



N A C R T

Izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnom postupku – principi iz prakse Evropskog suda za ljudska prava i pravila i sudska praksa u Crnoj Gori

Akcija za ljudska prava / Human Rights Action – HRA

Podgorica, jun 2023.

**IZDVAJANJE NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA U KRIVIČNOM POSTUPKU –
PRINCIPI IZ PRAKSE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA I PRAVILA I SUDSKA
PRAKSA U CRNOJ GORI**

Izdavač

Akcija za ljudska prava
Human Rights Action (HRA)
Bulevar Svetog Petra Cetinjskog 130/VII
81 000 Podgorica, Crna Gora
Tel: 020/232 348, 232/358; Fax: 020/232 122
hra@t-com.me
www.hraction.org

Za izdavača

Tea Gorjanc Prelević

Urednica

Tea Gorjanc Prelević



Izveštaj je pripremljen u okviru projekta "Pristup pravdi i ljudskim pravima u Crnoj Gori – projekat monitoring suđenja 2021 – 2023" koji Centar za monitoring i istraživanje (CeMI) sprovodi u saradnji sa Akcijom za ljudska prava. Projekat je finansiran od strane Evropske unije i kofinansiran od strane Ministarstva javne uprave Crne Gore.

Sadržaj izveštaja ne odražava nužno stavove donatora i za njega je isključivo odgovorna Akcija za ljudska prava.



SADRŽAJ

<u>O PROJEKTU</u>	<u>5</u>
<u>1. UVOD</u>	<u>5</u>
<u>2. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA</u>	<u>9</u>
2.1. OPŠTI PRISTUP	9
2.2. DOKAZI KOJI MORAJU BITI IZDVOJENI	9
2.2.1. DOKAZI PRIBAVLJENI POVREDOM ČLANA 3 KONVENCIJE	10
2.2.2. DOKAZI PRIBAVLJENI KORIŠĆENJEM AGENTA PROVOKATORA (ENGL. <i>ENTRAPMENT</i>)	11
2.3. TEST „OPŠTE PRAVIČNOSTI“	11
<u>3. IZDVAJANJE NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA U KRIVIČNIM POSTUPCIMA U CRNOJ GORI</u>	<u>15</u>
3.1. MJESTO KONVENCIJE ZA ZAŠTITU LJUDSKIH PRAVA I OSNOVNIH SLOBODA I ODLUKA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA U PRAVNOM PORETKU CRNE GORE	15
3.2. OPŠTA PRAVILA ZAKONIKA O KRIVIČNOM POSTUPKU O KORIŠĆENJU I IZDVAJANJU NEZAKONITO PRIBAVLJENIH DOKAZA I NJIHOVA PRIMJENA U SUDSKOJ PRAKSI	17
3.3. IZDVAJANJE ODREĐENIH VRSTA NEZAKONITIH DOKAZA	20
3.3.1. DOKAZI PRIBAVLJENI ZLOSTAVLJANJEM	20
3.3.2. DOKAZI PRIBAVLJENI UZ POVREDU PRAVA NA ODBRANU	24
3.3.3. DOKAZI PRIBAVLJENI PRETRESANJEM	25
3.3.4. DOKAZI PRIBAVLJENI MJERAMA TAJNOG NADZORA	28
3.3.5. FOTOGRAFIJE I AUDIOVIZUELNI SNIMCI	30
3.3.6. DOKAZI PRIBAVLJENI PUTEM MEĐUNARODNE PRAVNE POMOĆI	32
3.3.7. DOKAZI PROISTEKLI IZ OBAVJEŠTENJA PRIKUPLJENIH OD GRAĐANA I OPERATIVNIH SAZNANJA POLICIJE	33
<u>4. DOKAZI PRIBAVLJENI IZ APLIKACIJA ZA ZAŠTIĆENU KOMUNIKACIJU</u>	<u>33</u>
4.1. OSPORAVANJE ZAKONITOSTI DOKAZA	33
4.2. CRNA GORA	34
4.3. FRANCUSKA	35

4.4. UJEDINJENO KRALJEVSTVO	36
4.5. NJEMAČKA	37
4.6. ITALIJA	37
4.7. HOLANDIJA	38
4.8. ZAKLJUČAK	39
 5. GLAVNI ZAKLJUČCI I PREPORUKE	 41
 SPISAK KORIŠĆENIH SUDSKIH ODLUKA	 44
 ODLUKE EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA	 44
ODLUKE SUDOVA U CRNOJ GORI	45
LITERATURA	47

O projektu

“Pristup pravdi i ljudskim pravima u Crnoj Gori – projekat monitoringa suđenja 2021-2023” sprovodi Centar za monitoring i istraživanje (CeMI) u saradnji sa Akcijom za ljudska prava (HRA) od decembra 2021. do decembra 2023. godine. Projekat finansira Evropska unija i kofinansira Ministarstvo javne uprave Crne Gore.

Opšti cilj projekta je doprinos daljoj demokratizaciji i podizanju nivoa primjene vladavine prava i poštovanja ljudskih prava u Crnoj Gori kroz kampanju zagovaranja usmjerenu ka ključnim donosiocima odluka za zakonodavne i institucionalne izmjene u dijelu primjene krivičnog pravnog sistema u Crnoj Gori. Jedan od ciljeva je i promocija najvažnijih aspekata jednakog pristupa pravdi, novim pravnim mehanizmima i ljudskim pravima.

Cilj je i jačanje uloge civilnog društva u promovisanju ljudskih prava i dobrog upravljanja, posebno u oblasti pristupa pravdi i vladavine prava.

Projektom su predviđeni praćenje i analiza sudskih postupaka i poštovanja ljudskih prava, s naglaskom na poštovanje procesnih prava osumnjičenih/optuženih lica i žrtava, i monitoring pristupa pravdi ranjivih grupa i onih koji su procesuirani zbog mjera za sprječavanje širenja virusa COVID-19.

Planirano je i objavljivanje nekoliko tematskih i godišnjih izvještaja o temama od značaja za zaštitu ljudskih prava u krivičnom pravnom sistemu.

S tim u vezi, CeMI je u okviru ovog projekta do sada objavio izvještaj „Institut sporazuma o priznanju krivice u crnogorskom zakonodavstvu i praksi – analiza 2020 – 2023“ i sproveo istraživanje javnog mnjenja o percepciji nezavisnosti i integriteta pravosuđa u Crnoj Gori u periodu od 23. januara do 3. februara 2023. godine.

HRA je objavila analizu „Primjena Zakona o zaštiti prava na suđenje u razumnom roku u periodu 2017-2022. godine“. U nastavku projekta HRA će objaviti i analizu krivičnog gonjenja i presuda za krivično djelo Nepostupanje po zdravstvenim propisima za suzbijanje opasne zarazne bolesti u vezi mjera za sprječavanje širenja epidemije virusa COVID-19.

Do kraja projekta biće objavljen zajednički izvještaj Cemi i HRA kao rezultat praćenja sudskih postupaka putem prisustva odabranim ročištima i uvidom u spise pravosnažno okončanih predmeta.

U izvještaju koji je pred vama, HRA se bavila izdvajanjem nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnom postupku, analizirajući sudsku praksu u Crnoj Gori u odnosu na relevantne stavove Evropskog suda za ljudska prava.

1. Uvod

Pravila o dokazima, bilo da se odnose na njihovo prikupljanje ili izdvajanje ili korišćenje nezakonito pribavljenih (ili pravno nevaljanih) dokaza, spadaju među najznačajnije odredbe svakog krivičnog postupka. Izazov predstavljaju i za zakonodavce i za one zadužene za njihovu primjenu, jer i zakon i sudska praksa moraju pronaći delikatnu ravnotežu između više različitih, nekada suprotstavljenih interesa.

S jedne strane, postoji legitimna potreba da se omogući što lakše i sveobuhvatnije prikupljanje dokaza u cilju utvrđivanja relevantnih činjenica (istine), ali se pri tom mora voditi računa i o pravima u koja se time neizbježno zadire, tako da su savremeni krivični sistemi osmišljeni tako da istovremeno štite ljudska prava okrivljenih, oštećenih, odnosno žrtava i svjedoka. S druge strane, treba odrediti koji nezakonito pribavljeni dokazi ne smiju biti upotrijebljeni, kako ih izdvajati, kako odbrani omogućiti da se protivi upotrebi dokaza sporne zakonitosti i koja je dokazna snaga dokaza koji nijesu pribavljeni u skladu sa pravilima postupka.

Odgovore na ova pitanja nije lako dati i zavisiće od toga kako donosioci odluka (zakonodavci ili sudovi) vide poželjni balans između nekoliko različitih potreba – potrebe da se utvrdi istina i olakša dokazivanje relevantnih činjenica, potrebe da se ne dozvole neprihvatljivi načini pribavljanja dokaza, kao što su mučenje i drugi oblici zlostavljanja, korišćenje agenta provokatora (podsticanje osumnjičenih na vršenje krivičnih djela) ili uskraćivanje prava na odbranu, te potrebe da se zaštiti integritet krivičnog postupka tako što će se od učesnika u njemu, a najprije policije, tužilaštva i suda, dosljedno zahtijevati da dokazivanje bude u skladu sa pravilima postupka.

Ispostavlja se da donosioci odluka od države do države u ovoj oblasti imaju različita gledišta i prioritete, i, opšte posmatrano, nema univerzalnih pravila o pribavljanju dokaza i izdvajanju onih nezakonitih. Jedino izričito međunarodno pravilo sadrži Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, usvojena u okviru Ujedinjenih nacija, koja sadrži izričitu obavezu za države ugovornice da izdvajaju dokaze pribavljene torturom: „Svaka država članica se stara da izjava za koju se dokaže da je dobijena torturom ne može biti navedena kao dokazni element u nekom postupku, osim protiv osobe optužene za torturu da bi se utvrdilo da je izjava data.“¹

Jedinstvenih pravila nema ni u okviru Savjeta Evrope ni unutar Evropske unije, iako je riječ o međunarodnim organizacijama koje su značajnu pažnju posvetile krivičnom pravu. Evropska unija je uspostavila različite mehanizme za pribavljanje i razmjenu dokaza između zemalja članica, zbog čega postoji poseban interes da se osigura da dokazi pribavljeni u jednoj državi budu prihvatljivi sudovima u drugoj, ali to do sad još uvijek nije dovelo do usvajanja zajedničkih pravila na nivou ove organizacije.²

U ovakvim okolnostima, evropske države pravilima o dokazivanju i o izdvajanju dokaza pristupaju na vrlo različite načine – na primjer, većina članica Evropske unije ima pravila o izdvajanju nezakonitih dokaza, ali su ona u nekim državama veoma detaljna (Hrvatska), dok

¹ Zakon o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, čl. 15, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 9/91.

² Vidi, na primjer, Fair Trials, *Unlawful Evidence in Europe's Courts: Principles, Practice and Remedies* (Fair Trials, 2021), str. 12-14. EU je do sada usvojila šest direktiva kojima se uspostavljaju minimalni standardi u pogledu prava osumnjičenih i okrivljenih u krivičnim postupcima, ali nijedna ne sadrži jasna pravila o prikupljanju dokaza i izdvajanju nezakonitih dokaza, iako su ona bila tema tokom pregovora o tekstovima ovih direktiva. Zanimljivo je da pravila o dokazima nijesu usvojena ni za nedavno osnovano Evropsko javno tužilaštvo, nadležno za prevare i druga krivična djela protiv budžeta EU i njenih finansijskih interesa i prekogranične prevare u vezi s porezom na dodatu vrijednost. Vidi i K. Ligeti, B. Garamvölgyi, A. Ondrejová i M. von Galen, „Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU“, u *EUcrim – The European Criminal Law Association's Forum 2020/3* (Max Planck Society for the Advancement of Science, 2020), str. 201-208.

se u nekima svode na svega par odredaba (Litvanija), ili ih gotovo ni nema (Švedska, koja ima izuzetno široko postavljeno načelo „slobodne ocjene dokaza“ koje sudijama daje veliku slobodu u odlučivanju o korišćenju i nezakonitih dokaza).³

Jednako tako, neke države, manje ili više jasno i dosljedno, prihvataju doktrinu „plodova otrovnog drveta“ koja zahtijeva izdvajanje svih dokaza do kojih se došlo zahvaljujući nezakonitom dokazu (u Hrvatskoj je ova doktrina posebno jasno izražena u zakonu, mada se u praksi ne primjenjuje uvijek i u potpunosti), dok je u nekima nema ni u zakonima ni u praksi (npr. u Švedskoj i Poljskoj).⁴

Razlikuju se i načini na koje se mogu osporavati i izdvajati nezakoniti dokazi, kako u pogledu faze postupka u kojoj se to može činiti, tako i u pogledu toga ko donosi odluku i koja sredstva odbrani stoje na raspolaganju kada se ne slaže sa odlukom nadležnog organa.⁵

Konačno, evropske države na različite načine određuju na kome je teret dokazivanja da je dokaz pribavljen zakonito, odnosno nezakonito. Primjera radi, u njemačkoj sudskoj praksi postoji nepisana pretpostavka da državni organi (prvenstveno se misli na one zadužene za prikupljanje dokaza i krivično gonjenje) postupaju u skladu sa zakonom, tako da sudovi dokaze koje oni pribave koriste sve dok ne postoje jasni dokazi da su pribavljeni nezakonito, mada treba reći da je ovakav pristup kritikovan u njemačkoj krivično-pravnoj teoriji.⁶ Nasuprot tome, u Švajcarskoj princip „inkvizitorske“ istrage, uz princip da je teret dokazivanja na optužbi i načelo *in dubio pro reo* („u sumnji u korist okrivljenog“), od organa postupka zahtijevaju ne samo da istraže već i da dokažu sve činjenice od kojih zavisi krivična odgovornost, uključujući i one koje se odnose na okolnosti pod kojima su pribavljeni dokazi.⁷ Sličan pristup u vezi sa pojedinim dokazima zauzima i britanski Zakon o policiji i krivičnim dokazima iz 1984, koji, recimo, u slučaju da je sudu predstavljeno da je priznanje okrivljenog dato pod prisilom, od optužbe zahtijeva da „van razumne sumnje“ dokaže da priznanje (makar bilo i istinito) nije pribavljeno na takav način.⁸ Ako ona u tome ne uspije, priznanje ne može biti upotrebjeno u postupku.

U odsustvu zajedničkih pravila o dokazima, jedini principi koji važe za sve evropske države i na koje se oslanjaju nacionalni sudovi jesu oni iz prakse Evropskog suda za ljudska prava (u nastavku „ESLJP“). Ipak, treba istaći da oni, u suštini, proističu iz svega jednog člana Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda – člana 6, koji garantuje pravo na pravično suđenje - i treba ih posmatrati kao minimalne standarde, dok je na pojedinačnim državama da detaljnim pravilima urede prikupljanje dokaza i izdvajanje nezakonitih dokaza u krivičnom postupku. Ovaj zadatak postaje sve potrebniji i složeniji u kontekstu učestale upotrebe dokaza pribavljenih putem međunarodne saradnje policija, obavještajnih službi i tužilaštava različitih država, uz učešće organizacija kakva je Europol, kao i korišćenjem sofisticiranih tehničkih rješenja za praćenje ili presretanje zaštićene komunikacije ostvarene preko kompjuterskih aplikacija kakve su bile EncroChat ili Sky ECC, te drugih mjera koje se mogu smatrati mjerama tajnog nadzora ili drugim posebnim istražnim tehnikama.

U nastavku ćemo ukratko prikazati najvažnije relevantne stavove ESLJP, objasniti kako bi ih trebalo koristiti prilikom primjene nacionalnog prava, a zatim ćemo prikazati kako je izdvajanje pravno nevaljanih dokaza uređeno pravilima krivičnog postupka u Crnoj Gori,

³ Ibid, str. 31-48.

⁴ Ibid, str. 35-36.

⁵ Ibid, str. 41-48.

⁶ Vidi, na primjer, T. Weigend, „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective“, u S. Gless, T. Richter (ur.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? – A Comparative Perspective on Evidentiary Rules* (Springer Open, 2019), str. 67.

⁷ Vidi L. Macula, „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective“, u S. Gless, T. Richter (ur.), op. cit., str. 18-19.

⁸ UK Police and Criminal Evidence Act 1984, Section 76(2).

kako na ovo pitanje gledaju njeni sudovi i koliko je njihova praksa u skladu sa principima iz prakse ESLJP. Pošto se pitanje zakonitosti dokaza i izdvajanja nezakonitih dokaza postavlja u velikom broju slučajeva, ovdje ćemo se prvenstveno baviti najzanimljivijim stavovima najviših sudova u Crnoj Gori, Vrhovnog suda i Apelacionog suda, imajući u vidu njihov uticaj na praksu nižih sudova, ali biće i primjera iz prakse viših i osnovnih sudova. Dakle, za potrebe ove analize nismo istraživali u kojoj se mjeri pravila o dokazima poštuju, odnosno, koliko često se zanemaruju, već koliko su ta pravila dobra i kako ih tumače najviše sudske instance, a posebno tolerišu li njihovo kršenje ili svojim odlukama obeshrabruju pribavljanje dokaza suprotno zakonu.

Koristili smo brojne presude Evropskog suda za ljudska prava i oko stotinu odluka sudova u Crnoj Gori, uglavnom donijetih u posljednjih desetak godina, čiji se spisak nalazi na kraju teksta.

2. Praksa Evropskog suda za ljudska prava

2.1. Opšti pristup

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u nastavku „Konvencija“ ili „EKLJP“) u članu 6 garantuje pravo na pravično suđenje, ali bez pravila o dopuštenosti dokaza, tako da ESLJP u svojim odlukama stalno ističe da se radi o stvari koja primarno treba da bude uređena nacionalnim pravom.⁹

Stoga ESLJP zauzima stav da nije na njemu da određuje da li pojedini dokazi, npr. dokazi pribavljeni u suprotnosti sa nacionalnim pravom, treba da budu dopušteni ili da li je podnosilac predstavke (okrivljeni u postupku pred nacionalnim sudom) kriv ili nije.¹⁰ Drugim riječima, ESLJP ne odlučuje o tome da li se konkretni dokazi, uključujući one pribavljene nezakonito, smiju upotrijebiti prema odredbama nacionalnog prava.¹¹

Evropski sud smatra da mu je dužnost da se izjasni samo o tome da li je postupak u cjelosti, uzimajući u obzir i način na koji su pribavljeni dokazi, bio pravičan. Pri tome posmatra pojedinačne procesne garancije iz člana 6 (pravo na nezavisan i nepristrasan sud, javnost suđenja, pretpostavku nevinosti, pravo okrivljenog da bude obaviješten o optužbi, pravo na pravnu pomoć, jednakost oružja itd.) prije kao sredstva koja treba da dovedu do pravičnosti postupka u cjelosti nego kao pojedinačna prava garantovana Konvencijom čije kršenje automatski dovodi do povrede prava na pravično suđenje.¹²

Mada Konvencija u članu 13 svakome kome je povrijeđeno neko njome garantovano pravo garantuje pravo na djelotvoran pravni lijek na nacionalnom nivou, ESLJP povrede Konvencije do kojih dolazi korišćenjem nezakonitih dokaza po pravilu posmatra samo u kontekstu člana 6.

2.2. Dokazi koji moraju biti izdvojeni

Iako ESLJP uticaj korišćenja nezakonitih dokaza na pravičnost postupka u cjelini cijeni od slučaja do slučaja i nekada zaključuje da ona nije bila narušena iako su bili upotrijebljeni dokazi koji nijesu bili pribavljeni u skladu sa pravilima postupka, postoje dokazi čije korišćenje postupak *uvijek* čini nepravičnim. Riječ je o dokazima do kojih se došlo povredom člana 3 Konvencije, koji zabranjuje mučenje i nečovječno ili ponižavajuće postupanje ili kažnjavanje, kao i onih do kojih se došlo korišćenjem agenta provokatora, koji nekoga podstiče da izvrši krivično djelo (engl. *entrapment*).

⁹ *Bykov protiv Rusije*, pred. br. 4378/02, presuda od 10. 3. 2009, stav 88; *Jalloh protiv Nemačke*, pred. br. 54810/00, presuda od 11. 7. 2006, stavovi 94-96; *Teixeira de Castro protiv Portugala*, pred. br. 25829/94, presuda od 9. 6. 1998, stav 34.

¹⁰ Vidi European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (criminal limb)* (Council of Europe, 2022), str. 44.

¹¹ *Prade protiv Nemačke*, pred. br. 7215/10, presuda od 3. 3. 2016, stav 32; *Dragos Ioan Rosu protiv Rumunije*, pred. br. 22767/08, presuda od 31. 10. 2017, stav 50.

¹² Vidi, na primjer, *Fair Trials*, op. cit., str. 21-22.

2.2.1. Dokazi pribavljeni povredom člana 3 Konvencije

Korišćenje priznanja ili izjava svjedoka pribavljenih zlostavljanjem, tj. povredom člana 3 Konvencije automatski čini cijeli postupak nepravilnim, bez obzira da li se radi o mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju, i bez obzira na njihovu dokaznu snagu.¹³ To važi čak i za priznanja i izjave koje zlostavljanjem pribave osobe koje nikako ne mogu imati status službenih lica, tj. koje ne djeluju u ime države.¹⁴

Ni materijalni dokazi (stvari, predmeti) pribavljeni mučenjem ne smiju se koristiti.¹⁵ Međutim, stav ESLJP je da upotreba takvih dokaza pribavljenih drugim oblicima zlostavljanja – nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem – ne mora nužno dovesti do povrede prava na pravično suđenje, pod uslovom da dokazi o kojima je riječ nijesu uticali na ishod postupka protiv okrivljenog, bilo na odluku o krivici ili na kaznu.¹⁶

Ratio ovakvog, različitog tretmana materijalnih dokaza iznuđenih mučenjem u odnosu na dokaze pribavljene drugim oblicima zlostavljanja u praksi ESLJP nije dovoljno jasan, posebno jer je granicu između mučenja i nečovječnog postupanja nekada vrlo teško odrediti - ona može da zavisi i od ličnih karakteristika žrtve, a i sam ESLJP je govorio da nešto što u jednom trenutku predstavlja nečovječno i ponižavajuće postupanje u budućnosti može biti kvalifikovano kao mučenje.¹⁷

Kada u krivičnom postupku odbrana tvrdi da neki dokaz ne smije biti korišćen jer je pribavljen zlostavljanjem, postavlja se praktično pitanje da li je onda na njoj da to i dokaže ili je dužnost organa postupka da utvrdi kako je taj dokaz zaista pribavljen ne bi li se moglo zaključiti da li je zakonit. ESLJP odgovor na ovo pitanje daje u presudi u slučaju *Bokhonko protiv Gruzije*. U tom slučaju ESLJP, na osnovu dokaza kojima je raspolagao, nije mogao sa sigurnošću da zaključi da li je podnosilac predstavke bio zlostavljan prilikom tjelesnog pretresa, tokom kojeg je pronađena droga koja je bila jedini snažan dokaz protiv njega,¹⁸ ali je istakao da je u situacijama u kojima je podnosilac predstavke na prvi pogled učinio sumnjivim materijalne dokaze (engl. „made a prima facie case“), jer postoji mogućnost da su pribavljeni zlostavljanjem, na domaćim sudovima je da ispituju okolnosti pod kojim su oni pribavljeni. Kako oni to nijesu uradili, a nije bilo drugih dovoljno jakih dokaza protiv

¹³ *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, pred. br. 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, presuda od 13. 9. 2016, stav 254; *Cēsnieks protiv Letonije*, pred. br. 9278/06, presuda od 11. 2. 2014, stavovi 67-70; *El Haski protiv Belgije*, pred. br. 649/08, presuda od 25. 9. 2012, stav 85; *Gäfgen protiv Nemačke*, pred. br. 22978/05, presuda od 1. 6. 2010, stav 166. Treba imati u vidu da Konvencija protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni i postupaka, usvojena u okviru Ujedinjenih nacija, takođe sadrži izričitu obavezu za države ugovornice da izdvajaju dokaze pribavljene torturom: „Svaka država članica se stara da izjava za koju se dokaže da je dobijena torturom ne može biti navedena kao dokazni element u nekom postupku, osim protiv osobe optužene za torturu da bi se utvrdilo da je izjava data.“ Zakon o ratifikaciji Konvencije protiv torture i drugih surovih, neljudskih ili ponižavajućih kazni ili postupaka, član 15, *Sl. list SFRJ – Međunarodni ugovori*, br. 9/91.

