

*Olivera Ševo**

Pravni fakultet Univerziteta u Banja Luci

NAČELO ZAKONITOSTI I SUĐENJE ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BOSNI I HERCEGOVINI

Apstrakt: Rad se bavi suđenjem za zločin protiv čovečnosti u Bosni i Hercegovini (BiH) posmatranim kroz prizmu načela zakonitosti. Suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH otvorilo je pitanje poštovanja načela zakonitosti u ovim suđenjima i učinilo vidljivim niz antagonizama u pogledu shvatanja ovog načela u različitim granama prava i pravnim sistemima. U tom svetlu, rad nastoji da odgovori na pitanje kako je došlo do suđenja za zločin protiv čovečnosti u okviru pravosudnog sistema BiH, a uvažavajući činjenicu da zločin protiv čovečnosti nije bio propisan u zakonu vremena izvršenja krivičnog dela, te koje su reperkusije takvog suđenja po načelo zakonitosti kako je ono shvaćeno u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji. U radu se pojašnjava struktura pravosudnog sistema u BiH u kontekstu nadležnosti za suđenje zločina protiv čovečnosti, kao i položaj načela zakonitosti u zakonodavstvu BiH. Potom se rad bavi razvojnim putem suđenja za zločin protiv čovečnosti u BiH kroz analizu sudske prakse Suda Bosne i Hercegovine, Ustavnog suda Bosne i Hercegovine i Evropskog suda za ljudska prava, koja je povezana sa pitanjem poštovanja načela zakonitosti u ovim suđenjima. Konačno, u radu se nastoji dati prikaz shvatanja načela zakonitosti u okviru različitih grana prava i utvrditi njihov odnos sa načelom zakonitosti posmatranim iz ugla kontinentalne krivičnopravne tradicije.

Ključne reči: načelo zakonitosti, zločin protiv čovečnosti, Sud Bosne i Hercegovine, Evropski sud za ljudska prava.

UVOD

Oružani sukob u Bosni i Hercegovini (u daljem tekstu: BiH) ostavio je iza sebe veliki broj učinjenih međunarodnih krivičnih dela. Vreme od početka suđenja za međunarodna krivična dela učinjena na prostoru BiH do danas prati niz pravnih problema. Iako su često u fokusu pojedini pravni problemi koji postoje u vezi sa osnivanjem *ad hoc* Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju¹ i pojedinim

* asistent, olivera.sevo@pf.unibl.org.

1 Puni naziv ovog suda je Međunarodni tribunal za krivično gonjenje lica odgovornih za teška kršenja međunarodnog humanitarnog prava na teritoriji bivše Jugoslavije nakon 1991. U ovom radu će se koristiti naziv Haški tribunal ili MKTJ.

segmentima njegovog rada, čini se da ništa manji problemi nisu postojali i kada su u pitanju postupci pred nacionalnim pravosuđem za krivična dela koja su počinjena u ovom periodu. S obzirom na činjenicu da je u toku oružanog sukoba veliki broj krivičnih dela izvršen na prostoru današnje BiH, upravo se pravosuđe ove države i suočilo sa masovnim procesuiranjem međunarodnih krivičnih dela. Jedno od pitanja koje je (možda i ponajviše) podelilo stručnu i naučnu javnost jeste pitanje poštovanja načela zakonitosti u ovim postupcima. Ta podeljenost se odnosi na dva pitanja. Prvo – koji zakon treba da bude primenjen prilikom procesuiranja ratnih zločina u BiH, Krivični zakon SFRJ (u daljem tekstu: KZ SFRJ)² kao zakon vremena izvršenja krivičnih dela ili Krivični zakon BiH (u daljem tekstu: KZ BiH)³ kao zakon vremena suđenja, i drugo – da li je moguće procesuiranje zločina protiv čovečnosti koji nije bio inkriminisan zakonom vremena izvršenja krivičnog dela. U pogledu oba pitanja, svoj stav je dao i Evropski sud za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP), jednom u vidu presude, a drugi put u vidu odluke o (ne)dopustivosti. Upravo će stav ESLJP u pogledu mogućnosti procesuiranja zločina protiv čovečnosti poljuljati uvreženo shvatanje principa *nullum crimen sine lege*, dok će kažnjavanje za ovo krivično delo prema zakonu suđenja (KZ BiH) poljuljati i drugi segment načela zakonitosti – *nulla poena sine lege*.

Ovaj rad za predmet ima procesuiranje zločina protiv čovečnosti u BiH posmatrano iz ugla poštovanja načela zakonitosti. S obzirom na to da je BiH zemlja koja ima veliki broj procesuiranih predmeta zločina protiv čovečnosti, a da to delo nije bilo propisano zakonom vremena izvršenja ovih krivičnih dela, cilj rada je da predstavi razvojni put procesuiranja zločina protiv čovečnosti u BiH ukazujući na različitosti u razumevanju načela zakonitosti u krivičnom pravu i međunarodnom pravu, kao i na reperkusije koje ova suđenja imaju u pogledu doslednosti poštovanja načela zakonitosti onako kako se ono shvata u kontinentalnom krivičnopravnom sistemu.

1. NADLEŽNOST ZA SUĐENJE ZLOČINA PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH

Procesuiranje ratnih zločina u BiH je prošlo kroz različite faze. Prva faza suđenja za ratne zločine (pa i zločin protiv čovečnosti) podrazumevala je podeljenu nadležnosti između entitetskih sudova u BiH i Haškog tribunala, pri čemu je Haški tribunal imao prednost.⁴ U tom periodu se suđenje za zločin protiv čovečnosti odvijalo prevashodno pred Haškim tribunalom. Nakon početka rada Suda Bosne i

2 Krivični zakon Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 i 38/90.

3 *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.

4 Rešenje prema kojem se Haškom tribunalu daje prednost u procesuiranju ratnih zločina se u literaturi ističe kao loše. Nasuprot njemu, kao bolje i prihvatljivije ističe se rešenje koje nacionalnom pravosuđu daje primat uz ustanovljavanje komplementarne nadležnosti, kao u slučaju Međunarodnog krivičnog suda osnovanog Rimskim statutom. Vid. više: M. Škulić /2020/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 36–37; Z. Stojanović /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 153–155.

Hercegovine (u daljem tekstu: Sud BiH) u punom kapacitetu 2005. godine,⁵ nadležnost za procesuiranje međunarodnih krivičnih dela postaje dodatno fragmentirana i podrazumeva nadležnost Haškog tribunala, Suda BiH i entitetskih sudova. Paralelno sa početkom rada Suda BiH, započinje i rad na tzv. Izlaznoj strategiji Haškog tribunala koja ima za cilj okončanje postupaka pred ovim *ad hoc* tribunalom i ustupanje predmeta u skladu sa Pravilom 11*bis*⁶ nacionalnim pravosudnim sistemima.⁷ Cilj i jednog i drugog je bio da se utaba put ka samostalnijem suđenju za ratne zločine u BiH. To je dovelo do usvajanja Državne strategije za rad na predmetima ratnih zločina 2008. godine, prema kojoj je utvrđena nadležnost Suda BiH za procesuiranje zločina protiv čovečnosti.⁸ Nakon više godina i niza poteškoća 2020. godine je usvojena i Revidirana strategija za rad na predmetima ratnih zločina, čiji Aneks A takođe predviđa da će za predmete koji uključuju procesuiranje zločina protiv čovečnosti biti nadležan Sud BiH⁹.

2. POLOŽAJ NAČELA ZAKONITOSTI U KRIVIČNOM ZAKONODAVSTVU BIH

Kao fundamentalno načelo materijalnog krivičnog prava, načelo zakonitosti zauzima važno mesto u većini evropskih zakonodavstva, a ono je često i načelo ustavnog ranga.¹⁰ U tom smislu nema razlike ni u pogledu krivičnog zakonodavstva u BiH. Krivični zakon BiH u čl. 3 propisuje da nikom ne može biti izrečena kazna ili druga krivičnopravna sankcija za delo koje pre nego što je izvršeno nije bilo zakonom ili *međunarodnim pravom (prim. aut.)* propisano kao krivično delo i za koje zakonom nije bila propisana kazna. Takođe, članom 4. predviđena je obavezna primena zakona vremena izvršenja krivičnog dela, osim u slučaju kada je novi zakon blaži po učinioca. Ono što predstavlja različitost u pogledu važenja načela

- 5 Sud BiH je osnovan 2000. godine. On je u početnim godinama nakon osnivanja u svom sastavu imao i domaće i međunarodne sudije. Vid.: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/2/108105.pdf>, 4. mart 2021. To je dovelo do označavanja ovog suda kao hibridnog. Vid. npr.: B. Ivanišević /2008/: *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*, International Center for Transitional Justice, New York, p. 39; M. Babić /2021/: *Međunarodno krivično pravo*, Banjaluka, p. 49–50.
- 6 Pravilnik o postupku i dokazima, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev34_bcs.pdf, 3. mart 2021.
- 7 To je podrazumevalo da će Haški tribunal preneti predmete koji uključuju hijerarhijski srednje i niže rangirana lica na nacionalni nivo.
- 8 Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf, p. 41–42, 4. mart 2021. Ovde treba imati na umu da se pravi razlika između predmeta zaprimljenih u rad kod sudova i tužilaštava pre 1. marta 2003. godine i nakon tog datuma. Ovaj datum je zapravo datum usvajanja KZ BiH i ZKP BiH. U odnosu na prve, nadležnost pripada entitetskim sudovima uz mogućnost da budu preuzeti od Suda i Tužilaštva BiH. U pogledu drugih, nadležnost pripada Sudu i Tužilaštvu BiH uz mogućnost da ih ustupi entitetskim sudovima.
- 9 Aneks A, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/default.aspx?id=10811&langTag=bs-BA, 4. mart 2021.
- 10 Schabas navodi da je načelo zakonitosti u praksi Međunarodnog tribunala za Liban određeno kao *ius cogens* norma, što govori o značaju ovog načela. Vid.: W. A. Schabas /2015/: *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford, p. 328.

zakonitosti u KZ BiH u odnosu na zakone u zemljama okruženja (Hrvatske, Srbije, Crne Gore), ali i u odnosu na jedan od entitetskih zakona u BiH – Krivični zakonik Republike Srpske, jeste deo odredbe koji se odnosi na kažnjavanje za delo koje je pre nego što je izvršeno bilo propisano međunarodnim pravom.¹¹ Povezano sa tim, KZ BiH ima još jednu dopunjujuću odredbu. Naime, čl. 4a KZBiH koji nosi naziv „suđenje i kažnjavanje za krivična djela prema opštim načelima međunarodnog prava”, propisuje da čl. 3 i čl. 4 neće sprečavati kažnjavanje za delo koje je predstavljalo krivično delo *u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava (prim. aut.)*.¹² Na ovaj način, u KZ BiH unesena je odredba kakvu do sada naše zakonodavstvo nije poznavalo i koja je u dobroj meri suprotstavljena shvatanju ovog načela u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji (koje je prihvaćeno i na našem prostoru),¹³ pre svega u segmentima koji se odnose na *lex certa, nullum crimen sine lege praevia i nulla poena sine lege praevia*.

Načelo zakonitosti obuhvata dva povezana sadržaja. Prvi se odnosi na zakonitost krivičnog dela i izražava se latinskom formulacijom *nullum crimen sine lege*, dok se drugi odnosi na zakonitost kazne i izražava formulacijom *nulla poena sine lege*. Kada je reč o zakonitosti dela, ovo načelo implicira više zahteva od kojih je jedan *nullum crimen sine lege certa (lex certa)* koji, kako je shvaćen u nacionalnom krivičnom pravu, predstavlja zahtev za što jasnijim i preciznije određenim elementima bića krivičnog dela. Takođe, jedan od zahteva koji proizlaze iz načela zakonitosti je i zabrana primene krivičnog zakona retroaktivno – *nullum crimen sine lege praevia*, izuzev u slučaju primene blažeg zakona. Isti zahtev postoji i u pogledu zakonitosti kazne – *nulla poena sine lege (praevia)*.¹⁴

Ovde bi trebalo imati na umu razlikovanje u shvatanju ovog načela u kontinentalnim krivičnopravnim sistemima koje odlikuje strogost (eng. *strict legality*) i u anglosaksonskim krivičnopravnim sistemima (eng. *substantive justice*).¹⁵ Potonje shvatanje nije tako strogo i može se izraziti kroz sintagmu *nullum crimen sine iure*, odnosno *nema krivičnog dela bez prava*.¹⁶ Iz toga proizlazi zaključak da može biti reč o bilo kojem izvoru prava. Pored toga, pojašnjavajući shvatanje načela zakonitosti u međunarodnom krivičnom pravu, Škulić ističe da se ono smatra ispoštovanim

11 Treba naglasiti da ova odredba u velikoj meri odgovara tekstu čl. 7, st. 1 EKLJP. Međutim, ovakvom odredbom se stvara konfuzija u pogledu primene kazne na to krivično delo jer je prilično poznato da, iako se međunarodnim ugovorima određuju krivična dela, istim se ne propisuju krivične sankcije. O tome vid. M. Škulić: *op. cit.*, p. 30. Dodatno, pod pojam „međunarodno pravo“ u smislu izvora prava ne ulaze samo međunarodni ugovori, već i značajno neprecizniji izvori prava, što dodano usložnjava problem ne samo primene krivičnih sankcija, nego i preciznosti inkriminacija na način kako se to zahteva u krivičnom pravu. Više o izvorima međunarodnog prava vid.: LJ. Mijović /2019/: *Osnove međunarodnog javnog prava – I dio*, Banja Luka, p. 21–23.

12 KZ BiH, čl. 4a.

13 Vid. npr.: Z. Stojanović: *op. cit.*, p. 22. M. Babić /2021/: *op. cit.*, p. 37–40.

14 M. Babić, I. Marković /2019/: *Krivično pravo – opšti dio*, Banja Luka, p. 91–92. Ostali zahtevi odnose se na propisanost krivičnog dela i kazne zakonom (*lex scripta*) i zabranu primene analogije (*lex stricta*).

