

RIMJENA POSEBNIH ISTRAŽNIH RADNJI U SJENI POVREDE OSNOVNIH LJUDSKIH PRAVA KOD NADZORA I TEHNIČKOG SNIMANJA TELEKOMUNIKACIJA S OSVRTOM NA LJUDSKA PRAVA

Mirza Kovač, e-mail: kovac.mirza@bih.net.ba

Internacionalni univerzitet Travnik u Travniku, Bosna i Hercegovina

Sažetak: U radu se opisuje problematika koja je uočena tokom izvođenja dokaza Tužilaštava, a koja se odnosi na nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija u vezi sa članom 130 tačka 2 pod a) ZKP-u FBiH, a gdje se kroz veliki broj izvednih dokaza reprodukcije poziva uočava povreda prava na privatnost. Uočene su razlike u sadržaju razgovora koje nisu relevantne za krivični postupak, a isti se reprodukuju i time su i drugim osobama koje nisu predmet krivičnog postupka uskraćuje pravo na privatnost, odnosno čini se povreda osnovnih ljudskih prava i sloboda.

Ključne riječi: nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, privatnost, povreda

APPLICATION OF SPECIAL JURISDICTIONS IN THE SITUATION OF THE BASIC HUMAN RIGHTS OF CONTROL AND TECHNICAL RECORDS OF TELECOMMUNICATIONS WITH HUMAN RIGHTS

Abstract: This paper describes the problems encountered during the Prosecution's investigation regarding the surveillance and technical recording of telecommunications in conjunction with Article 130, item 2 a) of the CPC of FBiH, and where through a large number of evidentiary evidence of the reproduction of the call is detected a violation privacy rights. Differences in the content of conversations that are not relevant to the criminal proceedings have been noted and are reproduced, and thus other persons who are not subject to criminal proceedings are denied the right to privacy, that is, violations of fundamental human rights and freedoms.

Key words: surveillance and technical recording of telecommunications, privacy, breach

1. Uvod

Posljednjih godina kao jedan od vidova dokazivanja krivnje optuženom Tužilaštva izvode kao dokaz jedan nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija. Uz sve sofisticiraniju tehnologiju to je moguće dokazivati učešće i doprinos svakog pojedinca u kriminalnim radnjama. Osim tkz. Prisluškivanja telefona radi se i na presretanju SMS poruka putem pretplatničkog broja ili korišćenjem aplikacija društvenih mreža kao što su Viber ili WhatsApp.

U svakom slučaju, ova istražna radnja najviše zadire u privatnost kako tkz. mete "A" prema kojoj je određena posebna istražna radnja naredbom Suda. Međutim, u praksi se konstantno pojavljuje logično i drugi sagovornik ili osoba koja učesvuje u komunikaciji sa metom "A" i nad njom se prisluškivanjem zadire u sadržaj telefonske komunikacije i time direktno krše ljudska prava. Evidento da osobe iz kriminalnog miljea u svojim aktivnostima nekada dnevno promjene i telefonski aparat- mobilni, tako i SIM karticu nije moguće identifikovati metu "A" pa se redovno poseže da se započne presretati i nadzirati telefonski razgovor osoba za koje se očekuje da će ih pozvati meta "A".