¹⁴ *Ćwik protiv Poljske*, pred. br. 31454/10, presuda od 5. 11. 2020. U ovom slučaju ESLJP je utvrdio da je podnosiocu povrijeđeno pravo na pravično suđenje jer se osuđujuća presuda protiv njega zasnivala i na transkriptu audio snimka nastalog prilikom mučenja kojem su članovi jedne kriminalne grupe podvrgli saradnika podnosioca predstavke da bi im otkrio gdje se nalaze kokain i novac za kojim su tragali. Oni su snimali šta im je čovjek kojeg su mučili govorio, a policija je u posjed snimka došla prilikom njegovog oslobađanja iz kuće u kojoj je bio zatočen, da bi snimak kasnije bio korišćen u postupku protiv podnosioca predstavke, kao dokaz o njegovoj ulozi u trgovini drogom.

¹⁵ *Gäfgen protiv Nemačke*, stav 167, *Jalloh protiv Nemačke*, stav 105.

¹⁶ *Zličić protiv Srbije*, pred. br. 73313/17 i 20143/19, presuda od 26. 1. 2021, stav 119; *El Haski protiv Belgije*, stav 85, *Gäfgen protiv Nemačke*, stav 178. U slučaju *Zličić protiv Srbije* bilo je utvrđeno da je podnosilac predstavke zlostavljan i da je tako bio prisiljen da potpiše potvrdu o privremeno oduzetim stvarima (radilo se o kesici sa marihuanom), ali ESLJP nije smatrao da je time povrijeđeno i pravo na pravičan postupak, pošto je izvukao zaključak da se osuđujuća presuda nije zasnivala na toj ispravi već na drugim dokazima i da bi bila donijeta i bez nje.

¹⁷ Vidi, na primjer, *Selmouni protiv Francuske*, pred. br. 25803/94, presuda od 28. 7. 1999, stav 101.

¹⁸ ESLJP nije utvrdio povredu materijalnog aspekta člana 3.

okrivljenog, ESLJP je utvrdio da je u konkretnom postupku došlo do povrede prava na pravično suđenje.¹⁹

2.2.2. Dokazi pribavljeni korišćenjem agenta provokatora (engl. *entrapment*)

ESLJP ne dovodi u pitanje potrebu da se za istrage određenih krivičnih djela, posebno organizovanog kriminala i korupcije, koriste specijalne istražne metode, uključujući i prikrivene agente, ali smatra neprihvatljivim upotrebu dokaza pribavljenih korišćenjem agenta provokatora, koji podstiče na izvršenje krivičnog djela.²⁰ Shodno tome, prikriveni agenti ne smiju podsticati na izvršenje krivičnog djela ili na povećanje njegovog obima,²¹ a korišćenje ovakvih istražnih metoda mora imati određene granice i sprovoditi se u skladu sa pravilima koja jasno uređuju postupak odobravanja, sprovođenja i nadzora nad konkretnim istražnim metodama, a ona treba da služe za sprečavanje mogućih zloupotreba.²²

2.3. Test „opšte pravičnosti“

Kada je do osuđujuće presude protiv podnosioca predstavke došlo u postupku u kojem su korišćeni potencijalno nezakoniti dokazi, ali ne dokazi pribavljeni zlostavljanjem ili korišćenjem agenta provokatora, ESLJP pravičnost takvog postupka cijeni koristeći tzv. test „opšte pravičnosti“, dajući nacionalnim sudovima priličnu slobodu prilikom primjene nacionalnog prava i zaključaka o činjenicama. Tim testom, koji se prilagođava svakom pojedinačnom slučaju, koji je prilično složen i čiji rezultat često nije lako predvidjeti,²³ nastoji se odgovoriti na pitanje koliko je oslanjanje nacionalnog suda na nezakonit dokaz uticalo na „opštu pravičnost“ postupka u cjelini. Praveći takvu procjenu, ESLJP u obzir po pravilu uzima čitav niz različitih faktora, koji su pobrojani u presudi u slučaju *Beuze protiv Belgije*:

- a) da li je podnosilac predstavke (okrivljeni u krivičnom postupku) naročito osjetljiv, npr. zbog uzrasta ili psihičke sposobnosti;
- b) pravni okvir kojim je uređen postupak prije suđenja i prihvatljivost dokaza na suđenju, i da li je postupano u skladu sa njim – ako je primijenjeno pravilo o izdvajanju dokaza, posebno je malo vjerovatno da će postupak u cjelosti biti smatran nepravičnim;
- c) da li je podnosilac predstavke (tj. okrivljeni, prim. autora) imao priliku da osporava vjerodostojnost dokaza i protivi se njegovoj upotrebi;

¹⁹ *Bokhonko protiv Gruzije*, pred. br. 6739/11, presuda od 22. 10. 2020, stavovi 94-99. Videti i *Mehmet Duman protiv Turske*, pred. br. 38740/09, presuda od 23. 10. 2018, stavovi 45-46; *Abdulkadyrov i Dakhtayev protiv Rusije*, pred. br. 35061/04, presuda od 10. 7. 2018, stavovi 79-81; *Turbylev protiv Rusije*, pred. br. 4722/09, presuda od 6. 10. 2015, stav 87.

²⁰ *Taraneks protiv Letonije*, pred. br. 3082/06, presuda od 2. 12. 2014, stav 60; *Bannikova protiv Rusije*, pred. br. 18757/06, presuda od 4. 11. 2010, stav 34; *Vanyan protiv Rusije*, pred. br. 53203/99, presuda od 15. 12. 2005, stavovi 46-47.

²¹ *Grba protiv Hrvatske*, pred. br. 47074/12, presuda od 23. 11. 2017, stavovi 101-102.

²² *Ramanauskas protiv Litvanije*, pred. br. 74420/01, presuda od 5. 2. 2008, stav 51. Detaljnije o praksi ESLJP u vezi sa korišćenjem agenta provokatora i prikrivenih istražnih tehnika vidi u European Court of Human Rights, op. cit., str. 47-51.

²³ Kritiku na račun ovakvog pristupa ESLJP vidi u Fair Trials, op. cit., str. 19-25.

- d) kvalitet dokaza i da li su okolnosti pod kojim je pribavljen takve da dovode u sumnju njihovu pouzdanost ili tačnost, uzimajući u obzir stepen i prirodu bilo kakve prinude;
- e) kada je dokaz pribavljen nezakonito, o kakvoj nezakonnosti se radi i, kada je u pitanju povreda drugog člana Konvencije, priroda povrede koja je utvrđena;
- f) u slučaju izjave, njena priroda i to da li je ubrzo povučena ili izmijenjena;
- g) za šta je dokaz upotrijebljen, posebno da li je činio integralni ili značajan dio dokaza na kojima se zasniva osuđujuća presuda, te snaga drugih dokaza u predmetu;
- h) da li su krivicu cijenile profesionalne sudije ili laici, ili laička porota, i sadržaj bilo kakvih smjernica koje su joj date;
- i) snaga javnog interesa da se sprovede istraga i kazni određeno krivično djelo; i
- j) druge relevantne procesne garancije koje pružaju nacionalno pravo i praksa.²⁴

Čini se da ESLJP u praksi najviše pažnje posvjećuje faktorima navedenim pod b), c), d), e) i g).

Nije rijetko da ESLJP utvrdi da je u krivičnom postupku protiv podnosioca predstavke bilo povrijeđeno neko pravo garantovano Konvencijom, ali da onda, primjenjujući test „opšte pravičnosti“, zaključi da to nije učinilo cijeli postupak nepravičnim. To je najčešće u situacijama u kojima postoji povreda prava na privatnost, recimo zbog pretresa izvršenog bez odgovarajućeg naloga, naredbe, na nezakonit način ili zbog nezakonitog praćenja komunikacije.²⁵

Na primjer, u slučaju *Dragojević protiv Hrvatske* ESLJP je utvrdio da je podnosiocu predstavke bilo povrijeđeno pravo na privatnost jer su mjere njegovog prisluškivanja i praćenja, između ostalog, bile određene i produžavane u suprotnosti sa pravilima postupka, bez odgovarajućeg obrazloženja. To međutim nije bilo dovoljno da se zaključi da je cijeli krivični postupak protiv njega bio nepravičan, jer je ESLJP utvrdio da podnosilac predstavke nije sporio pouzdanost podataka pribavljenih ovim mjerama već samo njihovu formalnu zakonitost, da je u postupku imao djelotvornu mogućnost da osporava autentičnost dokaza i protivi se njihovoj upotrebi i da su sudovi razmatrali njegove argumente i obrazložili svoje odluke (da ne izdvoje kao nezakonite pomenute dokaze). Uz to, osuđujuća presuda se nije zasnivala samo na dokazima pribavljenim mjerama tajnog nadzora.²⁶

Međutim, ako su nepravilnosti prilikom prikupljanja dokaza takve da dovode u pitanje njihovu pouzdanost, izvjesno je da će ESLJP utvrditi povredu člana 6. U slučaju *Lisica protiv Hrvatske*, osuđujuća presuda se zasnivala na dokazu pribavljenom prilikom pretresa vozila okrivljenog kojem je prethodio neovlašćeni ulazak policije u vozilo, kojem ni okrivljeni ni njegov branilac nijesu prisustvovali, niti su za njega znali, a prije toga i pretres koji je naložio istražni sudija tokom kojeg nije pronađen sporni dokaz. Pri tome se vozilo sve vrijeme nalazilo u policiji. Pošto se nije mogla isključiti mogućnost da je dokaz podmetnut prilikom neovlašćenog ulaska policije u vozilo, a bio je jedini koji je direktno povezivao okrivljenog sa izvršenim krivičnim djelom, ESLJP je zaključio da je došlo do povrede člana 6.²⁷

Korišćenje dokaza pribavljenih uz povredu prava na pristup braniocu tokom ispitivanja u policiji najčešće bude razlog da ESLJP utvrdi povredu prava na pravično suđenje. U slučaju *Salduz protiv Turske* zauzeo je stav da će, u principu, prava odbrane biti nepovratno povrijeđena ako za osuđujuću presudu budu korišćene izjave date tokom policijskog ispitivanja bez prava na pristup braniocu, iz čega bi automatski poisticala obaveza da se

²⁴ *Beuze protiv Belgije*, pred. br. 71409/10, presuda od 9. 11. 2018, stav 150 (prevod naš).

²⁵ Vidi, na primjer, presude u slučajevima *Dragos Ioan Rosu protiv Rumunije* i *Lee Davies protiv Belgije*, pred. br. 18704/05, presuda od 28. 7. 2009.

²⁶ *Dragojević protiv Hrvatske*, pred. br. 68955/11, presuda od 15. 1. 2015.

²⁷ *Lisica protiv Hrvatske*, pred. br. 20100/06, presuda od 25. 2. 2010.

takvi dokazi izdvoje kao nezakoniti.²⁸ U tom slučaju je takva povreda prava na odbranu sama po sebi bila dovoljna da ESLJP utvrdi da je postupak bio nepravičan, bez korišćenja testa „opšte pravičnosti“.

U kasnijim presudama ESLJP je ipak i u slučajevima uskraćivanja prava na branioca primjenjivao test „opšte pravičnosti“ i nije zahtijevao automatsko izdvajanje dokaza. I dalje je najčešće utvrđivao da je ova povreda prava okrivljenog učinila cijeli postupak nepravičnim,²⁹ pri čemu se nije uvijek radilo o uskraćivanju prava na branioca tokom saslušanja okrivljenog, već i prilikom sprovođenja drugih procesnih radnji, kao što su prepoznavanje, rekonstrukcija događaja, uviđaj, pretresi i oduzimanje stvari.³⁰ Ipak, treba spomenuti da je ESLJP u pojedinim predmetima donosio i presude u kojima nije zauzimao stav da je povrijeđen član 6 čak ni u situacijama kada je pravo na branioca u određenoj fazi postupka nesporno bilo uskraćeno.³¹

Kada se govori o dokazima pribavljenim uz povredu prava okrivljenog, posebno prava na branioca po sopstvenom izboru, naročito je interesantna i značajna odluka ESLJP u slučaju *Dvorski protiv Hrvatske*.³² U tom slučaju advokatu podnosioca predstavke,³³ policija dva puta bez objašnjenja nije dozvolila da dođe do svog klijenta, osumnjičenog za trostruko ubistvo, razbojništvo i podmetanje požara. Umjesto njega, postavljen mu je branilac po službenoj dužnosti (raniji šef policijske uprave koja je vodila slučaj), i to poslije prvog pokušaja angažovanog branioca da do podnosioca predstavke dođe, a svega 25 minuta prije njegovog saslušanja u svojstvu osumnjičenog, pri čemu je u razgovoru sa njim proveo svega desetak minuta. Zatim je osumnjičeni, kojem je prethodno uzet uzorak krvi koji je pokazao visok nivo alkohola i narkotika, saslušan i priznao je izvršenje krivičnog djela. Na kraju zapisnika iz policije stajala je izjava osumnjičenog da ne osjeća bilo kakve simptome apstinentske ili druge krize (radilo se o osobi inače zavisnoj od alkohola i narkotika). Kada je idućeg dana saslušan kod istražnog sudije, on je, u prisustvu branioca po službenoj dužnosti, rekao da nikada nije htio da ga zastupa taj već advokat kojeg su pozvali njegovi roditelji, a o čijem pokušaju da dođe do njega mu policija nije ništa rekla, i izjavio da je priznanje dao pod uticajem alkohola i narkotika, jasno se žaleći na način na koji je taj dokaz pribavljen. Tokom kasnijeg postupka odbrana je insistirala na tome da tako pribavljeno priznanje iz policije treba izdvojiti kao nezakonit dokaz, ali nadležni sudovi nijesu ništa uradili da ispituju okolnosti u vezi sa uskraćivanjem prava na branioca po sopstvenom izboru i nijesu obrazložili zbog čega se ne slažu sa tvrdnjom odbrane da se radi o nezakonitom dokazu. Imajući sve ovo u vidu, a posebno značajan uticaj spornog priznanja na cijeli krivični postupak, ESLJP je utvrdio da je on bio nepravičan, iako je osuđujuća presuda bila zasnovana i na drugim dokazima.

Slično uskraćivanju prava na branioca, i u slučaju uskraćivanja prava na prevodioca velika je vjerovatnoća da će ESLJP postupak smatrati nepravičnim ako se osuđujuća presuda oslanjala na dokaze pribavljene na taj način.³⁴

²⁸ *Salduz protiv Turske*, pred. br. 36391/02, presuda od 27. novembra 2008, stav 55.

²⁹ Vidi, na primjer, presude u slučajevima *Mehmet Zeki Çelebi protiv Turske*, pred. br. 27582/07, presuda od 28. 1. 2020, stav 72; *Ekinci protiv Turske*, pred. br. 25148/07, presuda od 12. 5. 2020; *Canli protiv Turske*, pred. br. 8211/10, presuda od 12. 5. 2020; *Akdağ protiv Turske*, pred. br. 75460/10, presuda od 17. 9. 2019. Detaljnije o ovome vidi i u Fair Trials, op. cit., str. 21-22.

³⁰ Vidi European Court of Human Rights, op. cit., str. 85.

³¹ Vidi, na primjer, presude u slučajevima *Farrugia protiv Malte*, pred. br. 63041/13, presuda od 4. 6. 2019, stavovi 108-119; *Doyle protiv Irske*, pred. br. 51979/17, presuda od 23. 5. 2019.

³² *Dvorski protiv Hrvatske*, pred. br. 25703/11, presuda od 20. 10. 2015.

³³ Advokata su, pošto je i ranije zastupao njihovog sina, pozvali i angažovali roditelji podnosioca predstavke kada su čuli da je uhapšen.

³⁴ Vidi, na primjer, *Baytar protiv Turske*, pred. br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014. U tom slučaju, u postupku protiv podnositeljke predstavke korišćena je njena inkriminišuća izjava koju je dala bez prevodioca, što je značilo da nije mogla da razume optužbe koje su joj stavljene na teret, da nije mogla da razumije posljedice svog prava

Još jedno značajno pitanje je da li je okrivljenom pružena prilika da osporava autentičnost nezakonito pribavljenog dokaza i da se protivi njegovoj upotrebi. Ako jeste, ESLJP će, u načelu, smatrati da su prava odbrane bila zaštićena i povredu prava na pravično suđenje utvrditi samo ako su argumenti okrivljenog bili zanemareni ili ako su odluka i obrazloženje suda očigledno pogrešni, odnosno nedovoljni.

Vjerovatnoća da ESLJP utvrdi da je postupak bio nepravičan najveća je u situacijama u kojima su argumenti okrivljenog u prilog tezi da nezakonito pribavljene dokaze treba izdvojiti bili potpuno zanemareni, odnosno u slučajevima u kojima im nije pridana odgovarajuća pažnja, naročito ako su se odnosili na pouzdanost dokaza, povrede prava na odbranu i ako je riječ o dokazima koji su imali odlučujući značaj za osudu.³⁵

Značajno je manje vjerovatno da postupak bude proglašen nepravičnim ako je odbrana ukazivala na povredu prava na privatnost, primjera radi uslijed nepravilnosti prilikom pretresa³⁶ ili nezakonitog praćenja ili snimanja komunikacije,³⁷ naročito ako je njenim argumentima data odgovarajuća pažnja.

Konačno, kao što je gore navedeno, ESLJP, primjenjujući test „opšte pravičnosti“, posebno uzima u obzir kako je sporni, nezakoniti dokaz upotrijebljen, naročito da li je činio integralni ili značajni dio dokaza na kojima se zasniva osuda, te snagu drugih dokaza.³⁸ Drugim riječima, gleda se da li je sporni dokaz imao odlučujući uticaj na ishod postupka.³⁹ To znači da ESLJP propust da se izdvoji nezakonit dokaz neće smatrati razlogom da utvrdi povredu člana 6 ako on nije bio odlučujući za odluku o krivici, odnosno ako su drugi dokazi dovoljno snažni.⁴⁰ Međutim, ima slučajeva u kojima čak ni to što je nezakonit dokaz upotrijebljen kao odlučujući nije bilo razlog da ESLJP utvrdi da je cijeli krivični postupak bio nepravičan.⁴¹ U slučaju *Bykov protiv Rusije*, ESLJP je naveo da je „kada je dokaz veoma snažan i ne postoji rizik da je nepouzdan, potreba za drugim potkrepljujućim dokazima shodno tome slabija“.⁴²

da se brani ćutanjem ili da ima pomoć advokata, zbog čega je ESLJP zaključio da joj je bilo povrijeđeno pravo na pravično suđenje.

³⁵ Vidi, na primjer, pomenutu presudu u slučaju *Dvorski protiv Hrvatske*, te presude u *Horvatić protiv Hrvatske*, pred. br. 36044/09, presuda od 17. 10. 2013, stav 86; *Ayetullah Ay protiv Turske*, pred. br. 29084/07, presuda od 27. 10. 2020, stavovi 172-179.

³⁶ *Prade protiv Nemačke*, stav 38.

³⁷ *Bykov protiv Rusije*, stav 82.

³⁸ *Beuze protiv Belgije*, stav 150.

³⁹ *Gäfgen protiv Nemačke*, stav 164.

⁴⁰ Vidi, na primjer, *Zličić protiv Srbije*; *Dragojević protiv Hrvatske*, stav 133; *Hambardzumyan protiv Jermenije*, pred. br. 43478/11, presuda od 5. 12. 2019, stav 79; *Megrelishvili protiv Gruzije*, pred. br. 30364/09, presuda od 7. 5. 2020, stav 38.

⁴¹ Vidi, na primjer, *Bašić protiv Hrvatske*, pred. br. 74309/01, presuda od 8. 7. 2004. U tom slučaju odlučujući dokazi na kojima se zasnivala osuđujuća presuda pribavljeni su nezakonitim mjerama tajnog nadzora (koje su bile razlog da ESLJP utvrdi povredu prava na privatnost, garantovanog članom 8 Konvencije), ali je ESLJP smatrao da to nije dovoljno da se cijeli postupak proglaš nepravičnim, pošto je sadržina snimljene komunikacije predstavljala tačan i pouzdan dokaz (stav 48).

⁴² *Bykov protiv Rusije*, stav 90 (prevod naš).

3. Izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza u krivičnim postupcima u Crnoj Gori

3.1. Mjesto Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i odluka Evropskog suda za ljudska prava u pravnom poretku Crne Gore

Prema članu 9 Ustava Crne Gore, „potvrđeni i objavljeni međunarodni ugovori i opšteprihvaćena pravila međunarodnog prava sastavni su dio unutrašnjeg pravnog poretka, imaju primat nad domaćim zakonodavstvom i neposredno se primjenjuju kada odnose uređuju drukčije od unutrašnjeg zakonodavstva“.

Ovo pravilo treba tumačiti tako da primat međunarodnom pravu daje u situacijama u kojima postoji pravi konflikt između međunarodnih i nacionalnih normi, tj. kada bi primjena konkretne norme nacionalnog prava dovela do povrede međunarodnog. Kada domaće pravo neko pitanje uređuje samo detaljnije nego međunarodno i standarde zaštite ljudskih prava postavlja na viši nivo, pravog konflikta normi nema pa ne postoji ni razlog za primjenu člana 9 Ustava. Tada treba primijeniti standarde postavljene na nacionalnom nivou. Naravno, primjena pravila i principa međunarodnog prava je logična i može biti neophodna kada domaćim pravom nešto nije regulisano pa je potrebno popuniti pravnu prazninu.

Kad je riječ o odnosu Konvencije, odnosno prakse ESLJP i Zakonika o krivičnom postupku (u nastavku „ZKP“), očigledno je da su pravila krivičnog postupka primarno određena detaljnim domaćim propisom, da su u najvećoj mjeri postavljena tako da obezbjeđuju pravično suđenje, te se na Konvenciju, odnosno principe iz prakse ESLJP ne bi trebalo pozivati da bi se snizio stepen zaštite ljudskih prava postavljen na domaćem nivou, tj. da se ne bi primjenjivale odredbe ZKP koje nikako nijesu u suprotnosti sa Konvencijom. Uostalom, i sama Konvencija u članu 53 kaže da ništa u njoj ne treba tumačiti tako da ograničava ili derogira bilo kakva ljudska prava i osnovne slobode garantovane zakonom zemlje potpisnice ili drugim sporazumima čija je ona potpisnica.

Sudovi u Crnoj Gori se sve češće pozivaju na odluke ESLJP, pa i kada odlučuju o tome da li su dokazi pribavljeni na zakonit način i da li nezakonito pribavljeni dokazi mogu biti upotrijebljeni. O tome da li praksu ESLJP koriste primjereno biće više riječi u nastavku, kada budemo govorili o pojedinim aspektima primjene pravila o dokazima, a ovdje ćemo skrenuti pažnju na samo par odluka koje pokazuju kako su sudije u tim slučajevima vidjele mjesto Konvencije i prakse ESLJP u pravnom poretku Crne Gore.

U prvoj odluci, rješenju iz 2021,⁴³ Apelacioni sud konstatuje da je prvostepeni sud (Viši sud u Podgorici) pravilno utvrdio da nijedna od naredbi za određivanje, proširenje i produženje mjera tajnog nadzora sudije za istragu ne sadrži odgovarajuće obrazloženje,⁴⁴ te da je na taj način, kao što je rekao i prvostepeni sud, povrijeđeno pravo na privatnost garantovano članom 8 Konvencije. Međutim, za razliku od prvostepenog suda, Apelacioni sud smatra da ne postoji prepreka da se dokazi pribavljeni zahvaljujući tako određenim mjerama tajnog nadzora koriste. Takav stav djelimično obrazlaže drugačijom interpretacijom

⁴³ Apelacioni sud, rješenje KŽ 6/21 od 4. 2. 2021.