15 Vid. više: B. Petrović, N. Smailagić /2016/: Načelo zakonitosti u savremenom međunarodnom krivičnom pravu: srednji put između kontinentalnog i angloameričkog koncepta zakonitosti?, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX, p. 299–302.

16 M. Škulić: *op. cit.*, p. 18.

ako kažnjivost ponašanja proizlazi iz pisanih ili nepisanih normi koje su bile na snazi u vreme izvršenja, kao i da se poštovanje ovog načela nije protezalo na krivične sankcije.¹⁷ Babić iznosi isti stav, naglašavajući da je razlog za ovakvo shvatanje stav da međunarodno krivično pravo neće biti direktno primenjeno i ističe nerazumevanje ovakvog shvatanja načela zakonitosti (naročito u praksi MKTJ) od strane domaće pravničke javnosti.¹⁸ Kontinentalno-evropsko krivično pravo postavlja visok standard u pogledu preciznosti prilikom određivanja krivičnopravno kažnjivog ponašanja, koji neće biti ispunjen kod krivičnih dela koja su zabranjena „u skladu sa opštim načelima međunarodnog prava”, što odredba 4a KZ BiH uvodi, čime je u značajnoj meri poljuljan segment načela zakonitosti *lex certa*. Takođe, u pogledu tako određenih krivičnih dela nema propisane sankcije, stoga je i segment koji se odnosi na *nulla poena sine lege praevia* narušen.

Primetno je da je BH zakonodavac prilikom formulisanja čl. 4a sledio tekst Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: EKLJP, Evropska konvencija).¹⁹ Ovo je prilično neobična zakonska odredba u zakonodavstvu koje tradicionalno pristupa načelu zakonitosti na rigidniji način, uz dominantno mišljenje u teoriji da je odredba čl. 7, st. 2 prilično nejasna.²⁰ Zapravo, osnovni problem ove formulacije jeste „konflikt” između potrebe krivičnog prava za visokim stepenom preciznosti prilikom određenja krivičnog dela i sankcije – što teško može biti ispoštovano uzimajući u obzir da se pravilima međunarodnog prava ne određuju ovi elementi na tako precizan način, i potrebe za kažnjavanjem teških krivičnih dela koja, bez sumnje postoji.

Određenje načela zakonitosti u zakonodavstvu BiH je za temu ovog rada izuzetne važnosti jer KZ SFRJ koji je bio na snazi u vreme izvršenja zločina protiv čovečnosti u toku oružanog sukoba u BiH nije propisivao ovo krivično delo, te bi doslednom primenom tradicionalnog shvatanja načela zakonitosti nacionalnom pravosuđu bilo onemogućeno procesuiranje ovog krivičnog dela prema trenutno važećim KZ BiH. Upravo će ove odredbe biti podloga za procesuiranje zločina protiv čovečnosti u BiH, o čemu će biti više reči u tekstu koji sledi.

17 M. Škulić: *Ibid.*, p. 20.

18 M. Babić /2021/: *op. cit.*, p. 39–40.

19 Naime, čl. 7, tač. 2 glasi: „Ovaj član ne utiče na suđenje ili kažnjavanje bilo koje osobe koja je kriva za činjenje ili nečinjenje, ako je to delo u vreme izvršenja predstavljalo krivično delo prema opštim pravnim načelima priznatim od strane civilizovanih naroda.” Analizom ove odredbe i njenim poređenjem sa odredbom čl. 4a KZ BiH može se uočiti njihova velika podudarnost. U literaturi se ističe da su određene zemlje prihvatile ovakvo definisanje načela zakonitosti u svom krivičnom zakonodavstvu sledeći odredbe EKLJP, ali i Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (dalje: MPGPP). U te zemlje spadaju npr. Poljska, Kanada, BiH i sl. Vid. više: W. N. Ferdinandusse /2006/: *Direct application of international criminal law in national courts*, Hague, p. 231. Ipak se na ovom mestu treba osvrnuti i na kritiku postojanja ovako formulisane odredbe. Naime, *Schabas* ističe da je ona suvišna jer su „opšta pravna načela priznata od strane civilizovanih naroda” zapravo nešto što je sadržano u „međunarodnom pravu” iz st. 1, čl. 7 EKLJP. Sa druge strane, on ističe da je svrha ovog stava bila omogućavanje suđenja za krivična dela izvršena nakon Drugog svetskog rata, te bi se sledom toga moglo zaključiti da se njegova svrha time iscrpljuje. W. A. Schabas: *op. cit.*, p. 352–355.

20 M. Babić /2015/: Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maktouf-Damjanović i njen uticaj na suđenje za međunarodna krivična djela, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, n° 37, p. 280–281.

3. ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U KZ SFRJ I KZ BIH

U vreme oružanog sukoba na teritoriji današnje BiH na snazi je bio Krivični zakon Savezne Federativne Republike Jugoslavije iz 1976. godine. Taj zakon nije propisivao krivično delo zločin protiv čovečnosti, dok je sa druge strane obuhvatao inkriminacije genocida i više inkriminacija ratnog zločina. Važno je naglasiti da je taj zakon obuhvatao donekle proširenu inkriminaciju genocida u odnosu na onu koja je sadržana u Konvenciji o sprečavanju i kažnjavanju zločina genocida iz 1948. godine i to u delu alternativno određenih radnji izvršenja,²¹ što je prema Škuliću upravo posledica nepostojanja inkriminacije zločina protiv čovečnosti.²² Sa druge strane, jednako je važno da je isti zakon sadržavao inkriminaciju ratnog zločina protiv civilnog stanovništva sa nizom alternativno određenih radnji izvršenja, od kojih neke predstavljaju i oblike zločina protiv čovečnosti²³.

Nakon usvajanja Krivičnog zakona BiH 2003. godine, dolazi do važne promene u pogledu inkriminisanja ovog krivičnog dela. Naime, KZ BiH u čl. 172 inkriminiše zločin protiv čovečnosti na gotovo identičan način kako je on određen u Rimskom statutu. Treba imati na umu da je zločin protiv čovečnosti, iako nije bio propisan KZ SFRJ, predstavljao krivično delo prema međunarodnom pravu, na šta ukazuju pre svega Nirnberški principi,²⁴ ali i niz drugih izvora međunarodnog krivičnog prava, o čemu će biti reči kasnije u ovom radu.²⁵ Ono što u svakom slučaju predstavlja osnovno pitanje jeste da li je i pored toga što zakon vremena izvršenja nije propisivao ovo krivično delo njegovo procesuiranje moguće, i ukoliko jeste, da li to ima reperkusije u pogledu poštovanja načela zakonitosti.

4. MOŽE LI SE SUDITI ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH?

4.1. Odluke Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH

Odgovor na pitanje iz naslova mora se tražiti u sudskoj praksi. Sa druge strane, iako mišljenje zastupljeno u literaturi ne može formalno dovesti do drugačijeg pristupa, ono ne sme biti zanemareno. U tom svetlu, u nastavku će biti izneseni stavovi

21 Pored „osnovnih“ radnji izvršenja, inkriminacija je obuhvatala i „prinudno preseljenje stanovništva“.

22 M. Škulić: *op. cit.*, p. 289, fn. 739.

23 KZ SFRJ, čl. 172.

24 I pored ovog, ne treba izgubiti iz vida da se Nirnberškom procesu upućuju ozbiljne kritike u pogledu načela zakonitosti kada je reč o zločinu protiv čovečnosti. Isticano je da ovo krivično delo nije postojalo pre Povelje Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu i da kažnjavanje na osnovu nje predstavlja kršenje pravila o zabrani retroaktivne primene zakona. Kaseze ističe da ovaj sud nije nikada zauzeo generalni stav u tom pravcu, dok u pogledu zločina agresije jeste. On smatra da je razlog za to pasivniji stav odbrane kod zločina protiv čovečnosti u odnosu na zločin agresije, međutim to ne menja činjenicu da je ovo pitanje isticano i tokom suđenja, a i u literaturi. A. Kaseze /2005/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, p. 170.

25 Ono što dodatno usložnjava problem zločina protiv čovečnosti jeste njegovo izuzetno različito formulisanje u vrlo značajnim izvorima međunarodnog krivičnog prava, pre svega u Statutu Međunarodnog vojnog tribunala u Nirnbergu, Statutu Haškog tribunala i Statutu Međunarodnog suda za Ruandu. Čak je u statutima dva potonja suda, koja predstavljaju „dva brata blizanca“, ovo delo drugačije definisano.

zauzeti u sudskoj praksi, uz iznošenje mišljenja koje je u tom pogledu prisutno u literaturi.

Činjenica da u BiH postoji veliki broj presuđenih predmeta zločina protiv čovečnosti govori u prilog tome da je zauzet stav da je suđenje za ovo krivično delo moguće, iako ono nije bilo propisano KZ SFRJ. Sa druge strane, činjenica je da se za ovo krivično delo ne goni ni u Srbiji, ni u Hrvatskoj,²⁶ uz isticanje prigovora nepostojanja ove inkriminacije u vreme izvršenja krivičnog dela. U literaturi se zapaža kritika u pogledu ove mogućnosti kada je reč o suđenjima u BiH.

Prva suđenja za zločin protiv čovečnosti dovela su do postupaka pred Ustavnim sudom Bosne i Hercegovine (u daljem tekstu: US BiH) ali i ESLJP. Presuđujući po žalbi u predmetu *Samardžić*, Apelaciono vijeće Suda BiH je istaklo nekoliko argumenata u prilog mogućnosti procesuiranja zločina protiv čovečnosti. Ti argumenti bi se mogli svesti na sledeće: (1) primena čl. 7, st. 2 EKLJP i čl. 15, st. 2 MPGPP omogućava izuzetak od strogog postupanja po načelu zakonitosti, a ovi izvori prava su za BiH obavezujući; (2) čl. 4a KZ BiH omogućava isto odstupanje; (3) zločin protiv čovečnosti je bio deo međunarodnog običajnog prava, što se potvrđuje navođenjem više izvora međunarodnog prava; (4) zločin protiv čovečnosti se može podvesti pod „opšta načela međunarodnog prava”; (5) radnje izvršenja su bile predviđene kroz odredbe drugih krivičnih dela iz KZ SFRJ (dominantno ratnih zločina).²⁷ Iste argumente Apelaciono Vijeće Suda BiH koristilo je i u predmetu *Šimšić*, koji će postati poznatiji s obzirom na to da se našao pred ESLJP. Primetno je da se Apelaciono vijeće Suda BiH u obe drugostepene presude pozvalo na Odluku o dopustivosti ESLJP u predmetu *Naletilić protiv Hrvatske* u kojoj je ESLJP zauzeo stav da se na predmete koji se odnose na kažnjavanje zločina protiv čovečnosti ima primeniti st. 2, čl. 7 EKLJP.²⁸

Primena KZ BiH i suđenje za zločin protiv čovečnosti i u jednom i drugom predmetu bili su predmet ispitivanja i pred US BiH. Tako je odlučujući po apelaciji u predmetu *Samardžić* ustanovio da primena KZ BiH u pogledu zločina protiv čovečnosti ne predstavlja kršenje čl. 7 EKLJP.²⁹ Argumenti koje u ovom pogledu koristi US BiH slični su onima koje je koristio Sud BiH, a oni se pre svega odnose na to da je čl. 4a KZ BiH primenjiv u slučaju zločina protiv čovečnosti, ali i na čl. 7, st. 2 EKLJP koji se na osnovu izričite ustavne odredbe³⁰ može direktno primeniti.³¹

4.2. Odluka ESLJP u predmetu *Šimšić protiv BiH*

U pogledu kršenja čl. 7 protiv BiH postoje dve odluke ESLJP, od kojih je jedna odluka o dopustivosti, dok je u drugom slučaju reč o presudi. Nakon postupka pred US BiH, Boban Šimšić je podneo predstavku ESLJP tvrdeći da je osudom za zločin protiv čovečnosti počinjen 1992. godine prekršen čl. 7 EKLJP jer to krivično delo

26 M. Babić /2015/: *op.cit.*, p. 282.

27 Drugostepena presuda, Sud BiH, *Neđo Samardžić*, br. X-KRŽ 05/49, 13. decembar 2006, p. 22–25.

28 Odluka o dopustivosti, ESLJP, *Naletilić protiv Hrvatske*, br. 51891/99, 4. maj 2000, par. 2.

29 Presuda, US BiH, *Neđo Samardžić*, br. AP 519/07, 30. januar 2010, par. 70.

30 Ustav Bosne i Hercegovine, čl. II/2.

31 *Neđo Samardžić*, par. 69.

nije bilo predviđeno zakonom koji je važio u periodu trajanja oružanog sukoba.³² ESLJP je predstavku Bobana Šimšića ocenio kao očigledno neosnovanu³³ i time je proglasio nedopustivom. ESLJP je u ovom predmetu analizirao veliki broj izvora međunarodnog prava³⁴ u cilju izvođenja zaključka da je zločin protiv čovečnosti krivično delo definisano u međunarodnom pravu.³⁵ Sud je prilikom utvrđivanja postojanja krivičnog dela u međunarodnom pravu analizirao izvore prava poput Povelje Međunarodnog vojnog suda u Nirnbergu, Nirnberške principe, Konvenciju o nezastarevanju ratnih zločina i zločina protiv čovečnosti, Statut Haškog tribunala, Rimski statut³⁶ i sl. Ovakvom odlukom ESLJP je potvrdio stav Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH i time do kraja otvorio već odškrinuta vrata suđenja za zločine protiv čovečnosti počinjene u vreme oružanog sukoba u BiH.

Pored toga, ovde se još jedno pitanje ukazalo kao važno – da li je podnosilac predstavke mogao da zna da je ovo krivično delo kažnjivo prema međunarodnom pravu. Naime, iako je podnosilac predstavke tvrdio da on to nije mogao da zna, ESLJP je uzeo u obzir položaj koji je podnosilac predstavke imao u vreme izvršenja dela (bio je policijski službenik) i citirajući predmet *Kononov protiv Litvanije* zaključio: „Osobe koje obnašaju profesionalnu dužnost moraju postupati s visokim stepenom opreza kada obavljaju svoje zanimanje i od njih se očekuje da postupaju s posebnom pažnjom prilikom procjene rizika koje takve aktivnost povlače za sobom.”³⁷ Pored toga, Sud je posebno cenio činjenicu da su počinjena krivična dela po svojoj prirodi očigledno nezakonita, što je kod podnosioca predstavke moralo dovesti do svesti da postoji rizik da dela predstavljaju zločin protiv čovečnosti i da bi on mogao biti za njih odgovoran.³⁸ U tom svetlu, Sud je zaključio da je, s obzirom na način definisanje ovog krivičnog dela u međunarodnom pravu, ono u vreme izvršenja predstavljalo krivično delo definisano sa dovoljnim stepenom dostupnosti i predvidivosti u međunarodnom pravu³⁹.

