

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Ограничења
права на приватност у кривичном поступку
(мастер рад)

Ментор
Доцент Др Иван Илић

Студент
Јована Матејић
Број индекса: М 001/19-О

Ниш, 2020. године

САДРЖАЈ

УВОД.....	1
I ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ	2
1. Појам права на приватност.....	2
2. Међународни стандарди права на приватност.....	3
3. Право на приватност у Уставу Републике Србије	4
3.1. Право на неповредивост стана.....	4
3.2. Тајност писама и других средстава општења.....	5
II ДОПУШТЕНА ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	6
1. Стандарди Европског суда за људска права који се односе на претрес стана и лица.....	7
1.1. Претресање извршено у складу са законом.....	8
1.2. Постојање легитимног циља за предузимање доказне радње претресања.....	9
1.3. Претресање неопходно у демократском друштву	11
2. Стандарди Европског суда за људска права који се односе на примену мере тајног надзора	13
2.1. Мера тајног надзора извршена у складу са законом	14
2.2. Постојање легитимног циља за предузимање мера тајног надзора	17
2.3. Мера тајног надзора неопходна у демократском друштву	17
III ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	20
1. Ограничење права на приватност претресом стана и лица.....	20
1.1. Појам, дефиниција и циљ претресања	20
1.2. Претрес стана и лица према одредбама Законика о кривичном поступку	21
1.2.1. Претресање на основу наредбе суда	22
1.2.2. Претресање без наредбе суда.....	25
2. Ограничење права на приватност тајним надзором комуникација	26
2.1. Појам, дефиниција и циљ тајног надзора комуникација.....	26
2.2. Материјалноправни услови за примену тајног надзора комуникација	27
2.3. Формалноправни услови за примену тајног надзора комуникација.....	27
3. Ограничење права на приватност тајним праћењем и снимањем.....	29
3.1. Појам, дефиниција и циљ тајног праћења и снимања	29
3.2. Материјалноправни услови за примену тајног праћења и снимања.....	30
3.3. Формалноправни услови за примену тајног праћења и снимања	31
IV УСКЛАЂЕНОСТ НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА И ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА	32
1. Усклађеност доказне радње претрес стана и лица и праксе Европског суда.....	32
2. Усклађеност посебих доказних радњи тајни надзоркомуникације и тајно праћење и снимање и праксе Европског суда.....	34
V ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	37
1. Република Црна Гора.....	37
1.1. Претрес стана и лица	37
1.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање	39

2. Република Хрватска	40
2.1. Претрес стана и лица	40
2.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање	42
3. Босна и Херцеговина.....	43
3.1. Претрес стана и лица	43
3.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање	45
4. Савезна Република Немачка.....	46
4.1. Претрес стана и лица	46
4.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање	47
ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА	49
ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ.....	51
ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ.....	52
САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ	55
SUMMARY AND KEY WORDS	56
БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА.....	57

УВОД

Право на поштовање приватности грађана спада у ред основних људских права, чије поштовање захтевају цивилизацијски стандарди савременог доба.¹ Под правом на приватност подразумева се право једног лица да, од сазнавања чињеница која се тичу лично њега, искључи трећа лица, односно право лица да одређене чињенице задржи само за себе.

Међутим, право на приватност, иако је реч о једном од основних људских права, подлеже извесним ограничењима, која су нарочито изражена у ситуацији када постоји основана сумња да је одређено лице извршило или да припрема извршење неког кривичног дела. У ери нових технологија и различитих могућности прибављања доказа у кривичном поступку право на приватност се, на различите начине, може ограничити. Потреба да се, с једне стране, заштити право на приватност окривљеног, а да се, са друге стране, предузму одређене мере ради откривања, доказивања или спречавања кривичног дела, јасно указују на комплексност приступа регулисању овог питања.

Због тога ћемо настојати да у овом раду најпре дефинишемо појам права на приватност, одредимо садржину и значај овог права, његову заштиту кроз различите међународне документе, као и заштиту овог права у домаћем правном систему. Потом ћемо указати на појавне облике ограничавања овог права у кривичном поступку, кроз детаљну анализу ставова Европског суда за људска права садржаних у бројним случајевима вођеним пред овим судом. Значајан део овог рада биће посвећен и легислативним решењима домаћег законодавства, те прописима којима су предвиђени услови чије је испуњење неопходно, како би се ограничење права на приватност извршило на начин који је саобразан закону, и који не доводи до неоснованог уплитања у приватан живот појединца. На крају, бавићемо се и домаћом регулативом и упоредним приказом домаћег права, права које прокламује Европски суд за људска права и права суседних држава како би на тај начин указали на предност и недостатке различитих држава у регулисању овог питања.

¹ С. Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш: Правни факултет, Центар за публикације, 2007, стр. 204.

І ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ

1. Појам права на приватност

Заштита достојанства и интегритета сваког појединца остварује се кроз читав каталог људских права, где се као једно од фундаменталних права налази право на приватност.² Појам приватност потиче од латинске речи *privatus* која значи лични, неслужбен, те тако право на приватност пружа заштиту управо личној, интимној сфери живота појединца.³

Прва дефиниција права на приватност дата је давне 1890. године, када је ово право дефинисано као „право појединца да буде остављен на миру“.⁴ Касније су бројни аутори настојали да дају своју дефиницију права на приватност, па се тако право на приватност може дефинисати као „настојање да се искључи могућност да трећа лица сазнају нешто што се односи на одређену личност“⁵, затим „право појединца да буде заштићен од упада јавности у сегменте живота који су личне природе“⁶ или „право да задржимо одређени лични домен који укључује све оне ствари које су део нас, као што су наше тело, дом, мисли, осећања, тајне, затим могућност избора делова из овог домена којима други могу приступити, као и могућност контроле опсега, начина и времена коришћења ових делова од стране трећих лица“.⁷

Иако не постоји општеприхваћена дефиниција права на приватност, анализом поменутих, можемо закључити да се под правом на приватност подразумева право једног лица да, од сазнавања чињеница која се тичу лично њега, искључи трећа лица, односно право лица да одређене чињенице задржи само за себе.

² М. Младенов, *Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права*, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, бр. 3, vol. 47, 2013, стр. 575.

³ Н. David, *The Right to Privacy*, Infobase Publishing, 2009, стр. 13.

⁴ S. D. Warren and L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol.4, 1890, стр. 193.

⁵ F. Carnelutti, *Diritto alla vita privata*, Roma, 1955, стр. 5.

⁶ Ze'ev Segal, *The Right to Privacy versus the Right to Know*, Iyunei Mishpat 9 175 193, 1983, стр. 204.

⁷ Yael Onn, *Privacy in digital Environment*, Haifa Center of Law and Technology, 2005, стр. 10.

2. Међународни стандарди права на приватност

Међународноправни нормативни оквир права на приватност чини неколико међународних докумената, међу којима су најзначајнији Универзална декларација о људским правима, Међународни пакт о грађанским и политичким правима и Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

Полазна основа за утемељење права на приватност, као једног од основних људских права, јесте Универзална декларација о људским правима. Наиме, чланом 12. поменуте декларације прописано је да: “Нико не сме бити изложен произвољном мешању у његову приватност, породицу, дом или преписку, нити нападима на част или углед. Свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада”.⁸

На идентичан начин, право на приватност зајемчено је и чланом 17. Међународног пакта о грађанским и политичким правима, те је објекат заштите и у овом случају право на поштовање приватног живота, породичног живота, непроведивост дома и преписке, части и угледа појединца.⁹

Насупрот поменутим међународним документима, који су под окриљем права на приватност уједно штитили и част и углед појединца, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода одступа од оваквог начина регулисања права на приватност, те част и углед изричито не наводи као објекте заштите. Чланом 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода прописано је да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, те да се јавне власти неће мешати у вршење овог права, осим уколико то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву, у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Такође, Европском конвенцијом предвиђена је и могућност ограничавања овог права у случају испуњења одговарајућих

⁸ *Универзална декларација о људским правима*, Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III), Париз, 10/12/1948, члан 12.

⁹ *Међународни пакт о грађанским и политичким правима*, Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI) од 16/12/1966, у члану 17. прописује да „Нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу. Свако лице има право на заштиту закона против оваквих мешања или повреда“.

легитимних циљева, а која могућност другим поменутиим међународним документима није допуштена.

3. Право на приватност у Уставу Републике Србије

Право на приватност, као самостално и једно од основних људских права, није изричито зајемчено Уставом Републике Србије. Међутим, имплементацијом поменутих међународних аката, одредбе које се тичу поштовања права на приватност постале су саставни део нашег позитивног права, а свој израз нашле су и у Уставу Републике Србије који, кроз неколико чланова, гарантује право на приватност појединаца тако што јемчи неповредивост стана, право на тајност писама и других средстава комуницирања и заштиту података о личности.

Међутим, оно што треба поменути јесте да је Венецијанска комисија (Европска комисија за демократију права) под окриљем Савета Европе, разматрајући Устав Републике Србије истакла како поменуте одредбе Устава које покривају различите аспекте права на приватност, иако посебно и у складу са савременим тенденцијама прокламују и право на заштиту података, ипак немају изричито и опште јемство за поштовање приватног и породичног живота како је гарантовано чланом 8. Европске конвенције о људским правима. Стога је закључак Венецијанске комисије да члан 8. Европске конвенције није у потпуности репродукован Уставом.¹⁰

3.1. Право на неповредивост стана

Право на неповредивост стана, као једно од основних људских права, зајемчено је чланом 40. Устава Републике Србије. Одредбама овог члана прописано је да: „Нико не може без писмене одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању. Ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока. Без одлуке суда, улазак у туђи стан или друге

¹⁰ Европска комисија за демократију права (Венецијанска комисија), *Мишљење о Уставу Србије*, CDL-AD(2007)004, 2007, §36.

просторије, изузетно и претресање без присуства сведока, дозвољени су ако је то неопходно ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом“.

Право на неповредивост стана један је вид гарантовања права на приватност. Садржај права на неповредивост стана укључује забрану уласка у туђи стан, као и забрану претреса стана против воље држаоца стана. Домашај овог права такав је да стан чини неповредивим не само за органе јавне власти, већ и за сва трећа лица која нису корисници тог стана, при чему се под станом подразумевају и друге затворене и отворене просторије које су са њим функционално повезане.

Осим што је ставом 1. члана 40. Устава прокламована неповредивост стана, такође је и допуштена могућност да се ово право ограничи у два случаја:

- када се право ограничава по одлуци и уз писмени налог суда (став 2) и
- када је ограничење допуштено и када нема писменог судског налога за улазак у стан и претрес стана (став 3).

Потпуни легалитет могућности ограничења овог права конкретизован је Закоником о кривичном поступку, о чему ће више речи бити у делу који се односи на ограничење права на приватност у праву Републике Србије.

3.2. Тајност писама и других средстава општења

Чланом 41. Устава Републике Србије зајемчено је право на тајност писама и других средстава општења. Одредбом поменутог члана прописано је да је: „Тајност писама и других средстава комуницирања неповредива“.

С обзиром да Уставом није ближе означено шта се све има сматрати комуникацијом односно средством комуницирања, мишљења смо да би се за ближе појашњење овог појма могла користити дефиниција према којој се под појмом комуникације подразумева „размена или преношење информација између одређеног броја особа путем јавно доступних електронских комуникационих услуга, изузев информација које се преносе у склопу јавног емитовања преко електронских комуникационих услуга“.¹¹

¹¹ Закон о електронским комуникацијама („Сл. Гласник РС“, бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014и 95/2018 – др. закон), члан 4. тачка 23.

Реч је, дакле, о комуникацијама које се обављају помоћу жичних, радио, оптичких или других електромагнетских средстава, укључујући сателитске мреже, фиксне, мобилне и интернет мреже¹² и то: телефонске разговоре, електронску пошту, комуницирање телефаксом, комуницирање путем смс-порука итд.

Поменути чланом 41. Устава Републике Србије зајемчена је не само неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања, већ и могућност одступања, па је тако ставом 2. члана 41. Устава дозвољено одступање од овог права на одређено време и на основу одлуке суда у два случаја:

- ради вођења кривичог поступка и
- ради заштите безбедности Републике Србије.

Одступање од овог права може се вршити само на начин који је предвиђен законом, а о чему ће бити речи у даљем току овог рада.

II ДОПУШТЕНА ОГРАНИЧЕЊА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У ПРАКСИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Члан 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода описан је као „најмање дефинисано и најнеукротивије од свих права садржаних у Конвенцији“.¹³ Чланом 8 Европске конвенције конституисана је обавеза поштовања широког спектра недефинисаних личних интереса који обухватају низ преклапајућих и међусобно повезаних области приватног живота. Разлог због којег се истиче да лични интереси заштићени чланом 8 Европске конвенције нису дефинисани јесте тај што самом Конвенцијом, осим што су побројане четири категорије објеката заштите и то приватан живот, породични живот, дом и преписка, није ближе дефинисан ни један од ових сегмената, већ је Европски суд за људска права, кроз своју праксу, постепено разграничавао ове сегменте, опредељујући понасоб каквим недозвољеним понашањем сваки од њих може бити ограничен.

¹² С. Бејатовић, М. Шкулић, В. Ђурђић, Г. Илић, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, ОЕБС Мисија у Србији, Београд, 2013, стр. 119.

¹³ Harris, O'Boyle and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2016, стр. 522.

Право на приватност се нарочито доводи у питање у ситуацијама када је потребно предузети одређене доказне радње ради откривања кривичног дела или учиниоца кривичног дела, а које су радње по својој природи такве да задиру у приватан живот појединца. Посматрајући домен примене члана 8 Конвенције, кроз призму праксе Европског суда за људска права, можемо закључити да у кривичном поступку до ограничења права на приватност у највећем броју случајева долази применом доказне радње претрес стана и лица,¹⁴ као и применом мера тајног надзора.¹⁵

1. Стандарди Европског суда за људска права који се односе на претрес стана и лица

Претресање јесте доказна радња која се предузима у циљу проналажења окривљеног, трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак.¹⁶ Значај ове доказне радње огледа се у томе што би, без њеног постојања, избор средстава којима би се прибегло у поступку расветљавања и решавања кривичне ствари, био знатно ограничен.¹⁷

Обзиром да је Суд, кроз своју праксу, заузео став да примена доказне радње претрес стана и лица представља мешање у приватан живот појединца, потребно је утврдити да ли је овакво мешање спроведено у складу са законом, да ли је постојао легитимни циљ државе за таквим поступањем, те да ли је мешање државе било неопходно у демократском друштву. Уколико је сваки од поменутих критеријума испуњен, без обзира на то што постоји мешање у приватан живот појединца, неће се сматрати да постоји и повреда овог права.

