada postoji *veliki broj(masa) elektronskih podataka* koji su umiješani; Ovo je razmatrano u *predmetu Sigurður Einarsson i drugi protiv Islanda*, br. 39757/15, 04.06.2019. Evropski sud je ponovo potvrdio da organi gonjenja treba da objelodane odbrani sve materijalne dokaze koje posjeduju za ili protiv optuženog. Međutim, ukazao je da određeno zadržavanje objelodanjivanja u slučaju kada organi gonjenja nijesu znali šta se sve nalazi u velikom broju elektronskih podataka – poput onih zaplijenjenih u tom slučaju tokom pretresa – i stoga, u toj mjeri istražitelji nijesu imali bilo kakvu prednost u odnosu na odbranu.

S druge strane, Evropski sud zauzeo je drugačiji stav u vezi sa podacima koji su bili „označeni“, tj. tako što su pretraživani pomoću ključnih riječi, a zatim pregledani od strane istražitelja kako bi se utvrdilo koji materijal treba da bude uključen u istražni dosije. Kada takvu selekciju vrši samo tužilaštvo, bez učešća odbrane i bez ikakvog sudskog nadzora nad procesom – kao što se dogodilo u ovom slučaju – bilo kakav pokušaj tužilaštva da procjeni važnost prikriivenih informacija za odbranu i da odmjeri da li je protiv javnog interesa za čuvanje tajne informacija nije moglo da bude u skladu sa zahtjevima člana 6(1).

Pored toga, iako tužilaštvo nije imalo obavezu da sačini dokumente koji već nisu postojali, ono je u tom slučaju utvrdilo da bi dalja pretraga podataka bila tehnički prilično jednostavna i da bi u principu bilo prikladno da se odbrani *omogućiti mogućnost sprovođenja – ili sprovođenja pretrage za potencijalno diskulpirajućim dokazima*, posebno kada bilo kakve prepreke za obezbeđivanje interesa privatnosti nisu bile nepremostive prepreke.

Kao rezultat toga, smatralo je da bi odbijanje da se dozvoli odbrani da izvrši dalje pretrese „označenih“ dokumenata u principu pokrenulo pitanje prema članu 6(3)(b) u vezi sa obezbeđivanjem adekvatnih objekata za priprema odbrane.

Međutim, u tom konkretnom slučaju, nedostatak pristupa predmetnim podacima nije se smatrao takvim da je podnosiocima predstavke uskraćeno pravično suđenje u cjelini jer se ni u jednoj fazi nije činilo da su formalno tražili sudski nalog za pristup „potpuno prikupljanje podataka“ ili da se sprovedu dalje pretrage niti da se predlože dalje istražne mjere, kao što je nova pretraga koristeći ključne riječi koje su oni predložili.

Tamo gdje je prikupljena značajna količina telekomunikacionih podataka, to je priznato u predmetu *Rook protiv Njemačke*, br. 1586/15, 25.07.2019. da *će možda morati da se obezbijedi podrška u korišćenju softvera potrebnog za njegovu analizu*, kao i eventualno pomoć službenika u pravosuđu u ispitivanju podataka. Međutim, od odbrane se takođe može

očekivati da suzi potragu pretragom određenih telefonskih linija, za veze između određenih telefonskih linija, u određenom vremenskom okviru, što u cjelini omogućava značajno smanjenje podataka sa potencijalnom relevantnošću, kao i da se značajno angažuje u analiziranju, slušanju i čitanju. S tim u vezi, Evropski sud je takođe jasno stavio do znanja da, kada su optuženi oni koji su bili predmet mjera nadzora čime su kreirani ovi podaci, može se posebno voditi računa o činjenici da bi oni najbolje znali koje konkretne podatke o telekomunikacionom nadzoru treba tražiti.