Jedno pitanje je ipak ostalo otvoreno – u okviru kojeg stava čl. 7 je Sud razmatrao predstavku u predmetu *Šimšić*. Iako bi se na prvi pogled moglo reći da je reč o st. 2, Sud se o tome nije eksplicitno izjasnio, što dodatno stvara konfuziju. On u prvom delu obrazloženja svoje odluke pominje st. 1, ali u pogledu predvidljivosti i dostupnosti zakona. U zaključku svog obrazloženja on zaključuje: „...da su djela apli-

32 Odluka o dopustivosti, ESLJP, *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, br. 51552/10, 10. april 2012, par. 20.

33 Pitanje očigledne neosnovanosti, iako prema slovu EKLJP predstavlja formalni razlog za odbacivanje predstavke, ipak predstavlja svojevrsni ulazak u meritum. Pitanje „neosnovanosti“ je suštinski meritorno pitanje, pa čak i kad je reč o „očiglednoj neosnovanosti“.

34 *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, par. 8–3.

35 *Ibid.*, par. 25.

36 Postavlja se pitanje da li se Statut Haškog tribunala i Rimski statut koji su usvojeni nakon što su predmetna krivična dela učinjena mogu analizirati u ovom kontekstu u cilju potvrde da je krivično delo bilo predviđeno u međunarodnom pravu. Iako ovi statuti u nekoj meri kodifikuju postojeće međunarodno pravo (u pogledu ovog za Rimski statut postoji saglasnost, dok u slučaju Statuta Haškog tribunala, ne), teško je ne primetiti da su oni usvojeni nakon činjenja krivičnog dela za koje se nastoji dokazati da je u vreme činjenja bilo propisano u međunarodnom pravu.

37 *Šimšić protiv Bosne i Hercegovine*, par. 24.

38 *Ibid.*, par. 24.

39 *Ibid.*, par. 22, 25.

kanta, u vrijeme kada su izvršena, predstavljala krivično djelo definisano s dovoljno dostupnosti i predvidivosti prema međunarodnom pravu.⁴⁰ Korišćenjem sintagme „u međunarodnom pravu” čini se da Sud podvodi predmetni slučaj pod st. 1 (za razliku od Apelacionog vijeća Suda BiH i US BiH), a ne st. 2, čl. 7. Ukoliko je tako, onda je u tom smislu Sud na neki način odstupio od stava zauzetog u predmetu *Naletilić* u kojem se izjasnio da se pitanje zločina protiv čovečnosti razmatra u okviru st. 2.⁴¹ Ipak, u literaturi se ističe da je Sud u svojoj praksi zauzeo stav da su ova dva stava međusobno povezana i da se imaju tumačiti u međusobnom saglasju.⁴²

Ono što se ne može zanemariti i preskočiti na ovom mestu jeste činjenica da se u pogledu st. 2, čl. 7 ističe i ponavlja njegova nejasnost, kao i da se naglašava stavljanje rezerve od strane pojedinih zemalja na ovaj deo čl. 7 EKLJP. U tom pravcu, više autora ističe stavljanje rezerve od strane Nemačke.⁴³ To dovodi do isticanja da suđenje za zločin protiv čovečnosti na ovakav način u velikoj meri degradira i dero-gira načelo zakonitosti.

4.3. Presuda ESLJP u predmetu *Maktouf i Damjanović protiv BiH*

Pored Odluke u predmetu *Šimšić*, postoji još jedna presuda protiv BiH koja se odnosi na povredu čl. 7 EKLJP. Reč je o predmetu *Maktouf i Damjanović protiv BiH*⁴⁴ koja pokreće pitanje primene (blažeg) krivičnog zakona u postupcima za međunarodna krivična dela. Naime, Sud BiH je prilikom suđenja za međunarodna krivična dela jednim vidom generalne procene⁴⁵ povoljnosti zakona KZ BiH utvrdio kao blaži i primenjivao ga uz argument da isti ne predviđa smrtnu kaznu za ova krivična dela, dok je KZ SFRJ ovakvu kaznu predviđao. Zapravo, ovo pitanje je bilo adresirano i u US BiH u gorepominjanim apelacijama, što je dovelo i do pomalo konfuznih obrazloženja u ovim odlukama. To naročito iz razloga što je ovo pitanje bilo povezano sa pitanjem mogućnosti suđenja za zločin protiv čovečnosti. Naime, apelanti su isticali da pored toga što krivično delo nije bilo predviđeno zakonom vremena izvršenja dela, nije trebalo primeniti KZ BiH iz razloga što on predviđa strože kažnjavanje (dugotrajni zatvor) od KZ SFRJ (kazna do 20 godina)⁴⁶.

40 *Ibid.*, par. 25.

41 *Naletilić protiv Hrvatske*, par. 1.

42 W. A. Schabas: *op. cit.*, p. 354–355.

43 M. Babić /2015/: *op. cit.*, p. 280–281. D. Derenčinović /2001/: U povodu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Streletz, Kessler i Krenz protiv Njemačke*, *Hrvatski ljetopis za kazne-no pravo i praksu*, n° 2, p. 147–170. Ipak, Nemačka je takvu rezervu povukla 2001. godine.

44 Presuda, ESLJP, *Maktouf i Damjanović protiv BiH*, br. 2312/08 i 34179/08, 18. jul 2013. godine

45 Ovo je bilo jedno neobično rešenje, s obzirom na to da se u gotovo svim udžbenicima ukazuje da se ovakva procena mora vršiti *in concreto* u svakom pojedinačnom slučaju, i da nije moguća procena *in abstracto*. Ipak, od predmeta *Kurtović* (gde je kao blaži primenjen KZ SFRJ) praksa Suda BiH se počela menjati. Inače, to nije jedina zamerka Sudu BiH – ističu se i neke druge. Vid. npr: M. Buha /2018/: Standard sumnje u krivičnom postupku pred Sudom BiH – in: *Organizacija pravosuđa i efikasnost zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt*, Zlatibor, p. 443–455.

46 Kazna od 20 godina je u KZ SFRJ je supsidijarna u odnosu na tim zakonom predviđenu smrtnu kaznu za međunarodna krivična dela. Kako je u godinama nakon oružanog sukoba došlo do ukidanja smrtno kazne, apelanti pred US BiH, odnosno aplikanti u predmetu *Maktouf i Damjanović*, smatrali su da je KZ SFRJ blaži zakon jer predviđa kaznu do 20 godina zatvora.

Ovaj predmet je važan u kontekstu teme ovog rada jer je ESLJP u ovoj presudi dao vrlo značajan „uvodni komentar”, a čiji sadržaj potvrđuje ono što je ESLJP zaključio u Odluci u predmetu *Šimšić* – da je moguće suditi za zločin protiv čovečnosti počinjen u vreme oružanog sukoba u BiH. Naime, Sud je u ovom uvodnom komentaru naglasio da s obzirom na činjenicu da je zločin protiv čovečnosti predstavljao krivično delo prema međunarodnom pravu, a da isto nije bilo propisano KZ SFRJ, ne postoji druga mogućnost nego da sudovi u BiH primene KZ BiH. Sud je dalje zaključio, da s obzirom da se predmetni slučaj odnosi na ratne zločine i primenu zakona na njih, predmet ove predstavke je potpuno drugačiji od pitanja iz predmeta *Šimšić*.⁴⁷ Time je i ESLJP napravio razliku između pitanja primene KZ BiH u odnosu na zločine protiv čovečnosti, gde je on potvrdio njegovu primenu, i ostalih međunarodnih krivičnih dela u odnosu na koje se mora procenjivati povoljnost zakona po učinioca.

5. OSNOVNI PRIGOVORI SUĐENJU ZA ZLOČIN PROTIV ČOVEČNOSTI U BIH

Suđenju za zločin protiv čovečnosti se prigovaralo u vreme početka ovih suđenja i jednako se prigovara i danas u stručnoj pravničkoj javnosti. Sa druge strane, činjenica je da s obzirom na količinu pravnih problema koji izviru iz ovih suđenja, nije napisan veliki broj radova na ovu temu. Čini se da je u ovoj situaciji došao do izražaja konflikt shvatanja o pojedinim pravnim pitanjima u okviru više grana prava, pre svega shvatanje načela zakonitosti u međunarodnom (krivičnom) pravu i pravu ljudskih prava i u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji. Andrew Clapham ističe postojanje antagonizma između potrebe suđenja za međunarodna krivična dela kao težnje međunarodnog krivičnog prava i prava da niko ne bude osuđen za delo koje se u trenutku izvršenja nije smatralo krivičnim delom. On navodi da, kada je reč o delu koje uključuje povredu života i tela, princip zakonitosti može da se interpretira tako da dopušta proširivanje na ona ponašanja koja bi krivični sud smatrao krivičnim delima koja su potpuno predvidiva. Sa druge strane, pravo ljudskih prava, koje predviđa zabranu retroaktivne primene krivičnog zakona, je tu da ograniči preterano širenje krivičnog prava.⁴⁸ Iako je Claphamovo viđenje tačno, diskusija o ovom antagonizmu ne bi mogla tu da se zaustavi. Ona, bar iz ugla ovog rada nužno, uključuje i shvatanje ovog pitanja u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji, shvatanje o tome šta je retroaktivna primena krivičnog prava u pravu ljudskih prava (prvenstveno EKLJP) i kakve reperkusije takvo shvatanje ima na obavezu da krivično delo i kazna budu precizno određeni u vreme izvršenja krivičnog dela a što je osnova učenja o načelu zakonitosti u kontinentalnim krivičnopravnim sistemima. U tom smislu, diskusija bi mogla da se raščlani na dva dela – onaj koji se odnosi na zakonitost krivičnog dela i onaj koji se odnosi na zakonitost kazne.

47 *Ibid.*, par. 55.

48 U ovom drugom slučaju, Clapham posebno ističe borbu protiv terorizma, iz čega vidimo da u njegovom fokusu nisu situacije poput ove koja je predmet ovog rada. A. Clapham /2016/: Human Rights and International Criminal Law – in: *International Criminal Law* (W. A. Schabas, ed.), Cambridge, p. 31–32.

5.1. *Nullum crimen sine lege* i suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH

Polazeći od tradicionalno shvaćenog i čistog načela zakonitosti u kontinentalnim pravnim sistemima suđenje za zločin protiv čovečnosti na ovaj način je potpuno nezamislivo. Tako, Škulić navodi da st. 2, čl. 7 EKLJP sadrži ogradu od primarnog pravila iz st. 1 EKLJP i da time ostavlja prostor da krivična dela i kazne budu propisane i drugim izvorima prava, iako je to u kontinentalnoj Evropi gotovo nezamislivo.⁴⁹ Osnovni prigovori se mogu svesti na sledeće:

1. Suđenjem za zločin protiv čovečnosti narušen je segment načela zakonitosti koji se odnosi na *lex certa*. Zločin protiv čovečnosti je tek usvajanjem Rimskog statuta dobio potpunu fizinomiju i preciznu definiciju, što zapravo govori dodatno u prilog tome da on u vreme izvršenja, bez postojanja inkriminacije u KZ SFRJ, nije mogao biti određen sa dovoljnim stepenom preciznosti ni u međunarodnom (krivičnom) pravu. Suđenje prema inkriminaciji koja je nastala usvajanjem Rimskog statuta 1998. godine, a preuzeta u KZ BiH 2003. godine, predstavlja rešenje koje je možda u skladu sa shvatanjima ovog načela u međunarodnom pravu, ali nikako nije u skladu sa njegovim shvatanjem u kontinentalno-evropskim okvirima. U tom smislu, ovaj segment načela zakonitosti bi mogao biti zadovoljen samo ukoliko bi u vreme izvršenja krivičnog dela postojala vrlo precizna inkriminacija zločina protiv čovečnosti u međunarodnom pravu, što kako smo prethodno naveli, nije slučaj. Čak i da jeste, to bi i dalje dovelo do problema u pogledu drugog segmenta načela zakonitosti.
2. Drugi prigovor se odnosi na retroaktivnu primenu zakona – *nullum crimen sine lege praevia*. Iz nacionalnih i međunarodnih izvora prava sledi da je ovakva primena zakona moguća samo ukoliko je on blaži po učinioca krivičnog dela. Čini se da je KZ BiH definitivno stroži zakon u odnosu na KZ SFRJ koji ovo delo nije predviđao. Ipak, KZ BiH je već u velikoj meri narušio klasično shvatanje ovog načela, unošenjem u njegovu definiciju zabranjenost dela prema međunarodnom pravu, kao i unošenjem odredbe 4a. Time je ostavljen prostor za ovakva suđenja, jer je zločin protiv čovečnosti nesumnjivo bio deo međunarodnog (krivičnog) prava, iako nije ispunjavao prethodno navedeni kriterijum *lex certa*. Time je zapravo, već zakonodavac, pre Suda BiH, otvorio ovakvu mogućnost, koja je teško shvatljiva domaćoj pravničkoj javnosti. Tome u prilog govori i činjenica da Krivični zakonik Republike Srpske ne poznaje ovakvu formulaciju načela zakonitosti, kao ni zakoni/ci u zemljama bivše Jugoslavije. Jedini, pored KZ BiH, koji poznaje unošenje zabranjenost dela prema međunarodnom pravu je Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine. Dakle, činjenica je da u smislu retroaktivne primene KZ BiH prema istom postoji takva mogućnosti, ali je činjenica da u tom slučaju i dalje ostaje problem koji se odnosi na *lex certa*, jer u međunarodnom pravu nije postojala precizna definicija zločina protiv čovečnosti.