¹⁴ *Case of Funke v. France*, app. no. 10828/84, §48; *Case of Posevini v. Bulgaria*, app. no. 63638/14, §65; *Case of Buck v. Germany*, app. no. 41604/98, §31-32; *Case of Niemietz v. Germany*, app. no. 13710/88, §33.

¹⁵ *Case of Khan v. The United Kingdom*, app. no. 35394/97, §25; *Case of Amann v. Switzerland*, app. no. 27798/95, §45; *Case of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, app. no. 62540/00, §70; *Case of Weber and Saravia v. Germany*, app. no. 54934/00, §77-79.

¹⁶ С. Кнежевић, *Кривично процесно право: општи део*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2015, стр. 319.

¹⁷ С. Кнежевић, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, op. cit. стр. 205.

1.1. Претресање извршено у складу са законом

Приликом процене да ли је мешање у право појединца извршено „у складу са законом“, Суд испитује да ли конкретна мера, предузета од стране државе, има правни основ у домаћем законодавству, затим да ли је тај закон доступан лицу против кога је мера предузета, да ли особа која је погођена мером може да предвиди последице домаћег закона по њу, док се као четврти услов поставља захтев да домаћи закон мора бити компатибилан принципу владавине закона.¹⁸

У случају *Harju v. Finland* Суд је, у контексту претреса, заузео став да домаћи закон мора појединцу пружити одређену заштиту од произвољног мешања у права заштићена чланом 8 Конвенције. Обзиром да мере претреса представљају озбиљно мешање у право на приватност, важно је да постоје јасна, детаљна правила у овој области, која постављају мере против могуће злоупотребе и произвољности.¹⁹ Суд је у поменутом случају испитивао квалитет закона државе Финске и нашао да, иако је овим законом у основи регулисан поступак претресања, због чињенице да је за издавање налога за претрес овлашћена полиција и да законом није установљена судска или друга независна контрола која би испитала оправданост издавања налога за претрес, полицији је дато неограничено дискреционо право да доноси одлуке у овој области. Из тог разлога је Суд и нашао да критеријум „у складу са законом“ није испуњен на начин који члан 8 Конвенције захтева, будући да је закон таквог квалитета да не пружа довољно гаранција за заштиту права окривљеног лица.²⁰

Насупрот томе, иако налог за претрес није био издат од стране судског органа, Суд није нашао повреду права на приватност у предмету *Mastepan v. Russia*, због постојања могућности *ex post factum* судске ревизије. Ова могућност подразумевала је право окривљеног да захтева преиспитивање законитости налога за претрес.²¹ Међутим, треба нагласити да само постојање *ex post factum* судске ревизије или контроле није довољно. Потребно је да оваква контрола буде ефикасна, односно да заиста испита све околности које се односе на издавање налога за претрес.

¹⁸ *Case of Kennedy v. the United Kingdom*, app. no. 26839/05, §151.

¹⁹ *Case of Harju v. Finland*, app. no. 56716/09, §42.

²⁰ Идентично становиште суд је заузео и у следећим случајевима: *Case of Sallinen and Others v. Finland*, app. no. 50882/99, §89; *Case of Sorvisto v. Finland*, app. no. 19348/04, §118.

²¹ *Case of Mastepan v. Russia*, app. no. 37708/03, §44.

Суд је такође кроз своју праксу заузео становиште да за предузимање доказне радње претресања није неопходно постојање налога за претрес, већ да претрес може бити извршен и без налога, и то на начин који не доводи до повреде права на приватност појединца. Наиме, у предмету *Camenzind v. Switzerland*, иако су државне власти претрес спровеле без налога за претрес, Суд није нашао повреду права на приватност подносиоца представке, из разлога што је закон, којим је прописана могућност предузимања ове доказне радње, исту детаљно и прецизно реулисала прописујући бројне мере за заштиту лица које се претреса. Примера ради, овим је законом прописано да претрес могу обављати искључиво службена лица која су за то посебно обучена, претреси се могу вршити у местима пребивалишта и у другим зградама само уколико је вероватно да се у њима скрива осумњичени или ако су у питању објекти или драгоцености које подлежу заплени, или докази везани за извршење кривичног дела, који се само на тим местима могу наћи, претресу ће присуствовати и службено лице које води рачуна да претрес не одступа од циља у коме се врши итд.²²

1.2. Постојање легитимног циља за предузимање доказне радње претресања

Ставом 2. члана 8. Конвенције прописане су околности у којима права, која проистичу из става 1. члана 8. Конвенције, могу бити легитимно ограничена:

- у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље
- ради спречавања нереда или криминала
- ради заштите здравља или морала
- ради заштите права и слобода других.²³

Став Еврпског суда за људска права по питању односа доказне радње претресања и испуњења услова легитимности циља који се њеним предузимањем жели постићи, у претежном делу је јединствен и то тако да овакво мешање сматра основаним у ситуацијама

²² *Case of Camenzind v. Switzerland*, app. no. 21353/93, §45-47.

²³ *INTERIGHTS priručnik za pravnike – pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj povelji o ljudskim pravima (član 8)*, 2006, стр. 42.

када постоје основи сумње да је неко лице извршило кривично дело. Другим речима, предузимање ове доказне радње оправдано је ради спречавања криминала.²⁴

Примера ради, у поступку пружања правне помоћи ради прибављања доказа за кривични поступак који се у држави Италији водио против више лица и компанија, власти државе Аустрије извршиле су претрес стана подносилаца представке у предмету *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, због основане сумње да су учествовали у вршењу кривичног дела илегална трговина лековима. У поменутом је случају Суд нашао да је предузета доказна радња претресања предузета ради спречавања криминала, као легитимног циља.²⁵

Став Суда који је заузет у предмету *Sher and Others v. The United Kingdom* указује нам да се предузимање доказне радње претресања може сматрати подобним за остварење легитимног циља и у ситуацијама када кривично дело још увек није извршено, али су околности случаја такве да указују да ће до његовог извршења доћи.²⁶ Наиме, у овом је случају држава дозволила претрес стана и лица за која је постојала сумња да планирају извршење кривичног дела тероризма, а Суд је закључио да је због комплексности потенцијалног кривичног дела, те штете која његовим извршењем може настати, целисходно предузимање ове доказне радње на уштрб права подносиоца представке, а све у циљу спречавања криминала и заштите права и слобода других.

Осим спречавања криминала и заштите права и слобода других, као легитимних циљева који су се настојали постићи предузимањем доказне радње претресања, Суд је заузео становиште да се претресање може дозволити и у циљу заштите економске добробити земље.²⁷ У предмету *Stes Colas Est and Others v. France* је, због сумње да се поједине компаније извођача радова баве незаконитим радњама, извршен претрес њихових просторија. Сврха мешања у право компанија подносилаца представке на поштовање приватности њихових просторија било је прибављање доказа о незаконитим уговорима између извођача јавних радова а у погледу извођења радова на јавним (државним)

²⁴ Овакав став Европски суд за људска права заузео је у бројним случајевима, између осталог: *Case of K.S. and M.S. v. Germany*, app. no. 33696/11, §36; *Case of Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, app. no. 74336/01, §55; *Case of Keegan v. The United Kingdom*, app. no. 28867/03, §29; *Case of Rozhkov v. Russia (no.2)*, app. no. 38898/04, §115.

²⁵ *Case of Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, op. cit., §55.

²⁶ *Case of Sher and Others v. The United Kingdom*, app. no. 5201/11, §172.

²⁷ *Case of Miaillhe v. France*, app. no. 12661/87, §33.

путевима. Мешање је било очигледно у интересу и економске добробити земље и спречавања криминала.²⁸

1.3. Претресање неопходно у демократском друштву

Приликом испитивања да ли је предузимање одређене радње било неопходно у демократском друштву, Суд цени да ли постоји пропорционалност легитимном циљу коме се тежи и да ли су разлози за мешање релевантни и довољни.²⁹

Кроз своју праксу, а по питању предузимања доказне радње претресања у контексту неопходности њеног предузимања, Суд је испитивао да ли домаће право и пракса пружају одговарајуће и ефикасне мере заштите од злоупотребе и произвољности. Елементи који се посебно узимају у обзир су:

- да ли је претрес заснован на налогу који је издао судија и да ли је заснован на основаној сумњи да је неко лице извршило кривично дело,
- да ли је обим налога био разумно ограничен, и
- да ли је потрага извршена у присуству независног посматрача како би се осигурало да материјали, који су предмет професионалне тајне, нису неосновано одузети.³⁰

У предмету *Kolesnichenko v. Russia*, истражитељ државе Русије тражио је од Окружног суда да донесе налог за претрес просторија подносиоца представке и то искључиво на основу исказа вештака, који је истакао да су се документа, за која се сумњало да представљају фалсификате, могла штампати на истом уређају за штампање који је користио подносилац представке. У својој пријави истражитељ није објаснио како би, у недостатку било каквих ознака на документима које би могле да обезбеде идентификацију одређеног уређаја, заплена уређаја за штампање из куће или канцеларије подносиоца представке могла унапредити истрагу. Истражитељ се, такође, није позвао ни на један доказ који би могао поткрепити његову претпоставку да је подносилац представке био умешан у штампање фалсификованих докумената. Окружни суд није испитао да ли материјал прикупљен током истраге може да утврди основану сумњу да је подносилац

²⁸ *Case of Stes Colas Est and Others v. France*, app. no. 37971/97, §44.

²⁹ *Case of Dumitru Popescu v. Romania*, app. no. 71525/01 § 71, 77.

³⁰ *Case of Robathin v. Austria*, app. no. 30457/06, §44; *Case of Tamosius v. The United Kingdom*, app. no. 62002/00, §37.

представке био умешан у извршење кривичног дела, због чега је Суд закључио да налог за претрес није био заснован на релевантним и довољним разлозима, те да сам претрес није био неопходан у демократском друштву.³¹

Иако је постојала основана сумња да је подносилац представке у предмету *Van Rossem v. Belgium* извршио кривично дело, те је самим тим и издавање налога за претрес било основано, Суд је нашао да предузета мера претресања није била неопходна у демократском друштву. Суд је у поменутом предмету истакао да, иако држава може, у циљу прикупљања доказа о одређеним кривичним делима, сматрати оправданим коришћење мера попут претреса стана или других просторија неког лица, са друге стране мора пружити одговарајуће и довољне гаранције којима би се спречила злоупотреба ових овлашћења од стране државних органа. Према ставу Суда, налог за претрес мора бити подређен одређеним ограничењима, која би омогућила спровођење претреса на начин који не би довео до кршења члана 8 Конвенције. Налог за претрес, који је био издат у конкретном случају, није пружао никакве информације о предметној истрази, нити објектима које је требало одузети, тако да су истражитељима дата широка овлашћења поступања. Такође, лице које је захтевало издавање налога за претрес, као једино обавештено о околностима случаја, чије би присуство осигурало да претрес буде усмерен на потрагу за предметима значајним за истрагу, претресу није присуствовало, а што је за последицу имало одузимање бројних докумената која нису била од значаја за истрагу, нити на било који начин повезана са извршеним кривичним делом. Због поменутих недостатака, Суд је констатовао да предузета радња претресања није била пропорционална легитимном циљу коме се тежило.³²

Такође, треба истаћи да је кроз своју праксу Суд врло често истицао да се право на приватност неког лица нарочито угрожава у случајевима када се приликом претреса стана, због обима односно ширине издатог налога, те непостављања адекватних граница и ограничења, пронађе и заплени рачунар лица чији се стан, односно друге просторије претресају.³³

³¹ *Case of Kolesnichenko v. Russia*, app. no. 19856/04 §32.

³² *Case of Van Rossem v. Belgium*, app. no. 41872/98, §42-48.

³³ *Case of Ernest and Others v. Belgium*, app. no. 33400/96, §116; *Case of Iliya Stefanov v. Bulgaria*, app. no. 65755/01, §42.

Међутим, без обзира на чињеницу да је налог за претрес био расписан у релативно широким цртама, Суд није нашао повреду права на приватност подносиоца представке у предмету *Sher v. The United Kingdom*. Иако је налог за претрес формулисан на начин који је службеницима дозвољавао неограничен приступ и заплenu електронске опреме, докумената и бројних других предмета који су се налазили у стану подносиоца представке, обзиром да се радило о прикупљању доказа о планирању извршења кривичног дела тероризма, Суд је истакао да случајеви који се тичу извршења кривичних дела која у питање могу довести живот великог броја лица, полицијским службеницима мора бити дозвољена одређена флексибилност. Наиме, случајеви попут овог, који укључују наводе о планираном терористичком нападу великих размера, представљају посебне изазове јер, иако може постојати довољно доказа за стварање основане сумње да се напад припрема, недостатак свих информација о планираној природи напада или његовим циљевима могу онемогућити спречавање овог дела, а што за последицу може имати губитак живота великог броја људи. Стога, сложеност и хитност таквих случајева може оправдати претрес на основу налога који је шири него што би у супротном било дозвољено.³⁴

2. Стандарди Европског суда за људска права који се односе на примену мере тајног надзора

Појам тајни надзор је генусни појам, који се у пракси Европског суда за људска права користи за обележавање већег броја посебних мера које се могу предузимати против лица за која постоји основана сумња да су извршила или да припремају извршење одређеног кривичног дела. Тако, појам тајни надзор обухвата посматрање кретања особе односно тајно праћење особе, затим употребу скривених уређаја за прислушкивање и пресретање комуникација.

Обзиром да је, како је већ поменуто, Европски суд за људска права заузео став да примена ових мера доводи до мешања у право на приватан живот појединца, идентично као и код предузимања доказне радње претреса стана и лица, потребно је испитати да ли је свако предузимање ових мера извршено у складу са законом, да ли је постојао легитимни

³⁴ *Case of Sher v. The United Kingdom*, op. cit., §174.