Taj slučaj je takođe pokazao da možda neće biti dovoljno da se pruži odbrana sa potpuno elektronskim datotekama, jer možda neće biti čitljive bez posebnog programa forenzičke analize podataka ili obezbjeđivanja kopije u formatu koji je čitljiv sa besplatno dostupnim softverom. Ovo posljednje je na kraju zatraženo i pruženo u predmetu *Rook*. U tom slučaju se nije pokazalo da je kašnjenje u dobijanju ovoga nanijelo štetu odbrani i kao i kod podataka o telekomunikacijama, Evropski sud je smatrao da je odbrana bila u dobroj poziciji da razvije parametre pretrage potrebne za identifikaciju relevantnog materijala i da je mogla da angažuje više u preduzimanju analize u raspoloživom vremenu.

Konačno, tamo gdje možda nije moguće podijeliti određene elektronske dokaze sa optuženim, ne treba zanemariti da – kao što je Evropski sud naglasio u predmetu *Yüksel Yağcınkaya protiv Türkiye* [GC], br. 15669/20, 26.09.2023. – zahtjev „pravičnog balansiranja“ između stranaka može imati implikacije na druge aspekte načina na koji se vodi postupak.

Dakle, u tom slučaju prilika da se podnosilac predstavke upozna sa dešifrovanim materijalom u vezi sa njegovim razmjenama u aplikaciji za razmjenu poruka i informacijama o pojedincima sa kojima je komunicirao mogla bi predstavljati važan korak u očuvanju njegovih prava na odbranu. Međutim, iako je žalbeni sud tražio da se ovo dostavi podnosiocu predstavke, on je donio svoju presudu ne čekajući da se to desi i kasacioni sud je zaključio da to nije uticalo na ishod, što je dovelo do zaključka Evropskog suda da je to bilo na štetu postupka koji je do toga doveo.

8.3.7 Ispitivanje svjedoka

Kada se sudski postupak oslanja na elektronski snimak izjave osobe koja nije optuženi, mogućnost unakrsnog ispitivanja osoba sa kojima su se razgovori vodili bila je jedan od faktora koji su doveli do zaključka Evropskog suda u predmetu *Taraneks protiv Letonije*, br. 3082/06, 02.12.2014. da korišćenje ovih dokaza pribavljenih u postupcima koji nisu u skladu sa zahtjevima Evropske konvencije nije učinilo postupak u cjelini nepravičnim.

U toj presudi nije bilo riječi o tome *da li se lice čije izjave predstavljaju dio elektronskih dokaza, ili navodno to predstavljaju, treba smatrati svjedokom* u smislu člana 6(3)(d), što dovodi do potencijalne potrebe da mogu da budu unakrsno ispitani u predmetnom postupku.

Međutim, Evropski sud je postupio na osnovu ove pretpostavke u predmetu *Arlewin protiv Švedske* (odl.), br. 32814/11, 02.02.2016. u vezi sa intervjuima sa određenim N.N. licima u TV programu koji su uvršteni u dokaze u tužilaštvu za prevaru.

Iako je program tako gledan tokom suđenja, Evropski sud je takođe doveo u sumnju da se ova N.N. lica mogu smatrati dovoljno povezanim sa postupkom da bi se smatrali „svjedocima“ jer se tužilac nije izričito pozvao ni na jednu od izjava koje su N.N. lica dala.

U svakom slučaju, podnosilac predstavke je imao priliku da se usprotivi korišćenju progra-

ma kao dokaza i to je zaista i učinio. Pored toga, nacionalni sudovi su bili svjesni njegovog protivljenja korišćenju dokaza, kao i njegovih razloga zašto bi programu i izjavama datim u njemu trebalo pridati vrlo malu, ako uopšte ikakvu, vrijednost kao dokaza. Pored toga, izjave su date novinaru, a ne policiji tokom istrage i iako se tužilaštvo oslanjalo na program kao dokaz, to nije bio ni jedini dokaz ni odlučujući dokaz protiv podnosioca predstavke.

Pored toga, ništa nije ukazivalo na to da su sudovi koristili program, ili izjave date u njemu, da potkrijepe svoj zaključak da je podnosilac predstavke počinio krivična djela za koja je osuđen.

Kao rezultat toga, Evropski sud je zaključio da je krivični postupak protiv podnosioca predstavke u cjelini bio pravičan i da činjenica da nije bio u mogućnosti da unakrsno ispita anonimne osobe u TV programu nije ograničila njegova prava na odbranu u mjeri koja je nespojiva sa garancijama predviđenim članom 6(1) i 3(d) Evropske konvencije.