49 M. Škulić /2020a/: Imaju li budućnost međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud? – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – X deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 44.

3. Treći prigovor je ujedno i najinteresantniji. Njega najsnažnije zastupaju Babić i Marković. On se odnosi na pitanje da li je zločin protiv čovečnosti zaista „novo krivično delo”. U tom smislu, oboje su stava da, iako je činjenica da zločin protiv čovečnosti sadrži zajednički/opšti element (činjenje dela u okviru šireg ili sistematskog napada usmerenog protiv civilnog stanovništva sa znanjem o tome), kriminalni karakter ponašanja inkriminiranih kroz zločin protiv čovečnosti je zapravo bio obuhvaćen inkriminacijom zločina protiv civilnog stanovništva iz KZ SFRJ.⁵⁰ To praktično znači da na ovom mestu nije uopšte trebalo doći do primene čl. 7 EKLJP, niti do primene čl. 4a KZ BiH, iz razloga što je to ponašanje bilo zabranjeno u vreme izvršenja krivičnog dela kroz inkriminaciju ratnog zločina protiv civilnog stanovništva i nije reč o ponašanju koje nije bilo inkriminirano u KZ SFRJ, već o ponašanju koje je bilo podvedeno pod drugu inkriminaciju. Marković iznosi i ogradu da je reč o delu koje je „prema strukturi svog nepravda, odnosno elementima koji ga čine, istovremeno i „*novo*” i „*staro*”. Ona navodi da je ono novo jer kao takvo nije postojalo u KZ SFRJ, i zbog postojanja opšteg elementa u njegovoj strukturi. Sa druge strane, ono je „*staro*” jer su radnje izvršenja bile inkriminirane i KZ SFRJ, ali u vidu dela pod drugačijim nazivima. Stoga, zaključuje da s obzirom na to da je reč o radnjama koje su bile inkriminirane u vreme izvršenja dela, nema mesta primeni čl. 7, st. EKLJP kao ni čl. 4a KZ BiH, jer se one odnose na dela koja nisu bila propisana zakonom vremena izvršenja dela.⁵¹

5.2. *Nulla poena sine lege* i suđenje za zločin protiv čovečnosti u BiH

Shahram Dana ističe da se načelu *nulla poena sine lege*, iako ono predstavlja jedno od fundamentalnih načela, posvećuje iznenađujuće malo pažnje.⁵² To potvrđuje i to da je mnogo manja pažnja u pogledu načela zakonitosti i suđenja za zločin protiv čovečnosti posvećena krivičnim sankcijama. Iz svega što je napisano jasno proizlazi zaključak da sankcija za ovo krivično delo nije bila propisana u vreme izvršenja dela. Ona nije bila propisana u domaćem pravu, jer ni samo delo nije istim bilo predviđeno, kao ni u međunarodnom pravu jer se u njemu sankcije najčešće i ne određuju.⁵³ Onda, na osnovu kog zakona se osuđenom učiniocu zločina protiv čovečnosti izriče kazna? Sledeći stav da je jedini zakon koji se može primeniti zakon suđenja, KZ BiH, došlo je i do primene kazne koja je propisana tim zakonom. Iz tog proizlaze sledeće posledice:

- 50 M. Babić /2015/: *op. cit.*, p. 276–278. M. Babić /2016/: Materijalno krivično zakonodavstvo u Postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena), *Crimen*, n° 3, Beograd, p. 306–308.
- 51 I. Marković /2015/: Zločin protiv čovječnosti – in: *Krivična djela protiv čovječnosti – normativno i stvarno* (V. Popović, ed.), Banja Luka, p. 161.
- 52 Zbog njegove zanemarenosti, on ovo načelo zove „siromašnim rođakom“ načela *nullum crimen sine lege*. Vid. S. Dana /2009/: Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, *Journal for Criminal Law and Criminology*, n° 4/99, Chicago, p. 858–859.
- 53 Sankcije jesu propisane u statutima međunarodnih krivičnih sudova, ali treba imati na umu da se u tom slučaju njihovo izricanje ograničava na postupke pred tim sudovima.

1. Kazna za zločin protiv čovečnosti nije bila određena zakonom vremena izvršenja, čime dolazi do retroaktivne primene zakona u ovim predmetima i do nepoštovanja načela zakonitosti u smislu zabrane njegovog povratnog dejstva. Već je naglašen liberalniji stav u okviru međunarodnog krivičnog prava prema načelu zakonitosti u vezi sa krivičnom sankcijom, međutim ovakva primena zakona u potpunosti negira shvatanje ovog načela u kontinentalnoj krivičnopravnoj tradiciji.
2. Činjenica je da se zahtev *lex certa* odnosi i na sankcije, što dovodi do zaključka da je i ovaj segment načela zakonitosti povređen jer nije postojala precizno određena sankcija za ovo krivično delo. Dodatno treba naglasiti da su kazne propisane KZ SFRJ i KZ BiH različite. Ta različitost se ne ogleda samo u visini kazne, već i u vrsti kazne. Tako, KZ SFRJ nije predviđao kaznu dugotrajnog zatvora koja se prema KZ BiH može izreći za sva međunarodna krivična dela, pa i za zločin protiv čovečnosti. To dovodi do zaključka da se za zločin protiv čovečnosti izriče ne samo stroža kazna, već i kazna koja nije predviđena zakonom vremena izvršenja.
3. Ovakva primena zakona dovela je do teških posledica po ujednačenu primenu prava. Razlog za to je što u pogledu ostalih međunarodnih krivičnih dela, pre svega genocida i zločina protiv čovečnosti, primenjuje KZ SFRJ (osim ukoliko je KZ BiH blaži), iz čega proizlazi da je najviša zaprećena kazna 20 godina. Sa druge strane, KZ BiH, koji se primenjuje prilikom suđenja za zločin protiv čovečnosti, predviđa za sva ova krivična dela kaznu dugotrajnog zatvora. To praktično znači da je za zločin protiv čovečnosti moguće izreći kaznu do 45 godina, dok će za genocid biti moguće izreći kaznu do 20 godina. Ovaj problem postoji od početka suđenja i ne vidi se mogućnost rešavanja istog.⁵⁴

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Činjenica je da suđenja na goreopisani način nisu na početku, već ulaze u svoju završnu fazu. Iz toga je jasno da se kritikom ovih suđenja u ovom trenutku ne može uticati na njihov drugačiji tok i drugačiju primenu prava ukoliko bismo eventualno to smatrali potrebnim. Međutim, to ne utiče na važnost pouka koje su nastale iz ovih suđenja.

Primetno je da postoji značajno razmimoilaženje u stavovima različitih sudova koji primenjuju različite pravne propise u pogledu shvatanja načela zakonitosti. Širina i manji stepen rigidnosti koji odlikuju međunarodno pravo i pravo ljudskih prava su u velikoj meri neprihvatljivi u „očima” onih koji načelo zakonitosti shvataju kroz prizmu kontinentalne krivičnopravne tradicije. Sa druge strane, možemo uočiti da dolazi do značajnog širenja međunarodnog krivičnog prava i na nacionalne pravne sisteme, ali i uticaja međunarodnog javnog prava i prava ljudskih prava na

⁵⁴ Niz je pitanja/problema povezanih sa kaznenom politikom i neusklađenom primenom krivičnih zakona u BiH u predmetima ratnih zločina. O tom vid. više: Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, pp. 72–73, 7. april 2021.

njih. To širenje i taj uticaj postojali su pre svega u pogledu krivičnog zakonodavstva u BiH – proširivanjem definicije načela zakonitosti, čime su otvorena vrata za odstupanje od njegovog postojećeg shvatanja u teoriji i u sudskoj praksi u BiH. Čini se da je širenjem međunarodnog krivičnog prava i prava ljudskih prava i prihvatanjem međunarodnih obaveza od strane država, takav uticaj na domaće pravne sisteme neminovan. Sa druge strane, na primeru BiH postaje vrlo jasno da manjak poznavanja međunarodnog prava u trenutku preuzimanja određenih obaveza (pre svega potpisivanja i ratifikacije međunarodnih ugovora) često dovodi do velikih razmišljanja u trenucima kada dođe vreme za primenu tih pravnih propisa.

Danas, sa preciznim definisanjem međunarodnih krivičnih dela u BH zakonodavstvu ne bi ponovo došlo do ovakvih problema u primeni načela zakonitosti. Međutim, činjenica je da se prilikom preuzimanja međunarodnih obaveza ispoljava prilično nonšalantan pristup koji u konačnici dovodi do stavljanja onih koji primenjuju pravnu normu pred svršen čin – do primene prava čiji karakter nije svojstven postojećem pravnom sistemu. U tom smislu, uzimajući u obzir, na primer mogućnost stavljanja rezerve na pojedine delove međunarodnih ugovora (poput st. 2 čl. 7 EKLJP), ostaje i dalje pitanje nije li BiH opet (kao i u slučaju presude *Sejdić i Finci protiv BiH*) pomalo neoprezan stav prilikom preuzimanja međunarodnih obaveza koštao ovih presuda i tumačenja načela zakonitosti na način koji nije viđen u BiH i na prostoru bivše Jugoslavije?

LITERATURA

- Babić M. /2015/: Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Maktouf-Damjanović i njen uticaj na suđenje za međunarodna krivična djela, *Godišnjak Pravnog fakulteta Univerziteta u Banjoj Luci*, n° 37.
- Babić M. /2016/: Materijalno krivično zakonodavstvo u Postdejtonskoj Bosni i Hercegovini (pitanje nadležnosti i primjena), *Crimen*, n° 3, Beograd.
- Babić M. /2021/: *Međunarodno krivično pravo*, Banjaluka.
- Babić M., Marković I. /2019/: *Krivično pravo – opšti dio*, Banja Luka.
- Buha M. /2018/: Standard sumnje u krivičnom postupku pred Sudom BiH – in: *Organizacija pravosuđa i efikasnost zaštite (evropski standardi i stanje u Srbiji) – krivičnopravni aspekt*, Zlatibor.
- Clapham A. /2016/: Human Rights and International Criminal Law – in: *International Criminal Law* (Schabas W. A., ed.), Cambridge.
- Dana S. /2009/: Beyond Retroactivity to Realizing Justice: A Theory on the Principle of Legality in International Criminal Law Sentencing, *Journal for Criminal Law and Criminology*, n° 4/99, Chicago.
- Derenčinović, D. /2001/: U povodu presude Evropskog suda za ljudska prava u predmetu Strelitz, Kessler i Krenz protiv Njemačke, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu*, n° 2.
- Ferdinandusse W. N. /2006/: *Direct application of international criminal law in national courts*, Hague.
- Ivanišević B. /2008/: *The War Crimes Chamber in Bosnia and Herzegovina: From Hybrid to Domestic Court*, International Center for Transitional Justice, New York.

- Kaseze A. /2005/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Marković I. /2015/: Zločin protiv čovječnosti – in: *Krivična djela protiv čovječnosti – normativno i stvarno* (Popović V., ed.), Banja Luka.
- Mijović Lj. /2019/: *Osnove međunarodnog javnog prava – I dio*, Banja Luka.
- Petrović B., Smailagić N. /2016/: Načelo zakonitosti u savremenom međunarodnom krivičnom pravu: srednji put između kontinentalnog i angloameričkog koncepta zakonitosti?, *Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu*, LIX.
- Schabas W. A. /2015/: *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford.
- Stojanović Z. /2016/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.
- Škulić M. /2020/: Imaju li budućnost međunarodno krivično pravo i Međunarodni krivični sud? – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – X deo* (Ignjatović Đ., ed.), Beograd.
- Škulić M. /2020/: *Međunarodno krivično pravo*, Beograd.

PROPISI

- Krivični zakon Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2003, 32/2003 – ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015 i 35/2018.
- Krivični zakona Socijalističke Federativne Republike Jugoslavije, *Službeni list SFRJ*, br. 44/76, 34/84, 74/87, 57/89, 3/90 i 38/90.

INTERNET IZVORI

- Postizanje pravde u Bosni i Hercegovini, <https://www.osce.org/files/f/documents/f/2/108105.pdf>, 4. mart 2021.
- Pravilnik o postupku i dokazima, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Rules_procedure_evidence/IT032Rev34_bcs.pdf, 3. mart 2021.
- Državna strategija za rad na predmetima ratnih zločina, http://www.mpr.gov.ba/web_dokumenti/drzavna%20strategije%20za%20rad%20na%20predmetima%20rz.pdf, 4. mart 2021.

*Olivera Ševo**

Law Faculty, University of Banja Luka

PRINCIPLE OF LEGALITY AND CRIME AGAINST HUMANITY PROCEEDINGS IN BOSNIA AND HERZEGOVINA

SUMMARY

The paper deals with the principle of legality from the perspective of crime against humanity proceedings in Bosnia and Herzegovina (BiH). During the armed conflict in BiH many war crimes were committed, among all others, a lot of crimes against humanity. In the time when the crimes were committed, a crime against humanity was not prescribed by the in

* Assistant, olivera.sevo@pf.unibl.org.

effect criminal code. Despite that fact, criminal courts in BiH convicted numerous offenders for crime against humanity on the basis of its prescription in international law. That led the author to the question: what was the path of crime against humanity proceedings in BiH?

In the first part of the paper, the author gives the overview on the matter of jurisdiction for crime against humanity in BiH and position of principle of legality in the BiH legal system. That part also contains the insight into the main characteristics of the principle of legality's understanding in different legal traditions, but also the insight into this principle understanding in the international (criminal) law.

In the second part, the author analyses Court of BiH's judgements in order to find out what was the source of law used by this court for its crime against humanity convictions. Thereafter, the author analyses Constitutional Court of BiH's decisions related to the alleged breach of BH Constitution and ECHR in relation to the principle of legality regarding crime against humanity proceedings. At the end, the paper gives the overview of ECtHR case law related to the crime against humanity proceedings in BiH – *Šimšić v. BiH* and *Maktouf and Damjanović v. BiH* cases.

In the last part, the author, taking into consideration understanding the principle of legality in BiH legal tradition, presents the main conceptual problems that were raised from the crime against humanity proceedings in BiH.

Key words: principle of legality, crime against humanity, Court of Bosnia and Herzegovina, European Court for Human Rights.