циљ за таквим поступањем, те да ли је мешање државе било неопходно у демократском друштву.

2.1. Мера тајног надзора извршена у складу са законом

Како би се било која доказна радња, укључујући и мере тајног надзора, могла применити на одређени случај, потребно је да има правну основу у домаћем законодавству.

Предузимање мере тајног надзора, у виду надзора над комуникацијама лица осумњиченог за извршење кривичног дела, окарактерисано је као повреда права на приватност у предмету *Taylor-Sabori v. the United Kingdom*. Наиме, у време када је предузета поменута мера Уједињено Краљевство није имало законски систем који би регулисао пресретање комуникација.³⁵ Обзиром да је ова мера предузимана произвољно, од стране државних органа, без икаквих прописа који би на било који начин штитили права лица против којих је предузимана, јасно је због чега је у овом случају постојала повреда права на приватност подносиоца представке.

Критеријум „у складу са законом“ није био испуњен ни у случају *Khan v. the United Kingdom*, у коме је случају против подносиоца представке примењена мера тајног полицијског надзора употребом уређаја за прислушкивање. Иако је држава истицала како су у време предузимања ове мере постојале смернице и одредбе Министарства унутрашњих послова, које су регулисале ово питање, Суд је истакао да критеријум „у складу са законом“ није испуњен на начин који члан 8 Конвенције захтева, будући да ове смернице нису биле правно обавезујућег карактера нити су јавности биле директно доступне³⁶.

Међутим, Суд је утврдио да за оправдање повреде права из члана 8 Европске конвенције није довољно да законодавство регулише меру тајног надзора, већ, напротив да то законодавство мора бити у складу са принципом владавине права. Закључено је да би било супротно владавини права када бе се дискрециона слобода, дата извршној власти,

³⁵ *Case of Taylor-Sabori v. the United Kingdom*, app. no. 47114/99, §19.

³⁶ *Case of Khan v. the United Kingdom*, op. cit. §27; Идентично становиште суд је заузео и предмету *P.G. and J.H. v. the United Kingdom*, app. no. 44787/98, §37; *Case of Alann v. the United Kingdom*, app. no. 48539/99, §36; *Case of Govell v. the United Kingdom*, app. no. 27237/95, §61,62.

изражавала као необуздана моћ и да закон мора јасно да успостави границе слободне процене дате извршним властима и пружити адекватну заштиту појединцу од самовољног мешања.³⁷ Такође, када је реч о примени мера тајног надзора не може се говорити о предвидљивости закона на начин како је то могуће у многим другим областима. Предвидљивост у посебном контексту мера тајног надзора не може значити да појединац треба да буде у стању да предвиди када ће власти вероватно пресрести његове комуникације, како би могао да прилагоди своје понашање. Међутим, неопходно је имати јасна, детаљна и прецизна правила о примени ових мера, посебно с обзиром на то да технологија доступна за употребу у ове сврхе непрекидно постаје све софистициранија.³⁸

Кроз своју судску праксу, разматрајући о примени мера тајног надзора, Суд је развио одређене минималне мере заштите које би требало утврдити законом, како би се избегле било какве злоупотребе приликом њихове примене. Пре свега, потребно је прецизно дефинисати категорију лица према којима се може применити нека од ових мера, разлоге потребне да се нареди предузимање ових мера, обим и трајање могућих мера, при чему време њиховог трајања мора бити ограничено, органе који одлучују о примени мера тајног надзора, мере предострожности које треба предузети приликом преношења података другим странама, такође мора бити тачно одређено и на који начин ће се прикупљени подаци чувати и користити, као и у којим се случајевима прикупљени подаци морају уклонити или уништити.³⁹

Суд је нарочито истицао да с обзиром на ризик од злоупотребе који је својствен било ком систему тајног надзора, примена таквих мера мора се заснивати на закону који је посебно прецизан.⁴⁰

Обзиром да квалитет закона није испуњавао све побројане критеријуме, Суд је утврдио повреду права на приватност у предмету *Kruslin v. France*.⁴¹ Наиме, недостаци закона државе Француске огледали су се у томе што њиме нису биле одређене категорије лица која могу бити подвргнута мери тајног надзора у виду телефонског

³⁷ *Case of Malone v. the United Kingdom*, app. no. 8691/79, §67.

³⁸ *Case of Roman Zakharov v. Russia*, app. no. 47143/06, §229.

³⁹ *Case of Weber and Saravia v. Germany*, op. cit., §95; *Case of Prado Bugallo v. Spain*, app. no. 58496/00, §30; *Case of Shimovolos v. Russia*, app. no. 30194/09, §68.

⁴⁰ *Case of Huvig v. France*, app. no. 11105/84, §32; *Case of Amann v. Switzerland*, op. cit., §56.

⁴¹ *Case of Kruslin v. France*, app. no. 11801/85, §35.

прислушкивања, није одређено време трајања ове мере, нити је побројано или ближе указано поводом којих се кривичних дела ова мера може изрећи.⁴²

Проблем квалитета закона јавио се и у случају *Iordachi and Others v. Moldova*, обзиром да молдавско законодавство није разрадило степен основаности сумње који је потребно да постоји, како би се против неког лица могле предузетимати мере тајног надзора. Сем тога, поменути закон није садржао заштитне мере које би примену мере тајног надзора ограничиле само на случајеве када се циљ примене исте не би могао остварити применом неке друге доказне радње.⁴³

Иако у релевантно време није постојао закон који би регулисао питање тајног надзора (снимања) запосленог лица ради истраге кривичног дела за које се сумњичи, Суд у предмету *Köpke v. Germany* није нашао повреду права на приватност осумњиченог, из разлога што је Савезни радни суд, у својој судској пракси, развио важна ограничења прихватљивости доказне снаге таквог надзора, а која су ограничења превасходно била усмерена на заштиту права на приватност лица над којима се спроводила мера тајног надзора.⁴⁴ Наиме, према ставу Савезног радног суда успостављање тајног надзора над запосленим било је могуће само ако је претходно постојала основана сумња да је запослени починио кривично дело. Савезни радни суд је водио рачуна о томе да мера надзора мора бити временски ограничена, да се приватан живот запосленог може ограничити само у мери која је неопходна за постизање циљева истраге предметног кривичног дела, да примена ове мере буде ограничена на простор на коме се може очекивати извршење кривичног дела итд.

Међутим, оно што треба поменути јесте да, не само да је потребно да мера тајног надзора буде регулисана законом који испуњава одређене услове у погледу квалитета, већ је неопходно и да овај закон у пракси буде адекватно примењен. Овакав став, Суд је заузео у предмету *Perry v. the United Kingdom*, истичући да је закон био адекватног квалитета, те испуњавао све постављене критеријуме, па ипак, закон у пракси није био испоштован од стране полиције у најмање три аспеката (наиме, да лицу против кога се мера предузима пружи прилику да погледа видео, приговори његовом садржају и да га обавести о праву да

⁴² Идентичан став Суд је заузео и по питању квалитета закон државе Бугарске у предмету *Case of Savovi v. Bulgaria*, app. no. 7222/05, §56, 57.

⁴³ *Case of Iordachi and Others v. Moldova*, app. no. 25198/02, §51.

⁴⁴ *Case of Köpke v. Germany*, app. no. 420/07.

са својим адвокатом присуствује предочавању снимка сведоцима), због чега је Суд и утврдио да је дошло до поведе права на приватност подносиоца представке.⁴⁵

2.2. Постојање легитимног циља за предузимање мера тајног надзора

Имајући у виду да су легитимни циљеви прописани чланом 8 Конвенције већ раније побројани, у овом делу ћемо се осврнути на ставове Европског суда за људска права по питању тога који се циљеви могу сматрати легитимним за предузимање мера тајног надзора.

Према ставу Европског суда за људска права, примена мера тајног надзора треба бити рестриктивна, тако да се ове радње могу предузимати само онда када се циљ који се жели постићи њиховом применом не може остварити на други начин. Сходно томе, Суд је сматрао да је један од основних легитимних циљева који оправдава примену мере тајног надзора заштита јавне безбедности, често праћена и тежњом да се спрече нереди, те заштите права и слободе других.⁴⁶ Поред поменутих, као подлога за примену мера тајног надзора прихваћен је и легитимни циљ којим се остварује економска добробит и благостање земље и то у случају *Christie v. The United Kingdom*.⁴⁷

2.3. Мера тајног надзора неопходна у демократском друштву

Испитивајући оправданости примене мера тајног надзора у контексту овог трећег критеријума прописаног ставом 2. члана 8. Конвенције, можемо закључити да долази до преплитања критеријума „у складу са законом“ и критеријума „неопходно у демократском друштву“, и то у делу у коме оба ова критеријума захтевају установљавање адекватне и довољне гаранције против злоупотребе које подразумевају постојање ефикасне контроле

⁴⁵ *Case of Perry v. the United Kingdom*, app. no. 63737/00, §47.

⁴⁶ Идентичан став суд је заузео у бројним случајевима своје праксе, примера ради: *Case of Peck v. The United Kingdom*, app. no. 44647/98, §67; *Case of L. v. Norway*, app. no. 13564/88, *Case of Malone v. the United Kingdom*, op. cit., §81; *Case of Klass and Others v. Germany*, app. no. 5029/71, § 48.

⁴⁷ *Case of Christie v. The United Kingdom*, app. no. 21482/93, *Case of Weber and Saravia v. Germany*, op. cit., §103

над применом мере тајног надзора.⁴⁸ Из тог разлога Суд је и сам, неретко, прибегавао заједничком испитивању ова два критеријума.⁴⁹

Иако државе уговорнице уживају слободу процене да ли је примена одређене мере неопходна у демократском друштву, на Суду је да оцени да ли је одредбама националног законодавства установљен адекватан правни лек којим би појединац могао заштитити своја права у случају неоправдане примене мера тајног надзора против њега.

Да би примена мера тајног надзора била компатибилна са чланом 8 Конвенције, иста мора бити подвргнута ефикасном надзору.⁵⁰ Европски суд за људска права заузео је став да је, у пољу у којем је злоупотреба права лица против којих се примењује мера тајног надзора потенцијално могућа, пожељно да надзорна контрола примене ових мера буде поверена судији односно судском органу.⁵¹ Међутим, Европски суд за људска права је утврдио да, иако је у принципу пожељно надзорну контролу поверити судији, надзор не-судских тела може се сматрати компатибилним Конвенцији, под условом да је надзорно тело независно од органа који спроводе меру тајног надзора, а додељена су му довољна овлашћења и компетенције за вршење ефикасне и континуиране контроле.⁵² Одлучујући о независности органа надлежних за вршење надзора, Европски суд за људска права је, примера ради, заузео став да су у довољној мери независна она тела која су састављена од чланова парламента или од особа квалификованих за вршење судијске функције, које је именовао парламент или премијер⁵³, док је, са друге стране, апсолутно неподобним за вршење ове функције сматрао министра унутрашњих послова, због његове директне повезаности са органима надлежним са спровођење мера тајног надзора.⁵⁴ Идентичан став Европски суд за људска права заузео је и у погледу обављања надзорне функције од стране надлежног тужиоца или његових заменика, сматрајући их недовољно независним органима.⁵⁵

⁴⁸ *Case of Matheron v. France*, app. no. 57752/00, §34, 35.

⁴⁹ Примере оваквог поступања суда можемо видети у следећим предметима: *Case of Kvasnica v. Slovakia*, app. no. 72094/01, §84; *Case of Kennedy v. The United Kingdom*, op. cit., §153; *Case of Dragojević v. Croatia*, app. no. 68955/11, §89.

⁵⁰ *Case of Rotary v. Romania*, app. no. 28341/95, §59.

⁵¹ *Case of Klass and Others v. Germany*, op. cit., §56.

⁵² *Case of Roman Zakharov v. Russia*, op. cit., §275.

⁵³ *Case of Klass and Others v. Germany*, op. cit., §53; *Case of Christie v. the United Kingdom*, op. cit.; *Case of L. v. Norway*, op. cit.

⁵⁴ *Case of Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiiev v. Bulgaria*, op. cit., §87.

⁵⁵ *Case of Iordachi and Others v. Moldova*, op. cit., §47.

Суд је уобичајено налазио повреду критеријума „неопходно у демократском друштву“ у оним предметима у којима се испоставило да од стране одређених државних органа контрола над применом мере тајног надзора, није спроведена на адекватан начин.

Примера ради, иако су органи надлежни за спровођење контроле испуњавали све критеријуме у погледу независности и стручности за обављање ове функције, Суд је нашао повреду права на приватност подносиоца представке у предмету *Dragojević v. Croatia* обзиром да су национални судови увели могућност ретроактивног оправдања употребе мере тајног надзора чак и тамо где нису испоштовани услови који се тичу начина вршења контроле од стране надзорног органа.⁵⁶ Наиме, надлежни кривични судови ограничили су процену употребе мере тајног надзора у мери која је релевантна за прихватљивост тако прибављених доказа, не улазећи у суштину питања кршења права на приватност лица против којих се ове мере примењују. У исто време, Влада државе Хрватске није пружила никакве информације о правним лековима, попут, примера ради, захева за накнаду штете, који би били доступни лицу чија су права повређена применом неке од мера тајног надзора. Стога је Суд и одлучио да је у конкретном случају начин вршења надзора над наређивањем и спровођењем ових мера такав да дозвољава мешање у право на приватност подносиоца представке у мери која је већа од оне која је заиста „неопходна у демократском друштву“.

Са друге стране, прописивање адекватног система контроле над спровођењем мера тајног надзора, те могућности изузимања из кривичног поступка доказа прикупљених на неадекватан начин, према ставу Суда, оправдало је критеријум „неопходно у демократском друштву“. Суд је сматрао да је оваква судска ревизија у предмету *Uzun v. Germany* представљала важну заштиту права подносиоца представке јер је обесхрабривала истражне органе да прикупљају доказе незаконитим доказним средствима. Сем тога, поштујући законске одредбе, истражни органи су, у конкретном случају, најпре настојали применити мање рестриктивне мере но што су мере тајног надзора, које се нису показале као довољно ефикасне. Стога су, тек након пар неуспеха у откривању учиниоца кривичног дела, прибегли мерама тајног надзора.⁵⁷ Суд је сматрао да је у овом случају надзор над

⁵⁶ *Case of Dragojević v. Croatia*, op. cit., §97.