8.3.8 Podrška za druge dokaze

Elektronski dokazi mogu predstavljati važan doprinos utvrđivanju da izjava svjedoka koji se nije pojavio na suđenju nije bila jedina ili odlučujuća osnova za osuđujuću presudu za optuženog tako da, s obzirom na dostupnost odbrani nekih proceduralnih mjera zaštite koje su u stanju da uravnoteže, barem djelimično, odsustvo ovog svjedoka na suđenju, prihvatanje izjave ne bi se smatralo kršenjem člana 6(1) u vezi sa članom 6(3)(d) Evropske konvencije.

Tako su telefonski zapisi sa SIM kartice bili među sarađujućom dokazima u predmetu *Štefančič protiv Slovenije*, br. 18027/05, 25.10.2012. kojim se potvrđuje mjesto boravka i kontakti lica čija je izjava u prethodnom postupku prihvaćena kao dokaz, tako da se ovo svjedočenje ne smatra jedinim ili odlučujućim dokazom protiv podnosioca predstavke u tom predmetu, već elemenata koji su, ispitani u njihovoj pojedinačnoj dokaznoj vrijednosti, kao i u odnosu na druge dostupne paralelne dokaze, sve ovov je navelo slovenačke sudove lice osude za trgovinu drogom.

Slično, u predmetu *Rastoder protiv Slovenije*, br. 50142/13, 28.11.2017, telefonski i GPS podaci doprinijeli su da se utvrdi da je podnosilac predstavke imao motiv da napadne žrtve, da je bio spreman za borbu pošto je bio naoružan i u pratnji svojih sinova, koji su takođe bili naoružani, i žrtvama je nanio niz teških povreda, tako da se izjava svjedoka u postupku prije suđenja ne može smatrati jedinim ili odlučujućim dokazom za njegovu osuđujuću presudu.

Međutim, to neće uvijek biti slučaj pa tako u predmetu:

- *Martirosyan protiv Jermenije*, br. 18550/13, 6.12.2018, u st. 65-66, gdje izvještaj o prepoznavanju registarskih tablica i transkripti telefonskih razgovora, zajedno sa određenim drugim dokazima, nisu bili dovoljni da se pomjeri suštinska relevantnost pojedinih odsutnih svjedoka u tužilaštvu za pokušaj ubistva i nedozvoljeno posjedovanje vatrenog oružja; i
- *Avaz Zeynalov protiv Azerbejdžana*, br. 37816/12, 22.04.2021, u st. 122, u kojoj audio snimak razgovora na CD-ROM-u nije mogao da promjeni odlučujuću prirodu izjava odsutnih svjedoka u osudi za krivična djela u vezi sa primanjem mita.

Takođe treba napomenuti da je Evropski sud potvrdio u predmetu *Strassenmeyer protiv Njemačke*, br. 57818/18, 02.05.2023, u st. 85 – slučaj u kojem podnosilac predstavke nije bio u mogućnosti da unakrsno ispita svog saoptuženog pošto je odbio da svjedoči – usvajanje zakonodavne reforme koja dozvoljava foto ili video-snimke izjava koje je dao optuženi pred suđenje.

Elektronski dokazi takođe mogu biti dovoljni da nadmaše neke nedostatke u načinu na koji su drugi dokazi prikupljeni:

Dakle, činjenica da se osuđujuća presuda djelimično oslanjala na inkriminišuće dokaze u vidu audio i video snimaka i kompjuterskih podataka za koje je višestrukim vještačenjem potvrđeno da su autentični doprinijela je zaključku Evropskog suda u predmetu *Mamladze protiv Gruzije*, br. 9487/19, 03.11.2022. da je, uprkos nekim propustima u pogledu postupanja sa drugim dokazima, bilo u nadležnosti domaćih sudova da razmotre da li su uopšte postojali dovoljno jaki dokazi koji pokazuju da je podnosilac predstavke bio kriv za „pripremu ubistva“.