Krsto Pejović*

Osnovni sud u Podgorici

Nina Paović**

Agencija za sprječavanje korupcije Crne Gore

PRAVO NA OBRAZLOŽENU NAREDBU O ODREĐIVANJU POSEBNIH DOKAZNIH RADNJI I (KRITIČKI) OSVRT NA PRAKSU EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Apstrakt: Sve opasniji, i u međunarodnim razmjerama distribuiran, (organizovani) kriminal(itet) uslovio je potrebu država da iznalaze adekvatna sredstva kako bi svemu tome stale na kraj. Naravno, i danas, kao i dosta godina ranije, možemo čuti da su kriminalci „*jedan korak ispred države*”. To, kada pogledamo situaciju oko sebe, nije nažalost daleko od istine. Međutim, suočene sa tim problemom, države na normativnom planu, a sa ciljem da anticipiraju kriminalna ponašanja, kao i da, ukoliko je krivično djelo već izvršeno, pouzdano identifikuju izvršioce istih, u nacionalna zakonodavstva (pored opštih dokaznih radnji) stipulišu mogućnost primjene posebnih dokaznih radnji/tehnika. To je sasvim legitimno. Međutim, kada država propiše određena pravila, odnosno uslove pod kojima se određene (dokazne) radnje moraju preduzeti, onda je i više nego neobično da ono što je sama propisala ne poštuje. U redovima koji slijede bavićemo se posebnim dokaznim radnjama i to dominantno opštım karakteristikama istih i u vezi sa njima praksom Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP ili Sud). Sve ovo sa ciljem da pokušamo da predstavimo (iz našeg ugla) plauzibilnu praksu, sa nadom da ćemo raskrstiti sa dosadašnjom, koja po našem mišljenju nije dobra.

Ključne riječi: posebne dokazne radnje, nezakoniti dokazi, mjere tajnog nadzora, pravo na pravično suđenje, pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života.

UVODNA RAZMATRANJA

Svjedoci smo da su, posebno u poslednjih par godina, novinski stupci ne tako rijetko „bogati” naslovima poput onih da su posebnim dokaznim radnjama predujrijeđena neka teška krivična djela; da su opstruirani naporı kriminalaca za izvrše-

* Kandidat za sudiju u crnogorskom pravosuđnom sistemu, krstop@yahoo.com

** Pomoćnica direktorice Agencije za sprječavanje korupcije Crne Gore, paovic.nina@yahoo.com

njem nekih krivičnih djela uslijed prisluškivanja telefona jednog od njih i sl. Iako nije neposredno predmet ovog rada, ipak nam se čini da broj osuđujućih odluka ne korespondira sa brojem „rasvijetljenih krivičnih djela” u izviđaju/istrazi putem posebnih dokaznih radnji, kako to vole da predstave, na sad već popularnim konferencijama za štampu „delegati” tužilaštava i policije. No, nezavisno od toga, država, sa punim legitimitetom¹ da to čini, traži *modus* kako da „doskoči” kriminalcima i da ih, što je najpoželjnije, uhvati u fazi pripremanja/pokušaja krivičnog djela. Posebno, kada su u pitanju teški oblici kriminaliteta. Ukoliko bi postojale sumnje u legitimnost posebnih dokaznih radnji, trebalo bi ih odmah odbaciti, jer su u današnje vrijeme – svakodnevnih i sve opasnijih kriminalnih aktivnosti – takve tvrdnje ipak bez osnova.

Metodološki, rad će se baviti analizom referentnog srpskog² legislativnog okvira, prakse nacionalnih sudova i izabranih slučajeva iz prakse ESLJP. Zbog limitiranosti obimom na ovom mjestu nećemo posebno komentarisati nijednu posebnu dokaznu radnju. Rad će se, prevashodno, baviti analizom čl. 161 ZKP-a (koji predstavlja opštu odredbu za aplikaciju posebnih dokaznih radnji), odnosno time šta treba da sadrži obrazloženje naredbe kojom se određuje primjena ovih radnji. U njemu je, cijenimo, sadržan njihov neksus. Kada je u pitanju ESLJP, tu ćemo se pozabaviti sa par slučajeva iz prakse ovog suda, čijim donošenjem su ustanovljeni određeni principi koji se tiču (ne)kršenja čl. 6 i 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava,³ u vezi sa primjenom ovih dokaznih radnji. Pored onih, nesumnjivo dobrih rješenja, vidjećemo da su određena rješenja koja je Sud afirmisao, u najmanju ruku neobična sa aspekta zaštite ljudskih prava. Time želimo da pokažemo da praksa koju je ESLJP standardizovao ipak ima određene nedostatke. Samim tim, cilj rada je da na bazi tumačenja nacionalnih zakonskih okvira, prakse nacionalnih sudova i prakse ESLJP, ukaže na nedostatke u praksi kako domaćih sudova, tako i na nedostatke u praksi ESLJP. U tom pravcu koristićemo uporedno-pravni i dogmatski metod.

1. POSEBNE DOKAZNE RADNJE – POJAM I OBRAZLOŽENJE

1.1. Međunarodni i nacionalni legislativni okvir

O nužnosti uvođenja posebnih dokaznih radnji u nacionalna krivična zakonodavstva svjedoče i neki međunarodni instrumenti, koji eksplicitno zagovaraju njihovu aplikaciju. Jedna od takvih je i *Konvencija Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (Palermo Konvencija)*,⁴ čiji čl. 20 nosi naziv „Spe-

- 1 Vidj. Odluku Evropskog suda za ljudska prava (dalje: ESLJP) *Klass i ostali protiv Njemačke*, predstavka br. 5029/71 od 6. septembra 1978. godine, § 48.
- 2 Osim srpskog, tamo gdje to budemo smatrali neophodnim razmatraće se i praksa i legislativno rješenje u Crnoj Gori i Hrvatskoj, iz razloga velike sličnosti kako u legislativi tako i u praksi.
- 3 Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda sa dodatnim Protokolima (“*Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*”, br. 9/03, 5/05 i 7/05 – ispravka i “*Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*”, br. 12/10 i 10/15).
- 4 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv transnacionalnog organizovanog kriminala (“*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 6/2001).

cijalne istražne tehnike”. Prvi međunarodnopravni dokument⁵ koji predviđa neku specijalnu istražnu tehniku jeste *Konvencija Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (Bečka konvencija)*,⁶ koja u čl. 11 promovira tzv. kontrolisanu isporuku. Uz to, „*Specijalna istražna ovlaštenja i tehnike*” je naziv čl. 4 *Konvencije o pranju traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (broj 141)*.⁷

Posebne dokazne radnje su u srpskom Zakoniku o krivičnom postupku⁸ normirane u okviru tač. 3 Glave VII (čl. 161–187). S obzirom na konfiguraciju ove glave, proizlazilo bi da sam zakonodavac dokazne radnje dijeli na *standardne* ili *opšte* i *specijalne* ili *posebne*.⁹ Posebne dokazne radnje mogu se, saglasno odredbi čl. 161 st. 1 ZKP-a, odrediti prema licu za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo krivično djelo iz čl. 162 ZKP-a, a na drugi način se ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Odnosno, u smislu st. 2 istog člana, izuzetno se mogu odrediti i prema licu¹⁰ za koje postoje osnovi sumnje da priprema neko od krivičnih djela iz st. 1 ovog člana, a okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično djelo ne bi moglo otkriti, spriječiti ili dokazati ili bi to izazvalo neraszmerne teškoće ili veliku opasnost. Prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji organ postupka će posebno cijeniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana (st. 3).

Prije nego što krenemo u detaljniju analizu, treba odmah na početku naglasiti da se u krivičnom postupku može koristiti samo dokazna građa koja je pribavljena uz poštovanje osnovnih procesnih formi i garancija ljudskih prava.¹¹

1.2. Definicija i konstitutivni elementi

Na temelju prethodno navedenog, posebne dokazne radnje možemo definirati kao *istražne radnje ili tehnike*¹² koje u formi (obrazložene) naredbe određuje

- 5 Z. Stojanović, D. Kolarić /2010/: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd, p. 128.
- 6 Zakon o ratifikaciji Konvencije Ujedinjenih nacija protiv nezakonitog prometa opojnih droga i psihotropnih supstanci (“*Službeni list SFRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 14/1990).
- 7 Zakon o ratifikaciji Konvencije o pranju, traženju, zapleni i konfiskaciji prihoda stečenih kriminalom (“*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 7/2002 i “*Službeni list SRJ – Međunarodni ugovori*”, br. 18/2005). Za više o istorijatu ovih radnji, vid. Z. Skakavac, T. Skakavac /2017/: *Krivičnoprocesna regulacija posebnih dokaznih radnji u Republici Srbiji i njihova primena u savremenoj praksi*, *Civitas*, 7(2), pp. 39–42.
- 8 Zakonik o krivičnom postupku – ZKP („*Sl. glasnik RS*“, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14 i 35/19).
- 9 Upor. M. Škuljić /2015/: *Tajni audio i video nadzor kao posebna dokazna radnja u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije* – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ed.), n° 28, p. 39.
- 10 Iako zakonodavac pravilno koristi pojam „lice” u ovom slučaju, u radu će se, iz čisto pragmatičnih razloga, koristiti pojam „okrivljeni” za obje situacije. Međutim, ovaj termin nije korektan kada je u pitanju situacija iz čl. 161 st. 2 ZKP-a, mada će o tome biti više riječi u daljem tekstu.
- 11 G. P. Ilić /2015/: *O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku* – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (Đ. Ignjatović, ed.), Beograd, p. 75.
- 12 „Mjere tajnog nadzora predstavljaju oblik tzv. specijalnih istražnih tehnika, danas veoma uobičajenih u većini demokratskih krivičnoprocesnih zakonodavstava, ali zakonski ‘rezervisanih’ u primjeni samo u odnosu na relativno ograničen krug krivičnih djela koja su inače, veoma

sud¹³ (sa izuzetkom kontrolisane isporuke koju određuje Republički javni tužilac, odnosno javni tužilac posebne nadležnosti¹⁴) na obrazloženi predlog javnog tužioca, čije vrijeme je zakonski ograničeno, i koje se mogu odrediti za tačno određeni katalog krivičnih djela (posebna krivična djela¹⁵), pri čemu je potrebno da postoje osnovi sumnje da je izvršeno posebno krivično djelo ili da se planira izvršenje takvog krivičnog djela i da primjena drugih – standardnih dokaznih radnji – ne može da dovede do željenih rezultata ili bi njihova primjena bila skopčana sa određenim problemima.

Iz ove, doduše složene, definicije možemo ekstrahovati konstitutivne elemente:¹⁶

(1) postojanje *obrazloženog predloga javnog tužioca*¹⁷ (sem u slučaju kontrolisane isporuke); (2) ekskluzivno pravo suda da, u formi *obrazložene* (čl. 167 st. 1, čl. 172 st. 1, čl. 175 st. 1, čl. 179 st. 1 i čl. 184 st. 1 ZKP-a) naredbe, određuje njihovu primjenu, sa izuzetkom kontrolisane isporuke koju određuje Republički javni tužilac odnosno javni tužilac posebne nadležnosti (čl. 181 st. 1 ZKP-a); (3) (*vremenenska*) *limitiranost trajanja* (čl. 167 st.3, čl. 172 st. 3, čl. 175 st. 3, čl. 179 st. 3, čl. 184 st. 3); (4) mogućnost određivanja samo za tačno određena krivična djela – tzv. *posebna krivična djela* (čl. 162);¹⁸ (5) postojanje *osnova sumnje* da je izvršeno krivično djelo ili da se planira izvršenje krivičnog djela iz čl. 162 ZKP-a; (6) *supsidijarnost*¹⁹ – standardne dokazne radnje se moraju pokazati kao neoperativne ili je njihova primjena

teško dokaziva uobičajenim dokaznim metodama, te je za njih tipičan tzv. dokazni deficit u redovnim situacijama”. M. Škulić /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica, 2009, p. 482.

- 13 O tome da je nužno da sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku odredi aplikaciju nekih standardnih dokaznih i posebnih dokaznih radnji, vidj. Odluke Ustavnog suda Crne Gore (sve odluke Ustavnog suda Crne Gore mogu se pronaći na sajtu ovog suda: www.ustavnisud.me), U br. 90–08 i 96–08 od 19. jula 2013. godine i Ustavnog suda Srbije (sve odluke Ustavnog suda Srbije, mogu se pronaći na internet stranici ovog suda: www.ustavni.sud.rs) IUz-1218/2010 od 19. aprila 2012. godine i IUz-1245/2010 od 13. juna 2013. godine.
- 14 U radu će se akcenat staviti na posebne dokazne radnje koje određuje sud.
- 15 Tako: M. Škulić /2012/: *Krivično procesno pravo*, peto izdanje, Beograd, p. 281, fn. 302.
- 16 U doktrini se, sa opravdanjem, može naići na zaključke da su uslovi za aplikaciju ovih mjera liberalni i da su zbog toga potencijalno opasni za ljudska prava i slobode. Tako: M. Grubač, T. Vasiljević /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema Zakoniku iz 2011. godine*, trinaesto izdanje, Beograd, p. 318.
- 17 Vid. Presudu Vrhovnog kasacionog suda Srbije Kzz OK 27/2019 od 20. februara 2020. godine. Sve odluke srpskih sudova citirane u radu mogu se pronaći na internet stranici: www.vk.sud.rs
- 18 U crnogorskoj praksi se postavilo kao sporno pitanje da li se kao dokaz u postupku mogu koristiti rezultati mjera tajnog nadzora koje su pravilno određene, ali iz kojih je proizašlo da je okrivljeni izvršio krivično djelo neprijavlivanje krivičnog djela i učinioca iz čl. 386 st. 1 Krivičnog zakonika Crne Gore, za koje djelo nije dozvoljeno određivanje ovih mjera. Viši sud u Podgorici (K. br. 67/15 od 15. decembra 2016. godine) je zastupao gledište da se na ovom dokazu presuda ne može temeljiti. Sa takvim stavom se nije složio Apelacioni sud Crne Gore (Kvž. br. 11/2017 od 7. februara 2017. godine), zastupajući stanovište da se ne radi o nezakonitom dokazu i da se na istom presuda može temeljiti. U ovom slučaju, podržavam stav Višeg suda u Podgorici. Čini nam se da je Apelacioni sud pretjerano formalističkim logiciranjem odlučio da održi ovaj dokaz. Međutim, cijenimo da je izgubio iz vida svrhu odredaba o mjerama tajnog nadzora. Naime, zakonodavac nije bez razloga limitirao katalog krivičnih djela u odnosu na koja se ove mjere mogu odrediti, iz kog razloga smo mišljenja da se rezultati ovih mjera mogu s uspjehom koristiti u postupku samo ako se odnose na posebna krivična djela. Upor. M. Plazinić, M. Stojković /2015/: *Primena posebnih dokaznih radnji i mehanizmi njihove kontrole*, in: *Tužilačka reč*, n° 28, p. 16.
- 19 Upor. D. Krapac /2000/: *Kazneno procesno pravo: Knjiga prva – Institucije*, Zagreb, p. 196.

u konkretnom slučaju skopčana sa određenim problemima i (7) *srazmjernost*²⁰ – ocjenjuje se da li bi isti rezultat mogao da bude postignut na način kojim se manje ograničavaju prava građana, što znači primjenom opštih dokaznih radnji, kraćim trajanjem posebnih dokaznih radnji i sl.²¹

Iz odredbe čl. 161 st. 1 i 2 ZKP-a proizlazi da aplikativni standardi nisu isti kada je u pitanju postojanje sumnje da je izvršeno krivično djelo i situacije kada se (samo) *planira izvršenje krivičnog djela*. Zbog navedenog, neophodno je prokomentarisati ove dvije odredbe i ukazati na diferencijalne standarde.