⁵⁷ *Case of Uzun v. Germany*, app. no. 35623/05, §80.

подносиоцем представке био пропорционалан легитимним циљевима којима се тежило и према томе „неопходан у демократском друштву“ у смислу става 2. члана 8. Конвенције.

III ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

1. Ограничење права на приватност претресом стана и лица

1.1. Појам, дефиниција и циљ претресања

У садржинском смислу претресање стана и других просторија представља систематско претраживање одређених затворених простора, или отворених површина које су у функционалној вези са предметним затвореним простором (као на пример претраживање дворишта или баште куће), ради хапшења учиниоца или прибављања доказа о кривичном делу и учиниоцу, док је претраживање лица планско претраживање одређене особе, у циљу проналажења трагова и предмета кривичног дела, који се налазе у одећи тог лица, односно које оно има код себе или на себи.

Претресање је, дакле, доказна радња која се предузима првенствено у циљу проналажења предмета и трагова кривичног дела, односно извршиоца кривичног дела, при чему се претресањем, поред поменутог, могу пронаћи и друга лица (примера ради, жртве кривичног дела, нестала лица и др.), односно лешеви или делови лешева. Пракса је показала да се претресањем углавном тежи проналажењу следећих предмета:

- средстава коришћених за извршење кривичног дела, као што су различите врсте оружја, оруђа, средства за фалсификовање новца и др.

- предмета насталих извршењем кривичног дела и то фалсификованог новца, лажних платних картица, фалсификованих исправа попут сведочанстава, личних карата, пасоша итд.

- предмета прибављених извршењем кривичног дела као нпр. робе прибављене кривичним делом крађе или разбојништва, новца или поклона које је лице примило као мито и др.

- предмета на којима се налазе трагови кривичног дела као што су разноврсни предмети на којима се могу наћи трагови крви (нож, пиштољ, секира), отисци папиларних

линија или предмети на којима су пронађени трагови других материја, а који указују да је извршено одређено кривично дело.

Потпуни легалитет могућности ограничења права на приватност применом доказне радње претрес стана и лица конкретизован је Закоником о кривичном поступку.

1.2. Претрес стана и лица према одредбама Законика о кривичном поступку

Тумачењем одредаба Законика о кривичном поступку закључује се да је за предузимање доказне радње претресања потребно испуњење материјалноправног и формалноправног услова.

Материјалноправни услов за предузимање ове доказне радње прописан је ставом 1 члана 152. Законика о кривичном поступку којим је предвиђено да се претресање стана и других просторија или лица може предузети ако је вероватно да ће се претресањем пронаћи окривљени, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак.⁵⁸ При томе, важно је имати на уму да се не ради о општој непоткрепљеној вероватноћи, већ о контексту основане сумње извршења кривичног дела.⁵⁹ Вероватноћи да ће се претресањем постићи одређени резултати мора претходити основана сумња да је кривично дело извршено јер би се, у супротном, претресање могло предузимати у циљу постизања основа сумње, због чега би предмет претресања могло бити свако место и свако лице, без икаквог ограничења, а што би, без сумње, представљало неосновани уплив у приватни живот сваког појединца.

Формалноправни услов за претресање стана и лица подразумева постојање писмено образложене наредбе, коју доноси суд, чиме се у ствари и конкретизује уставно начело према коме се без судксе одлуке не може вршити претрес стана. Међутим, за разлику од материјалноправног услова који мора увек бити испуњен, у погледу формалноправног услова постоји изузетак. Из тог разлога могуће је разликовати претресање на основу наредбе суда и претресање без наредбе суда.

⁵⁸ Законик о кривичном поступку Републике Србије („Сл. Гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014“)

⁵⁹ М. Грубач, Т. Васиљевић, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Пројурис, Београд, 2013, стр. 183

1.2.1. Претресање на основу наредбе суда

Претресање стана или лица врши се, редовно, на основу судске одлуке, када је вероватно да ће се претресањем постићи законом установљена сврха ове доказне радње.⁶⁰

Претресање одређује суд, писмено образложеном наредбом, коју доноси на основу образложеног захтева јавног тужиоца. Наредба о претресању се доноси у писменој форми, а њен садржај прописан је законом. Чланом 155. Законика о кривичном поступку прописано је да наредба о претресању садржи: назив суда који је наредио претресање, означавање предмета претресања, разлог претресања, назив органа који ће предузети претресање и друге податке од значаја за претресање. Овакав прецизно одређен садржај наредбе треба да осигура, да се изван потребног обима, не задире у право на поштовање приватног живота лица које се претреса.

Претресање стана и других просторија се мора започети у року од 8 дана од дана издавања наредбе. Ако се претресање не започне у наведеном року, исто се не може предузети и наредба се мора вратити суду, што је одређено ставом 3. члана 155. ЗКП-а. Прописивање рока од 8 дана за предузимање ове доказне радње, јасно је усмерено на заштиту уставом загарантованих права, где се поступање у што краћем року може тумачити као облик заштите приватности.

Пре почетка претресања стана, других просторија или лица, држаоцу стана или других просторија или лицу над којим ће се извршити претресање, предаје се наредба о претресању. Приликом уручења наредбе о претресање, поменута лица се позивају да добровољно предају предмете или лице које се тражи. Ако држалац стана добровољно преда лице, или предмете који се траже, у том случају претресање ће изостати, јер је овим чином постигнута сврха претресања.⁶¹ Претресању ће се приступити тек уколико држалац стана не изда тражено лице, или предмете.

Приликом уручења наредбе о претресању држалац стана или других просторија или лице које се претреса, морају се поучити о праву на ангажовање адвоката, односно браниоца. Уколико лице, на које се односи наредба о претресању, захтева присуство адвоката, односно браниоца, почетак претреса ће бити одложен до његовог доласка, а

⁶⁰ С. Бејатовић, М. Шкулић, В. Ђурђић, Г. Илић, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, ор. cit. стр. 119

⁶¹ *Ibid.*, стр. 119.

најдуже за три сата. Ако се у том року адвокат, или бранилац не појави, претресање може започети и обавити се без његовог присуства.⁶²

Такође, ставом 3. члана 156. Законика о кривичном поступку прописан је изузетак од обавезе предаје наредбе, позива на предају лица или ствари и поуке о праву на браниоца, односно адвоката, те се радња претресања може предузети и без претходних предузимања поменутих радњи ако се претпоставља оружани отпор, или друга врста насиља, или ако се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак.

Право да присуствује претресању има и сам држалац стана и других просторија. Због тога је орган поступка дужан да га позове да присуствује претресању. Уколико је држалац одсутан, у његово ће се име позвати да присуствује претресању неко од пунолетних чланова његовог домаћинства, или друго лице.

Претресању стана присуствују два пунолетна грађанина као сведоци. Лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити само лица истог пола, као и лице које се претреса. Дакле, правило је да особе женског пола мора претресати овлашћено службено лице које је, такође, женског пола. Исто се односи и на особе мушког пола, које морају претресати овлашћена службена лица мушког пола. За разлику од сведока који се у кривичном поступку испитују јер поседују релевантна сазнања у односу на предмет кривичног поступка, сведоци претресања не поседују никаква посебна сазнања у односу на предмет кривичног поступка, већ се њихова сазнања, односно опажања, искључиво односе на начин вршења претресања.⁶³ Сведоци ће се пре почетка претресања упозорити да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању ставе своје приговоре ако сматрају да садржина записника није тачна. Претресање се може извршити без присуства сведока у случају и под условима који су прописани за претресање без претходног уручења наредбе о претресању.

Закоником о кривичном поступку прописан је и сам поступак претресања. Најпре, претресање стана и лица треба спровести обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност и без непотребног ремећења кућног реда.⁶⁴ Овом се законском одредбом у ствари штити право на приватност лица чији се стан претреса. То значи да

⁶² Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 156.

⁶³ М. Шкулић, *Кривично процесно право, Београд*, 2009; *op. cit.*, стр. 250.

⁶⁴ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 157. став 1.

приликом претреса треба водити рачуна да се не привуче непотребна пажња и интересовање окружења и да се, сем уколико то заиста није неопходно, односно уколико нису у вези са кривичним делом, неће претресати неки интимни предмети (као што су писма личне садржине, личне белешке, личне фотографије, доњи веш, прибор за личну хигијену итд.). Код претреса лица, без обзира што то чини лице истог пола и пред сведоцима истог пола, право на интимност тј. приватност односило би се на то да се претрес тог лица врши на начин којим би се лице што мање довело у непријатну ситуацију.

Претресање се, по правилу, врши дању, с тим што се може вршити и ноћу, односно између 22 и 6 часова, ако је започето дању па није довршено, или уколико је то одређено наредбом о претресању. Уколико се приликом претресања наиђе на закључане просторије, намештај, или неке друге ствари, допуштено је да се отворе силом, само ако њихов држалац није присутан, или неће добровољно да их отвори, при чему се приликом таквог отварања морају избегавати непотребна оштећења.

О сваком претресању сачињава се записник у коме се тачно описују предмети и исправе које се одузимају, место на коме су пронађени, а уколико је претрес извршен ноћу, разлог оваквог поступања мора бити посебно образложен. Записник о претресању потписује лице код кога се или на коме се спроводи претресање, као и друга лица која су присуствовала претресу. Приликом претресања, одузеће се привремено само они предмети и исправе које су у вези са сврхом претресања. У записник ће се унети и тачно назначити предмети и исправе који се одузимају, а то ће се унети и у потврду која ће се одмах издати лицу коме су предмети, односно исправе одузете.

Ако се приликом претресања стана или лица нађу предмети који немају везе са кривичним делом због кога је претресање наређено, али који указују на друго кривично дело за које се гони по службеној дужности, они ће се описати у записнику и привремено одузети, а о одузимању ће се одмах издати потврда и обавестити јавни тужилац. Ови предмети ће одмах бити враћени ако јавни тужилац нађе да нема основа за покретање кривичног поступка, а не постоји неки други законски основ по коме би се ти предмети одузели.

Најзад, поступак претресања може бити тонски или оптички снимљен, а пронађени предмети се могу посебно фотографисати. Наведени аудио или видео снимци, као и фотографије сачињене приликом претресања стана или других просторија или лица,

прилажу се као доказ уз записник о претресању. Снимање и фотографисање је обавезно у случају да се претресање врши без присуства сведока или без представника адвокатске коморе, што је регулисано ставом 5. члана 157. Законика о кривичном поступку.

1.2.2. Претресање без наредбе суда

Иако је Уставом прописана неповредивост стана, те да се претрес може вршити само на основу писане одлуке суда, такође је прописао да се, изузетно, у одређеним ситуацијама и под одређеним условима, претресање може вршити и без одлуке суда.

У границама одређеним Уставом, Законик о кривичном поступку прописао је услове под којима јавни тужилац, или овлашћена службена лица полиције могу изузетно, без наредбе суда ући у стан и друге просторије, и без присуства сведока предузети претресање стана и других просторија, или лица која се ту затекну. Овакво поступање дозвољено је:

- уз сагласност држаоца стана и друге просторије,
- ако неко зове у помоћ,
- ради непосредног хапшења учиниоца кривичног дела,
- ради извршења одлуке суда о притварању, или довођењу окривљеног и
- ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе, или имовину.⁶⁵

У поменутих се случајевима, приликом уласка у стан и друге просторије полицијски службеник је у обавези да држаоцу стана саопшти разлоге претресања и поучи га о праву да уложи примедбу на овакав поступак полиције. Примедбу коју би држалац или присутно лице изнело, полицијски службеник је дужан да унесе у потврду о уласку у стан или у записник о претресању.

Потврда о уласку у стан и друге просторије издаје се лицу или држаоцу стана или других просторија, а у потврди ће се навести разлог уласка у стан или другу просторију, као и примедба држаоца стана или другог лица, у случају када након уласка у стан или друге просторије није предузето претресање. Уколико се претресање предузме, о уласку у просторије и извршеном претресању без наредбе суда и присуства сведка биће сачињен записник у коме ће се назначити разлог уласка и претресања.

⁶⁵ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 158.

Овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу без наредбе о претресању и без присуства сведока спровести претресање лица приликом извршења решења о привођењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да то лице поседује оружје или оруђе за напад или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку.⁶⁶

2. Ограничење права на приватност тајним надзором комуникација

2.1. Појам, дефиниција и циљ тајног надзора комуникација

Тајни надзор комуникација, као посебна доказна радња, обухвата два аспекта. Први аспект односи се на комуникацију која се обавља путем телефона или других техничких средстава, а други на надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама или пошиљки. Тајни надзор комуникације може се односити само на праћење комуникације или само на надзор адресе, али често у пракси обухвата оба ова сегмента.⁶⁷

Ова посебна доказна радња први пут је уведена у законодавство наше земље Закоником о кривичном поступку из 2002. године. Међутим, овим је закоником прописана јединствена посебна доказна радња тајни надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникације другим техничким средствима и оптичка снимања лица, која је тиме под једно обједињавала и тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање осумњиченог. Тек ће усвајањем новог Законика о кривичном поступку 2011. године доћи до рашчлањивања ове јединствене доказне радње, где ће се свака убудуће регулисати као самостална.

Примена посебне доказне радње тајни надзор комуникације недвосмислено узрокује одступање од људских права и слобода зајемчених Уставом Републике Србије, нарочито од његовог члана 41. који гарантује тајност писама и других средстава општења и прокламује неповредивост истих. Међутим, самим је Уставом прописана могућност одступања од овог права. Као и све друге посебне доказне радње, и тајни надзор

⁶⁶ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 159.

⁶⁷ М. Плазинић, М. Стојковић, *Примена посебних доказних радњи и механизми њихове контроле*, у: *Тужилачка реч*, бр. 28, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2015, стр. 18.

комуникација може се предузети искључиво ако су испуњени одређени материјалноправни и формалноправни услови.

2.2. Материјалноправни услови за примену тајног надзора комуникација

Како је прописано чланом 161. Законика о кривичном поступку, посебне доказне радње могу се одредити према лицу за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело прописано чланом 162. Законика о кривичном поступку, а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. Изузетно, могуће је одредити предузимање ове посебне доказне радње и онда када кривично дело још увек није извршено, односно у тренутку када се његово извршење још увек припрема, уколико околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло откири, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Приликом одређивања ове посебне доказне радње, нарочито је потребно водити рачуна о томе да ли је исти резултат могао бити постигнут на начин којим би се у мањој мери ограничило право на приватност лица против кога се ова радња предузима.