8.3.9 Mjere zaštite za korišćenje drugih dokaza

Dostupnost elektronskih dokaza ponekad je mogla biti važna u dokazivanju da nije bilo zloupotrebe u prikupljanju dokaza. Takve situacije se mogu vidjeti u:

- *Layijov protiv Azerbejdžana*, br. 22062/07, 10.04.2014, gdje je vremensko trajanje u vršenju pretresa nakon hapšenja izazvalo opravdanu zabrinutost u vezi sa mogućim „podmetanjem“ dokaza, jer je podnosilac predstavke u to vrijeme bio u potpunosti pod kontrolom policije. U tom slučaju, istražni organi su propustili da u toku domaćeg postupka dostave kopiju video snimka pretresa podnosioca predstavke i, uprkos izričitom zahtjevu, kopija video snimka nije dostavljena Evropskom sudu;
- *Ayetullah Ay protiv Turske*, br. 29084/07, 27.10.2020, gdje je Vlada, pošto je pozvana od Evropskog suda da dostavi video snimak pretresa, izjavila da nije u mogućnosti da ga pribavi.⁹ Utvrđeno je da neke fotografije koje su dostavili nisu dovoljne da isključe bilo kakvu sumnju u vezi sa okolnostima u kojima su ti dokazi pribavljeni, iako to ne bi nužno bilo u svim slučajevima.

⁹ Sud koji je optužene osudio nije se osvrnuo na zapažanja o snimku sudije na ranijem veću koje se bavilo predmetima.

9. NEKA DRUGA PITANJA

Druga pitanja koja su se pojavila u vezi sa elektronskim dokazima tiču se mogućnosti odbrane da ih iznese, mogućeg uticaja na pretpostavku nevinosti, njegovog korišćenja u pobijanju sudskih odluka, njihovog doprinosa dužini postupka, njihovog korišćenja u druge svrhe za koja nisu prikupljeni i njihovog korišćenja u parničnom postupku.

9.1. IZVOĐENJE DOKAZA ODBRANA

Možda postoji *potreba da se obezbijede elektronski dokazi koje odbrana smatra neophodnim* da iznese u pojedinim postupcima.

Odbijanje domaćih sudova da naloži preuzimanje video snimaka sa sigurnosnih kamera aerodroma u kontekstu navoda optuženog da je otrov pronađen u njegovom koferu podmetnut na osnovu toga što njegov zahtjev nije bio potkrijepljen odgovarajućim pratećim dokumentima i da je, što je još važnije, nije bila navedena nikakva informacija o tome odakle bi snimci – koji nisu čuvani na aerodromu – trebali su da budu uzeti u obzir u predmetu *Mamaladze protiv Gruzije*, br. 9487/19, 03.11.2022. konačno zaključeno je da je obrazloženje bilo proizvoljno ili nerazumno.

9.2. PRETPOSTAVKA NEVINOSTI

Javno širenje elektronskih dokaza koji stvaraju utisak da su lica počinila krivična djela za koja se terete prije nego što se dokaže njihova krivica na sudu će biti u suprotnosti sa pretpostavkom nevinosti ako za to nije postojao javni interes.

Takvo kršenje je utvrđeno u predmetu *Batiashvili protiv Gruzije*, br. 8284/07, 10.10.2019. u vezi sa prosleđivanjem medijima od strane Ministarstva unutrašnjih poslova montiranog snimka telefonskog razgovora optuženog, u kojem se insinuiira – četiri dana prije podizanja optužnice – da je prikrijavao priprijetanje krivičnog djela, zbog toga što nije obavijestio nadležne organe o mogućoj umješanosti određenih separatističkih snaga u pobunu i pomagao je i podržavao veleizdaju u cilju nasilnog rušenja ustavnog poretka. Evropski sud je smatrao da širenje nije bilo opravdano javnim interesom za dobijanje informacija o događajima koje su planirali separatisti na koje je podnosilac predstavke pomenuo u dotičnom razgovoru.