Svrha poduzimanja posebnih istražnih radnji nadziranja telekomunikacija

Kao razlog primjene posebnih istražnih radnji u krivično procesno zakonodavstvo u praksi se navodi strategija borbe protiv ovog organizovanog kriminala, obaveza države da se zaštiti od organizovanog kriminala, obaveza države na uvođenje prikrivenih istražnih mjera kojom se u skladu sa međunarodnim dokumentima, koje su države dužne primjenjivati i karakteristike savremenog organizovanog kriminaliteta zahtijevaju uvođenje posebnih mjera i radnji u otkrivanju i dokazivanju krivičnih djela. U skoro svim pravnim sistemima kao posebne radnje dokazivanja predviđeni su određeni oblici tajnog praćenja i snimanja lica, tajnog nadzora i snimanja komunikacija, obavljanje simulovanih poslova i kontrolisanih isporuka, korištenja posebno obučeni prikrivenih istražitelja ili islednika, korištenje informatora i agenata provokatora, te kompjuterskog pretraživanja podataka i sl. Sve posebne radnje dokazivanja možemo, prema različitim parametrima, podijeliti u različite grupe. Osnovi, odnosno parametri za podjelu posebnih radnji dokazivanja u različite grupe mogu biti način sprovođenja, vremensko trajanje mjere i sl. Profesor Tatjana Bugarski posebne radnje dokazivanja, po parametru vremenskog trajanja provođenja, dijeli na kratkotrajne, dugotrajne i ad hoc operacije. Pod kratkotrajnim operacijama, kako navodi profesor Bugarski podrazumijevaju se operacije koje traju najduže do mjesec dana, i to su operacije koje najčešće traju par dana ili čak par sati. Imenovana autorica pod dugotrajnim operacijama podrazumijeva operacije koje obično traju nekoliko mjeseci, kao što je to najčešći slučaj sa posebnom radnjom dokazivanja tajni nadzor komunikacija¹³⁰.

Tajni nadzor telefonskih komunikacija u FBiH

Izmjenama ZKP-u FBiH od 2003 godine kada je u glavi IX uvedena kao jedna od mjera nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija koja u istražnom postupku doprinosi bržem i efikasnijem otkrivanju i dokazivanju krivičnih djela i njegovih počinilaca uočeni su problemi koji sa aspekta prava na privatnost osoba koje nisu obuhvćene tim mjerama čime se krše osnovna ljudska prava i slobode. I ako se različitim međunarodnim kodifikacijama garantuju prava na privatnost, a ista prava se štite kroz domaće Zakone. U našem zakonodavstvu inkrimisano je pravo na privatnost kod krivičnog djela: neovlašteno prisluškivanje i tonsko snimanje. Kroz primjenu posebnih istražnih radnji iz člana 130 tačka 2 pod a) ZKP-a FBiH nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija pojavlju se ozbiljni propusti u pogledu kršenja prava na privatnost.

Zakonom o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, posebne istražne radnje su propisane u Glavi IX, član 130 do 136. Prethodno navedenim zakonom posebne istražne radnje su propisane na sličan način kao i u ostalim zakonima o krivičnim postupcima na teritoriji Bosne i Hercegovine. Naime, uslovi za primjenu posebnih istražnih radnji, krivična djela za koja se iste mogu primjenjivati, nadležnost za određivanje posebnih istražnih radnji i njihovo trajanje, materijali dobijeni preduzimanjem posebnih istražnih radnji i obavješćavanje lica prema kojima su radnje primjenjivane, slučajni nalazi, postupanje bez naredbe suda ili u

¹³⁰ Bugarski T., (2014) Dokazne radnje u krivičnom postupku, Pravni fakultet Novi Sad

suprotnosti sa naredbom i korištenje dokaza prikupljenih posebnim istražnim radnjama su Zakonom o krivičnom postupku FBiH propisani na isti način kao i u ostalim zakonima o krivičnom postupku na teritoriji Bosne i Hercegovine. Predmetnim zakonom su, u odnosu na ostale zakone o krivičnom postupku u BiH, drugačije propisane vrste posebnih istražnih radnji. Članom 130. Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine, propisane su sledeće posebne istražne radnje: 1) nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, 2) pristup kompjuterskim sistemima i kompjutersko sravnjenje podataka, 3) nadzor i tehničko snimanje prostorija, 4) tajno praćenje i tehničko snimanje osoba i predmeta, 5) prikriveni istražitelj i informator, 6) simulovani otkup predmeta i simulovano davanje potkupnine, 7) nadzirani prijevoz i isporuka predmeta krivičnog dijela. Posebna istražna radnja kojom se bavimo u ovom radu, uslovi za njenu primjenu, krivična djela za koja se može odrediti primjena iste, nadležnost za određivanje, trajanje mjere i dr., su na isti način propisani kao i uostalim zakonima o krivičnim postupcima na teritoriji Bosne i Hercegovine. Ovdje ponovo napominjemo da su posebne istražne radnje u Bosni i Hercegovini prvi put bile propisane upravo na teritoriji Federacije Bosne i Hercegovine, usvajanjem Zakona o krivičnom postupku Federacije BiH 1998. godine.¹⁰ Navedenim zakonom o krivičnom postupku su bile propisane posebne istražne radnje: 1) Nadzor i snimanje telefonskih razgovora i drugih oblika komuniciranja tehničkim sredstvima i 2. Prisluškivanje