2.3. Формалноправни услови за примену тајног надзора комуникација

Ако су испуњени поменути услови из члана 161. Законика о кривичном поступку суд, односно судија за претходни поступак, наредбом одређује надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама и других пошиљки, на образложени предлог јавног тужиоца.

Наредба којом се одређује тајни надзор комуникација садржи расположиве податке о лицу према којем се тајни надзор комуникације одређује, законски назив кривичног дела, означавање познатог телефонског броја или адресе осумњиченог, односно телефонског броја или адресе за коју постоје основи сумње да је осумњичени користи, разлоге на којима се заснива сумња, начин спровођења, обим и трајање посебне доказне радње.

Посебна доказна радња тајни надзор комуникације може трајати три месеца, а због неопходности даљег прикупљања доказа се може продужити највише за још три месеца. Ако је реч о кривичним делима из члана 162. став 1. тачка 1. Законика о кривичном поступку (организовани криминал и ратни злочин) ова се посебна доказна радња може изузетно продужити још највише два пута у трајању од по три месеца, а мора се прекинути чим престану разлози за њену примену.

Наредбу судије за претходни поступак извршава полиција, Безбедносноинформативна агенција или Војнобезбедносна агенција, а о спровођењу тајног надзора комуникације сачињавају се дневни извештаји који се заједно са прикупљеним снимцима комуникације, писмима и другим пошिल्кама које су упућене осумњиченом или које он шаље, достављају судији за претходни поступак и јавном тужиоцу, на њихов захтев.

Поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за преношење информација дужна су да државном органу који извршава наредбу, омогуће спровођење надзора и снимања комуникација и да, уз потврду пријема, предају писма и друге пошिल्ке. Ако у току спровођења тајног надзора комуникације дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број или адресу, државни орган ће проширити примену посебне доказне радње тајни надзор комуникације и на тај телефонски број или адресу и о томе ће одмах обавестити јавног тужиоца. По пријему обавештења јавни тужилац ће одмах поднети предлог да се накнадно одобри проширење тајног надзора комуникације.

По завршетку тајног надзора комуникације орган који је спровео ову посебну доказну радњу доставља судији за претходни поступак снимке комуникације, писма и друге пошिल्ке и посебан извештај који садржи: време почетка и завршетка надзора, податке о службеном лицу које је надзор спровело, опис техничких средстава која су примењена, број и расположиве податке о лицима обухваћеним надзором и оцену о сврсисходности и резултатима примене надзора. Судија за претходни поступак ће приликом отварања писама и других пошिल्ки пазити да се не повреде печати и да се омоти и адресе сачувају. О отварању ће саставити записник. Сав материјал добијен спровођењем тајног надзора комуникације доставиће се јавном тужиоцу. Јавни тужилац ће

одредити да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу.⁶⁸

3. Ограничење права на приватност тајним праћењем и снимањем

3.1. Појам, дефиниција и циљ тајног праћења и снимања

Садржински посматрано, тајно праћење и снимање подразумева систематски надзор и бележење комуникације осумњиченог лица, а који се надзор одвија без његовог знања, све у циљу прикупљања неопходних обавештења и материјалних доказа који се могу користити у кривичном поступку. Постизање поменутих циљева предузимањем ове посебне доказне радње је, захваљујући значајном напретку технологије, данас постало итекако ефикасно, због чега је ова доказна радња веома значајна када је у питању откривање и спречавање извршења кривичних дела.

Тајно праћење и снимање је као самостална, посебна доказна радња, у домаћи правни систем по први пут уведена реформом кривичнопроцесног законодавства Републике Србије 2011. године, усвајањем новог Законика о кривичном поступку. Пре него што је усвојен поменути закон, ова посебна доказна радња потпадала је под окриље посебне доказне радње тајни надзор комуникације.

С обзиром на чињеницу да се применом тајног праћења и снимања дубоко задире у зону приватности појединаца, због чега је и примена ове радње јако деликатна, њено предузимање мора бити учињено на начин који не сме да наруши уставна права која су загарантована свим грађанима, односно уз поштовање свих законом прописаних правила којима се дозвољава ограничење права на приватност.

Будући да је регулисано као посебна доказна радња, тајно праћење и снимање може се предузети искључиво ако су испуњени одређени материјалноправни и формалноправни услови.

⁶⁸ С. Кнежевић, *Кривично процесно право: општи део*, op. cit., стр. 331.

3.2. Материјалноправни услови за примену тајног праћења и снимања

Када је реч о материјалноправним условима, захтев је пре свега да је извршено или да се припрема извршење неког од следећих кривичних дела:

- Кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности;

- Тешко убиство, отмица, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, разбојништво, изнуда, злоупотреба положаја одговорног лица, злоупотреба у вези са јавном набавком, фалсификовање новца, праће новца, неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, угрожавање независности, напад на уставно уређење, изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости, тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије, трговина људима итд.⁶⁹

Да би се дозволила примена ове посебне доказне радње, потребно је да су околности случаја такве да се докази за кривично гоњење учинилаца поменутих кривичних дела не могу прикупити на други начин или би њихово прикупљање било знатно отежано. Уколико постоји сумња да одређено лице припрема извршење неког од поменутих кривичних дела, посебна доказна радња тајно праћење и снимање може се предузети уколико околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Предузимањем ове посебне доказне радње настоје се открити контакти или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима којима по одређеном основу може приступити само ограничени број лица, или у просторијама,⁷⁰ а такође се настоји и утврдити истоветност лица или лоцирање лица или ствари. Предмет тајног надзора и снимања могу бити и превозна средства других лица, ако је вероватно да ће осумњичени та превозна средства користити.⁷¹

⁶⁹ Видети члан 162. Законика о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*

⁷⁰ Због уставног јемства о неповредивости стана, могућност примене ове мере у стану осумњиченог је искључена.

⁷¹ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 171. став 2.

Тајним праћењем и снимањем се првенствено прати и снима усмена комуникација осумњиченог са другим лицем,⁷² односно комуникација коју осумњичени остварује са другим лицем без употребе било каквих техничких средстава.

3.3. Формалноправни услови за примену тајног праћења и снимања

Формалноправни услов за примену посебне доказне радње тајно праћење и снимање осумњиченог подразумева постојања образложене наредбе, коју доноси судија за претходни поступак. Иако Закоником о кривичном поступку није изричито наведено, судија за претходни поступак овакву наредбу доноси само на образложени предлог надлежног јавног тужиоца. Ово из разлога што је примена посебне доказне радње тајно праћење и снимање карактеристична за преткривични поступак, који води јавни тужилац, те без његове иницијативе судија за претходни поступак не би ни био упознат са потребом издавања такве наредбе.

Наредба судије за претходни поступак о одређивању тајног праћења и снимања, између осталих елемената треба да садржи податке о осумњиченом лицу које ће бити праћено или снимано, законски назив кривичног дела за које се праћењем и снимањем прикупљају докази, затим разлоге на којима се заснива основ сумње да је осумњичени који се прати и снима учинио кривично дело или га припрема, означавање просторија, места или превозног средства које ће бити снимано јасно и на недвосмислен начин, као и овлашћење на основу којег ће службена лица ући и инсталирати техничке уређаје за снимање. Судска наредба поред наведених основних података, треба да садржи и опис начина спровођења ове посебне доказне радње као и њен обим и трајање.⁷³

Ова посебна доказна радња може трајати три месеца, уз могућност продужења за још три месеца, а за кривична дела за која поступају јавна тужилаштва посебне надлежности, трајање ове мере може се продужити највише још два пута за по три месеца. Престанком разлога за примену, мора престати и примена тајног праћења и снимања.⁷⁴

⁷² Г. Илић, М. Матић Бошковић, *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: Поглед из правосуђа*, Београдски центар за безбедоносну политику, Београд, 2015, стр. 11.

⁷³ Законик о кривичном поступку Републике Србије, *op. cit.*, члан 171. став 2.

⁷⁴ С. Кнежевић, *Кривично процесно право: општи део*, *op. cit.*, стр. 335

По завршетку тајног праћења и снимања орган који је спроводио посебну доказну радњу доставља судији за претходни поступак снимке и сав прикупљени материјал, као и посебан извештај који садржи: време почетка и завршетка праћења и снимања, податке о службеном лицу које је доказну радњу спровело, опис техничких средстава која су примењена, број лица обухваћених надзором и расположиве податке о њима, оцену сврсисходности спроведене посебне доказне радње, као и оцену њених резултата.⁷⁵

IV УСКЛАЂЕНОСТ НАЦИОНАЛНОГ ПРАВА И ПРАКСЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

1. Усклађеност доказне радње претрес стана и лица и праксе Европског суда

Како би се на правилан начин утврдила компатибилност домаћег права са правом које је прокламовано Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, као и начелним ставовима Европског суда за људска права, неопходно је домаће правне прописе испитати по критеријумима по којима то чини Европски суд, када одлучује о постојању повреде права на приватност до које долази претресом стана и лица.

Говорћи о критеријуму „у складу са законом“, можемо рећи како домаће право испуњава први сегмент овог захтева, обзиром да је доказна радња претрес стана и лица регулисана одредбама Законика о кривичном поступку.

По питању предвидљивости закона можемо истаћи да су одредбе домаћег закона формулисане на такав начин да прописују када, под којим условима и на који начин ће се предузети ова доказна радња, а прецизно је описана и садржина наредбе о претресању. Такође, орган који доноси наредбу о претресању јесте суд, чиме се испуњава услов да о примени ове доказне радње одлучује независтан орган.

Законом је јасно прецизирано и у ком се року претрес мора извршити од тренутка издавања наредбе. Прописивањем рока од осам дана, заправо се настоји ограничити опсег временског периода у коме може доћи до мешања у право на приватност појединца. Уколико пак могућност предузимања ове доказне радње не би била временски ограничена,

⁷⁵ Ђ. Игњатовић, М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012, стр. 370.

дошло би до стварања велике неизвесности и несигурности у погледу заштите приватности лица које се претреса.

Поред ове, предвиђене су и многе друге мере којима се иде за тим да се заштити право на приватност лица. Наиме, пре него што ће отпочети претрес, надлежни орган позива лице чији се стан претреса или које се претреса да само преда предмете или лице које се тражи, чиме омогућује постизање сврхе претресања и без самог спровођења ове доказне радње.

Европски суд за људска права заузима став по коме није неопходно постојање налога за претрес, уколико су законом прописане мере за заштиту лица које се претреса. Кривичним законодавством Републике Србије дозвољено је претресање без наредбе суда само у изузетним ситуацијама, и то онда када постоји опасност по људе или имовину, затим опасност од уништавања доказа значајних за кривични поступак итд.

Испитивајући неопходност предузимања доказне радње претресања Суд је посебно узимао у обзир да ли је претрес заснован на налогу коју је издао судија и да ли је заснован на основаној сумњи да је лице извршило кривично дело, да ли је обим налога био разумно ограничен и да ли је потрага извршена у присуству независног посматрача. Разматрањем одредаба домаћег законодавства кроз ове критеријуме, можемо закључити да је исто у задовољавајућој мери компатибилно захтевима Европског суда. У домаћем праву, претрес стана и лица одређује се онда када постоји основана сумња да је неко лице извршило кривично дело. Сама садржина наредбе о претресању, са свим обавезним елементима, ограничава арбитрарно поступање органа надлежних за спровођење ове доказне радње, а захтев да приликом претреса буду присутни сведоци, додатно ограничава могућност незаконитог поступања надлежних органа.

Узимајући у обзир све наведено, можемо рећи да су одредбе домаћег закона јасне и предвидљиве, а таквог су квалитета да могућност злоупотребе и самовољног поступања од стране надлежних органа, своде на минимум, док уједно предвиђају бројне мере којима се штити право на приватност лица, наравно у мери у којој је то могуће с обзиром на суштину и природу саме доказне радње. На крају, можемо закључити да домаће право готово у потпуности одговара на све захтеве које Европски суд разматра приликом испитивања законитости и оправданости доказне радње претрес стана и лица.

2. Усклађеност посебних доказних радњи тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање и праксе Европског суда за људска права

Уопштено посматрано, а имајући у виду одредбе домаћег законодавства којима се регулише примена посебних доказних радњи, може се рећи да је домаће право компатибилно стандардима Европског суда за људска права по питању услова допуштености мешања у приватан живот окривеног лица у кривичном поступку. Међутим, ову хипотезу потребно је проверити, разматрањем појединачних критеријума садржаних у члану 8. Европске конвенције за заштиту људских права, те начелних ставова Европског суда за људска права.

Пођимо од тога да Европски суд за људска права кроз своју праксу захтева да одредбе о примени мера тајног надзора (при чему се под појмом мера тајног надзора, као заједничким појмом, у пракси овог суда убрајају тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање) морају имати основ у домаћем законодавству. Обзиром да су посебне доказне радње тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање регулисане Закоником о кривичном поступку, чије су одредбе правно обавезујућег карактера, можемо рећи да је овај захтев испуњен.

Надаље се, у пракси Европског суда, захтева да закон којим се регулише примена овиг мера, грађанима буде доступан, односно да се свако лице може упознати са његовом садржином. Како би један закон ступио на снагу, домаћи правни систем захтева да исти буде објављен у Службеном гласнику Републике Србије. Оваквим се поступањем закон чини доступним свим заинтересованим лицима.

Закоником о кривичном поступку јасно је опредељено против којих се лица и за која кривична дела може одредити примена посебних доказних радњи, а одређен је и орган који одлучује о њиховој примени. Такође, трајање посебних доказних радњи временски је ограничено, при чему је могућност да се њихово трајање продужи посебно условљена. Законом је предвиђено и на који начин ће се прикупљени подаци чувати и користити, као и у којим се случајевима прикупљени подаци морају уклонити или уништити. Све наведено јесте у складу са захтевима Европског суда, те можемо рећи да је критеријум предвидљивости закона углавном задовољен.