U prvom slučaju (čl. 161 st. 1 ZKP-a) uslov za određivanje posebnih dokaznih radnji je da se primjenom drugih dokaznih radnji ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Sudija, uvjereni smo, mora pokazati zašto primjena drugih tehnika u konkretnom nema izgleda za uspjeh. U vezi sa tim, sudija će (se) uvijek (samo) pitati da li bi primjena drugih dokaznih radnji mogla da izazove efekat kakav se želi postići nekom od posebnih dokaznih radnji. Ukoliko smatra da primjena neke druge dokazne radnje dolazi u obzir, u tom slučaju neće udovoljiti zahtjevu za određivanje ovih mjera. Međutim, sudija se neće (samo) baviti time da li je moguće da se drugom radnjom prikupe dokazi, već će, ukoliko je odgovor na ovo pitanje pozitivan, analizirati da li bi u tom slučaju prikupljanje dokaza tim radnjama bilo znatno otežano. Dakle, nije dovoljno da prikupljanje dokaznog materijala nekom opštom dokaznom radnjom bude (samo) otežano (to je slučaj sa većim brojem dokaznih radnji), već je neophodno da ta otežanost bude znatna. To je, inače, faktičko pitanje koje se rješava uzimanjem u obzir okolnosti konkretnog slučaja.²²

Na osnovu izloženog, možemo konstatovati da su uslovi za primjenu posebnih dokaznih radnji u situaciji kada je krivično djelo izvršeno sledeći: 1) postojanje *osnova sumnje* da je određeno lice izvršilo krivično djelo; 2) mora biti u pitanju jedno od (*kataloških*) *krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a*; 3a) primjena drugih metoda *ne može da da željene rezultate*, odnosno 3b) ukoliko su, pak, rezultati primjenom standardnih dokaznih radnji ipak mogući, njihovo prikupljanje bi u tom slučaju bilo *znatno otežano*. Kao što se to vidi iz same sistematike, uslovi navedeni pod 3a i 3b ne odnose se na njihovo kumulativno egzistiranje, već na partikularno. S tim u vezi, ukoliko je zadovoljen uslov pod 3a, neće se ispitivati uslov pod 3b, odnosno ako nije zadovoljen uslov pod 3a, prelazi se na preispitivanje okolnosti pod 3b.

Kada je u pitanju druga mogućnost određivanja ovih mjera, zakonodavac je pokazao jednu interesantnu, ne nužno i pogrešnu (naprotiv, vrlo povoljnu) aktivnost. Naime, odredio je mogućnost određivanja ovih radnji za pripreme radnje, koje *de facto* i *de iure* ne moraju da budu interesantne sa aspekta krivičnog materijalnog prava, odnosno ne moraju (tačnije, i nisu) biti kažnjive. Iako je ova kodifikacija u jednom dijelu doktrine kritikovana,²³ drugi, pak, u tome ne vide ništa sporno. Na-

20 S. Gluščić /2012/: Posebne dokazne radnje, *Policija i sigurnost (Zagreb)*, godina 21, n° 3, p. 557.

21 Tako: G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema stanju zakonodavstva od 7. maja 2015. godine*, osmo izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 444.

22 G. P. Ilić et al.: *ibid.*, p. 443.

23 „U jednom sistemu koji teži demokratiji i vladavini prava, primeni posebnih dokaznih radnji načelno ne bi trebalo pribegavati u preventivne svrhe... Stoga, ne bi trebalo primenjivati in-

protiv, smatraju da osnov za njihovu primjenu nije kažnjivost određenog stadijuma u izvršenju krivičnog djela kao takvog, već potreba da se određeno krivično djelo spriječi, što je uostalom i primarni zadatak nadležnih državnih organa.²⁴ Posebno propisivanje primjene ovih radnji i u slučaju pripremanja krivičnog djela je posljedica proaktivnog karaktera ovih radnji, kao i stava sudske prakse da se, bez naročite zakonske norme, one mogu narediti za krivična djela koja su učinjena, a ne i za ona koja će biti učinjena u budućnosti.²⁵

Dakle, imamo situaciju da se primjena posebnih dokaznih radnji, regulisane ZKP-om, aktuelizuje na radnje koje nisu zabranjene sa krivičnogpravnog aspekta (jer, pripremna radnja kao takva obično nije kažnjiva, sem izuzetaka kada ona predstavlja radnju izvršenja krivičnog djela).²⁶ Iako smo bliži stavu da je ovakva zakonska koncepcija u suštini prihvatljiva, trebalo bi u svakom slučaju razmisliti o tome da se čl. 1 ZKP-a izmijeni u tom pravcu i da se ta proaktivna uloga aktuelizuje i na tom mjestu. No, upravo svjestan navedenih činjenica zakonopisac je i standard u određivanju u ovom slučaju znatno povećao, koristeći sintagmu „*izuzetno mogu odrediti*”.

Slijedi da su uslovi za primjenu posebnih dokaznih radnji u ovom slučaju: 1) *izuzetnost* u određivanju; 2) postojanje *osnova sumnje* da se priprema neko od krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a; 3a) okolnosti slučaja ukazuju da se *na drugi način krivično djelo ne bi moglo otkriti, spriječiti ili dokazati* ili 3b) u slučaju da postoji drugi način da se djelo otkrije, spriječi ili dokaže, to bi, upotrebom standardnih dokaznih radnji, *izazvalo nesrazmjerne teškoće ili veliku opasnost*.

Komentarišući sintagmu „da bi pribavljanje dokaza bilo povezano sa nesrazmjernim teškoćama”, Šikman (sa čijim gledištem smo dakako saglasni) ističe da je to jedna od „najslabijih karika” odobravanja posebnih istražnih radnji.²⁷ Nastavlja time da je najčešća praksa sudova da prepišu zakonski osnov za primjenu posebnih istražnih radnji, ne obrazlažući posebno niti osnove sumnje u pogledu izvršenog krivičnog djela, niti razloge zbog čega se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, kao ni nesrazmjerne poteškoće u pogledu pribavljanja dokaza redovnim radnjama dokazivanja.²⁸

1.3. Obrazloženje naredbe i nezakoniti dokazi

Aplikaciju posebnih dokaznih radnji određuje sud u formi naredbe. Naredbu, kao vrstu (sudske) odluke, karakteriše neapelaciona mogućnost. Dakle, lice na koga se ove radnje odnose ne zna za naredbu niti može, prije nego što bude izvršena, ak-

vazivne mere s ciljem da se tako neposredno sprečava vršenje budućih krivičnih dela, pri čemu bi se državnim organima prepuštalo da, sa manjom ili većom uspešnošću, predviđaju buduće događaje i uočavaju sumnjive građane”. Tako: M. Kovačević /2014/: Tajni nadzor komunikacije – usklađenost sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXII, n° 2, pp. 172–173.

24 M. Škulić /2009/: *op. cit.*, p. 486.

25 G. P. Ilić et al.: *op. cit.*, p. 443.

26 Više o tome: Z. Stojanović /2014/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd, pp. 217–222.

27 M. Šikman /2017/: Posebne istražne radnje i odluke Evropskog suda za ljudska prava, *RKK*, n° 1, p. 152.

28 M. Šikman: *ibid.*, p. 152.

tivirati mehanizam utvrđivanja/preispitivanja njene zakonitosti. To dodatno nameće obavezu sudiji da posebno obrazloži svaki od pomenutih uslova za njihovo određivanje. Skloni smo zaključku, bez ikakve fleksibilnosti u tome (za razliku od ESLJP i nekih nacionalnih sudova) da nepoštovanje zahtjeva koji se tiču obrazloženja treba sankcionisati na način što će se svi materijali „eksploatisani” primjenom ovih mjera devalvirati. Odnosno, na takvim dokazima se ne bi mogla zasnivati sudska odluka.

Summa summarum, kada određuje primjenu ovih mjera, sudija mora da odgovori na sledeća pitanja: Iz čega proizlazi osnov sumnje da je određeno lice izvršilo krivično djelo.²⁹ To se ne čini prostim nabranjanjem materijala koji je naveden u predlogu za određivanje ovih mjera, već se moraju analizirati ti dokazi i na taj način jasno demonstrirati da je sudija zaista ubijeđen da osnov sumnje proizlazi iz dostavljenog materijala. Radi se obično o indicijama³⁰ i njih po pravilu treba da bude više, ali može da bude dovoljna i jedna.³¹ Nekakvi dokazi o izvršenju krivičnog djela ili pripremanju na vršenje (obično indicije) moraju da postoje prije određivanja neke od mjera, ali u isto vrijeme ti dokazi treba da budu takvi da nijesu dovoljni za pokretanje postupka.³² Primjena ovih mjera nema nikakvog opravdanja kada državni tužilac ima dovoljno drugih dokaza za pokretanje istrage.³³

Zatim, sudija mora biti i uvjeren (i tu uvjerenost obrazložiti) da je primjena ovih mjera *ultima ratio* karaktera. Ne zaboravimo da se primjenom ovih dokaznih radnji, na jedan svojevršno legalan način, suspenduju Ustavom zajemčena prava. Ukoliko bi se desilo da odgovori na druga, a ne i na ovo pitanje, onda se sudija kretao mimo granica zakona. Jer mu zakonodavac nije dao mogućnost da određuje primjenu ovih mjera u svakom slučaju, već samo ukoliko je to nužno.

Obrazloženje omogućava kontrolu logičkog procesa pomoću kog je sud došao do odluke i ispitivanje da li su zaključci odluke saobrazni zakonu.³⁴ Obrazloženje predstavlja jemstvo protiv sudske proizvoljnosti i istovremeno omogućava okrivlje-

29 U crnogorskoj jurisprudenciji se nametnulo kao sporno i pitanje oko obrazloženja osnova sumnje. Naime, kako to proizlazi iz stilizacije rješenja Apelacionog suda Crne Gore (*Kvž. br. 60/2020* od 26. februara 2020. godine), osnov sumnje nije bio obrazložen u naredbi o određivanju mjera tajnog nadzora. Ukidajući prvostepeno rješenje Višeg suda u Podgorici (*K. br. 106/17* od 28. januara 2020. godine), Apelacioni sud je istakao da naredbu sudije za istragu koja je donesena na obrazloženi predlog tužioca, zajedno sa tim predlogom *treba cijeniti kao jednu cjelinu (sic!)*, i da to znači da je u konkretnom sudija za istragu prilikom donošenja naredbe imao u vidu i predlog za određivanje mjera tajnog nadzora, koji su službenici Uprave policije dostavili tužiocu, kao i predlog za donošenje naredbe, što znači da je sudija za istragu nesporno imao u vidu razloge za osnove sumnje, kao osnovnog i primarnog uslova za određivanje mjera u trenutku donošenja naredbe. Ne možemo se složiti sa ovakvim razmišljanjem Apelacionog suda. Ovo iz prostog razloga što je (samo) naredba sudije za istragu podložna kasnijoj sudskoj evaluaciji. Dakle, naredba mora da sadrži sve konstitutivne elemente. Ukoliko to nije slučaj, ne može se taj nedostatak nadoknaditi pozivanjem na to da je taj element sadržan u predlogu tužioca.

30 Za više o pojmu indicija (osnova podozrenja) vid. T. Vasiljević /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd, p. 370.

31 Tako: M. Grubač, B. Vučković /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat, p. 382.

32 M. Grubač, B. Vučković: *ibid.*, p. 382.

33 M. Grubač, B. Vučković: *ibid.*, p. 382.

34 G. P. Ilić /2011/: Pravo na obrazloženu sudska odluku, *Crimen* (II), n° 2, p. 229.

nom da, znajući za razloge na kojima se temelji osuda, bolje pripremi pravni lijek za njeno pobijanje.³⁵ S pravom se u doktrini ističe da se za sudsku odluku koja ne sadrži obrazloženje teško može tvrditi da je zakonita, bez obzira na to što je pravilna.³⁶ U hrvatskoj doktrini izražen je stav da bi predstavljao nezakonit dokaz slučaj ukoliko nalog za primjenu posebnih dokaznih radnji ne bi sadržavao jasne, potpune i provjerljive razloge postojanja osnova sumnje.³⁷

Nadalje, s pravom se u teoriji ističe da je zakonodavac, kada je u pitanju korišćenje pojma „osnov sumnje”, bezmalo kontradiktoran.³⁸ To se objašnjava time da je ovaj pojam u čl. 2 tač. 17 ZKP-a, definisan kao „skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela”. Imajući to u vidu i činjenicu da kada govori o posebnim dokaznim radnjama koristi ovaj pojam i mogućnost njihovog određivanja u fazi pripremanja krivičnog djela, onda je osnove sumnje trebalo definisati kao „jednu ili više činjenica koje posredno ukazuju da se priprema ili da je učinjeno krivično delo, odnosno da određeno lice priprema izvršenje dela ili je učinilac krivičnog dela”.³⁹

Ukoliko naredba o određivanju ovih mjera bude kasnije u toku postupka proglašena nezakonitom,⁴⁰ to bi onda značilo da svi rezultati do kojih se došlo njenom primjenom „padaju u vodu” (čl. 16 ZKP-a). To je posledica teorije „o plodovima otrovnog drveta”.⁴¹ Uostalom, i odredbom čl. 163 st. 3 ZKP-a je propisano da ukoliko je pri preduzimanju posebnih dokaznih radnji postupljeno suprotno odredbama ovog zakonika ili naredbi organa postupka, na prikupljenim podacima se ne može zasnivati sudska odluka, a sa prikupljenim materijalom se postupa u skladu sa čl. 84 st. 3 ZKP-a.