U članu 130 ZKP-a FBiH navode se i uslovi za njihovu primjenu:

Protiv osobe za koju postoje osnovi sumnje da je sama ili sa drugim osobama učestvovala ili učestvuje u učinjenju krivičnog djela iz člana 131 ovog zakona mogu se odrediti posebne istražne radnje ako se na drugi način ne mogu pribaviti dokazi ili bi njihovo pribavljanje bilo povezano s nerazmjernim teškoćama.

U tački 2 pod a) navodi se da je između ostalih istražna radnja nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija.

U članu 131 ZKP-u FBiH se navodi da se te radnje mogu preduzimati u slučaju kada je za djelo koje je predmet sumnje može izreći kazna zatvora od tri godine ili teža.

Međutim, problem se javlja u slučaju takvog postupanja i kontrole i snimanja ne relevantnih razgovora i drugih osoba iz takvih presretnutih razgovora.

Ukoliko bi tokom istrage neki iskaz bio prikupljen od osoba koje ne mogu biti saslušane kao svjedoci (čl. 96. ZKP FBiH) ne samo da se na iskazima tih osoba ne može temeljiti sudska odluka, već bi i svaki dokaz prikupljen na temelju tih iskaza bio nezakonit. Isto bi važno i ako bi tijekom istrage neki iskaz bio prikupljen od osoba koje mogu odbiti svjedočenje ako nisu prethodno upozorene na tu mogućnost i ako nisu izričito pristale svjedočiti – čl. 97. ZKP FBiH. Svakako ovo važi i u odnosu na vještake. Identična je situacija i kod postupanja suprotno odredbi čl. 98. ZKP FBiH – Pravo svjedoka da ne odgovara na pojedina pitanja.

Slučajni nalazi

Član 134. Zakona o krivičnom postupku uređuje “Slučajne nalaze”, te je tim članom propisano da se ne mogu koristiti kao dokaz informacije i podaci dobijeni preduzimanjem posebnih

istražnih radnji iz člana 130. Zakona o krivičnom postupku FBiH ako se ne odnose na krivična djela iz člana 131. tog zakona. Ovom zakonskom odredbom je uopšteno propisano da se ne mogu kao dokaz koristiti informacije i podaci prikupljeni primjenom posebnih istražnih radnji ako se isti ne odnose na neko od krivičnih djela protiv integriteta BiH, čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, terorizma ili na neko krivično djelo za koje se može izreći kazna zatvora u trajanju od tri godine.

U članu 135. Zakona o krivičnom postupku FBiH, propisano je da Sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima i podacima pribavljenim primjenom posebnih istražnih radnji koje su primjenjivane bez naredbe sudije za prethodni postupak ili su primjenjivane u suprotnosti sa njom. Zakonodavac je dalje, u članu 136. Zakona o krivičnom postupku FBiH propisao da se tehničke snimke, isprave i predmeti pribavljeni pod uslovima i na način propisan Zakonom o krivičnom postupku BiH mogu koristiti kao dokaz u krivičnom postupku.

Ustav BiH

Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi: Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje: f) Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku; 48. Član 8. Evropske konvencije glasi: 1. Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih.

U skladu sa članom VI/3.b) Ustava Bosne i Hercegovine, Ustavni sud, također, ima apelacionu nadležnost u pitanjima koja su sadržana u ovom Ustavu kada ona postanu predmet spora zbog presude bilo kojeg suda u Bosni i Hercegovini.

Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku Član II/3. Ustava Bosne i Hercegovine u relevantnom dijelu glasi: Sva lica na teritoriji Bosne i Hercegovine uživaju ljudska prava i slobode iz stava 2. ovog člana, što uključuje: e) Pravo na privatni i porodični život, dom i prepisku; Član 8. Evropske konvencije glasi: 1. Svako ima pravo na poštivanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. 2. Javna vlast se ne miješa u vršenje ovog prava, osim ako je takvo miješanje predviđeno zakonom i ako je to neophodna mjera u demokratskom društvu u interesu nacionalne sigurnosti, javne sigurnosti, ekonomske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili sprječavanja zločina, zaštite zdravlja i morala ili zaštite prava i sloboda drugih. 46. Apelanti tvrde da im je prekršeno pravo iz člana 8. Evropske konvencije, jer su posebne istražne radnje određene suprotno članu 116. stav 1. ZKPBH, tj. bez postojanja osnova sumnje da su izvršili bilo koje krivično djelo, da naredbe ne sadrže obrazloženja osnova sumnje, kao i razloga zbog kojih na drugi način nije moguće osigurati dokaze, ili bi to bilo skopčano sa nerazmjernim teškoćama, odnosno da se sastoje od pukog prepisivanja razloga iz prijedloga Granične policije i Tužilaštva BiH, da su posebne istražne radnje produžavane po automatizmu

i da je izostalo obrazloženje posebno važnih razloga zbog kojih se dozvoljava produženje istražnih radnji.

U odnosu na tajno praćenje i tehničko snimanje telekomunikacija Ustavni sud podsjeća da telefonski razgovori, potpadaju pod pojam privatnog života i korespondencije u smislu člana 8. Evropske konvencije, te da presretanje telefonskih razgovora predstavlja miješanje javnih vlasti u pravo na poštivanje privatnog života (vidi, Evropski sud, inter alia, Klass i drugi protiv Njemačke, presuda od 6. septembra 1978. godine, p. 21, stav 41, Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva, presuda od 2. augusta 1984. godine, Serija A broj 82, pp. 30-31, stav 64, Lambert protiv Francuske, presuda od 24. augusta 1998. godine, Izvještaji o presudama i odlukama 1998-V, pp. 2238-39, stav 21).

Slijedom navedenog, potrebno je, u smislu člana 8. stav 2. Evropske konvencije, ispitati da li je miješanje koje je u pitanju u skladu sa zakonom, da li teži jednom ili više legitimnih ciljeva navedenih u stavu 2, te da li je nužno u demokratskom društvu kako bi se postigao taj cilj ili ciljevi ¹³¹. Evropski sud, pored ostalih, Kvasnica protiv Slovačke, aplikacija broj 72094/01, stav 77, 9. juni 2009. godine).

Naime, apelanti su u prilog tvrdnji da posebne istražne radnje ne predstavljaju zakonito miješanje u njihovo pravo iz člana 8. Evropske konvencije, u suštini, istakli: da je i u prijedlozima Granične policije i Tužilaštva BiH, kao i u naredbama Suda BiH izostala procjena osnova sumnje da su apelanti počinili krivično djelo, odnosno da su mjere tajnog nadzora, suprotno zakonu, određene kako bi se uopće utvrdilo postojanje osnova sumnje, da su izostali valjani razlozi i obrazloženja zbog čega dokazi nisu mogli biti osigurani na drugi način, ili bi to bilo skopčano sa nerazmjernim teškoćama, da su mjere tajnog nadzora produžavane po automatizmu bez obrazloženja valjanih razloga koji opravdavaju njihovo produžavanje, kao i izvještaja o njihovom provođenju po okončanju jednomjesečnog perioda na koliko su bile određene. U prilog svojim tvrdnjama apelanti su se, pored ostalog, pozvali na već citiranu presudu Dragojević, te Odluku o dopustivosti i meritumu broj U 5/16 od 31. maja 2018. godine (dostupnu na www.ustavisud.ba), ističući da su mjere tajnog nadzora određivane i produžavane i na osnovu odredaba ZKPBH koje je Ustavni sud proglasio neustavnim, odnosno u suprotnosti sa članom 8. Evropske konvencije.