⁴⁴ U naredbama se samo navodi, bez obrazloženja, da je ispunjen prvi uslov za primjenu mjera tajnog nadzora, taj da se priprema izvršenje krivičnog djela, dok o ispunjenosti drugog zakonskog uslova – ZKP u članu 157, stav 1 kaže da ove mjere mogu biti određene ako se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi ili bi njihovo prikupljanje zahtijevalo nesrazmjerni rizik ili ugrožavanje života ljudi – nema ocjene.

odredaba ZKP od one koju je dao prvostepeni sud (smatra, između ostalog, da odsustvo obrazloženja ne čini prikupljene dokaze *ex lege* nezakonitim, „jer sama okolnost izdavanja naredbe za određivanje mjera tajnog nadzora na predlog državnog tužioca pretpostavlja postojanje zakonskih uslova za njeno izdavanje“), a djelimično tvrdeći da je trebalo odgovoriti na pitanje da li je postupak u cjelini, uključujući način na koji su pribavljeni dokazi primjenom mjera tajnog nadzora, „bio pošten“ (što bi praktično bila primjena testa „opšte pravičnosti“, koji ESLJP koristi kada cijeni da li je povređen član 6 Konvencije), pa zaključuje da upotreba spornih dokaza „ne lišava odbranu, u smislu čl. 6 st. 1 Konvencije ... prava na pravično suđenje u smislu poštovanja prava odbrane“, pozivajući se na gore navedenu presudu ESLJP u slučaju *Dragojević protiv Hrvatske*. Dakle, Apelacioni sud ovom odlukom nagovještava da bi, kada se odlučuje o tome koje dokaze treba izdvojiti kao nezakonite, prednost nad relevantnim odredbama ZKP, koje daju odgovor na to pitanje, mogli da imaju principi ESLJP koji se primjenjuju kada se cijeni je li postupak u cjelini bio pravičan.

U drugoj odluci, rješenju Višeg suda u Bijelom Polju iz aprila 2022. godine,⁴⁵ na principe iz prakse ESLJP se poziva da bi se praktično izbjegla dosljedna primjena člana 156 ZKP (inače krajnje nelogičnog, o čemu će u nastavku biti više riječi), koji ne dozvoljava korišćenje video snimaka koje sačine građani, svjedoci događaja, bez saglasnosti osoba koje se snimaju, pa makar se radilo o situaciji u kojoj oštećeni na taj način dokumentuje krivično djelo koje se upravo vrši tj. da bi opravdao korišćenje video snimka koji nije sačinjen u skladu sa tom odredbom ZKP. U tom postupku, koji se vodi protiv policijskih službenika okrivljenih za zlostavljanje na javnom mjestu (ulici), sud se pozvao na više različitih odluka ESLJP – one koje govore o tome da upotreba nezakonitih dokaza neće nužno dovesti do povrede pravičnosti, „tamo gdje postoje valjani zaštitni mehanizmi i gdje priroda i izvor dokaznih materijala nijesu pod sumnjom“ i na odluke u kojima je ESLJP zauzeo stav da korišćenje sličnih snimaka nije dovelo do povrede Konvencije – te naveo da bi drugačije postupanje (izdvajanje snimka spornog događaja kao nezakonitog dokaza) „povrijedilo odredbe čl. 6 Konvencije i oštećenom uskratilo pravo na pravično suđenje“. Uz to, pozvao se i na član 3 Konvencije, do čije bi povrede moglo doći ako krivični postupak koji se vodi ne bi zadovoljio standarde djelotvorne istrage koje je uspostavio ESLJP za slučajeve u kojima postoje ozbiljni navodi o zlostavljanju.⁴⁶ U najkraćem, sud se i u ovom slučaju poziva na član 9 Ustava i odredbu ZKP ne primjenjuje pravdajući to ne samo primjenom principa iz prakse ESLJP u vezi sa članom 6, već i članom 3, ne objašnjavajući, doduše, da li bi dosljedna primjena člana 156 ZKP nužno dovela i do povrede Konvencije.

Iako bi se u oba slučaja moglo učiniti da postoje valjani razlozi da se ne primjene odredbe ZKP – u prvom slučaju može izgledati da interes krivičnog gonjenja treba da prevagne u odnosu na interes zaštite procesnih prava okrivljenog, a u drugom da nasuprot potonjem interesu stoji i interes da se navodnoj žrtvi zlostavljanja pruži satisfakcija u vidu kažnjavanja odgovornih – takav zaključak je, prema našem mišljenju, sporan iz više razloga.

Prvo, ne treba izgubiti iz vida da ESLJP i nacionalni krivični sudovi imaju različite uloge, da su pozvani da se izjasne o različitim pitanjima i da, obavljajući taj zadatak, ne primjenjuju isti korpus pravila. Naime, ESLJP stalno ističe da nije njegova uloga da kaže koji dokazi su zakoniti prema pravilima nacionalnog prava i koji dokazi, prema tim istim pravilima, treba da budu izdvojeni kao nezakoniti, kao što nije na njemu ni da odlučuje o krivici okrivljenog/podnosioca predstavlke, već da je na njemu samo da kaže da li je krivični postupak, u cjelini, bio pravičan ili ne, pri čemu ga ne obavezuju bilo kakva pravila nacionalnog prava, mada ih može uzeti u obzir, već samo tekst člana 6 Konvencije, kojim su

⁴⁵ Viši sud u Bijelom Polju, rješenje KŽ 118/22 od 18. 4. 2022.

⁴⁶ Ovdje je ukazao i na dvije odluke Ustavnog suda Crne Gore u kojima je on utvrdio da su podnosioci ustavnih žalbi bili zlostavljani od strane policije, a koje su se zasnivale i na dokazima u vidu video snimaka na kojima se vidi njihovo prebijanje, a koji takođe nijesu sačinjeni u skladu sa članom 156 ZKP. Opširnije o ovim slučajevima vidi u Akcija za ljudska prava, *Djelotvornost istraga u slučajevima zlostavljanja u Crnoj Gori 2020-2021*, str. 50-53, 67, i *Djelotvornost istraga u slučajevima zlostavljanja u Crnoj Gori* (2018).

postavljeni minimalni standardi pravičnog suđenja. S druge strane, nacionalni sudovi jesu pozvani upravo da odlučuju o zakonitosti dokaza i postupanju sa nezakonitim dokazima, a obavezuju ih, za razliku od ESLJP, osim Konvencije, i nacionalna pravila postupka, *koja su znatno detaljnija od Konvencije*, i mogu standarde zaštite prava okrivljenog, kao i drugih učesnika u postupku, postaviti znatno više. Na nacionalnim je sudovima da te domaće standarde primjenjuju sve dok nijesu u suprotnosti sa Konvencijom, što znači sve dok njihova primjena ne bi dovela do povrede Konvencije.

Drugo, kao što smo već rekli, da bi se član 9 Ustava primijenio i odredba nacionalnog prava ustupila mjesto normi međunarodnog, prvo treba ustanoviti da su dvije norme u konfliktu, tj. da bi primjena domaćeg prava nužno dovela do povrede međunarodnog, što ovdje nije bilo učinjeno.

Treće, ako bi se prihvatilo da se dokazi čija je upotreba prema nacionalnom pravu nedozvoljena ipak mogu koristiti sve dok nije narušena „opšta pravičnost“ postupka, na način kako je u svojoj praksi određuje ESLJP, to bi moglo dovesti do relativizacije odredaba ZKP kakvu zakonodavac sigurno nije htio da dopusti i pravne nesigurnosti neprihvatljive za krivično pravo. Kao što smo vidjeli u prethodnom dijelu, u praksi ESLJP je moguće da standard „opšte pravičnosti“ bude zadovoljen ne samo u slučaju korišćenja dokaza pribavljenih neovlašćenim ili nezakonito sprovedenim pretresanjem ili mjerama tajnog nadzora, već i u slučajevima u kojima je okrivljenom prilikom prikupljanja dokaza u važnoj fazi postupka bilo uskraćeno pravo na branioca, što su uglavnom nezakonitosti neprihvatljive u pravnom poretku Crne Gore. Ako bi se takve nezakonitosti tolerisale, procesne garancije date u ZKP bile bi daleko od djelotvornih, a primjena pravila postupka često nepredvidiva i nekonzistentna u mjeri nespojivoj sa principima vladavine prava.⁴⁷

Konačno, ako se nezakoniti dokazi ne izdvajaju u skladu sa zakonom, ne djeluje se odvratajuće na one koji ih pribavljaju nezakonito, što može voditi daljim i učestalijim nepravilnostima, a time i urušavanju integriteta cijelog krivično-pravnog sistema, jer je teško zamisliti da učesnici u postupku, a i građani uopšte, mogu imati povjerenje u pravosuđe koje nedosljedno ili selektivno primjenjuje domaći zakon.

Ipak, na osnovu odluka koje smo za potrebe ovog teksta imali u vidu, ne može se reći da sudovi u Crnoj Gori pokazuju opštu tendenciju da praksu ESLJP svjesno koriste da bi izbjegli primjenu pravila ZKP i upotrijebili dokaze koje, prema domaćem pravu, ne bi smjeli. U tom pogledu, dvije pomenute odluke predstavljaju rijetke izuzetke. Stoga naše gore navedene stavove treba shvatiti prvenstveno kao upozorenje na moguće posljedice drugačijeg pristupa, odnosno (neprimjerenog) korišćenja prakse ESLJP da bi se u sudskoj praksi oslabile garancije koje pruža nacionalno pravo, što je pojava viđena u nekim evropskim državama i s razlogom kritikovana.⁴⁸

3.2. Opšta pravila Zakonika o krivičnom postupku o korišćenju i izdvajanju nezakonito pribavljenih dokaza i njihova primjena u sudskoj praksi

⁴⁷ Uostalom, upravo iz ovih razloga je, i to često i među njegovim sudijama, u izdvojenim mišljenjima, kritikovan i pristup ESLJP pitanju korišćenja nezakonito pribavljenih dokaza, odnosno njegova spremnost da toleriše nezakonitosti prema nacionalnom pravu i prihvati da može biti pravičan i postupak koji je obilježen nezakonitostima koje ni konkretno nacionalno pravo ne bi smjelo da prihvati. Više o tome vidi u Fair Trials, op. cit.

⁴⁸ Ibid.

ZKP ima detaljna pravila o prikupljanju dokaza, a i čitav niz odredaba o izdvajanju nezakonito pribavljenih dokaza i o tome na kojim dokazima se ne može zasnivati sudska odluka.

Osnovno pravilo dato je u članu 17, stav 2, kojim je propisano da se sudska odluka „ne može zasnivati na dokazima koji su pribavljeni povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorima, ili na dokazima koji su pribavljeni povredama odredaba krivičnog postupka, kao i drugim dokazima za koje se iz njih saznalo, niti se takvi dokazi mogu koristiti u postupku“.

Na prvi pogled se vidi da je zabrana korišćenja nezakonitih dokaza postavljena veoma široko, pošto se njome štite, bez izuzetka, sva ljudska prava i osnovne slobode zajemčene Ustavom i ratifikovanim ugovorima, i to bez obzira na to da li je pribavljeni dokaz pouzdan ili ne, i jer jasno prihvata doktrinu „plodova otrovnog drveta“.⁴⁹ Iz pregleda prakse ESLJP vidjeli smo da on, u načelu, često dopušta korišćenje dokaza pribavljenih povredom prava na privatnost, pa nekada i prava okrivljenog iz člana 6 Konvencije. U nastavku, u dijelu o korišćenju konkretnih vrsta dokaza, vidjećemo da i sudovi u Crnoj Gori tolerišu izvjesne nepravilnosti prilikom prikupljanja dokaza kod kojeg se zadire u privatnost, najprije kad je riječ o pretresanju i mjerama tajnog nadzora. Kad je riječ o primjeni doktrine „plodova otrovnog drveta“ kada je, u odlukama u koje smo imali uvid, dolazilo do izdvajanja dokaza kao pravno nevaljanih, primjenjivana je ova doktrina pa su, osim dokaza prilikom čijeg prikupljanja nije poštovan ZKP, izdvajani i svi dokazi proistekli iz tog dokaza.⁵⁰

Zabrana iz člana 17, stav 2 ublažena je pravilom iz člana 386, stav 1, tačka 7 ZKP, koje kaže da bitna povreda odredaba krivičnog postupka, koja je razlog zbog kojeg se presuda može pobijati, postoji kada je ona zasnovana na dokazu na kojem se, po odredbama ZKP, ne može zasnivati, osim ako nije, s obzirom na druge dokaze, očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda. Naravno, ovakvo rješenje je prisutno i u drugim zakonodavstvima i daje sudijama značajnu slobodu kod ocjene dokaza, pošto je procjena da li bi neka odluka bila donijeta i bez određenog dokaza uvijek donekle subjektivna.

Izuzetno je važno i dobro da ZKP pruža mogućnost za izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza (zapravo zahtjeva izdvajanje) u praktično svim fazama postupka, počevši od istrage (član 211), preko postupka kontrole optužnice (član 293, stav 9) do trenutka prije određivanja vremena glavnog pretresa (član 304, stav 3), pa i po završenom dokaznom postupku (član 356, stav 4) i prije održavanja sjednice drugostepenog vijeća (član 392, stav 4). Očigledno je zakonodavac htio da posljedice povrede pravila postupka budu otklonjene što prije i da se smanji uticaj nezakonitih dokaza na postupak, uključujući odluku sudija o krivici.

Međutim, mogućnosti koje daje ZKP ne koriste se dovoljno, pa u sudskoj praksi nijesu rijetkost situacije u kojima dokazi čija pravna nevaljanost ne bi smjela biti sporna bivaju izdvojeni tek na samom kraju postupka, na osnovu odluka najviših sudskih instanci. Dakle, pokazuje se da postupak kontrole optužnice u praksi nije dovoljno djelotvoran i da nekada ne ostvaruje svoju zakonom predviđenu svrhu. Na primjer, u praksi Vrhovnog suda i

⁴⁹ Zabranjuje upotrebu svih dokaza do kojih se došlo zahvaljujući nezakonito pribavljenom dokazu.

⁵⁰ Na primjer, Apelacioni sud u rješenju KŽ 122/14 od 7. 11. 2014. kaže da se, u odsustvu odluke o određivanju mjere tajnog nadzora – praćenja okrivljenog – svi dokazi do kojih se došlo zahvaljujući njenom sprovođenju moraju izdvojiti kao nezakoniti, a to su u konkretnom slučaju bili službene zabilješke policije, iskazi policijskih službenika koji su obavljali službene radnje praćenja i pretresa lica, tri potvrde o oduzetim stvarima, iskaz policijskog službenika koji ih je sačinio, izvještaj o hemijskom vještačenju i fotodokumentacija. Na sličan način dokazi se izdvajaju i rješenjem Višeg suda u Podgorici KŽ 941/17 od 9. 11. 2017, samo što se u tom slučaju radilo o nezakonitom pretresanju stana, poslije kojeg je izvršen uviđaj (policijski službenik koji je izvršio pretresanje stana nije postupio u skladu sa članovima 81-83 ZKP, tj. nije izdao potvrdu o ulasku u stan i nije sačinio zapisnik o pretresanju, već je sačinio službenu zabilješku i u nju unio podatke koji se unose u dva pomenuta dokumenta).

Apelacionog suda nailazimo na više odluka u kojima se konstatuje da kao dokazi nijesu smjela biti korišćena obavještenja koja policijski službenici prikupe od građana u fazi izviđaja, niti s njima povezani iskazi policijskih službenika koji su ih prikupili, što ne bi smjelo biti upitno nijednom državnom tužiocu i sudiji (imajući u vidu jasnu odredbu iz člana 211, stav 3 ZKP; više o ovome u dijelu 3.3.7).⁵¹

Vrhovni sud u predmetu u kojem je utvrdio da se presuda koju ukida zasnivala na dokazima na kojima se nije mogla zasnivati, te da se u spisima predmeta i dalje nalaze obavještenja koja je policija prikupila od građana u fazi izviđaja, čak podsjeća ko je sve, prije njega, imao dužnost da izdvoji iz spisa predmeta takve dokaze:

„[...] sudija za istragu trebao je izdvojiti ove zapisnike na osnovu čl. 211 ZKP, a kako je to propušteno, to je trebalo učiniti u fazi kontrole optužnice od strane vanraspravnog vijeća na osnovu čl. 293 st. 9 ZKP, a potom je trebao učiniti predsjednik sudećeg vijeća na osnovu čl. 304 st. 3 ZKP, a takođe sudeće vijeće na osnovu čl. 356 st. 4 ZKP, te konačno o tome je trebao voditi računa sudija izvjestilac u drugostepenom postupku osnovom čl. 392 st. 4 ZKP. Međutim, tokom redovne sudske procedure sudovi nijesu postupili po navedenim odredbama, iako je odbrana tokom čitavog postupka na to ukazivala [...]“⁵²

U praksi Apelacionog suda nailazimo čak i na rješenje kojim se ukida prvostepena presuda Višeg suda u Bijelom Polju koja se, u pogledu zaključka da je optuženi „predmetnu drogu držao radi prodaje“, zasniva na potpuno saglasnim navodima iz iskaza dvojice svjedoka, policijskih službenika, koji su svjedočili da su imali *operativno saznanje* da se okrivljeni bavi prodajom droge. U tom rješenju Apelacioni sud podsjeća da operativna saznanja mogu da dovedu do otkrivanja krivičnih djela i njihovih učinilaca, ali ne mogu poslužiti kao dokaz u krivičnom postupku, niti se iz njih može izvoditi zaključak o odgovornosti optuženog,⁵³ što je princip koji nije mogao biti nepoznat ili sporan i tužilaštvu i nadležnim sudijama.

Čak i ako sudije koje odlučuju o krivici svoju odluku u obrazloženju ne potkrijepe nekim dokazom koji je trebalo izdvojiti kao nezakonit, ali im je ipak postao dostupan, očigledno je da je značajna vjerovatnoća da će on, ako ide na štetu okrivljenog, ipak uticati na njihov zaključak o krivici. Na to je, primjera radi, ukazao sudija ESLJP Zupančić u slučaju *Dvorski protiv Hrvatske*:

„[K]ad je jednom dokaz predočen, nema načina da se on isključi iz kognitivnog dometa sudija koje odlučuju, (...) pravilo koje predviđa da se sudija u svom obrazloženju i razlozima presude ne smije oslanjati na takav dokaz je, najblaže rečeno, naivno, jer pretpostavlja sposobnost sudija da ignorišu kontaminirani ili iz drugog razloga neprihvatljivi dokaz“.⁵⁴

Sudija Zupančić kaže i da je jedini način da se valjano otklone posljedice predočavanja nezakonitog dokaza sudećem veću taj da se takav dokaz izdvoji, a predmet zatim dodijeli potpuno novom vijeću koje o njemu nema nikakva saznanja.⁵⁵ ZKP u članu 407, stav 3 dozvoljava i tu mogućnost, propisujući da drugostepeni sud može narediti da se novi glavni pretres pred prvostepenim sudom održi pred potpuno izmjenjenim vijećem, ali se, bar ako je suditi po odlukama u koje smo imali uvid, ta mogućnost vrlo rijetko koristi.

Što se tiče zahtjeva da se odbrani mora omogućiti da osporava prikupljene dokaze, kako u pogledu njihove pravne valjanosti tako i u pogledu autentičnosti i pouzdanosti, na

⁵¹ Vidi, na primjer, Vrhovni sud, presuda Kzz 1/21 od 17. 2. 2021; i presuda Kzz 17/19 od 25. 12. 2019; i Apelacioni sud, presuda Kž 45/19 od 28. 6. 2019, i rješenje Kž 108/17 od 19. 10. 2017. Više primjera vidi u dijelu 3.3.7.

⁵² Vrhovni sud, presuda Kzz 1/21 od 17. 2. 2021.

⁵³ Apelacioni sud, rješenje Kž 1/22 od 16. 2. 2022.

⁵⁴ *Dvorski protiv Hrvatske*, izdvojeno, saglasno mišljenje sudije Zupančića, stavovi 11-12 (prevod naš).

⁵⁵ Ibid, stav 6.

kojem ESLJP insistira, u praksi Vrhovnog suda nailazimo na stavove koji su potpuno u skladu sa njim:

„Pravo okrivljenog da se u njegovom prisustvu izvedu svi dokazi na kojima se temelji optužba i da mu se omogući da takve dokaze u kontradiktornoj raspravi ospori, predstavlja jedno od krucijalnih prava okrivljenog na odbranu koje je sastavni dio prava na pravično suđenje. Ovo se svakako posebno odnosi na one dokaze iz kojih se utvrđuju odlučne činjenice na štetu okrivljenog u vezi krivičnog djela koje mu se optužbom stavlja na teret.“⁵⁶

U skladu s tim, Vrhovni sud insistira na tome da sud koji vodi krivični postupak, kako prvostepeni tako i drugostepeni (shodno čl. 410, st. 1 ZKP), mora uzeti u obzir argumente odbrane u vezi sa pravnom valjanošću dokaza i cijiniti ih.⁵⁷

3.3. Izdvajanje određenih vrsta nezakonitih dokaza

3.3.1. Dokazi pribavljeni zlostavljanjem

ZKP u članu 11 zabranjuje prijetnje i nasilje nad osumnjičenim, okrivljenim ili drugim licem koje učestvuje u postupku, kao i iznuđivanje priznanja ili druge izjave od tih lica, te propisuje da se sudska odluka ne može zasnivati na priznanju ili drugoj izjavi pribavljenoj iznuđivanjem, mučenjem, nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem. Dakle, ovim članom ne zabranjuje se korišćenje drugih, materijalnih dokaza (koji nijesu izjave) pribavljenih zlostavljanjem, ali da je i to nedozvoljeno proističe iz člana 17, stav 2.

Sve do nekoliko dana pred objavljivanje ovog izvještaja u sudskoj praksi koju smo istraživali nijesmo naišli ni na jedan slučaj u kojem je neki dokaz bio izdvojen kao nezakonit jer je pribavljen zlostavljanjem, ili zato što je postojala sumnja da je tako pribavljen. Tek krajem juna je Viši sud u Podgorici, u postupku koji se vodi protiv Stefana Kovača, optuženog za stvaranje kriminalne organizacije, iz spisa predmeta kao pravno nevaljane dokaze izdvojio službene zabilješke Sektora za borbu protiv organizovanog kriminala i korupcije (SBPOKK) sa podacima preuzetim iz njegovog mobilnog telefona, pošto je izveo „nesumnjiv zaključak“ da su ovi dokazi dobijeni kako je okrivljeni u svojoj odbrani tvrdio, „primjenom mučenja i nečovječnog postupanja“ (svoj telefon je otključao pod prisilom). Viši sud je do ovakvog zaključka došao uvidom u komunikaciju ostvarenu preko aplikacije Sky ECC za koju je zaključio da ju je ostvarivao policijski službenik (koji je slao fotografije i sadržinu telefona Kovača i slike njegovog mučenja), te na osnovu medicinske dokumentacije i nalaza i mišljenja vještaka medicinske struke, kao i njegovog izjašnjenja na glavnom pretresu.⁵⁸

Kao što smo naveli, prije donošenja ovog rešenja u sudskoj praksi **nijesmo naišli ni na jedan slučaj u kojem je neki dokaz bio izdvojen kao nezakonit jer je pribavljen zlostavljanjem, ili zato što je postojala sumnja da je tako pribavljen, iako ima više slučajeva u kojima su**

⁵⁶ Vrhovni sud, presuda Kzz 3/20 od 3. marta 2020. Slične stavove Vrhovni sud zauzima i u presudi Kzz 2/18 od 6. 2. 2018. U oba slučaja ukinute su presude koje su se zasnivale na iskazima svjedoka, odnosno vještaka, koje okrivljeni i njihovi branioci nijesu imali prilike da ispituju.