35 G. P. Ilić /2011/: *ibid.*, p. 231.

36 G. P. Ilić /2011/: *ibid.*, p. 233.

37 Tako: Ž. Karas, M. Jukić /2009/: Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 16, n° 2, p. 625.

38 N. Paunović /2019/: Simulovani poslovi kao posebna dokazna radnja u srpskom krivičnoprocesnom pravu – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, elektronski dodatak – studentski radovi, p. 50.

39 N. Paunović: *ibid.*, p. 50.

40 Pitanje nezakonitih dokaza jedno je od spornijih pitanja kako u teoriji tako i u praksi. Upor. G. L. Davies /2002/: The Exclusion of Evidence Illegally or Improperly Obtained: An Unsatisfactory Answer to an Unstated Question, *Journal of Financial Crime*, Vol. 9 Iss. 3, p. 244. Pravila u vezi sa isključenjem nelegalno dobijenih dokaza nisu uvijek bez kritika. Sudovi i doktrina ističu da se društvo bori da nađe srednji put između obezbeđivanja osnovnih prava, sa jedne strane, i obezbeđivanja pravde, s druge strane. Tako: J. Meese /2017/: The use of illegally obtained evidence in criminal cases: A brief overview, *ERA forum*, n° 18, p. 298.

41 Iako nastala u američkom pravnom sistemu još dvadesetih godina prošlog vijeka, teorija o „plodovima otrovne vočke” je upravo u tamošnjem sistemu, u međuvremenu, relativizovana. Za više o tome, vid.: I. I. Feješ /2015/: Sistem izuzetaka od primene “teorije ploda otrovnog drveta”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n° 2, pp. 529–539; B. Obradović, I. Župan /2011/: “Plodovi otrovne vočke” u hrvatskom i poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, n° 1, pp. 117–121; D. Krapac: *op. cit.*, p. 197. Ova doktrina je primjenjivana i u brakorazvodnim parnicama – vid. američki slučaj *Stamme v. Stamm*, 589 S.W.2d So. (Mo. App. 1979). Cit. prema: S. R. Arnold /1987/: Caught in a Wiretap: The ethical and evidentiary dangers of using illegally obtained evidence, *Family Advocate*, Vol. 10, n° 1, Special issue on Evidence, pp. 35–36.

2. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Kada je u pitanju praksa ESLJP, na početku treba istaći da ovaj sud u okviru čl. 6 Konvencije razmatra pravo na obrazloženu sudsku odluku. Pravo na obrazloženu presudu koje je Sud stvorio u sopstvenoj praksi, zasnivajući ga na čl. 6 st. 1 Konvencije, praktično je „proširilo” nadležnost Suda i na meritorno ocjenjivanje nacionalnih presuda, što uobičajeno nije nadležnost međunarodnih tribunala.⁴² Pravo na obrazloženu presudu (mada se može generalizovati i reći – na obrazloženu sudsku odluku – primj. K. P.), izvire iz obaveze nacionalnih sudova da na adekvatan način izlože razloge na kojima se zasniva rešenje pravnog i faktičkog pitanja u konkretnom sporu.⁴³

U vezi sa našim shvatanjem oko posljedica nezakonitih naredbi za pretresanje, rekli bismo da nas praksa ESLJP uveliko demantuje. Naime, prema stanovištu Suda prihvatanje nezakonito dobijenih dokaza samo po sebi ne predstavlja kršenje čl. 6, ali to može dovesti do nepravilnosti postupka u zavisnosti od činjenica konkretnog predmeta.⁴⁴ Kada se sudovi oslanjaju na nezakonito pribavljene dokaze, ESLJP provjerava: a) da li je „nezakonitost” u smislu unutrašnjeg prava koincidirala sa „nepravilnošću” u autonomnom značenju Konvencije i b) da li je aplikant imao mogućnost da pokrene to pitanje pred domaćim sudovima.⁴⁵ Da bismo objasnili o čemu se radi predstavice standarda ovog suda koji su determinisani u nekoliko referentnih slučajeva.

Među prvima, treba pomenuti predmet *Klass i ostali protiv Njemačke*⁴⁶ koji ima višestruku važnost. U ovom predmetu Sud je najprije razmatrao da li se pojmom „žrtva” mogu obuhvatiti lica koja nisu pod mjerama, ali koja potencijalno mogu biti i da li je nužno obavještavanje lica koja su se našla pod mjerama. Sud je dao značenje pojma žrtva. Na to je bio primoran zbog prigovora njemačke Vlade da aplikanti nisu lica na koja su mjere primijenjene. Sud je u § 34 ukazao da pojedinac može, pod određenim uslovima, tvrditi da je žrtva povrede izazvane samim postojanjem tajnih mjera ili propisa koji omogućavaju tajne mjere, bez potrebe da navede da su takve mjere zapravo bile na njemu primijenjene. Zaključio je (§ 38) da svaki podnositelj predstave ima pravo da tvrdi da je žrtva povrede Konvencije, čak i ako ne može potkrijepiti svoju predstavku navodom da je bio predmet konkretnih mjera nadzora. Glavna žalba aplikantata, kako to Sud sumira u § 57, leži u tome da se osoba na koju se odnose mjere naknadno ne obavještava uvijek nakon ukidanja nadzora i zbog toga nije u situaciji da traži efikasno pravno sredstvo pred sudovima. Međutim, Sud je istakao da treba razjasniti da li je čak i u praksi moguće u svim slučajevima zahtijevati naknadno obavještavanje. Sud je napomenuo da aktivnost ili

42 G. Dajović, B. Spaić /2019/: Doktrina “četvrte instance” i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, n° 3, p. 159.

43 G. Dajović, B. Spaić: *ibid.*, p. 167.

44 N. Mole, C. Harby /2006/: *The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg, p. 52.

45 D. Vitkauskas, G. Dikov /2017/: *Protecting the right to a fair trial under European Convention of Human Rights: A Handbook for legal practitioners*, Second edition, Strasbourg, p. 102.

46 Za detaljniju analizu ovog predmeta vid. K. C. Burke /1981/: Secret Surveillance and the European Court of Human Rights, *Stanford Law Review*, Vol. 33, n° 6, pp. 1114–1122.

opasnost protiv kojih su određene mjere nadzora može trajati godinama, pa čak i decenijama, nakon ukidanja tih mjera. Naknadno obavještanje svakog pojedinca pogođenog ukinutom mjerom može bitno ugroziti dugoročnu svrhu koja je prvobitno iziskivala nadzor. Složio se sa Saveznim Ustavnim sudom Njemačke, da bi takvo obavještanje moglo dovesti do otkrivanja metoda rada i polja djelovanja tajnih službi, pa čak i do mogućnosti otkrivanja identiteta njihovih agenata. Na temelju izloženog, nije utvrđeno kršenje čl. 8 Konvencije.

Nadalje, predmet *Schenk protiv Švajcarske*⁴⁷ je od izuzetne važnosti za razumijevanje pojma nezakonitih dokaza, tačnije u pogledu toga da li se i pod kojim uslovima određeni dokazi mogu koristiti u postupku. U ovom slučaju se radilo o prihvatljivosti kao dokaza kasete kojom je g. *Schenk* snimljen da je g. *Pautiju* naložio da ubije njegovu suprugu. Optužen je i osuđen na podsticanje za ubistvo. Iako je u nacionalnim okvirima pokušao da ospori snimanje i upotrebu snimka kao dokaza, to mu nije pošlo za rukom. U postupku pred Sudom, g. *Schenk* je tvrdio da je snimanje njegovog telefonskog razgovora sa g. *Pautijem* i korišćenje tog snimka u dokaznom postupku, u suprotnosti sa čl. 6 st. 1 Konvencije. Po njegovom mišljenju korišćenje nezakonito pribavljenog dokaza bilo je dovoljno da suđenje učini nepravičnim. Vlada nije sporila da je snimak pribavljen na nezakonit način, a to su, uostalom, priznali i švajcarski sudovi. Pa i pored toga, tri nacionalna suda su prihvatila snimak kao dokazni materijal. Sud je ponovio da ne može principijelno i generalno da isključi da su nezakonito pribavljeni dokazi ove vrste mogli da budu prihvatljivi. Može samo da ustanovi da li je suđenje g. *Schenku* bilo pravično u cjelini. S tim u vezi, Sud je najprije konstatovao da prava na odbranu nisu bila zanemarena. Aplikantu nije bilo nepoznato da je snimanje na koje se on žalio bilo nezakonito, jer ga nije naredio nadležni sudija. On je imao mogućnost – koju je i iskoristio – da osporava njegovu vjerodostojnost i korišćenje. Pri tome, nije od značaja činjenica što su njegovi pokušaji ostali bezuspješni. Sud je takođe (§ 48), pridao značaj činjenici da snimak telefonskog razgovora nije bio jedini dokaz na kojem se osuda zasnivala.⁴⁸

47 ESLJP: *Schenk protiv Švajcarske*, predstavka br. 10862/84 od 12. jula 1988. godine.

48 Vrlo važno pitanje (koje ćemo na ovom mjestu samo postaviti, bez detaljnije analize istog) je i u kojoj se mjeri krše prava drugih, mjerama neobuhvaćenih, lica. Evo o čemu se radi. Kada se npr. odredi tajni nadzor komunikacija, nije sporno da se prisluškuje okrivljeni – prema njemu su radnje i određene – međutim, tada se dolazi do informacija o ličnosti lica koja su sa tim okrivljenim ostvarili komunikaciju, a koja, kako je već rečeno, nisu obuhvaćena naredbom. Kako su i da li su oni zaštićeni? Odgovor bi, po svemu sudeći, na oba pitanja bio negativan. Međutim, bezmalo je opravdano pitanje. Jer preko jednog lica, primjenom neke od ovih radnji (recimo, tajni nadzor komunikacija) ne pratimo samo dešavanja iz njegovog života niti samo upoznajemo sadržinu njegovog socio-porodično-ekonomskog bivstvovanja. U dosta situacija se takva slika dobija i za druga lica. I toga su svjesni oni koji predlažu i određuju te mjere. Ne vidimo razloga da se pitanje ne aktualizuje. Kao protivargument iznijetom, vjerovatno će se isticati da je ova mjera „destinirana”, odnosno da je cilj bio da se, riječima ESLJP, tijela javne vlasti upoznaju sa podacima iz života lica prema kome je ona određena. Međutim, da li je ova činjenica ipak dovoljna da opravda upoznavanje sa životima obično na desetine lica. Jer, svjesni smo da će se svako, ako ne sa prijateljima, onda sigurno sa članovima porodice čuti vrlo često i da će ti razgovori sadržati intimne detalje iz života svakog od njih. Ovo razmatranje posebno dobija na težini kada se ima u vidu odredba čl. 164 ZKP-a, kojom je regulisan tzv. *slučajni nalaz*. Naime, prema ovoj odredbi ako je preduzimanjem posebnih dokaznih radnji prikupljen materijal o krivičnom djelu ili učinocu koji nije bio obuhvaćen odlukom o određivanju posebnih dokaznih radnji, takav

⁴⁹ Na osnovu ove analize, utvrdio je da korišćenje spornog snimka kao dokaza u postupku, nije podnosioca predstavke lišilo pravičnog postupka, iz kog razloga nije prekršen čl. 6 st. 1 Konvencije.

Vrijedno pažnje u ovom predmetu je i zajedničko suprotno mišljenje sudija *Pettitia, Spielmanna, De Meyera i Carrillo Salcedoa*. Naime, oni se nisu složili sa mišljenjem većine, tvrdeći da postupanje po zakonu, kada je u pitanju prikupljanje dokaza, nije apstraktan niti formalistički zahtjev. Naprotiv, smatrali su da je to od osnovne važnosti za pravičnost krivičnog suđenja. Nijedan sud se, tvrde oni, ne može bez štete po pravilno funkcionisanje pravosuđa osloniti na dokaze koji su pribavljeni ne samo nepravičnim sredstvima, već, prije svega, nezakonito. Ako se to i desi, suđenje ne može da bude pravično prema značenju u Konvenciji. Na temelju izloženog, oni su, s druge strane, zaključili da je došlo do kršenja čl. 6 Konvencije.