9.3. PAPIRNE KOPIJE PROCESNIH DOKUMENATA

Evropski sud je u predmetu *Patricolo i drugi protiv Italije*, br. 37943/17, 23.05.2024, nepostojanje potvrde da su papirne kopije obavještenja o uručenju vjerne kopije originalnih elektronskih dokumenata koji su im dostavljeni ovjerenom elektronskom poštom, nije spriječilo Kasacioni sud da ocjeni usaglašenost sa kratak rok za podnošenje žalbe u najranijoj fazi postupka. Pored toga, smatrao je da proglašavanje žalbi neprihvatljivim. Pored toga, bez davanja pravične šanse podnosiocima predstavke da podnesu potvrdu u kasnijoj fazi – posebno u prijelaznoj fazi sa papirnog na elektronski postupak – premašuje cilj osiguranja pravne sigurnosti i pravilno sprovođenje pravde i stvorio barijeru koja sprječava podnosiocima predstavke da njihov predmet meritorno odluči Kasacioni sud.

Što se tiče rizika da bi papirne kopije mogle biti neusklađene sa elektronskim originalima, Evropski sud je u tom slučaju naveo da je, prema dotičnom nacionalnom zakonu, integritet dokumenata podnijetih sudu generalno obezbijeđen krivičnim i disciplinskim sankcijama dostupnim u slučaju povrede dužnosti. Pored toga, naveo je da se to da li su papirne kopije vjerne kopije elektronskih originala može lako provjeriti pozivanjem podnosioca predstavke da podnesu odgovarajuću potvrdu u kasnijoj fazi postupka. Po mišljenju suda, ovo je bilo posebno tačno u kontekstu prelaska sa papirnih na elektronske procedure, gdje je potreba da se prilagode formalni zahtjevi kreirani za papirna dokumenta zahtijevala određenu fleksibilnost u njihovoj primjeni na elektronske.

9.4. IZAZOVI VOĐENJU SUĐENJA

Audio snimak vođenja postupka može se koristiti kao *dokaz o postupanju sudije prema stranci* u njima, kao što su:

- predmet *Sidlova protiv Slovačke* (odl.), br. 50224/99, 22.02.2005, gdje je Evropski sud naveo da je prihvaćena žalba podnosioca predstavke u vezi sa postupanjem od strane sudije koji je predsjedavao njegovim slučajem, a koji se oslanjao na audio snimak sa ročišta koje je napravio;

predmet *Dmitriyevskiy protiv Rusije*, br. 42168/06, 3.10.2017, gdje je Evropski sud proglasio prihvatljivom tužbu u kojoj se navodi da je sudija odbio zahtjeve za izmjenu transkripta u skladu sa audio snimkom ročišta koje je podnosilac podnio samo zbog toga što taj snimak nije bio odobren. Međutim, imajući u vidu svoj nalaz o povradi člana 10. u vezi sa osuđujućom presudom podnosioca predstavke u predmetnom postupku, Evropski sud je smatrao da to nije neophodno ispitati.

Vidjeti takođe predmet *Zhvayy protiv Ukrajine*, br. 6781/13, 22.09.2022, gdje je sud smatrao irelevantnim zahtjev podnosioca da se razmotri audio snimak navodnog razgovora sa sudijom u prilog njegovih navoda protiv predsjednika Visokog savjeta pravde koji su bili predmet postupak za klevetu koji je pokrenut protiv njega. Ovaj odgovor na zahtjev podnosioca predstavke doprinio je zaključku Evropskog suda da je postupak za klevetu doveo do pretjeranog i nesrazmjernog tereta koji mu je stavljen, suprotno njegovom pravu na slobodu izražavanja prema članu 10.

Međutim, *mora biti moguće pripisati sporne primjedbe dotičnom sudiji*, što je utvrđeno da nije moguće u predmetu *Pavlov protiv Rusije* (odl.), br. 31430/05, 26.01.2015, jer pregled snimka nije nikada obavljen i izgleda da kao takav nikada nije bio zatražen. Pored toga, original audio trake je izgubljen.

Nadalje, u takvim nastojanjima, *audio snimak na koji se poziva ne bi trebalo da bude lošeg kvaliteta ili nekompletan*, faktori u predmetu *Mihajlova protiv Ukrajine*, br. 10644/08, 6.03.2018, što je navelo Evropski sud da smatra da nije primjereno uzeti u obzir takav snimak prilikom odlučivanja o žalbi na navodni nedostatak nepristrasnosti sudije.