⁵⁷ Vidi, na primjer, Vrhovni sud, presuda Kzz 12/18 od 25. 9. 2018. U ovom slučaju ukinuta je presuda drugostepenog suda jer se vidjelo da prilikom donošenja svoje odluke nije cijenio žalbene navode branioca okrivljenog koji su se odnosili na pravnu valjanost konkretnih dokaza i odbijanje dokaznih predloga odbrane pred prvostepenim sudom.

⁵⁸ Viši sud u Podgorici, rješenje Ks 43/22 od 27. 6. 2023. Do objavljivanja ovog izvještaja nijesmo saznali da li je ovo rješenje postalo pravnosnažno.

okrivljeni ili svjedoci iznijeli ozbiljne tvrdnje da su bili zlostavljani u policiji da bi dali priznanje ili iskaz, u nekim slučajevima potkrijepljene i vrlo konkretnim dokazima, od kojih su neke dovele i do pokretanja istrage protiv umiješanih policijskih službenika.

Ilustrativan je primjer postupaka u kojima je dvojici okrivljenih, Jovanu Grujičiću i Benjaminu Mugoši, 2020. bilo stavljeno na teret da su aktivirali eksplozivne naprave ispred dva objekta u Podgorici 2015. godine (i tako izvršili dva krivična djela izazivanja opšte opasnosti u sticaju sa dva krivična djela nedozvoljeno držanje oružja i eksplozivnih materija). Njih dvojica su, kao i Marko Boljević, koji je prije njih saslušan kao navodni svjedok, ubrzo poslije saslušanja u policiji iznijeli detaljne prijave za teško zlostavljanje, koje su bile potkrijepljene ljekarskim nalazima, uključujući nalaze vještaka. Boljević i Grujičić su objasnili da su pod surovom prinudom dali iskaz, odnosno priznanje, prema kojem su Grujičić i Mugoša zajedno izvršili krivično djelo koje je policija istraživala. Državno tužilaštvo je krenulo da istražuje njihove navode i, u slučajevima Marka Boljevića i Benjamina Mugoše, podiglo optužne predloge protiv umiješanih policijskih službenika. Ubrzo poslije spornih saslušanja njih trojice ispostavilo se da je Mugoša u vrijeme izvršenja tog djela bio u zatvoru, pa je postalo jasno da djelo nikako nije moglo biti izvršeno onako kako se navodilo u zapisnicima o saslušanju Boljevića i Grujičića. Uz to, njihove tvrdnje o zlostavljanju su bile vrlo uvjerljive, dok policija nije imala razumno objašnjenje o porijeklu njihovih povreda. Može se reći da je vjerovatno da bi bar u parničnom ili postupku pred Ustavnim sudom ili Evropskim sudom za ljudska prava uspjeli da dokažu da jesu bili zlostavljani, a moguće je da će to biti dokazano i u krivičnom postupku protiv okrivljenih policijskih službenika.⁵⁹ Međutim, ni u slučaju Grujičića ni u slučaju Mugoše nadležni organi nijesu zaključili da su inkriminirajući iskazi Boljevića i Grujičića pravno nevaljani dokazi. Državno tužilaštvo je od gonjenja Mugoše odustalo kad se ispostavilo da je u vrijeme izvršenja krivičnog djela bio u zatvoru, a Grujičić je uprkos svemu krivično gonjen i oslobođen pravnosnažnom presudom. Ni u jednom ni u drugom slučaju *nije došlo do izdvajanja spornih dokaza kao nezakonito pribavljenih*, već je do odustanka od gonjenja u slučaju Mugoše, odnosno oslobađajuće presude u slučaju Grujičića došlo jer nije bilo drugih dokaza koji bi ih doveli u vezu sa izvršenim krivičnim djelom, a priznanje Grujičića je bilo u suprotnosti sa drugim dokazima.⁶⁰

Iz ovog, a i iz drugih slučajeva, vidi se da će sudovi vrlo teško izdvojiti dokaze ako sa izuzetno visokim stepenom vjerovatnoće nije dokazano da su pribavljeni zahvaljujući zlostavljanju. Naime, Vrhovni sud u jednoj odluci iz 2016. godine, cijeneći da li je iskaz okrivljenog u kojem je priznao krivično djelo, a za koji je tvrdio da je iznuđen zlostavljanjem, bio zakonit dokaz, zaključuje da jeste i da se na njemu mogla zasnivati osuđujuća presuda, pošto se „ne može izvesti zaključak da je pomenuti iskaz okrivljenog V. M. 'izvan razumne sumnje' dobijen kao rezultat sile“.⁶¹ Iz ovoga proističe da je za izdvajanje dokaza potrebno da „van razumne sumnje“ bude dokazano da je pribavljen zlostavljanjem. Takav stav se kasnije pojavljuje i u praksi Osnovnog suda u Podgorici.⁶²

I Vrhovni sud i Osnovni sud u Podgorici standard dokazivanja „van razumne sumnje“ preuzimaju pozivajući se na stavove ESLJP, ali kao da gube iz vida čemu on u praksi ESLJP služi (iako Vrhovni sud to u svojoj odluci navodi). ESLJP taj standard koristi kada treba da ocijeni da li je podnosilac predstavke dokazao da je bio zlostavljan, tj. da je povrijeđen tzv.

⁵⁹ Detaljnije o ovom slučaju vidi u Akcija za ljudska prava, *Djelotvornost istraga zlostavljanja u Crnoj Gori 2020-21*, str. 102-119.

⁶⁰ Osnovni sud u Podgorici, presuda K 505/20 od 10. 11. 2020; Viši sud u Podgorici, presuda Kž 189/21 od 23. 11. 2021. Prvostepeni sud, pošto je zaključio da je priznanje okrivljenog u suprotnosti sa drugim dokazima, kaže da je bilo „suvišno baviti se pitanjem navodnog zlostavljanja u ovom postupku, jer su pred nadležnim organom već formirana tri predmeta u kojima će se pribaviti svi relevantni dokazi i u tom dijelu utvrditi činjenično stanje“, dok drugostepeni navodi da je priznanje okrivljenog „dovedeno u ozbiljnu sumnju“, između ostalog i „zbog postojanja osnova sumnje“ da su Grujičić, Boljević i Mugoša bili izloženi zlostavljanju.

⁶¹ Vrhovni sud, presuda Kzz 9/16 od 24. 3. 2016.

⁶² Osnovni sud u Podgorici, presuda K 199/20 od 2. 11. 2020.

materijalni aspekt člana 3. Međutim, kada cijeni da li je korišćenje dokaza za koji se tvrdi da je pribavljen zlostavljanjem dovelo do povrede prava na pravično suđenje, ESLJP ima *drugačiji* princip, iskazan u pomenutom slučaju *Bokhonko protiv Gruzije*. Tu ESLJP kaže:

„[k]valitet dokaza mora biti uzet u razmatranje, uključujući i to da li okolnosti pod kojim je pribavljen dovode u sumnju njegovu pouzdanost i tačnost. Teret dokazivanja je na optužbi i **svaka sumnja treba da ide u korist okrivljenog**.“⁶³

Pošto u konkretnom slučaju nije bilo rasvijetljeno da li je dokaz pribavljen zlostavljanjem, a postojala je dovoljno ozbiljna sumnja da jeste (podnosilac je iznio na prvi pogled kredibilnu tvrdnju, koju je trebalo ispitati u skladu sa čl. 3 Konvencije), ESLJP je utvrdio da je osudom zasnovanom na takvom dokazu bilo povrijeđeno pravo na pravično suđenje.⁶⁴

Dakle, kada u krivičnom postupku bude iznijeta tvrdnja ili postoje druge dovoljno jasne indicije da je neki dokaz bio iznuđen zlostavljanjem, postoji obaveza države da se to ispita, i to u dva postupka – u tom istom krivičnom postupku, da bi se utvrdilo može li se takav dokaz koristiti (da bi se tako zadovoljili standardi pravičnosti postupka), i u novom, zasebnom postupku, koji može dovesti do utvrđivanja krivične odgovornosti za zlostavljanje (što je neophodno da bi se postupilo u skladu sa tzv. procesnim aspektom zabrane zlostavljanja iz čl. 3 Konvencije). Ni u jednom ni u drugom postupku teret dokazivanja nije na navodnoj žrtvi zlostavljanja, već na državi, tj. organu postupka da preduzme sve razumne i moguće mjere da sporni događaj rasvijetli.

U odlukama u koje smo imali uvid uočavamo tri različita pristupa situacijama u kojima se pojavi tvrdnja da je neki dokaz pribavljen zlostavljanjem.

Prvo, u nekim predmetima tvrdnjama o zlostavljanju je posvećena značajna pažnja i one su ispitivane – sudsko-medicinskim vještačenjem, saslušavanjem potencijalnih svjedoka (najprije policijskih službenika koji su dolazili u kontakt sa navodnom žrtvom) i bar pokušajima da se pribave i drugi dokazi. Međutim, sudovi su zauzimali stav da u konkretnim slučajevima zlostavljanje nije dokazano, nekada navodeći da ono treba da bude dokazano „van razumne sumnje“, pa su se osuđujuće presude zasnivale na izjavama za koje je odbrana tvrdila da su date pod prinudom.⁶⁵ Ovdje treba primjetiti da se kod ispitivanja navoda o zlostavljanju u ovim slučajevima javljaju manjkavosti kakve inače često karakterišu tužilačke istrage navoda o zlostavljanju⁶⁶ – u jednom slučaju vještačenje se vrši samo na osnovu medicinske dokumentacije okrivljenog iz Zavoda za izvršenje krivičnih sankcija, bez pregleda okrivljenog,⁶⁷ u drugom sud nije uspio da dobije traženi video-snimak iz policije, jer ga zbog protoka vremena nije bilo moguće izuzeti, a istovremeno je ipak odbio dokazne predloge odbrane koji na prvi pogled ne djeluju nerazumno (da se npr. izvrši dodatno

⁶³ *Bokhonko protiv Gruzije*, stav 92 (prevod naš).

⁶⁴ *Ibid.*, 94-99.

⁶⁵ Vidi Vrhovni sud, presuda Kzz 9/16 od 24. 3. 2016, i u istom slučaju Viši sud u Podgorici, presuda KŽ 576/15 od 1. 6. 2015, i Osnovni sud u Nikšiću, presuda K 186/14 od 10. 12. 2014. Posebno je prvostepeni sud detaljno objašnjavao zašto je zaključio da su neosnovane tvrdnje jednog od okrivljenih da je njegovo priznanje, koje je kasnije opovrgao, bilo iznuđeno zlostavljanjem u policiji. Prvostepeni sud tu nabraja detalje u iskazima ili u vezi sa iskazima tog okrivljenog koje smatra nelogičnim pa ih, zajedno sa svjedočenjem vještaka koji je pregledao njegovu medicinsku dokumentaciju, i iz koje se vidjelo da je imao povrede kada je primljen u pritvor, u koji je stigao iz policije, koristi da izvuče zaključak da se „priznanje okrivljenog u izviđaju ne može dovesti u uzročnu vezu sa predmetnim povredama za koje se i nije moglo prema rezultatima vještačenja ustanoviti da li su nastale baš noć uoči lišenja slobode okrivljenog ili ranije“ i da je „pozivanjem kod ODT-a na povrede samo želio da za sebe izdejstvuje povoljniji položaj u postupku“. Vidi i pomenutu presudu Osnovnog suda u Podgorici K 199/20 od 2. 11. 2020. I u njoj se objašnjava da se sporne izjave ne izdvajaju jer nije dokazano da su pribavljene zlostavljanjem i na njima se zasniva osuđujuća presuda.

⁶⁶ Vidi Akcija za ljudska prava, *Djelotvornost istraga u slučajevima zlostavljanja u Crnoj Gori 2020-2021*, posebno str. 23-24.

⁶⁷ Osnovni sud u Nikšiću, presuda K 186/14 od 10. 12. 2014.

sudsko-medicinsko vještačenje i da se sasluša supruga okrivljenog da bi se utvrdilo na koji način je bio lišen slobode).⁶⁸

Drugo, u nekim slučajevima sud odlučuje da posebno ne ispituje tvrdnje da je priznanje okrivljenog iznuđeno zlostavljanjem već odluku koja je povoljna po njega donosi jer je takvo priznanje u suprotnosti sa drugim dokazima.⁶⁹ Razumno je pretpostaviti da bi, da drugi dokazi nijesu očigledno u suprotnosti sa priznanjem, sudovi tada ispitali da li je ono bilo iznuđeno.

Treće, nailazimo i na primjere u kojima se osuđujuća presuda očigledno u odlučujućoj mjeri zasniva na priznanju za koje odbrana tvrdi da je iznuđeno zlostavljanjem, ali sud bez uvjerljivog objašnjenja odlučuje da nije potrebno pažljivo ispitati okolnosti pod kojima je takvo priznanje dato, čak iako ni drugi dokazi takvo priznanje ne potkrepljuju.⁷⁰ U jednom od ovih slučajeva sud odbija predlog odbrane da se kao svjedoci saslušaju dva ujaka, dvije ujne i roditelji okrivljenog, koji su svjedočenjem mogli da mu daju alibi, odnosno izjasne se o tome da li je imao povrede kad je izašao iz policije, sa obrazloženjem „da se radi o pristrasnim svjedocima“ i „da je činjenično stanje svakako u dovoljnoj mjeri razjašnjeno za donošenje odluke“.⁷¹ Obije su teze vrlo problematične. Prvo, to što je neko srodnik okrivljenog nikako ne znači da ne može imati saznanja o relevantnim činjenicama i ne može biti razlog da se pretpostavi da će lažno svjedočiti.⁷² Prema tome, pošto je predloženo da oni svjedoče u vezi s nesumnjivo relevantnim stvarima, trebalo ih je saslušati i onda cijeniti koliko su ti iskazi uvjerljivi. Drugo, u konkretnom slučaju na osnovu obrazloženja presude bi se teško moglo zaključiti da je činjenično stanje u dovoljnoj mjeri razjašnjeno – osim spornog priznanja, za koje nije razjašnjeno da li je dato pod prinudom, jedini dokaz koji navodno okrivljenog povezuje sa izvršenim krivičnim djelom je vještačenje stručnjaka za telekomunikacije, koje uopšte ne dokazuje da se nalazio na mjestu izvršenja krivičnog djela u trenutku za koji se tvrdi da je vrijeme izvršenja, već samo da u tom, vrlo kratkom periodu (nešto više od 74 minuta) nije koristio internet na svom mobilnom telefonu, ali ga sud tumači kao dokaz da je baš tada izvršio krivično djelo.

Posmatrajući ovakvu sudsku praksu, možemo zaključiti da bi sudovi dokaze za koje se tvrdi da su iznuđeni zlostavljanjem (pri čemu tvrdnja nije očigledno neuvjerljiva, tj. potpuno nepotkrepljena dokazima i nelogična) izdvojili kao pravno nevaljane samo ako se zlostavljanje dokaže sa vrlo visokim stepenom vjerovatnoće (i višim od onog potrebnog za uspjeh navodne žrtve u parnici ili pred Evropskim sudom za ljudska prava), da se na takvim dokazima presude zasnivaju osim ako nijesu u suprotnosti sa drugim dokazima i da se, kada postoji sumnja u pogledu zakonitosti ovakvih dokaza, ne vidi da se primjenjuje načelo *in dubio pro reo*. Ovakva praksa nije u skladu sa principima vladavine prava, modernog krivičnog prava, niti standardima koji proističu iz Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i ESLJP, a koji kaže:

⁶⁸ Osnovni sud u Podgorici, presuda K 199/20 od 2. 11. 2020.

⁶⁹ Takav je slučaj i sa prvostepenim i sa drugostepenim sudom u ranije pominjanom slučaju Jovana Grujičića. Osnovni sud u Podgorici, presuda K 505/20 od 10. 11. 2020; Viši sud u Podgorici, presuda KŽ 189/21 od 23. 11. 2021. Vidi, takođe, Vrhovni sud, presuda Kzz 15/19 od 5. 11. 2019, kojom su ukinute presude Osnovnog suda u Podgorici K 821/18 od 27. 3. 2019. i Višeg suda u Podgorici KŽ 488/19 od 17. 6. 2019. U ovom slučaju Vrhovni sud konstatuje da se iz zapisnika sa glavnog pretresa vidi da čak ni državni tužilac nije bio ubijeđen da je na video snimku koji se koristi kao dokaz za razbojničku krađu i razbojništvo zaista okrivljeni.

⁷⁰ Prvi takav primjer je pomenuta drugostepena presuda Višeg suda u Podgorici KŽ 488/19 od 17. 6. 2019. Drugi su presude Osnovnog suda u Podgorici K 402/20 od 31. 12. 2020. i Višeg suda u Podgorici KŽ 140/21 od 10. 3. 2021, donete u istom slučaju, koji se ticao oštećivanja spomenika palim borcima NOR u Piperima kraj Podgorice.

⁷¹ Osnovni sud u Podgorici, presuda K 402/20 od 31. 12. 2020.

⁷² U vezi sa ovim, vidi presudu ESLJP u slučaju *Stevan Petrović protiv Srbije*, pred. br. 6097/16 i 28999/1, presuda od 20. 4. 2021, stav 111. U tom slučaju ESLJP je kritikovao odluku javnog tužilaštva da roditelje podnosioca predstavke, koji su bili očevici spornih događaja, ne sasluša smatrajući ih neizbježno pristrasnim svjedocima.

„[n]ijedan pravni sistem zasnovan na vladavini prava ne može odobravati prihvatanje dokaza – ma kako pouzdani oni bili – koji su pribavljeni tako divljačkom praksom kakva je tortura. Sudski postupak je ugaoni kamen vladavine prava. Dokaz iznuđen torturom tom postupku nanosi nepopravljivu štetu; on silom zamjenjuje vladavinu prava i kalja ugled svakog suda koji ga prihvati. Dokazi iznuđeni torturom se izdvajaju da bi se zaštitio integritet sudskog postupka i, konačno, sama vladavina prava.“⁷³

3.3.2. Dokazi pribavljeni uz povredu prava na odbranu

Kada je riječ o dokazima provedenim uz povredu prava okrivljenog na kontradiktoran postupak i minimalnim procesnim garancijama iz člana 6 Konvencije, u sudskoj praksi najviših sudova u Crnoj Gori, prvenstveno Vrhovnog suda, nailazimo na stavove koji idu u korak sa ustaljenom praksom ESLJP i kojima se nastoji da se prava okrivljenih garantovana u ZKP u praksi i primjenjuju. Vrhovni sud Crne Gore u jednoj od svojih odluka navodi:

„Jedno od osnovnih pravila poštovanja prava na odbranu okrivljenog u krivičnom postupku zahtjeva da se svi dokazi moraju provesti u prisustvu okrivljenog na javnoj raspravi, kako bi se okrivljenom dala mogućnost da dokaze ospori u kontradiktornoj raspravi. To pravo podrazumijeva mogućnost ispitivanja svjedoka, ali i vještaka na čijim iskazima se temelji optužba. Ovo je posebno od značaja kada je u pitanju odlučujući dokaz u značenju koji tom pojmu daje Evropski sud za ljudska prava.“⁷⁴

Ovih principa se Vrhovni sud zaista drži, pa je konzistentno ukidao presude zasnovane na izjavama ili drugim dokazima koje odbrana nije imala prilike da osporava, što znači da su provedeni mimo zakona. Slično, prema praksi u koju smo imali uvid, postupaju i Apelacioni sud i viši sudovi.

Na primjer, ukidane su presude zasnovane na dokazima koji nijesu bili neposredno provedeni na glavnom pretresu (pri čemu se odbrana nije odrekla prava na neposredno provođenje dokaza), kao što su nalazi i mišljenja vještaka kojeg odbrana nije imala prilike da ispituje,⁷⁵ iskazi svjedoka i svjedoka-oštećenih dati bez prisustva okrivljenog (tj. bez davanja odbrani mogućnosti da ih ispituje),⁷⁶ pa čak i presude donijete u drugim postupcima koje nijesu čitane na glavnom pretresu.⁷⁷

S druge strane, nije smatrano da su povrijeđena prava odbrane jer nije imala priliku da ispituje svjedoka u istrazi kada joj je kasnije, na glavnom pretresu, bilo omogućeno da tog svjedoka neposredno ispituje i osporava „valjanost njegovog iskaza“.⁷⁸ Isto tako, iskazi svjedoka dati u fazi izviđaja bez prisustva optuženog i njegovog branioca nijesu pravno nevaljani dokazi na kojima se ne može zasnivati presuda, ako su dati shodno čl. 262, st. 2 ZKP, tj. ako je saslušanje obavljeno bez okrivljenog i njegovog branioca jer je postojala opasnost od odlaganja ili njihovo prisustvo nije bilo moguće iz drugih razloga, tim prije ako

⁷³ *Othman (Abu Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, pred. br. 8139/09, presuda od 17. 1. 2012, stav 264 (prevod naš). U ovoj presudi ESLJP citira čuvenog sudiju britanskog Vrhovnog suda lorda Tomasa Bingama (*Thomas Bingham*), koji je u jednom predmetu tog suda rekao da se dokazi pribavljeni torturom izdvajaju zato što su „nepouzdana, nepravilni, neprihvatljivi za uobičajene standarde čovječnosti i čestitosti i nespojivi sa principima koje treba da sledi sud koji nastoji da dijeli pravdu.“ (*A and others no. (2) [v. Secretary of State for the Home Department [2005] UKHL 71]*) (prevod naš).

⁷⁴ Vrhovni sud, presuda Kzz 2/18 od 6. 2. 2018.

⁷⁵ Ibid.

⁷⁶ Vrhovni sud, presuda Kzz 3/20 od 3. 3. 2020; Viši sud u Bijelom Polju, rješenje KŽ 251/18 od 21. 12. 2018.

⁷⁷ Vrhovni sud, presuda Kzz 3/19 od 19. 3. 2019. U ovom slučaju je razlog za ukidanje presude Apelacionog suda bilo i to što se nije izjasnio o žalbenim navodima.

⁷⁸ Vrhovni sud, rješenje KŽ-S II 3/20 od 23. 9. 2020.

im je kasnije, na glavnom pretresu, bilo omogućeno da neposredno ispituju te svjedoke i daju primjedbe na njihove iskaze.⁷⁹

Vrhovni sud je ukidao presude donijete u situaciji u kojoj okrivljeni nije imao branioca iako ga je, prema odredbama ZKP, morao imati, ne ulazeći u to kako je odsustvo branioca uticalo na izvođenje dokaza i opštu pravičnost postupka.⁸⁰

Kad je u pitanju povjerljivost komunikacije okrivljenog sa braniocem, u praksi Vrhovnog suda nailazimo na stav da radnja prisluškivanja telefonskog razgovora optuženog i njegovog branioca, u odsustvu postojanja valjanog legitimnog razloga, predstavlja nedozvoljeno miješanje u pravo na odbranu i rezultati mjera tajnog nadzora u tom dijelu nijesu mogli biti korišćeni kao dokaz u krivičnom postupku u skladu sa čl. 17, st. 2 ZKP.⁸¹ S druge strane, Osnovni sud u Podgorici je u jednom slučaju odbio da izdvoji kao nezakonite dokaze transkripte presretnutog razgovora između oca okrivljenog i njegovog advokata, s objašnjenjem da mjere tajnog nadzora nijesu bile određene prema braniocu i da u snimljenom razgovoru nijesu razmijenjeni podaci koji su kasnije doveli do otkrivanja bilo kakvih dokaza.⁸²

Iskaz okrivljenog dat pred drugim sudom, u prethodnom postupku i postupku istrage, pravno je valjan dokaz koji se može koristiti, čak i ako mu u tom postupku nije bilo stavljano na teret isto krivično djelo, ako je u pitanju „isti životni događaj“.⁸³

Ne postoje nikakve smetnje da odbrana pribavlja dokaze iz drugih zemalja, pošto nijednom odredbom ZKP nije propisano „da optuženi, odnosno odbrana ne mogu pribavljati javne i privatne isprave“, pri čemu se pravi razlika između zakonitosti i dokazne snage takvih dokaza.⁸⁴

3.3.3. Dokazi pribavljeni pretresanjem

U praksi Vrhovnog suda i drugostepenih sudova nailazimo na dugu, uglavnom konzistentnu praksu prema kojoj dokazi pribavljeni pretresanjem za koje nije postojala naredba suda, a nijesu bili ispunjeni ni zakonom predviđeni uslovi za pretresanje bez

⁷⁹ Apelacioni sud, presuda Kž 61/20 od 7. 9. 2020.