Uporedno pravo

Sto postotna privatnost i takva zaštita nigdje ne postoji. Ili je ograničena zakonom ili nekim Međunarodnim propisom. Odbor za privatnost Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i vezana pitanja usvojio je 1990. definiciju privatnosti kao: " pravo pojedinca da bude zaštićen od zadiranja u svoj privatni život i poslove ili život i poslove svoje porodice, fizičkim sredstvima

¹³¹ Evropski sud, pored ostalih, Kvasnica protiv Slovačke, aplikacija broj 72094/01, stav 77, 9. juni 2009. godine).

ili objavljuju informacija " ¹³², dok australska Povelja privatnosti iz 1994 . navedeno pravo definira kao " autonomiju pojedinca i kao ograničenje prava države i privtnih organizacija za zadiru u tuđu autonmiju" koja je zagarantovana u slobodnom i demokratskom društvu. Pod navednim pojmom svrtstano je pravo pojedinca na privatnost svog tjela, privatnost prostora, privatnost komunikacija, osobnih podataka i pravo na slobodu nadziranja.

U odnosu na radnju prisluškivanja, odnosno tzv. listing telefonskih razgovora Europski sud za ljudska prava je stajalište izraženo u predmet Mallone protiv Francuske. Gospodin Malone je bio optužen za nezakonito držanje ukradene robe. Policajac zadužen za istragu naredio je prisluškivanje telefonskog razgovora na osnovu naloga koji je izdao državni sekretar u Ministarstvu unutarnjih poslova. Štoviše, telefon gospodina Malona bio je «mjereno» od strane policije sredstvom koje automatski bilježi sve pozvane brojeve. Sud je rekao da prakse koje su na snazi u Engleskoj i Walesu i koje dozvoljavaju tajno praćenje komunikacija, predstavljaju miješanja u prava podnositelja predstavke po čl. 8. Mada je to mišljenje bilo zakonito po važećem zakonu Engleske i Welesa, i Komisija i Sud su došli do zaključka da ono nije bilo «u skladu sa zakonom» u smislu drugog stavka čl. 8, pošto važeći zakon nije dovoljno jasno definirao suštinske elemente nadležnosti vlasti u ovom domenu (Presuda od 2. 8. 1984., A.82, str. 31-26). Što se tiče «mjerenja» Sud se nije složio sa vladom da, budući da PTT samo bilježi signale koji joj stižu kao poduzeću koje pruža telefonske usluge, a nije prisluškivala razgovore, to ne predstavlja miješanje u bilo koje pravo koje garantira čl. 8. Objavljuvanje te informacije bez suglasnosti telefonskog pretplatnika jeste po mišljenju Suda dovelo do takvog mišljenja.

Ovakvo stajalište proizlazi i iz prakse Europskog suda za ljudska prava. Primjera radi, u predmetu Unterpretinger protiv Austrije (Presuda od 24. 11. 1986. god.), podnositelj je bio optužen za nanošenje teških fizičkih povreda svoje supruge i pokćerke u dva odvojena incidenta. Podnositelj se izjasnio da nije kriv. Prije suđenja policija je uzela iskaze od supruge i pokćerke. Međutim, na suđenju, one su izjavile da žele iskoristi svoje pravo da ne svjedoče, jer su u bliskoj rodbinskoj vezi. Optužbi je zatim odobreno da se iskazi ove dvije žene dati prije suđenja pročitaju pred sudom. Sud za ljudska prava je smatrao da se čitanje iskaza na način kao što je učinjeno samo po sebi ne može uzeti kao kršenje Konvencije. Međutim, njihovo korištenje mora biti u suglasnosti sa pravima odbrane. Sud nastavlja i kaže da je bilo jasno da se osuda podnositelja uglavnom zasnivala na iskazima supruge i pokćerke. Domaći sud nije iste tretirao samo kao informacije, nego kao dokaze o istinitosti optužbi koje su u to vrijeme ove žene navele. Imajući na umu činjenicu da podnositelj nije imao priliku niti u jednoj fazi postupka da ispituje osobe čiji su iskazi pročitani na suđenju, njegovo suđenje nije bilo pravično.