Pored toga, audio zapis sa sudskog ročišta je, međutim, bio dovoljan u predmetu *Shkiryia protiv Ukrajine*, br. 30850/11, 24.06.2021. da pobije tvrdnju da nacionalni sudovi nisu propisno razmotrili argumente podnosioca predstavke i njegovu prateću dokumentaciju.

9.5. DUŽINA POSTUPKA

Evropski sud je prepoznao složenost kompjuterskog softvera koji je kreiran i koji je navodno koristio za lažno računovodstvo i utaju poreza od strane kompanije, kao faktor u vremenu potrebnom od strane poreske inspekcije da procjeni da li je njena računovodstvena dokumentacija bila uredna i ako nije, koliki je iznos poreza na taj način mogao biti izbjegnuto. Međutim, to se nije smatralo dovoljnim da opravda da je inspektoratu trebalo skoro dvadeset mjeseci da donese zaključak o ovom pitanju i ovo kašnjenje je doprinijelo nazlažu u predmetu *Gančo protiv Litvanije*, br. 42168/19, 13.07.2021. da je krivični postupak, suprotno članu 6. stav 1, neopravdano odugovlačen.

9.6. KORIŠĆENJE U DRUGE SVRHE

Tamo gdje je materijal koji je zakonito dobijen presretnutim telefonskim razgovorom neke osobe u okviru krivične istrage korišćen u disciplinskom postupku protiv njega, to je održano u predmetu *Karabeyoğlu protiv Turske*, br. 30083/10, 07.06.2016. godine da predstavlja miješanje u ostvarivanje njegovog prava na poštovanje privatnog života koje nije u skladu sa zakonom, kako to zahtjeva član 8. stav 2. jer je takvo korišćenje bilo u suprotnosti sa svrhom koje mjere nadzora su bile dozvoljene ustavom i zakonom i pošto materijal nije uništen u roku koji je važio nakon odluke da se protiv njega ne goni.

Međutim, nije utvrđena povreda člana 8. u predmetu *Terrazzoni protiv Francuske*, br. 33242/12, 29.06.2017. i *Starkevič protiv Litvanije*, br. 7512/18, 29.03.2022, gdje je transkript telefonskih razgovora presretnutih u toku krivične istrage naknadno korišćen u disciplinskom postupku i to nije bilo isključeno nacionalnim zakonom niti dobijeno na način koji nije u skladu sa zahtjevima te odredbe koja reguliše takva presretanja.

Pored toga, u predmetu *Versini-Campinchi i Crasnianski protiv Francuske*, br. 49176/11, 16.06.2016, je utvrđeno da nije došlo do korišćenja materijala u disciplinskom postupku protiv advokaticice a isti je dobiven na osnovu zakonito presretnutog telefonskog razgovora između advokaticice i klijenta. Ovdje je došlo do miješanja u prava iz čl. 8. što je za sobom predstavljalo i njegovu povredu kada su se domaći sudovi uvjerali da transkript nije povrijedio prava na odbranu klijentkinje, a ona je bila posebno kvalifikovana da zna da njene izjave krše profesionalnu povjerljivost.

U predmetu *Karabeyoğlu* nije bilo ukazivanja na to da je korišćenje dokaza prikupljenih u okviru krivične istrage u disciplinskom postupku takođe predstavljalo kršenje člana 6.

Pored toga, navedeno je u predmetu *Starkevič protiv Litvanije*, br. 7512/18, 29.03.2022. da korišćenje u takvom postupku dokaza zasnovanih na presretanju elektronskih komunikacija u okviru krivične istrage nije narušilo pravo optuženog na pravično suđenje. Ovom odlukom Evropski sud je potvrdio ono što je opisao kao svoju praksu da nije isključeno korišćenje materijala krivičnog predmeta u disciplinskom postupku, pod uslovom da su poštovana prava okrivljenog (za koja je utvrđeno da nisu dogodilo u predmetu *Vanjak protiv Hrvatske*, br. 29889/04, 14.01.2010.).