⁸⁰ Vrhovni sud, presuda Kzz 12/19 od 2. 7. 2019. U ovom slučaju ukinute su presude Osnovnog suda u Herceg Novom K 140/16 od 30. 3. 2017. i Višeg suda u Podgorici Kž 502/17 od 6. 6. 2017. jer je utvrđeno da okrivljeni u trenutku dostavljanja optužnice nije imao branioca po svom izboru niti mu je postavljen branilac po službenoj dužnosti, a sud je glavni pretres održao bez branioca.

⁸¹ Vrhovni sud, presuda Kzz 4/20 od 17. 3. 2020. U ovoj presudi Vrhovni sud se poziva i na praksu ESLJP (*Zagaria protiv Italije*, pred. br. 5829/00, presuda od 27. 11. 2007) i navodi da država „samo u izuzetnim okolnostima može ograničiti povjerljiv kontakt optuženog i branioca“, te da „[a]ko se advokat ne može savjetovati sa svojim klijentom i od njega primati povjerljive upute bez nadzora, to u velikoj mjeri umanjuje korisnost njegove pomoći“. Međutim, Vrhovni sud ne nalazi da je korišćenje pravno nevaljanog dokaza predstavljalo bitnu povredu odredaba krivičnog postupka „jer je očigledno da bi i bez tog dokaza bila donesena ista presuda“. Prvostepeni sud u ovom postupku, Viši sud u Bijelom Polju, ove dokaze je koristio sa obrazloženjem da su mjere sprovedene u skladu sa ZKP, da okrivljeni u tom trenutku nije još ni imao svojstvo osumnjičenog, a advokat s kojim je razgovarao tada još uvijek nije ni bio angažovan kao njegov branilac (presuda K 55/17 od 31. 5. 2018).

⁸² Osnovni sud u Podgorici, presuda K 13/20 od 15. 6. 2020.

⁸³ Vrhovni sud, rješenje Kž-S II 4/20 od 29. 9. 2020. U ovom slučaju protiv okrivljenog je inicijalno bio pokrenut postupak pred Vojnim sudom pri komandi Prištinskog korpusa zbog osnovane sumnje da je izvršio krivično djelo teški slučajevi razbojništva i razbojničke pljačke iz Krivičnog zakonika Republike Srbije i on je tada saslušan „na okolnosti“ tog djela, ali je Specijalno tužilaštvo Crne Gore optužnicu podiglo zbog krivičnog djela ratni zločin protiv civilnog stanovništva iz člana 142, stav 1 Krivičnog zakonika Savezne Republike Jugoslavije, imajući u vidu da je u postupku pred Vojnim sudom priznao da je lišio života tri civila albanske nacionalnosti.

⁸⁴ Vrhovni sud, presuda Kž I 2/18 od 6. 3. 2018; Apelacioni sud, presuda Kž 66/15 od 27. 9. 2017.

naredbe suda, ne mogu biti pravno valjani i ne mogu se koristiti. Ovo važi i za situacije u kojima nije postojala nikakva naredba za pretresanje,⁸⁵ i za situacije u kojima je postojala naredba ali je prekoračena, tj. pretresano je nešto na šta se naredba ne odnosi (na primjer, postojala je samo naredba za pretresanje stana, a pretresano je i lice ili vozilo).⁸⁶ Međutim, iz prakse se vidi da prvostepeni sudovi nijesu uvijek izdvajali kao pravno nevaljane dokaze pribavljene bez naredbe suda, odnosno u suprotnosti sa ZKP.

Vrhovni sud je u nekoliko predmeta zauzimao i stavove kojima je tolerisao nepravilnosti koje ZKP predviđa kao razloge za izdvajanje dokaza. Tako, na primjer, u situaciji u kojoj je pretresanje vozila izvršeno bez naredbe suda, na osnovu člana 83, stav 6 ZKP, Vrhovni sud zauzima stav da se zakonitost te radnje „ne može dovesti u pitanje time što je ovlašćeni policijski službenik koji je provodio tu radnju eventualno propustio da u smislu člana 83, stav 7 ZKP o izvršenoj radnji podnese izvještaj sudiji za istragu“.⁸⁷ Ako bi se dosljedno primijenio član 84 ZKP, ovakav propust bi bio razlog za izdvajanje dokaza. Slično tome, Vrhovni sud je smatrao da pretresanje stana i drugih prostorija u prisustvu jednog umjesto dva svjedoka, bez naznačenog razloga zbog kojeg nije bilo moguće obezbijediti prisustvo svjedoka, što, prema članu 83, stav 4, mora biti urađeno, ne čini tako prikupljene dokaze pravno nevaljanim.⁸⁸ Na isti način su, prije njega, rezonovali i Apelacioni sud i Viši sud u Podgorici.⁸⁹ Iako se ovdje može govoriti o nedoslednoj primjeni ZKP, odnosno odluci da se odredbe člana 84 ne primjene, način na koji su u ovim slučajevima dokazi pribavljeni bar nije bio takav da bi odbrana mogla dovoditi u pitanje njihovu pouzdanost. To, međutim, nije slučaj sa nekim drugim predmetima, u kojima su sudovi odredbe ZKP interpretirali na problematičniji način.

Naime, u jednom predmetu nijesu izdvojeni kao pravno nevaljani dokazi koji su pribavljeni pretresanjem stana okrivljenog, iako je pretres izvršen tako da mu nije prisustvovao ni okrivljeni, kao držalac stana, ni njegov zastupnik, odnosno branilac, pri čemu izgleda da nijesu bili ni pozvani da predaju stvari, odnosno prisustvuju pretresanju (suprotno članu 81, stav 1 i članu 282, stav 3 ZKP).⁹⁰ Tri nadležna suda – Vrhovni sud, Apelacioni sud i Viši sud u Podgorici – su zaključila da je pretresanje bilo zakonito jer se optuženi nalazio u pritvoru, a postojala je opasnost da će drugi saoptuženi koji nije bio lišen slobode, a imao je ključ od stana, uništiti tragove ili skloniti predmete iz stana, dok su pretresanju prisustvovali vlasnik stana i dva svjedoka. Ovakvo obrazloženje teško može biti prihvatljivo, s obzirom da prisustvo vlasnika stana i svjedoka ne može nadomjestiti izostanak mogućnosti da okrivljeni, kao držalac stana, ili njegov branilac, prisustvuju pretresanju. Isto tako, činjenica da (kasnije) saoptuženi koji nije lišen slobode ima ključ od stana ne može biti razlog da pretresanju ne bude pozvan da prisustvuje branilac okrivljenog (stan je mogao biti obezbijeđen tako da u njega niko ne može ući dok branilac ne dođe ili dok ne bude jasno da li će odbrana koristiti mogućnost da prisustvuje pretresanju u skladu s članom 282, stav 3 ZKP). Očigledno je i Apelacioni sud bio svjestan da je zakonitost dokaza pribavljenih ovakvim pretresanjem stana upitna, pa je u svom obrazloženju naveo da, i ako bi se prihvatilo da se radi o nezakonitom dokazu, „to ne bi dovelo u pitanje zakonitost prvostepene presude, pri činjenici da je očigledno da bi i bez ovih dokaza bila donesena ista presuda“.

⁸⁵ Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 941/17 od 9. 11. 2017, kojim se potvrđuje rješenje Osnovnog suda u Podgorici K 548/17 od 31. 10. 2017.

⁸⁶ Vidi, na primjer, Vrhovni sud, presuda KŽ I 20/11 od 18. 4. 2011; Apelacioni sud, rješenje KŽ 394/12 od 28. 11. 2012, kojim se ukida presuda Višeg suda u Podgorici K 53/12 od 22. 6. 2012; Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 678/15 od 11. 6. 2015, kojom je ukinuta presuda Osnovnog suda u Nikšiću K 214/14 od 26. 3. 2015.

⁸⁷ Vrhovni sud, rješenje KŽ II 9/19 od 6. 3. 2019. Isti stav u istom slučaju ranije zauzimaju i Apelacioni sud u presudi KŽ 119/18 od 5. 11. 2018. i Viši sud u Podgorici u presudi K 97/17 od 30. 5. 2018.

⁸⁸ Vrhovni sud, rješenje KŽ II 29/16 od 13. 9. 2016.

⁸⁹ Apelacioni sud, presuda Kžs 2/16 od 30. 3. 2016; Viši sud u Podgorici, presuda Ks 28/14 od 28. 10. 2015.

⁹⁰ Vrhovni sud, rješenje KŽ-S II 5/17 od 4. 7. 2017; Apelacioni sud, presuda KŽ 18/16 od 7. 11. 2016; Viši sud u Podgorici, presuda Ks 21/15 od 17. 6. 2016. Ni u jednoj od ovih presuda nema nagovještaja da je branilac optuženog, koji je bio lišen slobode, bio obaviješten o pretresanju stana i pozvan da mu prisustvuje.

U drugom slučaju takođe su smatrani pravno valjanim dokazi pribavljeni pretresanjem stana kojem nijesu prisustvovali okrivljeni i njegov branilac, niti im je to bilo omogućeno. Naime, u tom slučaju je postojala naredba suda za pretresanje stana u kojoj se kao njegov držalac navodio okrivljeni, ali mu ona nije bila uručena jer je policija prije pretresanja utvrdila da on u tom trenutku nije držalac stana (radilo se o stanu koji je nakratko iznajmio ranije i čiji je držalac u međuvremenu ponovo postao njegov vlasnik). Istovremeno, okrivljeni je bio lišen slobode i tužilaštvo mu je postavilo branioca po službenoj dužnosti, ali je njemu rješenje kojim je postavljen za branioca uručeno tek kad je pretresanje završeno. Nadležni sudovi u ovome, međutim, nijesu vidjeli povredu prava okrivljenog na branioca (a time ni povredu člana 282, stav 3 koji propisuje da pretresanju stana može prisustvovati branilac okrivljenog) već prihvatljiv izgovor za to što je pretresanje izvršeno bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca. Povrh toga, svjedoci čiji se potpisi nalaze na zapisniku o pretresanju stana su, kako konstatuje Vrhovni sud, „u svjedočkim iskazima učinili upitnim svoje prisustvo pretresanju stana“, a odbrana je tvrdila i da su policijski službenici u ovom stanu boravili i dan prije pretresanja, i to u dužem periodu, što je za branioca bilo znak „za alarm“. Dakle, ne samo da je bilo zanemareno pravo okrivljenog da pretresanju prisustvuje njegov branilac, već su i okolnosti pod kojim je ova radnja sprovedena – navodno joj je prethodio duži boravak policije u stanu, a osobe koje se u zapisniku navode kao svjedoci pretresanja zapravo spore da su to bile – bile dovoljne da se dovede u pitanje i pouzdanost dokaza.⁹¹ Uprkos tome, nadležni sudovi u svemu ovome ne vide razlog da se sporni dokazi izdvoje kao pravno nevaljani, mada se iz obrazloženja odluke Vrhovnog suda nazire da je svjestan da takav stav može biti sporan, pošto navodi da, čak i da se zanemare sporni dokazi, to ne bi imalo uticaj na presude nižestepenih sudova (okrivljenom je droga bila oduzeta i ranije, mimo spornog pretresanja), pa time „njihova eventualna manjkavost ne može predstavljati bitnu povredu odredaba člana 386, stav 1, tačka 7 ZKP“.⁹²

U najkraćem, u oba slučaja tolerisane su nepravilnosti koje nijesu čisto formalne već predstavljaju (shodno čl. 84 ZKP), sasvim opravdano, razlog da se tako pribavljeni dokazi ne koriste. Očigledno je da je smisao relevantnih odredaba ZKP u tome da se okrivljenom i njegovom braniocu omogućiti da prisustvuju radnji dokazivanja i da se tako spriječi bilo kakvo podmetanje dokaza ili da se na drugi način dovede u pitanje pouzdanost prikupljenih dokaza, a ovakvim postupanjem policije, a kasnije i tužilaštva i svih nadležnih sudova, ovo pravo odbrane je zanemareno bez razumnog i prihvatljivog obrazloženja. Dakle, zabrinjavajuće je što su sudovi propustili priliku da pravilno primjene zakon i tako policiji i tužilaštvu daju do znanja do ovakve nepravilnosti, kojima se mogu dovesti u pitanje pouzdanost dokaza i integritet cijelog postupka, ne mogu biti prihvatljive. Pri tome, sudovi su ovu priliku propustili u situacijama u kojima, prema njihovom sudu, izdvajanje spornih dokaza ne bi uticalo na odluku o krivici koja je kasnije donijeta.

Recimo još da sudska praksa stoji na stanovištu da osobi kod koje se ili koja se pretresa bez naredbe suda, u skladu sa čl. 83, st. 6 ZKP, ne pripada pravo na branioca⁹³ i tumača⁹⁴ jer se ta radnja preduzima prije pokretanja krivičnog postupka.⁹⁵

⁹¹ Situacija je, u bitnome, vrlo slična onoj iz gore pominjanog slučaja *Lisica protiv Hrvatske*, iz kojeg proističe da se na ovako pribavljenim dokazima ne bi smijela zasnivati presuda, tj. da bi trebalo da budu izdvojeni kao pravno nevaljani.

⁹² Vrhovni sud, rješenje KŽ II 37/20 od 21. 1. 2021; Apelacioni sud, presuda KŽ 48/20 od 14. 5. 2020; Viši sud u Podgorici, presuda K 109/18 od 31. 12. 2019.

⁹³ Vrhovni sud, rješenje KŽ-II 9/19 od 6. 3. 2019; Apelacioni sud, presuda KŽ 119/18 od 5. 11. 2018; Viši sud u Podgorici, presuda K 97/17 od 30. 5. 2018.

⁹⁴ Vrhovni sud, presuda Kzz 12/16 od 28. 6. 2016.

⁹⁵ Vrhovni sud, rješenje KŽ II 30/14 od 30. 9. 2014.

3.3.4. Dokazi pribavljeni mjerama tajnog nadzora

Koliko se može vidjeti iz odluka u koje smo imali uvid, Apelacioni sud u svojoj praksi ne prihvata dokaze pribavljene mjerama tajnog nadzora (MTN) kada za njih nije postojala naredba sudije za istragu, donijeta na obrazloženi predlog državnog tužioca, tj. kada nema dokaza da je data takva naredba.⁹⁶ Međutim, iz ove prakse se može vidjeti da su niži sudovi donosili presude koje su se zasnivale na dokazima prikupljenim MTN sprovedenim bez naredbe sudije za istragu.⁹⁷ Zanimljivo je da u jednom slučaju Vrhovni sud navodi da to što u spisima predmeta nema naredbe za sprovođenje MTN koju su donijeli nadležni organi druge države (Austrije) ne dovodi u pitanje zakonitost provođenja tih mjera, navodeći da su pomoću njih u toj državi osuđena dvojica saučesnika okrivljenog.⁹⁸

U skladu sa članom 159, stav 10 ZKP, u sudskoj praksi u Crnoj Gori odavno je uspostavljen princip da se podaci i obavještenja dobijeni MTN mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku i protiv trećeg lica (lica protiv koga nijesu određene) „ukoliko se odnose na krivično djelo zbog kojeg su mjere tajnog nadzora određene ako je to treće lice sa licem protiv koga su određene mjere tajnog nadzora saučesnik (saizvršilac, podstrekač, pomagač) u krivičnom djelu za koje su mjere tajnog nadzora određene“, ili je to treće lice izvršilac nekog drugog krivičnog djela za koje se mogu odrediti ove mjere (ta su djela nabrojana u članu 158 ZKP).⁹⁹

ZKP u članu 159, stavovi 2 i 3 propisuje da predlog i naredba za određivanje MTN moraju sadržati podatke koji ukazuju da su ispunjeni uslovi za njihovo sprovođenje – a to su osnovi sumnje da je lice prema kome se one određuju izvršilo, vrši ili se priprema da izvrši krivično djelo iz člana 158 ZKP i neophodnost da se dokazi prikupe na ovakav način – dok u članu 161, stav 1 predviđa da se, ako se postupi suprotno ovim odredbama, sudska odluka ne može zasnivati na prikupljenim podacima. S ovim u vezi, u novijoj praksi Apelacionog suda nailazimo na interpretacije ZKP prema kojima naredba kojom se odobravaju MTN ne mora sadržati pomenute podatke da bi na taj način pribavljeni dokazi bili pravno valjani.¹⁰⁰ Prema njima, predlog državnog tužioca i naredbu sudije za istragu treba posmatrati kao jednu celinu, pa ako predlog sadrži potrebno obrazloženje naredba suda može biti bez njega. U jednoj od ovih odluka navodi se čak da „sama okolnost izdavanja naredbe za određivanje mjera tajnog nadzora na predlog državnog tužioca pretpostavlja postojanje zakonskih uslova za njeno izdavanje“.¹⁰¹ U njoj se konstatuje i da je pravilan zaključak prvostepenog suda da je izostanak obrazloženja u naredbama za određivanje, proširenje i produženje MTN doveo do povrede prava na poštovanje privatnog i porodičnog života (iz člana 8 Konvencije) ali, za razliku od prvostepenog suda, Apelacioni sud smatra da to nije razlog da se sporni dokazi izdvoje kao pravno nevaljani, pošto „upotreba tih dokaza ne lišava odbranu, u smislu člana 6, stav 1 Konvencije ... prava na pravično suđenje u smislu poštovanja prava odbrane“, pri čemu se poziva na stav ESLJP u presudi u slučaju *Dragojević protiv Hrvatske*. Već smo (u djelu 3.1) objasnili da stavove iz prakse ESLJP ne

⁹⁶ Apelacioni sud, rješenje KŽ 122/14 od 7. 11. 2014, rješenje KŽ 92/15 od 3. 7. 2015, rješenje KŽ 128/16 od 26. 10. 2016.

⁹⁷ Viši sud u Podgorici, presuda K 143/13 od 19. 5. 2014, presuda K 137/14 od 15. 4. 2015; Viši sud u Bijelom Bolju, presuda K 26/16 od 16. 5. 2016.

⁹⁸ Vrhovni sud, presuda KŽ I 2/19 od 23. 4. 2019. Vrhovni sud ovdje izričito ne kaže da je osuđujuća presuda protiv dvojice saučesnika doneta u Austriji posredni dokaz da je naredba nadležnih organa za sprovođenje mjera tajnog nadzora postojala, ali izgleda da je to, tj. činjenica da su austrijski sudovi tako prikupljene dokaze smatrali zakonitim bila razlog da i on ove dokaze prihvati kao pravno valjane.

⁹⁹ Vrhovni sud, rješenje KŽ-S II 4/12 od 9. 11. 2012; pravni stav Su. V. 24/10 od 22. 1. 2010; presuda Kzz 16/09 od 7. 12. 2009.

¹⁰⁰ Apelacioni sud, rješenje KŽ 6/21 od 4. 2. 2021; rješenje Kvž 121/20 od 16. 3. 2020; rješenje Kvž 60/20 od 26. 2. 2020.

¹⁰¹ Apelacioni sud, rješenje KŽ 6/21 od 4. 2. 2021.

treba primjenjivati tako da se umanjuje nivo zaštite ljudskih prava koji pruža ZKP, a ovdje recimo još i da je očigledno upitna ispravnost teze da predlog državnog tužioca i naredbu sudije za istragu za sprovođenje MTN treba posmatrati kao jednu celinu, iz koje proističe da je dovoljno da samo predlog bude obrazložen. Naime, zakonodavac je propisao da naredbu mora donijeti sudija, a ne državni tužilac, da bi kod ozbiljnog zadiranja u pravo na privatnost uspostavio mehanizam kontrole nad radom policije i državnog tužioca, a obrazloženje odluke suda služi upravo tome da se vidi da on tu svoju funkciju vrši, tj. da pažljivo cijeni da li su ispunjeni zakonom propisani uslovi za sprovođenje ovih mjera. Iz pomenutih odluka Apelacionog suda možemo vidjeti da je ovo imao u vidu i Viši sud u Podgorici, koji je smatrao da je izostanak obrazloženja u naredbama suda razlog da se dokazi pribavljeni na osnovu njih ne koriste, tj. da se na njima ne može zasnivati sudska odluka.¹⁰²

U jednom slučaju nailazimo na interesantnu situaciju u kojoj odbrana tvrdi da su dokazi na kojima se zasniva osuđujuća presuda pribavljeni zahvaljujući MTN, ali se ni iz prvostepene ni iz drugostepene presude ne vidi da je ispitivano da li je to tačno.¹⁰³ Naime, okrivljeni su uhvaćeni prilikom primopredaje opojne droge, a odbrana je tvrdila da je to što su policijski službenici znali ko će, u kakvom vozilu, gdje i kada tačno doći da preda drogu rezultat toga što su primjenjivali MTN (angažovanjem prikrivenog saradnika) za koju nijesu imali naredbu suda i da se zbog toga radi o pravno nevaljanim dokazima. Policijski službenici koji su dokaze pribavili su objasnili da su sve pomenute podatke imali zahvaljujući dojavi koju su dobili iste večeri. Pred sudom nijesu objašnjavali o kakvoj dojavi se radilo niti je ispitivano da li je takve dojave uopšte bilo, a odbijeni su svi dokazni predlozi odbrane dati s ciljem da se provjeri da li su tačne izjave okrivljenih ili policijskih službenika.¹⁰⁴ Prvostepeni sud je sporne dokaze prihvatio kao zakonite pozivajući se na član 83 tada važećeg Zakona o unutrašnjim poslovima,¹⁰⁵ koji je propisivao da policijski službenici mogu, izuzetno od odredaba člana 157 ZKP (koji govori o MTN), za operativne potrebe, sprovoditi određene policijske radnje, ako je očigledno da se drugim radnjama neće postići cilj policijskog posla, a u te radnje spadaju osmatranje, praćenje i klopka. Međutim, prvostepeni sud je zanemario da se takve radnje mogu koristiti samo ako za to postoji odluka nadležnog pomoćnika direktora Policije (član 83, stav 4 Zakona o unutrašnjim poslovima), koje u ovom slučaju nije bilo, a na šta je odbrana ukazivala. Drugostepeni, Apelacioni sud je smatrao da su dokazi pribavljeni radnjama preduzetim shodno članu 257, stav 1 ZKP (koji govori o ovlaštenjima i radnjama policije u izviđaju), ali ni jedan ni drugi sud nijesu smatrali da je potrebno ispitati da li su korišćene MTN, na koje je odbrana uporno ukazivala. Slučaj je zanimljiv jer se i ovdje, kao i u situacijama u kojima odbrana tvrdi da je dokaz pribavljen zlostavljanjem (vidi dio 3.3.1), postavlja pitanje da li je na okrivljenom da dokaže da je neki dokaz pribavljen nezakonito ili je dužnost organa postupka da rasvijetli okolnosti pod kojima je sporni dokaz pribavljen, ako postoji ozbiljna sumnja da je to učinjeno u suprotnosti sa zakonom. Imajući u vidu koliko je za okrivljenog teško da dokaže da su neovlašćeno bile korišćene MTN (kako su, po prirodi stvari, svi relevantni dokazi u rukama državnih organa, to je bar jednako teško, ako ne i teže nego da dokaže da je bio zlostavljan), sud bi to trebalo da ispita, u situacijama

¹⁰² Viši sud u Podgorici, presuda K 106/17 od 19. 10. 2020, i rješenja K 106/17 od 3. 3. 2020. i 28. 1. 2020.

¹⁰³ Apelacioni sud, presuda KŽ 61/16 od 15. 6. 2016; Viši sud u Bijelom Polju, presuda 8/16 od 21. 3. 2016.