Међутим, истакли бисмо да су по нашем мишљењу, а по питању квалитета законских одредби које се тичу случајног налаза, ове одредбе противуречне материјалноправним условима које сам Законик о кривичном поступку прописује за примену посебних доказних радњи. Познато је да се посебне доказне радње могу предузимати само уколико постоје основи сумње да је лице учинило кривично дело, а на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано. Такође, законом је прописано да „ако је предузимањем посебних доказних радњи прикупљен материјал о кривичном делу или учиниоцу који није био обухваћен одлуком о одређивању посебних доказних радњи, такав материјал се може користити у поступку само ако се односи на кривично дело из члана 162. овог законика“. Усвајањем једне овакве одредбе, заправо је допуштено коришћење доказног материјала за кривично дело које уопште и није било обухваћено наредбом. На овај начин, заобилази се основни материјалноправни захтев, да се посебне доказне радње примењују само у случају када се докази не могу прибавити на други начин или да би њихово прибављање било знатно отежано, обзиром да се приликом случајног налаза не може унапред са сигурношћу тврдити да ли би под другачијим околностима прибављање овог доказа било отежано или онемогућено. Ово решење није потпуно усклађено са стандардима Европског суда, обзиром да је ЕСЉП оценио да је повређен члан 8 Конвенције када су у кривичној ствари против подносиоца представке коришћени докази до којих се дошло спровођењем наредбе о пресретању телефонских разговора, а која се наредба односила на друго окривљено лице.

Закоником о кривичном поступку прописано је да се посебне доказне радње могу предузети када постоје основи сумње да одређено лице припрема извршење кривичног дела, при чему је овакво законско опредељење у потпуности у складу са решењима Европског суда за људска права. Заштити права на приватност лица за које постоји основана сумња да припрема извршење кривичног дела нарочито је појачана условљеношћу примене посебних доказних радњи на случајеве када се исти циљ не би могао да постигне применом нити једне друге мере или доказне радње.

Разматрајући легитимне циљеве прописане ставом 2. члана 8. Конвенције, те циљеве које домаће право прописује као легитимне у контексту ограничења права на приватност, можемо закључити да је однос нашег правног система према могућности ограничења права на приватност рестриктивнији. Наиме, право на приватност се према

уставном решењу наше земље може да ограничи искључиво када је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Србије. Са друге стране, Европска конвенција за заштиту људских права, па самим тим и Европски суд за људска права познају већи број правних основа услед којих се грађанима може ограничити право на поштовање приватности. Поред вођења кривичног поступка и заштите државне безбедности, право на приватност може бити ограничено и у интересу јавне безбедности или економске добробити земље, ради заштите здравља, морала или права и слобода других.

Обзиром да се посебне доказне радњи одређују наредбом коју доноси суд, испуњени су захтеви праксе Европског суда да судски орган, као најадекватнији, одлучује о предузимању ових радњи. Међутим, имајући у виду да лице против кога се предузимају ове посебне доказне радње нема могућност улагања жалбе на одлуку суда о њиховом предузимању, односно не може оспоравати законитост њиховог предузимања, сматрамо да нису испуњени захтеви Суда, који се испитују под критеријумом „неопходно у демократском друштву“. Оно што такође доводи у питање усклађеност нашег права са ставовима Европског суда јесте чињеница да домаћи правни систем не прописује обавезу државних органа да лице против кога се предузимају посебне доказне радње о томе обавесте. На тај начин, уколико из неког разлога не дође до вођења кривичног поступка, лице према коме је предузета посебна доказна радња никада неће ни знати да је било предмет посматрања. Самим тим ово лице не би било у прилици да преиспита законитост и оправданост примене ових радњи, којима му се повређује право на приватност.

Имајући у виду наведено, може се закључити да право Републике Србије, претежним делом, одговара стандардима чије испуњење Европски суд за људска права захтева приликом разматрања оправданости примене мера којима се ограничава право на приватност у кривичном поступку. Са друге стране, у појединим сегментима, домаће право како смо то могли видети, испољава мањкавост, те би се прилике на овом пољу могле да побољшају даљим усаглашавањем домаћег права са европским стандардима.

V ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

1. Република Црна Гора

1.1. Претрес стана и лица

Као једна од радњи доказивања, претресање стана, лица и ствари, прописана је и Закоником о кривичном поступку Републике Црне Горе. Овим је закоником прописано да ће се доказна радња претресања применити уколико постоје основи сумње да ће се претресањем пронаћи трагови кривичног дела или предмети важни за кривични поступак. Претресању је могуће приступити по добијању наредбе, коју издаје суд, а такође је, само изузетно, могуће и претресање без наредбе суда. Наредбу за претресање доноси суд на захтев државног тужиоца или на захтев овлашћеног службеног лица полиције које је добило одобрење државног тужиоца, у писаној форми, а изузетно и усмено.

Законом је прописана и обавезна садржина наредбе за претресање, па тако ова наредба мора садржати:

- податке из захтева за доношење наредбе о претресању (назив суда којем се захтев упућује; чињенице из којих произилази вероватноћа постојања разлога за претресање; име и презиме, а по потреби и опис лица које је потребно ухватити током претресања стана или других просторија, односно очекиване трагове и опис предмета које је потребно претресањем пронаћи; опис објеката у којима ће се обавити претресање уз навођење адресе, података о власнику, односно држаоцу стана или других просторија и других података који су битни за утврђивање идентитета и потпис подносиоца захтева),
- назнаку да ће претресање извршити полиција,
- поуку да се претресање врши у складу са чланом 80. Законика,
- потпис судије и службени печат суда.

Уколико се судија за истрагу не сагласи са захтевом за доношење наредбе за претресање, одмах ће затражити да о захтеву одлучи веће састављено од троје судија.⁷⁶

У погледу материјалноправног услова, односно постојања одређеног степена уверења које је потребно да постоји не би ли се одредило спровођење доказне радње

⁷⁶ Законик о кривичном поступку Републике Црне Горе ("Сл. лист ЦГ", бр. 57/2009, 49/2010, 47/2014 - одлука УС, 2/2015 - одлука УС, 35/2015, 58/2015 - др. закон и 28/2018 - одлука УС), члан 75-79.

претресања, мишљења смо да право Републике Србије пружа већи степен заштите права на приватност обзиром да захтева и виши степен уверења да је учињено кривично дело. Наиме, док је по одредбама закона Републике Црне Горе потребно да постоје основи сумње, сетићемо се да право Републике Србије захтева вероватноћу, којој мора претходити основана сумња да је кривично дело извршено. На тај начин, дозвољено је уплитање у приватан живот појединца само у случају постојања чињеница које непосредно указују да је одређено лице учинилац кривичног дела. Са друге стране, могућност предузимања доказне радње претресања чак и у случају постојања основа сумње у праву Црне Горе, оставља могућност уплитања у приватан живот појединца и када чињенице само посредно указују да то да је неко лице учинилац кривичног дела, а што позицију појединца чини правно несигурнијом.

Са друге стране, по питању самог начина спровођења ове доказне радње, мишљења смо да се прописи црногорског права у битом не разликују од прописа националног законодавства. Наредба о претресању предаје се пре почетка претресања лицу код кога ће се или на коме ће се претресање извршити. Пре претресања лице ће се позвати да добровољно преда лице, односно предмете који се траже. Ако лице на које се односи наредба о претресу захтева присуство адвоката, односно браниоца, почетак претреса ће се одложити до његовог доласка, а најдуже за два часа. Претресање се врши дању од 6 часова до 21 час. Претресање се може вршити и ноћу, ако је дању започето па није довршено или ако је то због опасности од одлагања изричито наредио суд. Претресање лица врши лице истог пола, а за сведока се, такође, узима лице истог пола.

Готово идентичне су и одредбе које се тичу претреса стана или друге просторије без наредбе суда, те се тако претресање у овом случају може спровести ако то држалац стана тражи, ако неко зове у помоћ, ако је то неопходно ради спречавања вршења кривичног дела или непосредног хватања учиниоца кривичног дела, ради спашавања људи или имовине, ради извршења одлуке о притвору или довођењу окривљеног или другог лица, ради лишења слободе учиниоца кривичног дела који је у бекству или лица за којим је расписана потерница или ако се претресање има извршити у јавним просторијама.⁷⁷

⁷⁷ Ibid., члан 83.

1.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање

Посебне доказне радње тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање, Закоником о кривичном поступку Републике Црне Горе регулисане су као редовне доказне радње под заједничким називом „мере тајног надзора“. Ове се мере могу применити уколико постоје основи сумње да је неко лице, само или у саучесништву са другим, извршило, врши или се припрема за вршење кривичних дела, а на други начин се не могу прикупити докази или би њихово прикупљање захтевало несразмерни ризик или угрожавање живота људи. Могућност примене мера тајног надзора прописана је само за кривична дела посебно побројана у Кривичном законнику Републике Црне Горе.⁷⁸

Попут националног законодавства, и право Републике Црне Горе прописује да се примена ових мера одређује наредбом коју, на образложени предлог државног тужиоца, доноси судија за истрагу. Сматрамо да је обавезна садржина наредбе адекватно прописана, обзиром да се захтева да иста садржи врсту мере, податке о лицу према коме се мера спроводи, ако је то лице познато, кривично дело због којег се одређује мера, чињенице из којих проистиче потреба њиховог предузимања, разлоге за основе сумње, начин извршења мере, њен циљ, обим, трајање и место спровођења.

Једна од могућности прописана правом Црне Горе, а коју сматрамо предношћу у односу на домаћу легислативу, јесте могућност да се, уколико се приликом примене мера тајног надзора забележе подаци и обавештења који упућују и на неко друго лице, за које постоје основи сумње да је извршило кривично дело за које је одређена мера тајног надзора или неко друго кривично дело, тај део материјала издвоји и достави државном тужиоцу и може се користити као доказ само за кривична дела обухваћена могућношћу примене ових доказних радњи. Предност у односу на домаћу легислативу огледа се у томе што је коришћење овако пронађеног материјала могуће уколико постоје основи сумње да је извршио дело које је већ било обухваћено наредбом или друго дело за које је могуће применити ове мере, док се у националом праву овако пронађени материјал може користити иако претходно није постојао нити један степен сумње да је одређено лице учинило кривично дело.

⁷⁸ Ibid., члан 158.

Са друге стране, у поређењу са домаћим решењем овог питања, можемо истаћи и одређене недостатке одредаба Законика о кривичном поступку Републике Црне Горе. Овај се недостатак огледа у чињеници да се мере тајног надзора могу примењивати у периоду од најдуже 18 месеци, док је према домаћем праву временски опсег примене ове мере значајно мањи. Иако би се можда на први поглед чинило да период од шест месеци, а колика је разлика између ова два временска оквира, не може представљати значајан временски период, у контексту права на приватност, те његове повреде применом ових мера, овај период може нарочито бити критичан, а превасходно имајући у виду да се ове мере могу примењивати и у случају када кривично дело није извршено, већ само постоји сумња да се одређено лице припрема извршење кривичног дела. Овакве се сумње у крајњем могу показати као неосноване, што би само мешање у приватан живот појединца чинило неоснованим и несразмерним циљу примене мера тајног надзора.

2. Република Хрватска

2.1. Претрес стана и лица

Законом о казненем поступку Републике Хрватске регулисана је претрага (претресање) као доказна радња која се има предузети ради проналажења учиниоца кривичног дела, предмета или трагова значајних за кривични поступак, када је вероватно да се налазе у одређеном простору, код одређене особе или на њеном телу.⁷⁹

Испитивајући материјалноправни услов за предузимање ове доказне радње, можемо уочити да право Републике Хрватске захтева постојање вероватноће, као степена уверења, да ће се претресањем пронаћи докази, предмети или трагови значајни за кривични поступак. Иако је на изглед овако постављен материјалноправни услов идентичан ономе који у члану 152. Законика о кривичном поступку прописује наше право, ваља нагласити да ове две одредбе ипак не прописују идентичане услове. Наиме, док се у нашем праву вероватноћа заснива на постојању основане сумње да је одређено лице извршило кривично дело, право Републике Хрватске вероватноћу заснива на постојању основа сумње, као степена уверења, да је лице према коме ће се предузети ова доказна радња учинило

⁷⁹ Закон о казненем поступку Републике Хрватске (Уреднички прочишћени текст, "Народне новине", број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСПХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 и 126/19), члан 240.

кривично дело.⁸⁰ Обзиром да је потребан виши степен сумње за предузимањем ове доказне радње, те је самим тим и генерално у већој мери заштићен положај лица према којима се потенцијално има применити ова доказна радња, мишљења смо да право Републике Србије пружа већи степен заштите права на приватност, по овом основу.

На захтев државног тужиоца, налог о претресу доноси истражни судија. Мишљења смо да садржина овог налога, прописана законом, због своје штуре садржине не пружа довољно гаранција заштите права лица које се претреса. Наиме, осим ознаке предмета претреса, сврхе претреса и органа надлежног за спровођење ове доказне радње налог не садржи податке о степену сумње на коме се заснива, разлоге претресања, нити друге податке који би ограничили опсег могућности арбитрарног поступања органа који врше претрес, због чега сматрамо да законска регулатива овог акта није у довољној мери усмерена на заштиту права појединца који подлежу примени ове мере.

Великим недостатком легислативног решења овог питања навели бисмо и могућност да јавни тужилац сам, образложеним налогом, наложи претрес стана или лица. Иако, по спроведеном претресу, о законитости налога јавног тужиоца одлучује суд, мишљења смо да ова законска формулација оставља доста простора за арбитрарно одређивање доказне радње претресања. Сама чињеница да постоји један вид контроле законитости налога за претрес, не може отклонити евентуалне повреде права на приватност појединца, до којих може доћи претресањем на основу незаконитог налога јавног тужиоца.

Оно што издвајамо као предност Законика о казненем поступку Републике Хрватске јесте чињеница да се налог за претрес мора извршити у року од три дана од његовог издавања. На тај начин могућност дугорочне неизвесности, по питању задирања у право на приватност једног лица, бива ограничена. Такође, сматрамо да су остала процесна решења којима се предвиђа позивање лица да добровољно изручи тражено лице, односно тражене предмете, затим спровођење претреса дању, у периоду од 6 до 21 сат, као и спровођење претреса од стране службеног лица истог пола, усмерена на заштиту приватности лица које се претреса, у оној мери у којој то дозвољава сама природа ове доказне радње.