¹³² Maralyan, A. (2012). Comparative Analsis of the Protection of Private Life of Public Officials and Public Figures Guaranteed by the Constitution of the United States and European Convetion for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. Dostupno na : www.tufts.edu/law-aia-am/files/2012/03/Paper.pdf 01.05.2012.

Zaključak

Posebne istražne radnje u našim prostorima predstavljaju jedno od najčešćih sredstava u borbi protiv organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih djela. Prateći primjenu prava u svijetu i nastojeći da iznađu mehanizme za uspješno suprostavljanje najtežim oblicima kriminala, korupciji i organizovanom kriminalu zakonodavna tijela i organi krivičnog gonjenja u Bosni i Hercegovini su blagovremeno u krivično procesno zakonodavstvo uvrstili posebne istražne radnje i započeli sa njihovom primjenom. Praksa policijskih organa i tužilaštava pokazuje da su posebne istražne mjere i radnje nerijetko jedino efikasno sredstvo u otkrivanju i obezbjeđenju dokaza o pripremanju i izvršenju određenih krivičnih djela kao što su krivična djela organizovanog kriminala, terorizma i koruptivna krivična djela. Posebno je značajna posebna istražna radnja nadzor i tehničko snimanje telekomunikacija, koje je kao što smo to potvrdili provedenim istraživanjem najčešće korišćena posebna istražna radnja u Bosni Hercegovini. Međutim, svakodnevno u praksi se kroz izvođenje dokaza mogu u prestretnutim telefonskim razgovorima čuti i razgovori koji nisu relevantni za krivični postupak i koji nisu bili predmet naredbe Suda. Radi se o slučajno pronađenim dokazima i isti se koriste u krivičnom postupku. U cilju unapređenja rada na sprečavanju kriminaliteta neophodno je stalno posmatranje i analiziranje postupnja organa krivičnog gonjenja, analiziranje sudskih postupaka i načina na koji se isti okončavaju, te analiziranje postojećih zakonskih odredbi u cilju utvrđivanja njihove adekvatnosti i usklađenosti sa društveno socijalnim uslovima. Neophodna je i uporedno pravna analiza zakonskih i podzakonskih odredbi koje uređuju ovu materiju u BiH i u drugim državama u cilju uočavanja pozitivnih i dobrih primjera, te prilagođavanje tih odredbi zakonskim okvirima u BiH. Također neophodno je preciznije propisivanje neposrednog provođenja posebnih istražnih radnji od strane policijskih organa, te saradnje preduzeća i institucija koje se bave poslovima telekomunikacija. Kao posebno bitno pitanje je stalno usavršavanje i nadogradnja materijalno tehničkih sredstava i opreme koja se koristi u primjeni posebnih istražnih radnji, a posebno nadzora i snimanja telekomunikacija. Posebna istražna radnja nadzor i snimanje telekomunikacija predstavlja izuzetno bitno sredstvo u otkrivanju i sprečavanju kriminaliteta, a posebno najtežih oblika kriminala kao što su organizovani kriminal, korupcija i terorizam.

Literatura

- [1] Antić V., Mitrović D., (2012) Posebne istražne radnje, Projekat: Jačanje tužilačkih kapaciteta u sistemu krivičnog pravosuđa, Sarajevo.;
- [2] Antić V., Šikman M., Kuljić D. i Peleš R., (2009) Preduzimanje radnji dokazivanja u istrazi pod nadzorom tužioca i zakonitost pribavljenih dokaza, Sarajevo, 81–82.;
- [3] Bugarski T., (2014) Dokazne radnje u krivičnom postupku, Pravni fakultet Novi Sad;
- [4] Brkić S., (2014.) Krivično procesno pravo 1, Pravni fakultet Novi Sad;