¹⁰⁴ Policijski službenici su svjedočili da je jedan od okrivljenih drogu ostavio u žardinjeri na benzinskoj pumpi i da je trebalo da je pokupi NN lice, koje se ipak nije tamo pojavilo. Okrivljeni su tvrdili da je primopredaja izgledala drugačije, tj. da je jedan od njih paketić s drogom stavio u vrata vozila u kojem su se nalazili policijski službenici u civilu, prema uputstvu jednog od njih, objašnjavajući da je takva primopredaja dogovorena zahvaljujući neovlašćenom korišćenju mjere tajnog nadzora, odnosno prikrivenog saradnika. Odbrana je zato predlagala da se, između ostalog, pribave snimci sa video nadzora benzinske pumpe i da se izvrši pretres memorije mobilnog telefona koji je oduzet od jednog od okrivljenih (da bi se utvrdilo da li ga je radi prodaje droge pozvao prikriveni saradnik), ali je sud ove predloge odbio, smatrajući da je činjenično stanje dovoljno dobro utvrđeno i razjašnjeno i bez ovih dokaza.

¹⁰⁵ *Službeni list Crne Gore*, br. 44/2012, 36/2013, 1/2015 i 87/2018.

u kojima postoji sumnja da je dokaz pribavljen nezakonito, i naročito ako su sve okolnosti slučaja takve da se može dovesti u pitanje vjerodostojnost i pouzdanost dokaza.¹⁰⁶

3.3.5. Fotografije i audiovizuelni snimci

ZKP u članu 156 određuje da se fotografije i audiovizuelni snimci mogu koristiti kao dokazi na kojima se može zasnivati sudska odluka samo ako su napravljeni uz prećutnu ili izričitu saglasnost osumnjičenog, odnosno okrivljenog, ako se on ili njegov glas nalaze na fotografiji ili snimku, ili, u slučaju da pristanka osumnjičenog ili okrivljenog nema, ako je zajedno sa njim snimljena i druga osoba koja je dala pristanak za snimanje. Pored toga, mogu se koristiti fotografije i snimci na kojima se nalazi osumnjičeni ili okrivljeni i bez njegovog pristanka ako su nastali kao vid opštih bezbjednosnih mjera koje se preduzimaju na javnim površinama ili od strane držaoca stana i drugih prostorija.

Ovakva zakonska rješenja su očigledno nelogična, zaštitu privatnosti učinilaca krivičnih djela postavljaju neopravdano i neobjašnjivo široko, daju joj prednost u odnosu na zaštitu prava oštećenih i u praksi dovode do paradoksalnih rezultata.¹⁰⁷ Shodno njima, ne mogu se koristiti kao dokazi snimci koje na javnim mjestima bez pristanka osumnjičenog ili okrivljenog naprave mediji, oštećeni ili drugi svjedoci događaja (izuzev ako se na snimku ne nalazi i neko drugo lice koje je dalo pristanak da bude snimano). Tako je moguće da javnost preko medija može vidjeti ko je na javnom mjestu izvršio krivično djelo, a da onaj ko je zadužen da to utvrdi i sankcioniše – sud u krivičnom postupku – relevantni snimak ne smije da koristi kao dokaz. Jednako je paradoksalno da sud ne može prihvatiti kao dokaz relevantnu i vjerodostojnu fotografiju ili video snimak koji sačini oštećeni – na primjer, ako oštećeni sa prozora svoga stana ili na ulici vidi kako mu neko obija automobil i krade ga i svojim telefonom napravi fotografiju ili video snimak okrivljenog, takav snimak će biti pravno nevaljan dokaz i na njemu se ne može zasnivati presuda (osim ako se na njemu ne nalazi i neka druga osoba koja je dala pristanak na snimanje). Ako, međutim, takav snimak nastane zahvaljujući video nadzoru postavljenom na neku zgradu, on je onda valjan dokaz. Ili, recimo, ako radnici benzinske pumpe ili banke ili drugi svjedoci razbojništva svojim telefonom snime učinioce taj snimak ne može biti pravno valjan dokaz, ali može snimak koji načini ranije postavljeno sredstvo video nadzora. Kao što smo rekli na početku, potpuno je neobjašnjivo zašto bi u ovakvim situacijama interes zaštite privatnosti učinioca krivičnog djela trebalo da prevagne u odnosu na javni interes da se on krivično goni i interes zaštite prava oštećenog, pa bi ZKP u ovom dijelu trebalo mijenjati tako da se izbjegn timer paradoksalni rezultati.

Sudska praksa je u izvjesnoj mjeri neujednačena i ne slijedi uvijek dosljedno odredbe ZKP. Na primjer, Viši sud u Bijelom Polju u jednom slučaju ukida prvostepenu osuđujuću presudu jer se zasnivala i na fotografijama na kojima se vidi okrivljeni, a snimio ih je oštećeni, s obrazloženjem da bi one mogle biti pravno valjan dokaz samo ako bi bile napravljene u skladu sa članom 157 (koji govori o mjerama tajnog nadzora).¹⁰⁸ Odluka je

¹⁰⁶ Ovo je u duhu ranije pominjane presude ESLJP u slučaju *Bokhonko protiv Gruzije*, stavovi 94-99. Pored toga, treba imati u vidu da ESLJP, u slučajevima koji se tiču mjera kojima se zadire u privatnost pojedinca, a to mjere tajnog nadzora nesumnjivo jesu, naglašava potrebu da postoji djelotvorno pravno sredstvo na raspolaganju osobama koje vjeruju da su žrtve nezakonitog zadiranja u privatnost (vidi, na primjer, presude u slučajevima *Dragojević protiv Hrvatske*, stav 83; *Klass i drugi protiv Njemačke*, pred. br. 5029/71, presuda od 6. 9. 1978, stav 50). Ako je to pravno sredstvo takvo da se od navodne žrtve očekuje da pribavi sve dokaze, teško da bi se moglo smatrati djelotvornim, jer bi se tada prije radilo o zaštiti prava koja je samo teoretska ili iluzorna.

¹⁰⁷ O ovome smo već pisali u kontekstu istraga u slučajevima zlostavljanja. Vidi Akcija za ljudska prava, *Djelotvornost istraga u slučajevima zlostavljanja u Crnoj Gori 2020-2021*, str. 34.

¹⁰⁸ Viši sud u Bijelom Polju, rješenje KŽ 106/17 od 14. 3. 2017, kojim se ukida presuda Osnovnog suda u Beranama K 160/16 od 19. 1. 2017.

očigledno u skladu sa odredbama ZKP. U drugom slučaju isti sud kao drugostepeni ukida rješenje prvostepenog suda kojim je kao pravno nevaljan dokaz izdvojen video snimak napravljen na javnom mjestu na kojem se moglo vidjeti postupanje okrivljenih policijskih službenika prema oštećenom zbog kojeg je protiv njih pokrenut krivični postupak.¹⁰⁹ Ovdje se može reći da je prvostepeni sud prosto postupio shodno odredbama ZKP. Međutim, Viši sud u Bijelom Polju odlučuje da ove odredbe u konkretnom slučaju ne primjeni, obrazlažući to sljedećim argumentima: autentičnost snimka nije upitna; stav je Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama da ne postoje smetnje da službeno lice bude snimano na javnom mjestu ako se ne radi o situaciji u kojoj je to zakonom zabranjeno i ako se snimanje ne vrši na način kojim se to lice sprječava u vršenju službene radnje;¹¹⁰ postoji zaključak Savjeta za građansku kontrolu rada policije prema kojem građani imaju pravo da snimaju policijskog službenika koji obavlja policijski posao i primjenjuje policijska ovlaštenja u javnosti;¹¹¹ postoje presude ESLJP iz kojih proističe da korišćenje materijala pribavljenih nezakonito neće, u načelu, prekršiti standard pravičnosti iz člana 6 Konvencije tamo gdje postoje valjani procesni mehanizmi za zaštitu prava okrivljenog a „priroda i izvor dokaznih materijala nije pod sumnjom“; postoje i presude ESLJP u kojima on nije smatrao spornim to što su u postupku protiv podnosilaca predstavke pred nacionalnim sudom korišćeni kao dokazi video snimci koji su bili javno dostupni na internetu; „suprotno postupanje od strane domaćih sudova bi u konkretnom [slučaju] povrijedilo odredbe člana 6 EKLJP i oštećenom uskratilo pravo na pravično suđenje“; „ovakav stav je zauzela i aktuelna sudska praksa naše države u predmetima koji se odnose na postupanja policijskih službenika i povrede člana 3 EKLJP (zabrana mučenja)“.¹¹² Mada može djelovati da je ovakva odluka Višeg suda u Bijelom Polju opravdana, posebno iz ugla zaštite prava oštećenog, upitno je da li pobrojani pravni argumenti mogu biti razlog da se ne primjene vrlo jasne, izričite odredbe ZKP.¹¹³

Određene nedosljednosti u sudskoj praksi uočavaju se i kod odnosa prema propisima kojima je uređen video nadzor nad javnim površinama i stanovima. Naime, u nekim slučajevima se ti propisi uzimaju u obzir, a u nekima ne, tada uz obrazloženje da se snimci sačinjeni u suprotnosti sa njima ne mogu smatrati dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava i osnovnih sloboda zajemčenih Ustavom ili potvrđenim međunarodnim ugovorima (što bi, prema članu 17 ZKP, bio razlog da se smatraju pravno nevaljanima).¹¹⁴

¹⁰⁹ Viši sud u Bijelom Polju, rješenje KŽ 118/22 od 18. 4. 2022, kojim je ukinuto rješenje Osnovnog suda u Bijelom Polju K 106/21 od 4. 3. 2022.

¹¹⁰ Stav Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama br. 06-29-10079-4/18 od 2. 11. 2018.

¹¹¹ Zaključak Savjeta za građansku kontrolu rada policije od 10. 2. 2020.

¹¹² Ovdje se Viši sud u Bijelom Polju poziva na slučajeve policijskog prebijanja M. Baranina, B. Vukčevića i M. Martinovića 2015. godine u Podgorici tokom političkih protesta, kojima su se bavili i Ustavni sud Crne Gore i ESLJP. Više o ovim slučajevima vidi u Akcija za ljudska prava, *Djelotvornost istraga u slučajevima zlostavljanja u Crnoj Gori* (2018).

¹¹³ Naime, to što je snimak autentičan, prema odredbama ZKP, nije dovoljno da on bude pravno valjan dokaz; stavovi Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama i Savjeta za građansku kontrolu rada policije ne mogu staviti van snage odredbe ZKP; kao što smo rekli u dijelu 2, dok ESLJP ocjenjuje samo „opštu pravičnost“ krivičnog postupka shodno članu 6 Konvencije, tako da ga ne obavezuju nacionalna pravila o dokazima, nacionalni krivični sudovi su zaduženi da, pored Konvencije, primjenjuju upravo takva pravila, i mogu odlučiti da ih ne primjene samo ako bi njihova primjena neizbježno dovela do povrede odredaba Konvencije (ili Ustava Crne Gore), što se ovdje ne čini potpuno izvjesnim (jer nije isključeno da bi djelotvorna istraga navoda o zlostavljanju oštećenog u skladu s članom 3 Konvencije bila moguća i bez korišćenja spornih dokaza).

¹¹⁴ Na primjer, Osnovni sud u Herceg Novom je u jednom slučaju izdvojio kao nezakonit dokaz snimak sa video nadzora privatnog objekta koji zahvata i javnu površinu, jer je, prema mišljenju Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama, takav video nadzor nad javnom površinom u suprotnosti sa Zakonom o zaštiti podataka o ličnosti, a Viši sud u Podgorici je takvu odluku potvrdio (Osnovni sud u Herceg Novom, rješenje 144/17 od 2. 10. 2018; Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 827/28 od 2. 11. 2018). S druge strane, Vrhovni sud smatra da se na video zapisima izuzetim sa objekata na koje su ih postavili njihovi vlasnici ili korisnici „u cilju zaštite imovine kao vida opštebezbjednosnih mjera zaštite od kriminala“ mogu zasnivati presude bez obzira na to „da li su njihovi vlasnici prethodno pribavili saglasnost Agencije za zaštitu ličnih podataka i slobodan pristup informacijama i da li je uopšte takva saglasnost bila potrebna“ (Vrhovni sud, rješenje KŽ II 37/16 od 2. 11. 2016;

Kad je riječ o audio snimcima, tu se odredbe ZKP, ako je suditi po odlukama u koje smo imali uvid, primjenjuju dosljedno i snimci sačinjeni u suprotnosti sa članom 156 izdvajaju se kao pravno nevaljani dokazi, bez obzira na to što su nesporno autentični,¹¹⁵ pa i u situaciji u kojoj je jedan okrivljeni snimao svoj razgovor sa drugom dvojicom okrivljenih objašnjavajući da je to učinio da bi se vidjelo da je bio žrtva ucjene, odnosno iznude.¹¹⁶ Viši sud u Podgorici u ovim slučajevima objašnjava da nijesu bili ispunjeni zahtjevi iz čl. 156, st. 2 ZKP i da bi se, ako bi se prihvatilo da se radi o pravno valjanim dokazima, „strogo regulisani institut primjene mjere tajnog nadzora iz čl. 157 do 160 ZKP izmjestili iz svoje strogo zakonom pripisane forme u pogledu ispunjenosti uslova kada se na ovaj način mogu prikupljati dokazi, ko treba i može postupati po naredbama o mjerama tajnog nadzora, kako je to regulisano čl. 160 ZKP, pa mjere ne bi bile sprovedene od strane ovlašćenih policijskih službenika, već bi se institut mjera tajnog nadzora dao u ruke građanima koji bi mogli da snimaju kad to poželeva i koga poželeva, smatrajući da snimano lice vrši krivično djelo, što nije duh zakona u dijelu koji uređuje primjenu ovih mjera“.

Kad je u pitanju provjera autentičnosti fotografija i snimaka, u praksi Višeg suda u Podgorici i Osnovnog suda u Kotoru nailazimo na odluke kojima se, u skladu sa članom 156, stav 1 ZKP, izdvajaju kao nezakonit dokaz fotografije čija autentičnost nije potvrđena (nije bilo utvrđeno da se na njima zaista nalazi oštećen).¹¹⁷ Identičan stav u situaciji u kojoj je smatrao da nije potvrđena autentičnost snimka ekrana telefona („screenshot“) zauzeo je u jednom slučaju i Viši sud u Bijelom Polju.¹¹⁸

3.3.6. Dokazi pribavljeni putem međunarodne pravne pomoći

Prikupljanje dokaza putem međunarodne pravne pomoći regulisano je međunarodnim ugovorom, a kada takvog ugovora između Crne Gore i konkretne države nema ili njime određena pravna pitanja nijesu regulisana, primjenjuje se Zakon o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima. Prema članu 45 tog zakona, procesna radnja koju je preduzeo strani pravosudni organ u skladu sa svojim zakonom biće u krivičnom postupku izjednačena sa odgovarajućom procesnom radnjom koju preduzima domaći pravosudni organ, osim ako to nije u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog sistema i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava.

U sudskoj praksi u Crnoj Gori nijesmo naišli ni na jednu odluku u kojoj bi sud utvrdio da određena procesna radnja koju je preduzeo strani pravosudni organ nije sprovedena u skladu sa zakonom njegove zemlje, niti na slučaj u kojem bi sud utvrdio da je takva

isti stav u ovom slučaju prethodno su zauzeli Viši sud u Podgorici, u presudi KŽ 523/16 od 12. 5. 2016, i Osnovni sud u Podgorici u presudi K 588/15 od 25. 1. 2016). Takođe, u drugom slučaju Viši sud u Podgorici i Osnovni sud u Podgorici smatrali su da činjenica da je video nadzor navodno postavljen suprotno Zakonu o zaštiti podataka o ličnosti – bez pisane saglasnosti skupštine etažnih vlasnika – nije razlog da se snimci njime napravljeni izdvoje kao pravno nevaljani dokazi (Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 308/18 od 20. 4. 2018, kojim se odbija žalba na rješenje Osnovnog suda u Podgorici K 312/16 od 28. 3. 2018).

¹¹⁵ Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 3/21 od 15. 1. 2021, kojim se odbija žalba na rješenje Osnovnog suda u Podgorici K 664/20 od 24. 12. 2020; Osnovni sud u Podgorici, presuda K 664/20 od 22. 3. 2021.

¹¹⁶ Viši sud u Podgorici, rješenje Kvž 6/20 od 20. 1. 2020, kojim se djelimično usvajaju žalbe okrivljenih izjavljene protiv rješenja Osnovnog suda u Kotoru Kvo 45/19 od 19. 12. 2019.

¹¹⁷ Viši sud u Podgorici, rješenje KŽ 166/21 od 9. 3. 2021; Osnovni sud u Kotoru, rješenje 252/20 od 22. 2. 2021.

¹¹⁸ Viši sud u Bijelom Polju, rješenje KŽ 39/21 od 1. 2. 2021, kojim se ukida presuda Osnovnog suda u Bijelom Polju K 117/20 od 26. 10. 2020. Drugostepeni sud u ovom slučaju smatra da je vještačenjem trebalo provjeriti autentičnost snimka, tj. ko je kome poslao sporne poruke, dok je prvostepeni sud na osnovu drugih činjenica zaključio da autentičnost snimka i prijetećih poruka nije sporna.

procesna radnja sprovedena u suprotnosti sa načelima pravnog sistema Crne Gore ili opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava. Može se zaključiti da sudovi u Crnoj Gori polaze od snažne pretpostavke da je strani pravosudni organ radnju sproveo u skladu sa svojim pravom (vidi dio 3.3.4. o mjerama tajnog nadzora i dio 4.2. u nastavku, u kojem se govori o dokazima pribavljenim iz aplikacija za zaštićenu komunikaciju).

Nije neophodno da je radnja sprovedena u drugoj zemlji mogla biti sprovedena i u skladu sa propisima u Crnoj Gori (vidi dio 4.2), niti da je način njenog sprovođenja istovjetan onome predviđenom pravilima postupka u Crnoj Gori. Na primjer, sudovi su prihvatili kao zakonit dokaz iskaz svjedoka dat u Japanu u skladu s pravilima koja se razlikuju od onih u ZKP Crne Gore – u tom slučaju svjedok je saslušan bez upoznavanja o predmetu svjedočenja i uz sugestivno postavljena pitanja.¹¹⁹ U istom slučaju prihvaćen je kao dokaz i izvještaj o vještačenju DNK tipa optuženog iako je naredbu za vještačenje u Japanu dao policijski službenik, a ne državni tužilac, kako bi bio slučaj u Crnoj Gori, pošto je sud imao u vidu da i ZKP Crne Gore pod određenim uslovima dozvoljava policiji da odredi potrebna vještačenja (čl. 263, st. 3) pa nema govora o tome da je dokaz pribavljen u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog sistema.

3.3.7. Dokazi proistekli iz obavještenja prikupljenih od građana i operativnih saznanja policije

Iako je odavno nesporno da službene bilješke policije koje sadrže obavještenja prikupljena od građana, operativna saznanja policije i iskazi policijskih službenika zasnovani na ovako prikupljenim podacima ne mogu biti pravno valjan dokaz, u sudskoj praksi i dalje ima odluka koje se ukidaju jer se zasnivaju i na ovakvim dokazima.¹²⁰ Očigledno je neophodno i državnim tužiocima i sudijama skretati pažnju na to da ovo ne mogu biti pravno valjani dokazi i insistirati na tome da se izdvoje prije glavnog pretresa, da ne bi uticali na odluku suda o krivici i eventualnoj sankciji.

4. Dokazi pribavljeni iz aplikacija za zaštićenu komunikaciju

4.1. Oспорavanje zakonitosti dokaza

U posljednjih nekoliko godina širom Evrope, ali i na drugim kontinentima, aktuelno je pitanje zakonitosti dokaza koje su pribavile policije nekoliko zemalja prilikom izuzimanja podataka sa aplikacija za zaštićenu komunikaciju. Radi se o aplikacijama (Anom, EncroChat, Sky ECC i Exclu) koje su bile osmišljene da svojim korisnicima obezbijede potpunu tajnost i koje, u trenutku kada su kreirane, nijesu bile podložne mjerama tajnog nadzora od strane državnih organa. Način njihovog rada se donekle razlikovao, kao i firme

¹¹⁹ Apelacioni sud, presuda KŽ 19/16 od 29. 3. 2016. Isti stav zauzeo je prethodno Viši sud u Podgorici u presudi K 133/14 od 7. 12. 2015.

¹²⁰ Na primjer, Vrhovni sud, presuda Kzz 17/19 od 25. 12. 2019, kojom se ukidaju presude Višeg suda u Bijelom Polju K 5/19 od 5. 4. 2019. i presuda Apelacionog suda KŽ 45/19 od 28. 6. 2019; Apelacioni sud, rješenje KŽ 1/22 od 16. 2. 2022, kojim se ukida presuda Višeg suda u Bijelom Polju K 20/21 od 8. 10. 2021, i rješenje KŽ 108/17 od 19. 10. 2017, kojim se ukida presuda Višeg suda u Podgorici K 62/15 od 16. 3. 2017; Viši sud u Podgorici, presuda KŽ 376/20 od 13. 5. 2020, kojom se ukida presuda Osnovnog suda u Kotoru K 2/20 od 14. 2. 2020.

koje su ih kreirale i održavale, a postoje i određene razlike u tehnikama koje su policije i druge službe koristile da bi došle do podataka sa tih komunikacionih platformi.

Međutim, pravna pitanja koja se postavljaju u postupcima pred nacionalnim sudovima, a u vezi sa korišćenjem dokaza pribavljenih na ovaj način u najvećoj mjeri su slična. Pošto su nedavno i u Crnoj Gori potvrđene optužnice koje se oslanjaju na dokaze pribavljene izuzimanjem komunikacije sa aplikacije Sky ECC, ovdje ćemo ukratko prikazati kako Državno tužilaštvo u ovim slučajevima objašnjava zašto ove dokaze smatra pravno valjanim (a takvim su ih smatrale i sudije koje su imale mogućnost da ih, kao nezakonite, izdvoje u postupku istrage ili kontrole optužnice), a zatim i kako na dokaze ovog tipa do danas gledaju sudovi nekoliko evropskih zemalja u kojima se vodio ili vodi veliki broj sličnih postupaka.

Prije toga, recimo još da se ni ESLJP ni Sud Evropske unije još uvijek nijesu izjasnili o eventualnim povredama Konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, odnosno prava Evropske unije, koje bi bile posljedica izuzimanja komunikacije sa pomenutih aplikacija i njenog korišćenja u krivičnim postupcima, ali se pred oba suda trenutno nalaze predmeti u kojima su pozvani da odluče o nekim aspektima pribavljanja i upotrebe ovakvih dokaza.

U postupku koji se vodi pred ESLJP podnosioci predstavki su dvojica državljana Ujedinjenog Kraljevstva koji se u svojoj zemlji krivično gone na osnovu dokaza koje su sa aplikacije EncroChat pribavile francuske vlasti.¹²¹ Predstavke su podnijeli protiv Francuske, tvrdeći da im je preuzimanjem komunikacije povrijeđeno pravo na privatnost iz člana 8 Konvencije, i da im u Francuskoj u vezi sa tom navodnom povredom prava nije bilo na raspolaganju djelotvorno pravno sredstvo. Stoga smatraju da su im povrijeđena prava na pravično suđenje i djelotvoran pravni lijek iz članova 6 i 13 Konvencije. Predstavke, dakle, (još uvijek) nijesu podnijeli zbog korišćenja tako pribavljenih dokaza u krivičnom postupku protiv njih, žaleći se na povredu prava na pravično suđenje u Ujedinjenom Kraljevstvu.

4.2. Crna Gora

Iz materijala javno dostupnih u Crnoj Gori može se saznati da Specijalno državno tužilaštvo (SDT) raspolaže dokazima pribavljenim putem međunarodne pravne pomoći od Francuske, koja ih je prikupila iz aplikacije Sky ECC.

U optužnici podignutoj 30. decembra 2022. godine protiv grupe od 11 lica,¹²² koju je potvrdio Viši sud u Podgorici, navodi se da je materijal sa kriptovanom komunikacijom između okrivljenih pribavljen po zamolnicama SDT u postupku međunarodne pravne pomoći, da je pribavljen kao pravno valjan dokaz u proceduri koja je u skladu sa materijalnim i procesnim zakonodavstvom Francuske, po pisanim naredbama Apelacionog suda u Parizu, te da je na osnovu njega izvršena identifikacija okrivljenih kao korisnika Sky ECC.