⁸⁰ Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, број И Кж 414/12 од 23. маја 2012. године

2.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање

Као посебне доказне радње, надзор и техничко снимање телефонских разговора и других комуникација на даљину и тајно праћење и техничко снимање особа и предмета, регулисане су Законом о казненем поступку Републике Хрватске.⁸¹ Како је самим законом поменуто, овим посебним доказним радњама привремено се ограничавају одређена уставна права грађана, због чега се могу примењивати само ако се кривична истрага не би могла спровести на други начин или би то било могуће само уз несразмерне тешкоће. Посебне радње одређују су налогом истражног судије, а који се налог доноси по образложеном захтеву државног тужиоца.

Генерална критика кривичном законодавству Републике Хрватске јесте што, приликом одређивања доказних радњи, укључујући и ове посебне доказне радње, дозвољава да налог о њиховом спровођењу донесе државни тужилац. Државни тужилац може донети поменути налог ако постоји опасност од одлагања и ако он сам има разлога да верује да неће моћи на време прибавити налог истражног судије. Мишљења смо да се овакве доказне радње, којима се у озбиљној мери врши упад у приватни живот појединца, не могу да одређују од стране државног тужиоца искључиво на основу његовог веровања у могућност благоременог прибављања налога од стране истражног судије. Такође смо мишљења да би у погледу оваквог законског решења, евентуално требало прописати и одређене заштитне мере, које би подразумевале обавезу тужиоца да пре доношења налога макар обавести истражног судију о томе да ће донети налог о спровођењу исте, или дозволити судији могућност усменог одобравања издавања тог налога, који би се усмени налог адекватно забележио, а све у циљу смањења могућности арбитражног поступања државног тужиоца.

По питању садржине налога, Закон о казненем поступку Републике Хрватске предвиђа одређене обавезне елементе и то тако да налог мора садржати:

- податке о особи против које се посебне доказне радње примењују,
- чињенице из којих произлази потреба подузимања посебне доказне радње,
- дужину трајања, која мора бити примерена остварењу циља ових радњи,

⁸¹ Закон о казненем поступку Републике Хрватске, *op. cit.*, члан 332.

- начин, опсег и место спровођења радње.⁸²

Сматрамо да је на овај начин адекватно прописана садржина налога, која даје основне податке о лицу према коме ће се применити радња, разлоге предузимања, али и о самој посебној доказној радњи која се има предузети.

3. Босна и Херцеговина

3.1. Претрес стана и лица

Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, као једну од радњи доказивања, прописује и претрес стана, просторија и лица.⁸³ Поменути је законом на различити начин условљено предузимање претреса стана и осталих просторија и претреса лица, и то тако да се претресање стана и осталих просторија осумњиченог, односно оптуженог и других лица, као и њихових покретних ствари изван стана може предузети само онда када има довољно основа за сумњу да се код њих налазе починилац, саучесник, трагови кривичног дела или предмети важни за поступак. Са друге стране, претресање лица може се предузети кад је вероватно да је то лице починило кривично дело или да ће се претресањем пронаћи предмети или трагови важни за кривични поступак.

Наредбу о претресању издаје суд на захтев тужиоца или овлашћених службених лица која су добила одобрење од тужиоца.

Мишљења смо да је садржина наредбе адекватно прописана законом, обзиром да садржи све битне елементе који на прецизан начин указују на предмет који се има пронаћи претресом, односно на лице које ће се претресати. Наредба мора да садржи следеће елементе:

- назив суда који издаје наредбу и потпис судије за претходни поступак који издаје наредбу,

⁸² Ibid., члан 335

⁸³ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине ("Сл. гласник БиХ", бр. 3/2003, 32/2003 - испр, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 - др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018), члан 51, 52.

- ако се наредба за претресање одобрава на основу усменог захтева, то ће се навести уз назначење имена судије за претходни поступак који издаје наредбу и времена и места издавања,
- име, одељење или ранг овлашћеног лица које ће спровести претрес,
- сврху претресања,
- опис лица које треба пронаћи или опис ствари које су предмет претресања,
- одређивање или опис места, просторија или лица која се траже, с навођењем адресе, власништва, имена или других података за сигурно утврђивање идентитета,
- упутство да се наредба има извршити између 6 часова и 21 час или овлашћење да се наредба може извршити у било које време, ако то суд изричито одреди,
- овлашћење извршиоцу наредбе да може без претходне најаве ући у просторије које се имају претресати, ако то суд изричито одреди,
- упутство да се наредба и одузете ствари донесу у суд без одлагања,
- поуку да осумњичени има право да обавестити браниоца и да се претресање може извршити и без присуства браниоца ако то захтевају изузетне околности.

Наредба за претресање мора се извршити најкасније 15 дана од дана издавања наредбе, након чега се, без одлагања, мора вратити суду. Из разлога које смо већ раније наводили у контексту неизвесности и дужег временског периода у коме право на приватност може бити повређено, ову одредбу Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине не сматрамо адекватном по питању заштите поменутог права.

Оно што бисмо такође истакли као недостатак јесте што Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине не прописује обавезу овлашћеног лица које врши претрес да, пре предузимања претресања, позове лице које се претреса да добровољно преда предмет који се претресом настоји да пронађе. Овакав пропуст законодавства води повреди права на приватност у оним случајевима у којима органи надлежни за спровођење претреса истом приступе, иако би лице које се претреса добровољно предало инкриминисане предмете.

3.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање

Надзор и техничко снимање телекомуникација и тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који стоје у вези са њима, (као пандани посебних доказних радњи тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање који су прописани у нашем праву) јесу посебне истражне радње које се могу одредити против лица за које постоје основи сумње да је само или с другим лицима учествовало или учествује у извршењу кривичних дела таксативно побројаних у Закону о Кривичном поступку Босне и Херцеговине, ако се на други начин не могу прибавити докази или би њихово прибављање било повезано с несразмерним тешкоћама.⁸⁴

Поменуте истражне радње могу трајати најдуже до месец дана, а уколико постоји разлог да се настави са њиховим спровођењем ради прикупљања доказа, могу се на образложен предлог тужиоца продужити за још месец дана, с тим да надзор и техничко снимање телекомуникација може трајати најдуже шест месеци за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, а за остала кривична дела најдуже четири месеца. Са друге стране, тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који стоје у вези са њима, може се примењивати укупно најдуже три месеца за кривична дела за која се може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна, а за остала кривична дела најдуже два месеца. Важно је поменути да, изузено, у односу на кривично дело организованог криминала и кривична дела тероризма, истражне радње се могу, ако дају резултате и постоји разлог да се настави са њиховим спровођењем ради прикупљања доказа, на образложен предлог тужиоца продужити још до три месеца.⁸⁵

Одлуку о предузимању истражних радњи надзор и техничко снимање телекомуникација и тајно праћење и техничко снимање лица, транспортних средстава и предмета који стоје у вези са њима одрђује судија, писменом или усменом наредбом, коју наредбу доноси на образложени предлог тужиоца и чија је садржина изричито прописана законом, те подразумева:

- податке о лицу против кога се радња предузима,

⁸⁴ Ibid., члан 116.

⁸⁵ Ibid., члан 118.

- навођење основа сумње на којима се наредба заснива
- разлоге за предузимање истражних радњи
- остале битне околности које захтевају предузимање радњи, навођење радње која се захтева и начин њеног извођења, обим и трајање радње.

Обзиром да се ради о деликатним радњама које се предузимају на уштрб права на приватност, мишљења смо да би адекватно било законом предвидети, као један од обавезних елемената наредбе, и обавезу прецизног навођења органа, односно лица које ће бити надлежно за предузимање ових радњи. На тај начин би се заправо обезбедила сигурност у погледу личности која ће предузети ове истражне радње, те њене способности и квалификација. Такође, директним именовањем надлежног органа или службеника који ће спроводити ове посебне доказне радње, смањује се круг лица који могу доћи у непосредни контакт са приватним животом једног лица.

4. Савезна Република Немачка

4.1. Претрес стана и лица

Против свакога за кога се сумња да је учинилац или учесник у кривичном делу може се одредити претрес стана или друге просторије, друге имовине која му припада или претрес лица, како у циљу његовог хватања, тако и ако је за претпоставити да ће претрес довести до откривања доказа који су од значаја за учињено кривично дело.⁸⁶

Правило је да претресање може одредити само судија, међутим, изузетно, у случају постојања непосредне опасности, претресање може одредити и јавни тужилац, као и истражитељи јавног тужилаштва.

По питању присуства сведока претресу, законом је прописано да, ако се претрес стана, пословног простора или имовине врши без присуства судије или јавног тужиоца, позваће се, ако је могуће, општински службеник или два члана општине у чијем округу се врши претрес. Дакле, претресу могу присуствовати само лица која обављају судску

⁸⁶ Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987. BGBl. I S. 1074, 1319, die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2639) geändert worden ist. (*Законик о кривичном поступку у верзији објављеној 7. априла 1987. Савезни гласник И С, 1074, 1319, који је последњи пут измењен чланом 12. закона од 18. децембра 2018. (Савезни гласник И стр. 2639)), члан 101.

односно тужилачку функцију, а уколико то није могуће, позваће се лица која обављају службене дужности у оквиру заједнице. Насупрот решењу које је предвиђено домаћим законодавством, право Савезне Републике Немачке не дозвољава присуство било која два сведока, већ то морају бити искључиво нека од побројаних лица.

Законом је прописано да се претрес има вршити дању, односно забрањено је у периоду од 1. априла до 30. септембра, спроводити ову радњу у периоду од девет увече до четири ујутру, а од 1. октобра до 31. марта од девет увече до шест ујутру. Претресање се може спровести и ноћу само у случају прогона на делу, у случају непосредне опасности или ако се избегли окривљени настоји поново заробити.

Једно од правила претреса јесте да се лице које се претреса односно чији се стан претреса мора најпре обавестити о разлогу због ког се претресање спроводи. Такође, ово ће се лице позвати да присуствује претресу, уколико је то могуће.

4.2. Тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање

Одељком 100а Законика о кривичном поступку Савезне Републике Немачке регулисана је примена доказне радње тајни надзор комуникација, те предвиђено да се комуникације могу надгледати и снимати ако одређене чињенице доводе до сумње да је неко као учинилац или учесник починио тешко кривично дело, а да би откривање кривичног дела или боравишта осумњиченог на други начин било знатно отежано или онемогућено.⁸⁷

Надзор и снимање телекомуникација одобрава суд писаном наредбом, а у изузетним случајевима, када постоји опасност од одлагања, наредбу може да изда и државни тужилац, с тим да таква наредба мора да буде потврђена у року од три дана од стране суда или јој прети процесна неважност. Наредба мора да садржи идентификационе податке лица над којим/којима се мера примењује, број/бројеве телефонског прикључка, обим мере и време трајања које се мора ограничити на период од три месеца а изузетно се може продужити за још три месеца. Лични подаци, добијени применом мере, могу да се користе у другим кривичним поступцима само ако помоћу њих може да се разјасни извршење неког другог каталогски одређеног кривичног дела.

⁸⁷ Ibid., члан 101а, пар. 1

На крају треба истаћи да се ове мере примењују искључиво према лицима осумњиченим, односно окривљеним, за најтежа кривична дела попут угрожавања спољне безбедности, велеиздају, угрожавања демократске правне државе, за кривична дела против одбране земље, геноцид, разбојништво, фалсификовање новца, прибављање и поседовање дечијег и омладинског порнографског материјала, примање мита, кријумчарење странаца итд.⁸⁸

Иако се може чинити да право Савезне Републике Немчке не прописује адекватне мере заштите права на приватност, заправо да такве мере уопште и не прописује, како смо већ раније истакли, Европски суд за људска права, испитујући један од случајева који је покренут управо против ове државе, нашао је да је у својој судској пракси, Савезни суд развио важна ограничења прихватљивости таквог надзора, која штите право на приватност лица над којима се спроводи ова мера, те да самим тим на адекватан начин штити право на приватност лица према коме се предузимају мере тајног надзора.

⁸⁸ Ibid., члан 101a, пар. 2

ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Право на приватност, као једно од основних људских права, нарочито се доводи у питање онда када се против одређеног лица покрене или се има покренути кривични поступак, када се и отварају могућности да се ово право појединца ограничи предузимањем редовних и посебних доказних радњи. С једне стране, настоји се остварити циљ кривичног поступка, односно настоји се решити кривична ствар која је у питању, док се са друге стране настоји да заштити једно од основних људских права сваког лица, право на приватност. Сва ова права и интереси, под наведеним околностима, наравно, не могу заједно егзистирати у свом пуном обиму. Све доказне радње, које су обрађене у овом раду, задиру у права на приватност осумњиченог односно окривљеног лица. Самим тим, уколико се ова мера примењује без адекватних ограничења може доћи до злоупотребе и повреде поменутог права ових лица. Зато је на законодавцу обавеза да успостави равнотежу између поменутих интереса.

Сагледавајући обрађену тему, у циљу пружања конкретније и ефикасније заштите права на приватност у кривичном поступку, можемо закључити следеће: претресање, као мера процесне принуде којом се, између осталог, угрожава и право на приватност, мора бити прецизно законом регулисана. Законским одредбама морају се јасно одредити мере за заштиту лица које се претреса, као и лица чији се стан претреса. Такође се морају прецизно прописати ситуације у којима се претрес мора вршити уз налог, односно у којима се може спровести и без налога. Лицу које се претресало или чије је стан претресен, морају стајати на располагању одређена средства за заштиту њихових права, у ситуацијама када претресање није спроведено саобразно закону. Мишљења смо да присуство трећих лица (адвоката или браниоца, пријатеља, комшије, или другог лица у својству сведока) треба рестриктивно предвидети, а за њихово ангажовање обавезати лице код кога се или на коме се претресање спроводи, како би овом лицу била пружена могућност да самостално одреди круг људи којима би, евентуално, дозволило увид у његов приватни живот.

Такође, по питању предузимања посебних доказних радњи, којима се нарочито доводи у питање сегмент права на приватност који се тиче неповредивости средстава општења и комуникације, потребно је прописати јасна, прецизна и детаљна упутства,

којима ће се у највећој могућој мери ограничити самовољно, арбитрарно поступање надлежних органа.