Kršenje člana 8. je takođe utvrđeno u predmetu *Karabeyoğlu protiv Turske*, br. 76521/12, 09.03.2021. u vezi sa korišćenjem u disciplinskom postupku snimaka dobijenih prisluškivanjem telefona u okviru krivične istrage, iz istog razloga kao u predmetu *Karabeyoğlu*. Međutim, pritužbe u tom slučaju koje se odnose na član 6(1) nisu se ticale oslanjanja na snimke.

9.7. KORIŠĆENJE U GRAĐANSKIM POSTUPCIMA

Kada se u građanskim i upravnim postupcima oslanja na elektronske dokaze pribavljene protivno pravu na poštovanje privatnog života, Evropski sud je slijedio isti pristup kao u krivičnom postupku kada je utvrdio da li je to dovelo do povrede prava na pravično suđenje, naime, procjenom da li je time postupak u cjelini se učinio nepravičnim.

Posebno će se baviti time da li je dotičnoj strani data prilika da ospori autentičnost dokaza i da se usprotivi njihovom korišćenju, kao i kvalitet dokaza, bilo kakve sumnje koje okolnosti izazivaju u njihovoj pouzdanosti ili tačnosti u kojoj su pribavljeni i da li su predmetni dokazi bili ili nisu bili odlučujući za ishod postupka.

Dakle, imajući u vidu mogućnost osporavanja i suprotstavljanja korišćenju materijala pribavljenog video-nadzorom u kontradiktornom postupku, pred Sudom je bilo dosta razmatranja takvih zahtjeva kao i činjenice da osporeni snimak nije bio jedini dokaz na koji se oslanjao sud prilikom donošenja svoje odluke. Tako je Evropski sud razmatrao u predmetu *Vukota-Bujić protiv Švajcarske*, br. 61838/10, 18.10.2016. da postupak kojim je utvrđen zahtjev za beneficije nije bio u suprotnosti sa zahtjevima pravičnosti iz člana 6(1) Evropske konvencije.

Slično tome, u predmetu *López Ribalda i drugi protiv Španije* [GC], br. 1874/13, 17.10.2019, korišćenje dokaza pribavljenih putem video nadzora nije, uprkos tome što su pribavljeni kršenjem prava na poštovanje privatnog života, ugrozilo pravičnost postupka za nepravedan otkaz u kojem su podnosioci predstavke imali pristup dotičnim snimcima, mogli da ospore njihovu autentičnost i usprotive se njihovom korišćenju u dokazima, njihovi argumenti u korist njihovog isključenja su ispitani i nisu bili jedini dokazi na koje se sud oslanjao. Pored toga, pošto nije bilo razloga da se dovodi u pitanje njihova autentičnost ili pouzdanost, oni su predstavljali čvrst dokaz koji nije nužno morao biti potkrijepljen drugim materijalom.

Ova publikacija je pripravljena uz finansijsku podršku Evropske unije i Savjeta Evrope. Sadržaj je isključiva odgovornost autora/autorke i ni u kom slučaju ne predstavlja zvanične stavove Evropske unije ni Savjeta Evrope.

Zemlje članice Evropske unije odlučile su da udruže svoja znanja, resurse i sudbine. Zajedno su izgradile zonu stabilnosti, demokratije i održivog razvoja, zadržavajući kulturnu raznolikost, toleranciju i individualne slobode. Evropska unija poklanja posebnu pažnju razmjeni postignuća i vrijednosti sa zemljama i narodima izvan svojih granica.

www.europa.eu

Savjet Evrope je vodeća organizacija za ljudska prava na kontinentu. Obuhvata 46 država, uključujući sve članice Evropske unije. Sve države članice Savjeta Evrope potpisale su Evropsku konvenciju o ljudskim pravima, sporazum čiji je cilj zaštita ljudskih prava, demokratije i vladavine prava. Evropski sud za ljudska prava nadgleda primjenu Konvencije u državama članicama.

www.coe.int

Sufinansira
Evropska unija



EVROPSKA UNIJA

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Sufinansira i sprovodi
Savjet Evrope