Zatim se prikazuju relevantne odredbe francuskog Zakonika o krivičnom postupku i stavovi iz jedne odluke Ustavnog savjeta Francuske iz aprila 2022. godine, donijete u vezi sa ovakvim prikupljanjem dokaza i zaključuje se da su u konkretnom slučaju dokazi prikupljeni u skladu sa francuskim pravom, uz konstataciju da „niti jednom odlukom francuskih sudova ili međunarodnih sudova, Evropskog suda za ljudska prava i Evropskog suda pravde, nije dovedena u pitanje zakonitost dokaza prikupljenih kroz SKY ECC aplikaciju“ i da se „može

¹²¹ A. L. protiv Francuske, pred. br. 44715/20; i E. J. protiv Francuske, pred. br. 47930/21.

¹²² Specijalno državno tužilaštvo, KI-S 172/22.

pretpostaviti da Republika Francuska i druge članice Evropske unije poštuju fundamentalna prava zagaranтовana njenom poveljom i Evropskom konvencijom o ljudskim pravima“.

SDT onda navodi da će, prema članu 45 Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima, procesna radnja koju je preduzeo strani pravosudni organ u skladu sa svojim zakonom, biti izjednačena sa odgovarajućom procesnom radnjom koju preduzima domaći pravosudni organ, osim ako to nije u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog sistema i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, da „nije nužno da je radnja koju su preduzeli nadležni istražni organi Republike Francuske, radnja koju prepoznaje Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore, dok god nije u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog sistema i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava“, tj. da „nije presudno da li je dokazna radnja, sprovedena u Republici Francuskoj kao u ovom slučaju isključivo po francuskom zakonu, mogla biti naložena i u Crnoj Gori“.

Na kraju SDT objašnjava da je, u cilju provjere autentičnosti sadržine komunikacija ostvarenih putem aplikacije Sky ECC, koliko je to bilo moguće, prikupilo materijalne dokaze koji potvrđuju sadržinu ovih komunikacija i „isključuju bilo kakvu mogućnost naknadnih izmjena njihovih sadržaja“.

Slične argumente u prilog odluci da ne izdvoji kao pravno nevaljane dokaze pribavljene iz aplikacije Sky ECC u Francuskoj daje Viši sud u Podgorici, u drugom predmetu, u rješenju o potvrđivanju optužnice protiv 16 lica donijetom 13. februara 2023. godine.¹²³ U njemu konstatuje da su dokazi pribavljeni na osnovu zamolnice SDT Crne Gore, da su pribavljeni u skladu sa pravom Francuske i da se zbog toga radi o pravno valjanim dokazima. Sud još objašnjava da način pribavljanja ovih dokaza u Francuskoj, iako različit od načina pribavljanja dokaza predviđenih u ZKP Crne Gore, nije u suprotnosti sa načelima domaćeg pravnog sistema i opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava i da „u ovoj fazi postupka, kada se utvrđuju procesne pretpostavke za dalje vođenje postupka, postoji dovoljno osnova da se navedeni dokaz – transkripti Sky komunikacije - koristi u ovoj fazi postupka bez prejudiciranja konačne odluke o zakonitosti ovih dokaza koji će svakako biti predmet odlučivanja i na glavnom pretresu“. Na kraju svog obrazloženja Viši sud u Podgorici navodi i da presretanje komunikacija na posebnoj aplikaciji kakva je Sky ECC „ne predstavlja značajno zadiranje u privatnost komunikacija koje bi moglo biti zloupotrebљeno“ jer je utvrđeno da je ona bila upotrijebljena za nelegalne aktivnosti. Advokati odbrane u ovom postupku su se protivili upotrebi ovih dokaza tvrdeći, između ostalog, da se radi o podacima operativnog karaktera koji ne mogu biti dokaz u postupku, da su pribavljeni tzv. masovnim nadzorom i da je nepoznat tačan način njihovog pribavljanja. Jedan od branilaca je insistirao da se o zakonitosti ovih dokaza odluči odmah, u fazi kontrole optužnice, a ne da se to odloži za fazu glavnog pretresa. Sud, kao što smo vidjeli, jeste ispitivao zakonitost ovih dokaza već u ovoj fazi, ali uz opasku da će konačna odluka biti donijeta kasnije.

Komunikaciju preuzetu sa aplikacije Sky ECC koristi kao pravno valjan dokaz bar još jedno sudsko vijeće Višeg suda u Podgorici, koje je svoju odluku obrazložilo time da se tako ne dovodi u pitanje pravo na privatnost, da je francuski Kasacioni sud donio odluku da je takav dokaz pribavljen u skladu sa zakonom i „da nisu povrijeđena osnovna ustavna načela koja su propisana međunarodnim pravom“.¹²⁴

4.3. Francuska

¹²³ Viši sud u Podgorici, rješenje Kvso 29/22 od 13. 2. 2023.

¹²⁴ Vijesti online, „Uz harmoniku slavili ubistvo Kožara“, 28. 6. 2023.

U Francuskoj su, prije nego što je „hakovana“ aplikacija Sky ECC, do sudova stigli dokazi pribavljeni iz aplikacije EncroChat, pa se tamošnja sudska praksa do sada uglavnom tiče prikupljanja komunikacije iz te aplikacije.

Naime, početkom 2020. godine, u zajedničkoj operaciji, francuski i holandski istražitelji, uz pomoć Europolu, uspijevaju da „hakuju“ EncroChat i, prema podacima dostupnim u medijima, dolaze u posjed 120 miliona poruka njegovih korisnika u 122 zemlje. Tako dolaze do obavještajnih podataka i dokaza o aktivnostima različitih kriminalnih grupa tokom 2020. godine. Akciju je, u okviru krivičnog postupka protiv mreže EncroChat odobrio sud u Lilu, koji je izdao pet naredbi za prikupljanje dokaza u periodu od 30. 1. do 31. 3. 2020. godine.

Kasnije, u julu 2021, Apelacioni sud u Nansiju donosi presudu kojom potvrđuje da je akcija istražitelja sprovedena zakonito i da se dokazi prikupljeni u okviru nje mogu koristiti u krivičnom postupku.

Advokati odbrane se obraćaju Kasacionom sudu (najvišoj sudskoj instanci), tvrdeći: 1) da je akcijom povrijeđeno pravo na privatnost jer je, tvrde, sprovedena u suprotnosti sa relevantnim pravilima krivičnog postupka; 2) da Apelacioni sud u Nansiju nije uzeo u obzir dokumentaciju iz preliminarne istražne postupka protiv EncroChata koji se vodio pred sudom u Lilu; 3) da su povrijeđena prava odbrane, pravo na jednakost oružja i pravo na djelotvorno pravno sredstvo, jer se tužilaštvo koristilo institutom „državne tajne (iz razloga odbrane zemlje)“ da bi uskratilo tehničke podatke o načinu na koji je došlo do informacija, a i nacionalno tehničko tijelo (C3N) nije izdalo potvrdu o autentičnosti podataka.

Kasacioni sud 11. oktobra 2022. donosi svoju presudu – odbija žalbu po prva dva osnova (zaključuje da nije povrijeđeno pravo na privatnost), ali je djelimično usvaja po trećem i ukida presudu Apelacionog suda u Nansiju, zbog nedostatka tehničkih informacija o akciji presretanja komunikacije i zbog toga što je Apelacioni sud zanemario argument odbrane da ne postoji potvrda tehničkog tijela o autentičnosti komunikacije. Drugim riječima, Kasacioni sud smatra da francuska policija treba da objasni kako je (tehnički) došla do dokaza sa EncroChat telefona i da priloži potvrdu o autentičnosti presretnutih podataka u skladu sa francuskim pravom. Ovaj slučaj je proslijeđen na ponovno odlučivanje Apelacionom sudu u Mecu. Par nedjelja kasnije Kasacioni sud donosi još jednu sličnu odluku i taj predmet proslijeđuje na ponovno odlučivanje Apelacionom sudu u Parizu.¹²⁵ Međutim, 10. maja 2023. Kasacioni sud u novom slučaju odlučuje, na osnovu podataka kojima je raspolagao, da komunikacija ostvarena putem aplikacije EncroChat u trenutku u kojem je preuzeta i korišćena nije bila kriptovana i da stoga ne postoji obaveza da se priloži potvrda o autentičnosti podataka.¹²⁶

4.4. Ujedinjeno Kraljevstvo

I u Ujedinjenom Kraljevstvu su prvo do sudova došli predmeti u kojima se optužba zasniva na dokazima pribavljenim iz aplikacije EncroChat, u Francuskoj. Zahvaljujući podacima do kojih su došle francuske vlasti, u Ujedinjenom Kraljevstvu je, prema podacima dostupnim u medijima, do sada optuženo najmanje 1380 ljudi, a osuđeno njih 260 (u okviru

¹²⁵ Vidi opširnije u B. Goodwin, „French Supreme Court rejects EncroChat verdict after lawyers question secrecy over hacking operation“, ComputerWeekly.com, 12. 10. 2022. Vidi i H. Mildebrath, „EncroChat's path to Europe's highest courts“, European Parliamentary Research Service, decembar 2022.

¹²⁶ Presuda Kasacionog suda Francuske (*Cour de Cassation*) od 10. maja 2023, ECLI:FR:CCASS:2023:CR00538.

operacije „Venetic“). Zaplijenjeno je 165 komada vatrenog oružja, 3400 rundi municije, 5600 kg droge klase A i 75 miliona funti u gotovini.

Britanski sudovi prihvataju dokaze pribavljene iz EncroChata. Apelacioni sud je 5. februara 2021. odlučio da su prihvatljiv, zakonit dokaz,¹²⁷ a nešto kasnije, 3. marta 2021. odbio zahtjev da se o njegovoj odluci izjasni Vrhovni sud, pošto je zaključio da ne postoji „pravno pitanje od opšteg javnog interesa“, što je preduslov da predmet stigne pred ovu, najvišu sudsku instancu u zemlji.¹²⁸ Posebni britanski tribunal nadležan za povrede prava do kojih može doći primjenom prikrivenih istražnih tehnika (*Investigatory Powers Tribunal*) je 11. maja 2023. donio presudu u kojoj je zaključio da su nalozi za pribavljanje poruka iz EncroChata zatraženi i izdati u skladu sa zakonom, te da je na krivičnim sudovima da odluče da li će ovakve dokaze prihvatiti i koristiti.¹²⁹

Bitno je istaći i da su pred britanskim sudovima objelodanjeni neki konkretni tehnički podaci o zajedničkoj policijskoj akciji više zemalja, što do tada nije bio slučaj u drugim zemljama (u Francuskoj su ovi podaci bili proglašeni tajnom), pa je i okrivljenima i sudu objašnjeno kako su prikupljeni korišćeni podaci.¹³⁰

4.5. Njemačka

I u Njemačkoj su sudovi do sada prihvatili dokaze koji potiču iz EncroChata. Izuzetak je bio Regionalni sud u Berlinu, koji je u julu 2021. u jednom predmetu proglasio ove dokaze neprihvatljivim, ali je tu odluku kasnije ukinuo Viši regionalni sud u Berlinu. I drugi viši regionalni sudovi prihvataju te dokaze, a i Federalni Vrhovni sud je zauzeo stav da se mogu koristiti za istrage u slučajevima teških krivičnih djela. Međutim, pitanje zakonitosti ovih dokaza je trenutno i pred Federalnim Ustavnim sudom i pred Sudom Evropske unije, od kojeg je pomenuti Regionalni sud u Berlinu, sada u novom slučaju, 19. oktobra 2022. zatražio tumačenje relevantnog prava Evropske unije (engl. *preliminary ruling*). U tom zahtjevu Regionalni sud u Berlinu traži da se Sud Evropske unije izjasni o čitavom nizu pitanja, smatrajući da se operacija u kojoj su istražne naredbe davali francuski sudovi ne može smatrati samo francuskom već njena legalnost treba da se cijeni u odnosu na pravo EU.¹³¹ U Njemačkoj je na osnovu podataka sa EncroChata pokrenuto najmanje 3200 preliminarne istraga, i izdato 1400 naloga za hapšenje.¹³²

4.6. Italija

¹²⁷ Vidi opširnije u B. Goodwin, „EncroChat: Appeal court finds ‘digital phone tapping’ admissible in criminal trials“, ComputerWeekly.com, 6. 2. 2021.

¹²⁸ Vidi opširnije u B. Goodwin, „Judges refuse EncroChat defendants’ appeal to Supreme Court“, ComputerWeekly.com, 15. 3. 2021. Vidi i H. Mildebrath, op. cit.

¹²⁹ The Investigatory Powers Tribunal, *SF and Ors v NCA IPT 21 05 CH*, presuda od 11. 5. 2023.

¹³⁰ Vidi opširnije u B. Goodwin, „Dutch accuse UK of ‘damaging confidence’ by disclosing details of EncroChat police cooperation“, ComputerWeekly.com, 15. 4. 2021.

¹³¹ Vidi Fair Trials, „German courts refer the legality of EncroChat evidence to the CJEU“, FairTrials.org, 8. 11. 2022.

¹³² B. Goodwin, „Germany: European Court of Justice asked to rule on legality of hacked EncroChat phone evidence“, ComputerWeekly.com, 25. 10. 2022.

Vrhovni sud Italije je 15. jula 2022. zauzeo stav da okrivljeni mora imati mogućnost ne samo da postavlja pitanja u vezi sa sadržajem poruka koje je policija prikupila sa mreže Sky ECC, već i da postavlja pitanja u vezi s načinom na koji je sprovedene istraga u okviru koje su one prikupljene, da bi se mogla ispitati i zakonitost i pouzdanost dokaza. Drugim riječima, zahtjeva se da tužilaštvo otkrije kako se došlo do podataka sa Sky ECC, tj. kako je tekla konkretna policijska akcija. Italijansko tužilaštvo to do tada nije htjelo da otkrije, a niži sud je smatrao da su dokazi prihvatljivi i nije htio da se detaljnije upušta u zakonitost dokaza, pošto su ih Italiji prosljedile strane sudske vlasti, pa se pošlo od pretpostavke da je presretanje komunikacije van Italije izvršeno u skladu sa zakonom.¹³³

Mreža Sky ECC inicijalno je „hakovana“ u martu 2021. u zajedničkoj akciji belgijske i holandske policije. Akciju je vodilo Belgijsko federalno tužilaštvo, pod kontrolom istražnog sudije u Menšlenu (Menchlen). U akciju se uključila i policija Francuske u kojoj su se nalazili serveri firme Sky Global. Belgijska policija je saopštila da je sačuvala i ispitala „stotine miliona“ poruka sa mreže Sky ECC.¹³⁴

4.7. Holandija

U Holandiji su dokazi pribavljeni iz aplikacije EncroChat do sada korišćeni u bar 200 postupaka, a objavljen je i veliki broj prvostepenih i drugostepenih presuda koje se na njima zasnivaju. U njima su holandski sudovi veliku pažnju posvetili argumentima odbrana okrivljenih, koje su se oslanjale na različite aspekte prava na pravično suđenje, ali prvenstveno na princip jednakosti oružja.

Branioci okrivljenih u ovim postupcima zahtjevali su pristup podacima prikupljenim u okviru operacije koja je dovela do „hakovanja“ EncroChat aplikacije, kako bi odbrana mogla da: 1) provjeri integritet podataka; 2) provjeri njihovu pouzdanost (jer su korisnici koristili pseudonime); 3) utvrdi da li među njima postoje eksculpirajući dokazi.¹³⁵ Pristup ovim podacima im se i obezbjeđuje, i to tako što mogu pretraživati sve podatke koji se odnose na okrivljenog kojeg zastupaju, a na posebno obrazložen zahtjev može im biti odobren i pristup podacima relevantnim za sve krivične istrage.¹³⁶ Holandski Vrhovni sud smatra da je ovakav pristup u skladu sa zakonom.¹³⁷ Pristup podacima se ostvaruje u prostorijama Forenzičkog instituta Holandije, a odbrana se može koristiti softverom za analizu podataka koji koristi i policija.¹³⁸ Prema javno dostupnim informacijama, branioci, na zahtjev, mogu dobiti podatke koji se odnose na njihovog klijenta u Excel formatu, tako da mogu imati djelotvoran pristup podacima i dovoljno mogućnosti da ih analiziraju.¹³⁹

Osim pristupa pribavljenim podacima, okrivljenima i njihovim braniocima su bile date i konkretne informacije o tome kako je operacija sprovedena u Francuskoj, odakle su stigli podaci iz „EncroChat“ aplikacije i na koji način su podaci prosljeđeni holandskim vlastima.¹⁴⁰

¹³³ Vidi opširnije u B. Goodwin, „Italian Supreme Court calls for prosecutors to disclose information on Sky ECC hacking operation“, ComputerWeekly.com, 5. 10. 2022.

¹³⁴ Vidi opširnije u B. Goodwin, „Police crack world's largest cryptophone network as criminals swap EncroChat for Sky ECC“, ComputerWeekly.com, 10. 3. 2021.

¹³⁵ Vidi opširnije u J. J. Oerlemans, D. A. G. van Toor, „Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective“, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 30 (2022), str. 309-328.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ Ibid.

¹³⁹ Ibid.

¹⁴⁰ Ibid.

Na opisani način, može se reći da su odbrani u postupcima u Holandiji dati podaci o operaciji pribavljanja dokaza iz EncroChat-a, da postoji pravni osnov koji joj dozvoljava da osporava pouzdanost prikupljenih podataka i da ima pristup podacima koji su korišćeni u postupku protiv okrivljenog.

Holandski Vrhovni sud je 13. 6. 2023, odgovarajući na zahtev nižih sudova da zauzme stav o određenim pitanjima u vezi sa korišćenjem komunikacije preuzete sa aplikacija EncroChat i Sky ECC u krivičnim postupcima, odlučio da ona može biti korišćena kao dokaz, da postoji pretpostavka da su je francuski istražni organi pribavili zakonito i da se ona, u skladu sa principom uzajamnog povjerenja među državama članicama Evropske unije, može obarati u Francuskoj.¹⁴¹ U svojoj odluci Vrhovni sud kaže i da se može poći od pretpostavke da su rezultati istrage sprovedene u drugoj članici Evropske unije (tj. dokazi) pouzdani ali da, ako postoje konkretni dokazi koji ukazuju na suprotno, sud ima obavezu da ispita pouzdanost tih rezultata istrage i da tada može, na primjer, pribaviti više podataka o načinu sprovođenja istrage kojom su rukovodili organi druge države, odnosno primijenjenim procesnim garancijama, te garancijama primijenjenim prilikom prikupljanja podataka da bi se zaštitili njihova pouzdanost i integritet.¹⁴² Interesantno je i da je Vrhovni sud, u dijelu odluke u kojem se bavi načelom „jednakosti oružja“ kao elementom prava na pravično suđenje, podsjetio na stav ESLJP da pravo odbrane da joj se učine dostupnim svi dokazi kojima raspolaže optužba nije apsolutno i da može biti ograničeno da bi se zaštitio važan javni interes, kao što je, na primjer, potreba da se ne otkriju policijske istražne metode, ali da ono može biti ograničeno samo ako je to zaista neophodno i da se tada mora voditi računa o tome da odbrana uživa procesne garancije potrebne da bi se obezbijedila pravičnost postupka.¹⁴³

4.8. Zaključak

U krivičnim postupcima koji se vode pred ovdje pomenutim, a i nekim drugim evropskim državama, kao najvažnija sporna pitanja najčešće se postavljaju sledeća:

- da li je prikupljanjem zaštićene komunikacije na ovaj način, koje je obuhvatilo veliki broj lica, povrijeđeno pravo na privatnost (koje štiti i međunarodno pravo, uključujući Evropsku konvenciju o ljudskim pravima i pravo Evropske unije, kao i, u različitom obimu, nacionalna prava)?
- da li je prikupljanje dokaza na ovaj način bilo u skladu sa relevantnim nacionalnim pravilima postupka?
- da li je odbrani bila pružena prilika da se izjasni o dokazima i da ih u kontradiktornom postupku osporava, kako u pogledu zakonitosti prikupljanja tako i u pogledu autentičnosti i pouzdanosti?

Ovdje možemo ukratko reći da odgovor na prvo pitanje, koji umnogome zavisi i od relevantnih nacionalnih propisa, ne mora nužno biti odlučujući kada treba zaključiti da li je upotreba dokaza u krivičnom postupku dopuštena ili ne. ESLJP, primjera radi, u načelu ne smatra da je povrijeđeno pravo na pravično suđenje ako su u krivičnom postupku upotrijebljeni dokazi pribavljeni povredom prava na privatnost, pod uslovom da su pouzdani,

¹⁴¹ Odluka holandskog Vrhovnog suda (*Hoge Raad*) od 13. 6. 2023, ECLI:NL:HR:2023:913.

¹⁴² Ibid, stav 6.6.

¹⁴³ Ibid, stavovi 7.7.1-7.7.4.

da je odbrani data mogućnost da ih osporava i da je sud njene argumente uzeo u obzir prilikom odlučivanja i dao razumno objašnjenje za svoje odluke.¹⁴⁴

Slično važi i za drugo pitanje. ESLJP i povrede procesnih pravila nužno ne smatra razlogom da cijeli postupak proglasi nepravičnim, osim ako one nijesu takve da su dovele u pitanje pouzdanost dokaza i ako nijesu odlučujuće uticale na mogućnost odbrane da se djelotvorno brani.¹⁴⁵ Naravno, nacionalna prava mogu imati, i često imaju, više standarde zaštite prava okrivljenog pa neke procesne nepravilnosti koje ESLJP toleriše mogu smatrati razlozima za ukidanje presuda.

Treće pitanje bi se moglo ispostaviti najvažnijim, kako se naslućuje iz primjera postupaka vođenih u Holandiji i pred Vrhovnim sudom Italije. Naime, sporno je može li odbrana djelotvorno osporavati zakonitost, autentičnost i pouzdanost dokaza, što je bazični zahtjev pravičnosti, ako nema dovoljno podataka o tome kako su dokazi prikupljeni.

Iz datih primjera vidimo da holandski sudovi i italijanski Vrhovni sud smatraju da odbrani moraju biti dostupni ti podaci, a očigledno su iz istih razloga i pred britanskim sudovima objelodanjeni podaci o policijskoj akciji koja je dovela do pribavljanja ovih dokaza.

S druge strane, u Francuskoj se odluka da se ne otkriju podaci o operaciji pravda bezbjednošću zemlje (proglašeni su tajnom), a autentičnost pribavljenih podataka treba da bude garantovana izdavanjem potvrde nacionalnog tehničkog tijela.

U Crnoj Gori, kao što smo vidjeli na početku, autentičnost dokaza pribavljenih iz aplikacije Sky ECC tužilaštvo nastoji potvrditi drugim dokazima, što takođe može doprinijeti tome da se provjeri njihova pouzdanost. Da bi se, međutim, odbrani omogućilo da djelotvorno osporava sve inkriminirajuće dokaze, trebalo bi da joj budu poznati relevantni podaci o operaciji u kojoj su prikupljeni, kao i da dobije pristup svim dokazima koji su u vezi sa okrivljenim.

¹⁴⁴ Vidi, na primjer, *Dragoş Ioan Rusu protiv Rumunije*, stavovi 51-57; *Dragojević protiv Hrvatske*, stavovi 111-135; *Lee Davies protiv Belgije*, stavovi 32-54; *Bykov protiv Rusije*, stavovi 84-105; *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, pred. br. 35394/97, presuda od 12. 5. 2000, stavovi 29-40.

¹⁴⁵ Vidi, na primjer, *Prade protiv Njemačke*, stavovi 32-43; *Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, stavovi 234-311; *Salduz protiv Turske*, stavovi 50-63.