Имајући у виду праксу Европског суда за људска права, која је приказана у овом раду, можемо закључити да Суд стоји на становишту да се и претресање и тајни надзор комуникације у одређеним ситуацијама нужно морају предузети, али да њихово предузимање мора бити законски утемељено и то на начин који лицу против кога се предузимају, пружају одређене гаранције од злоупотребе. Непходно је да закони држава буду такви да предвиђају јасне ситуације у којима се ове радњемогу предузети, затим ко може издати налог за њихово предузимање, те да исти не може бити издат од стране лица која су у свом раду зависна од неког другог органа, већ искључиво од стране судског органа. Сам поступак спровођења ових радњи морао би бити подложен испитивању, а ову контролу вршио би независни и непристрасни орган.

По питању компатибилности домаћег права са начелним ставовима Европског суда за људска права, у погледу доказне радње претрес стана и лица, мишљења смо да домаћи правни систем, прописивањем јасних, прецизних и детаљних правила у овој области, те предвиђањем бројих механизма заштите права на приватност током самог вршења претреса, у потпуности испуњава све критеријуме које Европски суд поставља.

У погледу законске регулативе предузимања посебних доказних радњи тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање, право наше земље је у претежном делу усклађено са стандардима чије испуњење захтева Европски суд за људска права, међутим због недостатака које смо истакли, оставља простора за донекле арбитрарно поступање надлежних органа. Због тога сматрамо да је, ради потпуније сигурности лица према коме се предузимају ове радње, потребно даље усаглашавање са европским стандардима.

ПОПИС КОРИШЋЕНЕ ЛИТЕРАТУРЕ

1. Francesco Carnelutti, *Dirritto alla vita privata*, Roma, 1955;
2. Hudson David, *The Right to Privacy*, Infobase Publishing, 2009;
3. *INTERIGHTS priručnik za pravnike – pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života prema Evropskoj povelji o ljudskim pravima (član 8)*, 2006;
4. O'Boyle Harris and Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2016;
5. Warren D. Samuel and Brandeis D. Louis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, 1890;
6. Yael Onn, *Privacy in digital Environment*, Haifa Center of Law and Technology, 2005;
7. Ze'ev Segal, "The Right to Privacy versus the Right to Know", *Iyunei Mishpat* 9 175 193, 1983;
8. Бејатовић Станко, Шкулић Милан, Ђурђић Војислав, Илић Горан, *Приручник за примену Законика о кривичном поступку*, ОЕБС Мисија у Србији, Београд, 2013;
9. Грубач Момчило, Васиљевић Тихомир, *Коментар Законика о кривичном поступку*, Пројурис, Београд, 2013;
10. Европска комисија за демократију права (Венецијанска комисија), *Мишљење о Уставу Србије*, CDL-AD(2007)004, 2007;
11. Игњатовић Ђорђе, Шкулић Милан, *Организовани криминалитет*, Правни факултет универзитета у Београду, Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012;
12. Илић Горан, Матић Бошковић Марина, *Посебне мере тајног прикупљања података у кривичном поступку: Поглед из правосуђа*, Београдски центар за безбедоносну политику, Београд, 2015;
13. Кнежевић Саша, *Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2007;
14. Кнежевић Саша, *Кривично процесно право: општи део*, Ниш, Правни факултет, Центар за публикације, 2015;
15. М. Плазинић (уредник), *Тужилачка реч бр. 28*, Удружење тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2015;
16. Младенов Маријана, *Заштита права на приватност у пракси Европског суда за људска права*, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, бр. 3, vol. 47, 2013;
17. Пајванчић Маријана, Пејић Ирена, *Коментар Устава Републике Србије*, Фондација Конрад Аденауер, 2000;
18. Шкулић Милан, *Кривично процесно право*, Београд, 2009;

ПОПИС ОСТАЛЕ ИСТРАЖИВАЧКЕ ГРАЂЕ

Закони и подзаконски акти

1. Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987. BGBl. I S. 1074, 1319, die zuletzt durch Artikel 12 des Gesetzes vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2639) geändert worden ist;
2. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Рим, 04/11/1950;
3. Закон о казненем поступку Републике Хрватске (Уреднички прочишћени текст, "Народне новине", број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСПХ, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17 и 126/19);
4. Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине ("Сл. гласник БиХ", бр. 3/2003, 32/2003 - испр, 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 16/2009, 53/2009 - др. закон, 93/2009, 72/2013 и 65/2018);
5. Закона о електронским комуникацијама „Сл. Гласник РС“, бр. 44/2010, 60/2013 – одлука УС, 62/2014 и 95/2018 – др. Закон;
6. Законик о кривичном поступку Републике Србије „Сл. Гласник РС“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014;
7. Међународни пакт о грађанским и политичким правима, Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 2200А (XXI), Њујорк, 16/12/1966;
8. Универзална декларација о људским правима, Резолуција Генералне скупштине Уједињених нација 217 А (III), Париз, 10/12/1948;
9. Устав Републике Србије, „Сл. Гласник РС“, бр. 98/2006;

Судска пракса

1. Case 10828/84, Funke v. France, Judgment of 25 February 1993;
2. Case 11105/84, Huvig v. France, Judgment of 24 April 1990;
3. Case 11801/85, Kruslin v. France, Judgment of 24 April 1990;
4. Case 12661/87, Mialhe v. France, Judgment of 25 February 1993;
5. Case 13564/88, L. v. Norway, Judgment of 08 June 1990;
6. Case 13710/88, Niemietz v. Germany, Judgment of 16 December 1992;
7. Case 19348/04, Sorvisto v. Finland, Judgment of 13 January 2009;
8. Case 19856/04, Kolesnichenko v. Russia, Judgment of 09 April 2009;
9. Case 21353/93, Camenzind v. Switzerland, Judgment of 16 December 1997;
10. Case 21482/93, Christie v. The United Kingdom, Judgment of 27 June 1994;
11. Case 25198/02, Iordachi and Others v. Moldova, Judgment of 10 February 2009;
12. Case 26839/05, Kennedy v. the United Kingdom, Judgment of 18 May 2010;
13. Case 27237/95, Govell v. the United Kingdom, Judgment of 26 February 1997;

14. Case 27798/95, Amann v. Switzerland, Judgment of 16February 2000;
15. Case 27798/95, Amann v. Switzerland, Judgment of 16February 2000;
16. Case 28341/95, Rotary v. Romania, Judgment of 04May 2000;
17. Case 28867/03, Keegan v. The United Kingdm, Judgment of 18 July 2006;
18. Case 30194/09, Shimovolos v. Russia, Judgment of 21June 2011;
19. Case 30457/06, Robathin v. Austria, Judgment of 03 July 2012;
20. Case 33400/96, Ernest and Others v. Belgium, Judgment of 15 July 2003;
21. Case 33696/11, K.S. and M.S. v. Germany, Judgment of 06 October 2016;
22. Case 35394/97, Khan v. The United Kingdom, Judgment of 12May 2000;
23. Case 35394/97, Khan v. the United Kingdom, Judgment of 12May 2000;
24. Case 35623/05, Uzun v. Germany, Judgment of 02September 2010;
25. Case 3708/03, Mastepan v. Russia, Judgment of 14 January 2010;
26. Case 37971/97, Stes Colas Est and Others v. France, Judgment of 16 April 2002;
27. Case 38898/04, Rozhkov v. Russia (no.2), Judgment of 31 January 2017;
28. Case 41604/98, Buck v. Germany, Judgment of 28 April 2005;
29. Case 41872/98, Van Rossem v. Belgium, Judgment of 09 December 2004;
30. Case 420/07, Köpke v. Germany, Judgment of 05October 2010;
31. Case 44647/98, Peck v. The United Kingdom, Judgment of 28January 2003;
32. Case 44787/98, P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Judgment of 25September 2001;
33. Case 47114/99, Taylor-Sabori v. the United Kingdom, Judgment of 22October 2002;
34. Case 47143/06, Roman Zakharov v. Russia, Judgment of 04December 2015;
35. Case 48539/99, Alann v. the United Kingdom, Judgment of 05 November 2002;
36. Case 5029/71, Klass and Others v. Germany, Judgment of 06September 1978;
37. Case 50882/99, Sallinen and Others v. Finland, Judgment of 27 September 2005;
38. Case 5201/11, Sher and Others v. The United Kingdom, Judgment of 20 October 2015;
39. Case 54934/00, Weber and Saravia v. Germany, Judgment of 29June 2006;
40. Case 56716/09, Harju v. Finland, Judgment of 15 February 2011;
41. Case 57752/00, Matheron v. France, Judgment of 29Mart 2005;
42. Case 58496/00, Prado Bugallo v. Spain, Judgment of 18February 2003;
43. Case 62002/00, Tamosius v. The United Kingdom, Judgment of 19 October 2002;
44. Case 62540/00, Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, Judgment of 28June 2007;
45. Case 63638/14, Posevini v. Bulgaria, Judgment of 19 January 2017;
46. Case 63737/00, Perry v. the United Kingdom, Judgment of 17July 2003;
47. Case 65755/01, Iliya Stefanov v. Bulgaria, Judgment of 22 May 2008;
48. Case 68955/11, Dragojević v. Croatia, Judgment of 15January 2015;
49. Case 71525/01, Dumitru Popescu v. Romania, Judgment of 26 April 2004;
50. Case 72094/01, Kvasnica v. Slovakia, Judgment of 09June 2009;
51. Case 7222/05, Savovi v. Bulgaria, Judgment of 27November 2012;
52. Case 74336/01, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Judgment of 16 October 2007;

53. Case 8691/79, Malone v. the United Kingdom, Judgment of 02 August 1984;
54. Пресуда Врховног суда Републике Хрватске, број И Кж 414/12 од 23. маја 2012. године

САЖЕТАК И КЉУЧНЕ РЕЧИ

Право на приватност једно је од основних људских права и као такво зајемчео је бројним међународним документима, чијом су имплементацијом одредбе о праву на приватност постале и саставни део нашег права.

Међутим, право на приватност подлеже извесним ограничењима, која су нарочито изражена у ситуацији када постоји основана сумња да је одређено лице извршило или да припрема извршење неког кривичног дела. У ери нових технологија и различитих могућности прибављања доказа у кривичном поступку право на приватност, на различите начине, може бити ограничено. Потреба да се, с једне стране, заштити право на приватност овог лица, а да се, са друге стране, предузму одређене мере ради откривања, доказивања или спречавања кривичног дела, јасно указују на комплексност приступа регулисању овог питања.

Циљ мастер рада јесте да укаже на различите могућности ограничавања права на приватност у кривичном поступку, како на националном, тако и на међународном нивоу, због чега ће аутор и настојати да приказом и анализом стандарда и судске праксе Европског суда за људска права укаже на правне стандарде који се примењују по питању ограничења права на приватност, као и да стручну јавност упозна са различитим појавним облицима и условима допуштености ових ограничења.

Кроз овај рад обрађена је тема примене доказне радње претрес стана и лица и посебних доказних радњи тајни надзор комуникације и тајно праћење и снимање. У ери нових технологија и различитих могућности комуникације, неминовна је примена поменутих доказних радњи у циљу прибављања доказа потребних за расветљење конкретних кривичних ствари, међутим, са друге стране, потребно је да ове радње буду регулисане на адекватан начин, који ће омогућити што већи степен заштите права на приватност лица према коме се предузимају.

Кључне речи: право на приватности, претрес стана и лица, тајни надзор комуникације, тајно праћење и снимање, кривични поступак

SUMMARY AND KEY WORDS

"Restrictions of the right to privacy in criminal proceedings"

The right to privacy is one of the fundamental human rights and, as such, has been guaranteed by numerous international documents. The implementation of these documents, has made the provisions on the right to privacy an integral part of national law.

However, the right to privacy is subject to certain restrictions, which are particularly present in a situation where is reasonable to suspect that a certain person has committed or is preparing to commit a crime. In an era of new technologies and different possibilities for obtaining evidence in criminal proceedings, the right to privacy, in different ways, can be limited. The need, on the one hand, to protect the right to privacy of a person and, on the other hand, to take certain measures to detect, prove or prevent a criminal offense, clearly indicates the complexity of the approach to regulation of this issue.

The main objective of this master's thesis is to point out the various possibilities of restricting the right to privacy in criminal proceedings, both nationally and internationally, which is why the author will try to point out and analyze the standards and case law of the European Court of Human Rights, which apply to the issue of restrictions on the right to privacy, as well as to acquaint the professional public with the various forms and conditions of admissibility of these restrictions.

Through this paper, the topic of the application of the evidentiary action of searching the apartment and the person and special evidentiary actions of secret surveillance of communication and secret monitoring and recording. In the era of new technologies and different possibilities of communication, the application of the mentioned evidentiary actions is inevitable in order to obtain the evidence necessary for the clarification of specific criminal matters, however, on the other hand, it is necessary to regulate these actions in an adequate way. the right to privacy of the person against whom they are undertaken.

Keywords: right to privacy, search of apartment and person, secret surveillance of communication, secret monitoring and recording, criminal proceedings

БИОГРАФИЈА СТУДЕНТА

Кандидаткиња Јована Матејић рођена је 7. децембра 1994. године у Нишу. Завршила је основну школу "Иво Андрић" у Нишу и средњу школу Гимназију "Светозар Марковић" у Нишу, смер природно-математички. Правни факултет Универзитета у Нишу уписала је 2013. године, а дипломирала је марта 2019. године са просечном оценом 9,36. Исте године уписала је мастер студије на Правном факултету Универзитета у Нишу, општи смер, и определила се за ужу кривичноправно научну област, где је успешно положила све испите, са просечном оценом 10,00. Током студирања учествовала је на следећим студентским такмичењима: Симулацији суђења у оквиру пројекта "Подизање капацитета адвокатуре за поступање у кривичним поступцима", освојивши са својим тимом прво место; Регионалном Moot Court такмичењу одржаном март 2017. године у Тирани, на којем је са својим тимом освојила прво место; Транс-Европском Moot Court такмичењу одржаном новембра 2017. године у Стразбуру, где је са својим тимом освојила друго место. У периоду 2016/2017 године, кандидаткиња је учествовала у програму "Мобилне правне клинике" на Правном факултету Универзитета у Нишу. У току студирања обављала је праксу при Вишем јавном тужилашту у Нишу и Првом основном суду у Београду. Почев од априла 2019. године кандидаткиња је запослена као приправник у адвокатској канцеларији.