5. Glavni zaključci i preporuke

- Zakonik o krivičnom postupku (ZKP) na veoma detaljan i dobar način uređuje prikupljanje, odnosno izvođenje dokaza, izdvajanje nezakonito pribavljenih dokaza i određuje na kojim dokazima se ne može zasnivati sudska odluka. Njime je jasno prihvaćena doktrina „plodova otrovnog drveta“ koja predstavlja najdjelotvornije sredstvo za otklanjanje povreda pravila postupka do kojih dolazi uslijed nezakonitog prikupljanja dokaza. Ona zabranjuje korišćenje *svih* dokaza do kojih se došlo zahvaljujući nezakonitom dokazu i tako, ako se dosljedno primjenjuje, ne samo da otklanja štetne posljedice po okrivljenog koje bi mogle nastupiti ako bi se nezakonit dokaz upotrijebio, već djeluje i odvraćajuće na organe koji dokaze prikupljaju.
- ZKP uspostavlja mehanizme za ispitivanje zakonitosti dokaza i izdvajanje nezakonitih dokaza u praktično svim fazama postupka, što bi trebalo da omogući da nezakonito pribavljeni dokazi budu blagovremeno izdvojeni i da se time spriječi da ostanu u predmetu na glavnom pretresu i utiču na sudije koje odlučuju o krivici i sankciji. Međutim, ove mogućnosti se u praksi *nedovoljno koriste*, pa ***nerijetko tek najviše sudske instance, Vrhovni i Apelacioni sud, zahtijevaju izdvajanje dokaza za koje od početka postupka nije moglo biti nikakve sumnje da su nezakoniti i da se na njima ne može zasnivati sudska odluka*** (ovakav primjer su službene zabilješke koje sačinjava policija, koje sadrže obavještenja prikupljena od građana, i iskazi policijskih službenika koji se zasnivaju na ovakvim podacima ili operativnim saznanjima). Posebno, ***postupak kontrole optužnice bi mogao biti djelotvorniji*** da bi se nezakoniti dokazi izdvojili na vrijeme. Osim ovih, trebalo bi ***češće koristiti i mogućnost promjene prvostepenog vjeća*** (čl. 407, st. 3 ZKP) ako drugostepeni sud ukine presudu zato što se zasnivala na nezakonito pribavljenom dokazu koji, po prirodi stvari, utiče na utisak sudije o odgovornosti okrivljenog.
- Kada uzimaju u obzir praksu Evropskog suda za ljudska prava (ESLJP), nacionalni sudovi treba da imaju u vidu da se njome uspostavljaju samo minimalni standardi zaštite ljudskih prava i da ***nikako ne treba da je koriste da bi oslabili nivo zaštite prava učesnika u postupku koji pruža domaće zakonodavstvo***, npr. tako da ne primijene normu nacionalnog prava koja inače nije suprotna Konvenciji za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (ovakvo tumačenje zahtjeva i član 53 Konvencije). Standardi ESLJP, shodno članu 9 Ustava Crne Gore, mogu se primijeniti umjesto domaćih pravila postupka ***samo ako postoji pravi konflikt između normi međunarodnog i domaćeg prava***, tj. kada bi primjena domaće norme neizbježno dovela do povrede Konvencije. Kada domaće pravo neko pitanje uređuje značajno detaljnije nego međunarodno i standarde zaštite ljudskih prava postavlja na viši nivo, pravog konflikta normi nema i nema razloga za primjenu člana 9 Ustava. Tada treba primijeniti standarde postavljene na nacionalnom nivou. Naravno, primjena pravila i principa međunarodnog prava je logična i može biti neophodna kada domaćim pravom nešto uopšte nije regulisano, pa je potrebno popuniti pravnu prazninu. ***Načelno se ne može reći da u domaćoj sudskoj praksi postoji opšta tendencija da se standardi ESLJP svjesno koriste da se snizi nivo zaštite prava okrivljenog koji pruža ZKP. Međutim, nailazimo i na stavove kojima se to ipak čini***, pa zato smatramo da treba podsjetiti na mjesto koje standardi ESLJP imaju u domaćem pravnom poretku.
- Vrhovni sud, a u najvećoj mjeri i Apelacioni sud i viši sudovi, u skladu sa ZKP i standardima ESLJP, insistiraju da se okrivljenom mora omogućiti da u kontradiktornoj raspravi ospori dokaze na kojima se temelji optužba i da se argumenti odbrane u vezi s pravnom valjanošću dokaza moraju uzeti u obzir i cijiniti.

- **Sve do donošenja jednog rješenja Višeg suda u Podgorici krajem juna 2023. u sudskoj praksi nijesmo naišli ni na jedan primjer izdvajanja dokaza pribavljenih zlostavljanjem ili dokaza za koje postoji ozbiljna sumnja da su pribavljeni na taj način, iako je bilo više slučajeva u kojima su okrivljeni iznosili dobro potkrijepljene tvrdnje da su njihovi iskazi ili iskazi svjedoka bili iznuđeni, a i drugi dokazi su ukazivali na to.** Ovo je, makar u nekim predmetima, posljedica stava sudova da je potrebno da zlostavljanje bude dokazano „van razumne sumnje“, odnosno s vrlo visokim stepenom vjerovatnoće. Takav stav **nije u skladu s međunarodnim standardom** (izraženim u presudi ESLJP u slučaju *Bokhonko protiv Gruzije*) i treba ga zamijeniti pristupom prema kojem je, u situaciji u kojoj postoji sumnja da je dokaz prikupljen nezakonito, na sudu da rasvijetli okolnosti pod kojima je taj dokaz pribavljen. Ako to ne učini ili sumnja ne bude otklonjena, to, shodno načelu *in dubio pro reo*, treba da ide u korist okrivljenom. Na ovakav princip, primjera radi, nailazimo i u britanskom Zakonu o policiji i krivičnim dokazima koji, u slučaju da je sudu predstavljeno da je priznanje okrivljenog dato pod prisilom, od optužbe zahtijeva da „van razumne sumnje“ dokaže da priznanje (makar bilo i istinito) nije pribavljeno na takav način, te da, ako ona u tome ne uspije, priznanje ne može biti upotrijebljeno u postupku. Princip prema kojem je na optužbi da dokaže da su dokazi prikupljeni zakonito postoji i u drugim nacionalnim pravnim sistemima (npr. u Švajcarskoj), i njega, imajući u vidu da proističe iz načela koja proklamuje i pravo Crne Gore – teret dokazivanja je na optužbi i *in dubio pro reo* - treba primijeniti i u našem krivično-pravnom sistemu, i to na sve dokaze, ne samo one za koje se tvrdi da su iznuđeni zlostavljanjem.
- Iako sudovi u najvećem broju slučajeva vode računa o tome da li je radnja pretresanja sprovedena u skladu sa odredbama ZKP, **u praksi Vrhovnog suda, Apelacionog suda i Višeg suda u Podgorici nailazimo na odluke u kojima su tolerisane nepravilnosti koje dovode u pitanje ne samo formalnu zakonitost pribavljenih dokaza, već potencijalno i njihovu pouzdanost, pošto prilikom pretresanja nijesu poštovana pravila koja treba da otklone sumnju da su dokazi mogli biti podmetnuti.** U ovim slučajevima pomenuti sudovi su smatrali da su pravno valjani dokazi pribavljeni pretresanjem stana kojem nijesu mogli da prisustvuju ni okrivljeni kao njegov držalac niti njegov branilac, i za koje je upitno da li su mu prisustvovali svjedoci čija se imena nalaze u zapisniku, i kojem je navodno prethodio duži boravak policije u stanu, bez prisustva drugih lica. Sve ovo je suprotno odredbama i duhu ZKP, a i standardima iz prakse ESLJP, i *nikako ne bi smjelo biti tolerisano.*
- Kada su u pitanju mjere tajnog nadzora, treba ukazati na **problematične novije stavove Apelacionog suda prema kojima nije nužno da naredba sudije za istragu za sprovođenje ovih mjera bude obrazložena**, pod uslovom da je obrazložen odgovarajući predlog državnog tužioca. Zakonodavac je propisao da naredbu mora donijeti sudija, a ne državni tužilac, da bi kod ozbiljnog zadiranja u pravo na privatnost uspostavio mehanizam kontrole nad radom policije i državnog tužioca, a obrazloženje odluke suda služi upravo tome da se vidi da on tu svoju funkciju vrši, tj. da pažljivo cijeni da li su ispunjeni zakonom propisani uslovi za sprovođenje ovih mjera. Činjenica na koju Apelacioni sud ukazuje – da ESLJP po pravilu izostanak obrazloženja u ovim naredbama ne smatra razlogom da utvrdi povredu prava na pravično suđenje, pod uslovom da pouzdanost dokaza nije upitna i da je odbrani bila data mogućnost da ih osporava – nije opravdanje da se ne primjene odredbe ZKP koje takvo obrazloženje zahtijevaju. To zato jer su domaći sudovi, za razliku od ESLJP, dužni da primjenjuju ne samo Konvenciju već i ZKP, čije relevantne norme nijesu u konfliktu sa stavovima ESLJP i stoga ne mogu biti stavljene van snage.
- **Odredbe ZKP o korišćenju fotografija i audiovizuelnih snimaka, kojima se ne dozvoljava korišćenje ovakvih dokaza ako nijesu napravljeni uz saglasnost**

osumnjichenog, odnosno okrivljenog ili druge osobe koja se zajedno s njim snima, očigledno su nelogične, zaštitu privatnosti učinilaca krivičnih djela postavljaju neopravdano i neobjašnjivo široko, daju joj prednost u odnosu na zaštitu prava oštećenih i u praksi dovode do paradoksalnih rezultata (na primjer, ne prihvataju se kao dokaz fotografije ili snimci koje sačine oštećeni prilikom izvršenja krivičnog djela). Treba ih ***mijenjati*** tako da ne budu prepreka bar za korišćenje fotografija i video-snimaka koje sačine oštećeni ili drugi svjedoci na javnom mjestu, radnom mjestu ili u svom stanu.

- Kada je u pitanju ***upotreba dokaza pribavljenih iz aplikacije Sky ECC ili sličnih aplikacija, treba se postarati o tome da se utvrdi njihova autentičnost i pouzdanost***, a za to je, kao i u pogledu svih drugih dokaza, ključno da se odbrani omogući da djelotvorno osporava sve inkriminirajuće dokaze i da joj bude omogućen pristup eventualno ekskulpirajućim dokazima koji su u posjedu tužilaštva ili im ono može pristupiti. U ovom konkretnom kontekstu, dobro je što državno tužilaštvo autentičnost dokaza pribavljenih iz aplikacije Sky ECC nastoji potvrditi drugim dokazima, jer tako može doprinijeti tome da se provjeri njihova pouzdanost, ali bi, da bi djelotvorna odbrana bila moguća, njoj trebalo da budu poznati relevantni podaci o operaciji u kojoj su prikupljeni i treba joj dati pristup svim dokazima koji su u vezi sa okrivljenim.

Spisak korišćenih sudskih odluka

Odluke Evropskog suda za ljudska prava

Abdulkadyrov i Dakhtayev protiv Rusije, pred. br. 35061/04, presuda od 10. 7. 2018.
Akdağ protiv Turske, pred. br. 75460/10, presuda od 17. 9. 2019.
Ayetullah Ay protiv Turske, pred. br. 29084/07, presuda od 27. 10. 2020.
Bannikova protiv Rusije, pred. br. 18757/06, presuda od 4. 11. 2010.
Bašić protiv Hrvatske, pred. br. 74309/01, presuda od 8. 7. 2004.
Baytar protiv Turske, pred. br. 45440/04, presuda od 14. 10. 2014.
Beuze protiv Belgije, pred. br. 71409/10, presuda od 9. 11. 2018.
Bokhonko protiv Gruzije, pred. br. 6739/11, presuda od 22. 10. 2020.
Bykov protiv Rusije, pred. br. 4378/02, presuda od 10. 3. 2009.
Canli protiv Turske, pred. br. 8211/10, presuda od 12. 5. 2020.
Čēsnieks protiv Letonije, pred. br. 9278/06, presuda od 11. 2. 2014.
Ćwik protiv Poljske, pred. br. 31454/10, presuda od 5. 11. 2020.
Doyle protiv Irske, pred. br. 51979/17, presuda od 23. 5. 2019.
Dragojević protiv Hrvatske, pred. br. 68955/11, presuda od 15. 1. 2015.
Dragos Ioan Rosu protiv Rumunije, pred. br. 22767/08, presuda od 31. 10. 2017.
Dvorski protiv Hrvatske, pred. br. 25703/11, presuda od 20. 10. 2015.
Ekinci protiv Turske, pred. br. 25148/07, presuda od 12. 5. 2020.
El Haski protiv Belgije, pred. br. 649/08, presuda od 25. 9. 2012.
Farrugia protiv Malte, pred. br. 63041/13, presuda od 4. 6. 2019.
Gäfgen protiv Nemačke, pred. br. 22978/05, presuda od 1. 6. 2010.
Grba protiv Hrvatske, pred. br. 47074/12, presuda od 23. 11. 2017.
Hambardzumyan protiv Jermenije, pred. br. 43478/11, presuda od 5. 12. 2019.
Horvatić protiv Hrvatske, pred. br. 36044/09, presuda od 17. 10. 2013.
Ibrahim i drugi protiv Ujedinjenog Kraljevstva, pred. br. 50541/08, 50571/08, 50573/08 i 40351/09, presuda od 13. 9. 2016.
Jalloh protiv Nemačke, pred. br. 54810/00, presuda od 11. 7. 2006.
Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva, pred. br. 35394/97, presuda od 12. 5. 2000.
Lee Davies protiv Belgije, pred. br. 18704/05, presuda od 28. 7. 2009.
Lisica protiv Hrvatske, pred. br. 20100/06, presuda od 25. 2. 2010.
Megrelishvili protiv Gruzije, pred. br. 30364/09, presuda od 7. 5. 2020.
Mehmet Duman protiv Turske, pred. br. 38740/09, presuda od 23. 10. 2018.
Mehmet Zeki Çelebi protiv Turske, pred. br. 27582/07, presuda od 28. 1. 2020.
Othman (Abu Qatada) protiv Ujedinjenog Kraljevstva, pred. br. 8139/09, presuda od 17. 1. 2012.
Prade protiv Nemačke, pred. br. 7215/10, presuda od 3. 3. 2016.
Ramanauskas protiv Litvanije, pred. br. 74420/11, presuda od 5. 2. 2008.
Salduz protiv Turske, pred. br. 36391/02, presuda od 27. novembra 2008.

Selmouni protiv Francuske, pred. br. 25803/94, presuda od 28. 7. 1999.
Stevan Petrović protiv Srbije, pred. br. 6097/16 i 28999/1, presuda od 20. 4. 2021.
Taraneks protiv Letonije, pred. br. 3082/06, presuda od 2. 12. 2014
Teixeira de Castro protiv Portugala, pred. br. 25829/94, presuda od 9. 6. 1998.
Turbylev protiv Rusije, pred. br. 4722/09, presuda od 6. 10. 2015.
Vanyan protiv Rusije, pred. br. 53203/99, presuda od 15. 12. 2005.
Zagaria protiv Italije, pred. br. 5829/00, presuda od 27. 11. 2007.
Zličić protiv Srbije, pred. br. 73313/17 i 20143/19, presuda od 26. 1. 2021.

Odluke sudova u Crnoj Gori

Vrhovni sud

Presuda Kzz 1/21 od 17. 2. 2021.
Rješenje KŽ II 37/20 od 21. 1. 2021.
Rješenje KŽ-S II 4/20 od 29. 9. 2020.
Rješenje KŽ-S II 3/20 od 23. 9. 2020.
Presuda Kzz 4/20 od 17. 3. 2020.
Presuda Kzz 3/20 od 3. 3. 2020.
Presuda Kzz 17/19 od 25. 12. 2019.
Presuda Kzz 15/19 od 5. 11. 2019.
Presuda Kzz 12/19 od 2. 7. 2019.
Presuda KŽ I 2/19 od 23. 4. 2019.
Presuda Kzz 3/19 od 19. 3. 2019.
Rješenje KŽ II 9/19 od 6. 3. 2019.
Presuda Kzz 12/18 od 25. 9. 2018.
Presuda KŽ I 2/18 od 6. 3. 2018.
Presuda Kzz 2/18 od 6. 2. 2018.
Rješenje KŽ-S II 5/17 od 4. 7. 2017.
Rješenje KŽ II 37/16 od 2. 11. 2016.
Rješenje KŽ II 29/16 od 13. 9. 2016.
Presuda Kzz 12/16 od 28. 6. 2016.
Presuda Kzz 9/16 od 24. 3. 2016.
Rješenje KŽ II 30/14 od 30. 9. 2014.
Rješenje KŽ-S II 4/12 od 9. 11. 2012.
Presuda KŽ I 20/11 od 18. 4. 2011.
Pravni stav Su. V. 24/10 od 22. 1. 2010.
Presuda Kzz 16/09 od 7. 12. 2009.

Apelacioni sud

Rješenje KŽ 1/22 od 16. 2. 2022.
Rješenje KŽ 6/21 od 4. 2. 2021.
Presuda KŽ 61/20 od 7. 9. 2020.
Presuda KŽ 48/20 od 14. 5. 2020.
Rješenje KvŽ 121/20 od 16. 3. 2020.

Presuda KŽ 45/19 od 28. 6. 2019.
Presuda KŽ 119/18 od 5. 11. 2018.
Rješenje KŽ 108/17 od 19. 10. 2017.
Presuda KŽ 66/15 od 27. 9. 2017.
Presuda KŽ 18/16 od 7. 11. 2016.
Rješenje KŽ 128/16 od 26. 10. 2016.
Presuda KŽ 61/16 od 15. 6. 2016.
Presuda KŽs 2/16 od 30. 3. 2016.
Presuda KŽ 19/16 od 29. 3. 2016.
Rješenje KŽ 92/15 od 3. 7. 2015.
Rješenje KŽ 122/14 od 7. 11. 2014.
Rješenje KŽ 394/12 od 28. 11. 2012.

Viši sud u Bijelom Polju

Rješenje KŽ 118/22 od 18. 4. 2022.
Presuda K 20/21 od 8. 10. 2021.
Rješenje KŽ 39/21 od 1. 2. 2021.
Presuda K 5/19 od 5. 4. 2019.
Rješenje KŽ 251/18 od 21. 12. 2018.
Presuda K 55/17 od 31. 5. 2018.
Rješenje KŽ 106/17 od 14. 3. 2017.
Presuda K 26/16 od 16. 5. 2016.
Presuda 8/16 od 21. 3. 2016.

Viši sud u Podgorici

Rješenje Ks 43/22 od 27. 6. 2023.
Rješenje Kvso 29/22 od 13. 2. 2023.
Presuda KŽ 189/21 od 23. 11. 2021.
Presuda KŽ 140/21 od 10. 3. 2021.
Rješenje KŽ 166/21 od 9. 3. 2021.
Rješenje KŽ 3/21 od 15. 1. 2021.
Presuda K 106/17 od 19. 10. 2020.
Presuda KŽ 376/20 od 13. 5. 2020.
Rješenje K 106/17 od 3. 3. 2020.
Rješenje K 106/17 od 28. 1. 2020.
Rješenje Kvž 6/20 od 20. 1. 2020.
Presuda K 109/18 od 31. 12. 2019.
Presuda KŽ 488/19 od 17. 6. 2019.
Rješenje KŽ 827/28 od 2. 11. 2018.
Presuda K 97/17 od 30. 5. 2018.
Rješenje KŽ 308/18 od 20. 4. 2018.
Rješenje KŽ 941/17 od 9. 11. 2017.
Presuda KŽ 502/17 od 6. 6. 2017.
Presuda K 62/15 od 16. 3. 2017.

Presuda Ks 21/15 od 17. 6. 2016.
Presuda KŽ 523/16 od 12. 5. 2016.
Presuda K 133/14 od 7. 12. 2015.
Presuda Ks 28/14 od 28. 10. 2015.
Rješenje KŽ 678/15 od 11. 6. 2015.
Presuda KŽ 576/15 od 1. 6. 2015.
Presuda K 137/14 od 15. 4. 2015.
Presuda K 143/13 od 19. 5. 2014.
Rješenje K 53/12 od 22. 6. 2012.

Osnovni sud u Bijelom Polju

Rješenje K 106/21 od 4. 3. 2022.
Presuda K 117/20 od 26. 10. 2020.

Osnovni sud u Beranama

Presuda K 160/16 od 19. 1. 2017.

Osnovni sud u Herceg Novom

Rješenje 144/17 od 2. 10. 2018.
Presuda K 140/16 od 30. 3. 2017.

Osnovni sud u Kotoru

Rješenje 252/20 od 22. 2. 2021.
Presuda K 2/20 od 14. 2. 2020.
Rješenje Kvo 45/19 od 19. 12. 2019.

Osnovni sud u Nikšiću

Presuda K 214/14 od 26. 3. 2015.
Presuda K 186/14 od 10. 12. 2014.

Osnovni sud u Podgorici

Presuda K 664/20 od 22. 3. 2021.
Presuda K 402/20 od 31. 12. 2020.
Rješenje K 664/20 od 24. 12. 2020.
Presuda K 505/20 od 10. 11. 2020.
Presuda K 199/20 od 2. 11. 2020.
Presuda K 13/20 od 15. 6. 2020.
Presuda K 821/18 od 27. 3. 2019.
Rješenje K 312/16 od 28. 3. 2018.
Rješenje K 548/17 od 31. 10. 2017.
Presuda K 588/15 od 25. 1. 2016.

Literatura

Stručni članci i knjige

European Court of Human Rights, *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights – Right to a Fair Trial (criminal limb)* (Council of Europe, 2022)

Fair Trials, „German courts refer the legality of EncroChat evidence to the CJEU“, FairTrials.org, 8. 11. 2022.

Fair Trials, *Unlawful Evidence in Europe's Courts: Principles, Practice and Remedies* (Fair Trials, 2021)

H. Mildebrath, „EncroChat's path to Europe's highest courts“ (European Parliamentary Research Service, 2022).

P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, 4th Edition (Oxford University Press, 2017)

K. Ligeti, B. Garamvölgyi, A. Ondrejová i M. von Galen, „Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU“, u *EUcrim – The European Criminal Law Association's Forum 2020/3* (Max Planck Society for the Advancement of Science, 2020)

L. Macula, „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A Swiss Perspective“, u S. Gless, T. Richter (ur.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? – A Comparative Perspective on Evidentiary Rules* (Springer Open, 2019), str. 15-60.

J. J. Oerlemans, D. A. G. van Toor, „Legal Aspects of the EncroChat Operation: A Human Rights Perspective“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 30 (Brill, 2022)

W. Schabas, *The European Convention on Human Rights – A Commentary* (Oxford University Press, 2015)

S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings* (Oxford University Press, 2005)

T. Weigend, „The Potential to Secure a Fair Trial Through Evidence Exclusion: A German Perspective“, u S. Gless, T. Richter (ur.), *Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial? – A Comparative Perspective on Evidentiary Rules* (Springer Open, 2019), str. 61-92.

Članci iz medija

B. Goodwin, „EncroChat: Appeal court finds 'digital phone tapping' admissible in criminal trials“, *ComputerWeekly.com*, 6. 2. 2021.

B. Goodwin, „Police crack world's largest cryptophone network as criminals swap EncroChat for Sky ECC“, *ComputerWeekly.com*, 10. 3. 2021.

B. Goodwin, „Judges refuse EncroChat defendants' appeal to Supreme Court“, *ComputerWeekly.com*, 15. 3. 2021.

B. Goodwin, „Dutch accuse UK of 'damaging confidence' by disclosing details of EncroChat police cooperation“, *ComputerWeekly.com*, 15. 4. 2021.

B. Goodwin, „Italian Supreme Court calls for prosecutors to disclose information on Sky ECC hacking operation“, *ComputerWeekly.com*, 5. 10. 2022.

B. Goodwin, „French Supreme Court rejects EncroChat verdict after lawyers question secrecy over hacking operation“, *ComputerWeekly.com*, 12. 10. 2022.

B. Goodwin, „Germany: European Court of Justice asked to rule on legality of hacked EncroChat phone evidence“, *ComputerWeekly.com*, 25. 10. 2022.