U predmetu *Kruslin protiv Francuske*⁵⁰ Sud je ustanovio kršenje čl. 8 Konvencije, iz razloga što domaći – francuski – zakon nije bio dovoljnog kvaliteta. Naime, u ovom predmetu jedan od dokaza protiv g. Kruslina je bio snimak telefonskog razgovora koji je aplikant imao na telefonskoj linniji koja je pripadala trećem licu. Snimanje je realizovano na zahtjev istražnog sudije u vezi sa drugim postupkom. Sud je najprije analizirao da li je mjera koja je primijenjena imala osnov u domaćem zakonu. Odgovor na ovo pitanje je bio afirmativan. Nadalje, razmatrao je i to da li je zakon bio pristupačan. Ni to, kao ni prethodno pitanje, nije bilo sporno. Takva situacija međutim nije bila sa *predvidljivošću zakona*. Ukratko, to je bio kamen spoticanja Francuske u ovom slučaju. Zakon mora biti dovoljno jasan u svojim značenjima da građanima da adekvatnu naznaku o okolnostima u kojima i uslovima pod kojima su javne vlasti ovlašćene da pribjegnu ovom tajnom i potencijalno opasnom miješanju u pravo na poštovanje privatnog života i korespondencije. Zakon, naglašava Sud, koji daje diskreciono pravo mora naznačiti obim te diskrecije, iako se detaljna procedura i uslovi na koje se mora paziti nužno ne moraju unijeti u pravila osnovnog zakona. Sud je naglasio da prislušivanje i druge forme praćenja telefonskih razgovora predstavljaju ozbiljno miješanje u privatni život i korespondenciju i, prema tome, moraju biti zasnovane na „zakonu”, koji je posebno precizan. Sud je zamjerio što kategorije lica koja mogu biti podvrgnuta mjerama prislušivanja i priroda krivičnih djela koja mogu dati razloga za takav nalog nigdje nisu definisana (§ 35). Ništa, navodi se dalje, ne obavezuje sudije da odrede ograničenja za trajanje telefonskog prislušivanja. Zaključuje (§ 36) da francusko pravo, pisano i nepisano, ne ukazuje sa razumnom jasnoćom na obim i način izvršenja diskrecije date javnim vlastima. Prema tome, postojalo je kršenje čl. 8 Konvencije.

materijal se može koristiti u postupku samo ako se odnosi na krivično djelo iz čl. 162 ZKP-a. Na osnovu izloženog, može se postaviti pitanje, da li ova „treća” (koja vrlo vjerovatno mogu da budu i „prva”, ukoliko se sazna da su izvršila neko od krivičnih djela iz čl. 162 ZKP-a) lica imaju pravo (posebno, ukoliko se u toku postupka utvrdi da je naredba nezakonita) na naknadu nematerijalne štete?

49 U Belgiji, recimo, od 2003. godine, je vrlo rijetko iz dokaznog materijala eliminisan nezakonit dokaz. Većina sudija se slaže sa navodima odbrane da je dokaz vjerovatno bio nelegalno dobijen, ali nakon što zakluče da takav dokaz nije nepouzdan i da njegovo korišćenje nije nekompatibilno sa principom poštenog suđenja, izvode zaključak da se na takvom – nelegalno dobijenom – dokazu, sudske odluke mogu temeljiti. J. Meese: *op. cit.*, p. 305.

50 ESLJP: *Kruslin protiv Francuske*, predstavka br. 11801/85 od 24. aprila 1990. godine.

I u predmetu *Amann protiv Švajcarske*⁵¹, Sud je takođe kritikovao zakonski okvir i na bazi tog deficita konstatovao postojanje kršenje čl. 8 Konvencije.

U slučaju *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵², prislusni uređaji su bili postavljeni u prostorijama drugog lica, u koje se aplikant, ne znajući za ovu radnju, našao. Međutim u momentu kada su uređaji za prisluškivanje instalirani, domaće pravo nije regulisalo ovu situaciju (§ 27, in fine). Zaključak, koji je proizašao iz te činjenice, jeste da miješanje u konkretnom slučaju nije bilo u skladu sa zakonom, kako je to predviđeno čl. 8 st. 2 Konvencije. Pod takvim okolnostima, Sud je konstatovao kršenje čl. 8 Konvencije, bez potrebe da razmatra da li je to bilo neophodno u demokratskom društvu. Kako se aplikant žalio i na povredu čl. 6 Konvencije, Sud je napomenuo da je na njemu da odluči da li je postupak u cjelini, uključujući način na koji je dokaz pribavljen, bio pravičan. Najprije, Sud je notirao da je materijal nastao prisluškivanjem jedini dokaz protiv aplikanta. Konstituisao je pravilo da ukoliko je dokaz na kom se temelji presuda bio pouzdan, u toj mjeri slabi obaveza za „podržavajućim dokazima”. Krenuvši u analiziranje predmeta, zaključio je da je aplikant imao dosta mogućnosti da ospori autentičnost i upotrebljivost prisluškivanog materijala. Međutim, nije poricao njegovu autentičnost. Činjenica što nije uspio sa argumentom da se kao takav ne koristi u postupku, ne znači da nije imao mogućnost da ga ospori. Nakon što je detaljno analizirao činjenice, Sud je utvrdio da u konkretnom nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije, u dijelu da je korišćenjem spornog snimka u postupku došlo do nepravičnog suđenja.

U djelimično izdvojenom mišljenju sudija *Loucaide* je istakao da po njegovom mišljenju, suđenje ne može biti fer, kakav zahtjev je sadržan u čl. 6 Konvencije, ukoliko je krivica pojedinca za bilo koje djelo ustanovljena na osnovu dokaza koji je dobijen kršenjem ljudskih prava zagarantovanih Konvencijom, te da ukoliko kršenje čl. 8 može biti prihvaćeno kao „pravično”, onda ne može vidjeti kako će se policija efektivno odvratiti od ponavljanja nedozvoljenog ponašanja.

U predmetu *Dragojević protiv Hrvatske*,⁵³ protiv aplikanta su, iz nekoliko navrata, aktom suda, bile određene mjere tajnog nadzora (prisluškivanje telefona i praćenje). Nacionalni sudovi su odbili kao neosnovane navode aplikanta o tome da su predmetne mjere nezakonite zbog nedovoljnog obrazloženja ključnih aspekata – osnova sumnje i supsidijarnosti. U svojoj analizi ESLJP je ustanovio da je u konkretnom došlo do miješanja u pravo aplikanta na poštovanje „privatnog života” i „dopisivanja” koja prava su zajemčena čl. 8 Konvencije. U pogledu pitanja da li je miješanje bilo opravdano, Sud je najprije konstatovao da je tajni nadzor nad podnositeljem utemeljen u mjerodavnom domaćem pravu. Nadalje, Sud je konstatovao da u konkretnom nisu navedeni nikakvi stvarni detalji koji se temelje na specifičnim činjenicama predmeta i posebnim okolnostima koje ukazuju na osnovanu sumnju da su krivična djela počinjena, te da istragu nije moguće sprovesti na drukčiji, ma-

51 ESLJP: *Amann protiv Švajcarske*, predstavka br. 27798/95 od 16. februara 2000. godine.

52 ESLJP: *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, predstavka br. 35394/97 od 12. maja 2000. godine. Za više vidj. i *Bykov protiv Rusije* (VV), predstavka br. 4378/02 od 10. marta 2009. godine. Cit. prema J. McBride /2009/: *Human rights and criminal proceedings – The Case Law of European Court of Human Rights*, First Edition, Council of Europe, Strasbourg, p. 217.

53 ESLJP: *Dragojević protiv Hrvatske*, predstavka br. 68955/11 od 15. januara 2015. godine.

nje invazivan način. U toku odlučivanja, Sud je imao u vidu da je ovakva praksa relativizovana od strane Vrhovnog suda Hrvatske. Naime, prema stavu ovog nacionalnog suda manjak obrazloženja u nalogima za tajni nadzor može biti nadoknađen retroaktivnim specifičnim obrazloženjem u pogledu relevantnih pitanja u kasnijoj fazi postupka time što će se od suda zatražiti da izuzme dokaze dobijene na taj način iz spisa. Ovakvo stanovište je izgleda prihvatio i Ustavni sud Hrvatske koji je u svojoj odluci *U-III-2781/2010* od 9. januara 2014. godine, smatrao da u slučaju kada nalozi za tajni nadzor ne sadrže obrazloženje, da je isto moguće navesti u prvostepenoj presudi ili odluci vezanoj uz zahtjev za izuzimanjem nezakonito dobijenih dokaza. Sud ovakvo rezonovanje nije prihvatio. Naime, naveo je da ovakva situacija sugeriše da je praksa u primjeni zakona koja sama po sebi nije dovoljna jasna, u sukobu sa jasnim tekstom zakona koji ograničava ostvarivanje ovlašćenja dodijeljenih tijelima javne vlasti kada je u pitanju sprovođenje tajnog nadzora. Sud je zaključio da mjerodavno domaće pravo, na način na koji su ga tumačili i primijenili nadležni sudovi, nije bilo razumno jasno u pogledu opsega i načina ostvarivanja ovlašćenja dodijeljenih tijelima javne vlasti, a posebno nije u praksi osiguralo odgovarajuće mjere zaštite od raznih mogućih zloupotreba. U skladu sa tim, postupak za izdavanje i nadziranje mjera prisluškivanja telefona podnositelja nije bio u potpunosti u skladu sa pretpostavkom zakonitosti niti je na odgovarajući način ograničio miješanje u pravo podnositelja na poštovanje njegovog privatnog života i dopisivanja na ono što je bilo „nužno u demokratskom društvu”. Zbog toga je došlo do kršenja čl. 8 Konvencije. Nakon toga, Sud je prešao na analiziranje tvrdnje u vezi sa tim da je prekršen i čl. 6 Konvencije. Sud je konstatovao da aplikant nije iznio nikakve tvrdnje kojima osporava pouzdanost podataka dobijenih mjerama tajnog nadzora, već da je svoj prigovor ograničio isključivo na formalnu upotrebu takvih podataka kao dokaza u toku postupka. Polazeći od toga, Sud je istakao da je aplikant imao mogućnost osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njihovoj upotrebi, koju priliku je i iskoristio za vrijeme postupka pred prvostepenim sudom, u svojoj žalbi kao i u ustavnoj žalbi. Domaći sudovi su ispitali osnovanost njegovih tvrdnji te dali obrazloženje za svoje odluke. Činjenica da podnositelj nije bio uspješan ne mijenja činjenicu da je imao efektivnu mogućnost osporiti dokaze te se usprotiviti njihovoj upotrebi. Uz to, sporni dokazi nisu bili jedini dokazi na kojima se temeljila presuda. Na osnovu izloženog, Sud je zaključio da ne postoji ništa što bi potkrijepilo zaključak da prava odbrane aplikanta nisu odgovarajuće poštovana u pogledu izvedenih dokaza ili da je procjena domaćih sudova bila proizvoljna, odnosno, da upotreba spornih snimaka kao dokaza nije kao takva podnositelja lišila poštenog suđenja. Zaključeno je da nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije.

I u predmetu *Bašić protiv Hrvatske*.⁵⁴ sud je konstatovao da nalog za primjenu mjera tajnog nadzora nije sadržavao odgovarajuće obrazloženje konkretnih okolnosti predmeta, a posebno razloga zbog kojih se istraga nije mogla sprovesti drugim, manje nametljivim načinima. Ukazujući na praksu u predmetu *Dragojević*, istakao

54 ESLJP: *Bašić protiv Hrvatske*, predstavka br. 22251/13 od 25. oktobra 2016. godine. Pored navedenih, vid. još i odluke *Parazajder protiv Hrvatske*, predstavka br. 50049/12 od 1. marta 2018. godine i *Grba protiv Hrvatske*, predstavka br. 47074/12 od 23. novembra 2017. godine, kao i Odluku Ustavnog suda Srbije *Už-88/2008* od 1. oktobra 2009. godine.

je da nedostatak obrazloženja u nalogu istražnog sudije, zajedno s praksom domaćih sudova koja zaobilazi takav nedostatak obrazloženja retroaktivnim opravdavanjem primjene tajnog nadzora, nije bio u skladu sa mjerodavnim domaćim pravom i da stoga u praksi nisu osigurana odgovarajuća jamstva protiv raznih mogućih zloupotreba. Ustanovio je kršenje čl. 8. određujući se povodom tvrdnje aplikanta da su dokazi prikupljeni mjerama tajnog nadzora upotrijebljeni u postupku i da je to suprotno čl. 6 st. 1 Konvencije, sud je istakao da korišćenje kao dokaza saznanja pribavljenih povredom čl. 8, kao što se dogodilo u ovom predmetu, neće biti u sukobu sa zahtjevima pravičnosti ako je njihova upotreba u postupku bila praćena odgovarajućim proceduralnim jamstvima koja zahtijeva sudska praksa Suda (§ 43). Dodao je da ne pronalazi ništa što bi dovelo u sumnju pouzdanost i tačnost predmetnih dokaza. Uz navedeno, Sud je konstatovao da je sporni materijal bio odlučujući materijal na temelju koga je pokrenuti krivični postupak i da je, isto tako, bio od odlučujuće važnosti za osudu aplikanta. I pored toga, Sud je konstatovao da taj element nije odlučujući činilac u ocjeni o pravičnosti postupka u cjelini. Ukazao je i to da će relevantnost postojanja drugih dokaza, osim onih koji se osporavaju, zavisiti od okolnosti pojedinih predmeta. U konkretnom, kada je sadržaj snimaka predstavljao tačne i pouzdane dokaze, potreba za daljim dokazima bila je u skladu sa time i slabija (§ 48). Na temelju izloženog, ustanovljeno je da nije došlo do kršenja čl. 6 st. 1 Konvencije.

UMJESTO ZAKLJUČKA

Posebne dokazne radnje su, nesporno, nužno sredstvo u borbi protiv organizovanog kriminala. Pa ipak, sa druge strane, sigurno je da po stepenu ugrožavanja, predstavljaju najinvazivniju radnju u korpus ljudska prava. Iz samo prethodno navedenog može se zaključiti u kojoj mjeri su ambivalentne. No, bez obzira na to čini se da možemo sa nemalom sigurnošću reći da sud (nikad) ne vrši ponderizaciju ovih, dakako oprečnih, interesa. Kada je u pitanju referentni srpski legislativni okvir, sem nekih tehničkih nepreciznosti ne možemo uputiti nijednu ozbiljniju kritiku. S druge strane, na osnovu izvršene analize možemo zaključiti kakav je odnos nacionalnih sudova prilikom obrazlaganja ovih radnji. U najmanju ruku, nedovoljan i stereotipan. Iako dužni i pozvani od strane zakonodavca da obrazlažu sve elemente iz čl. 161 ZKP-a, to se nažalost u praksi ipak ne čini. Nasuprot tome, obično se samo prepisu zakonske odredbe, a osnov sumnje se pri tom obrazlaže pukim navođenjem materijala u spisima (bez posebne analize istog u pravcu da li postoji osnov sumnje). Uz to, usudićemo se da tvrdimo da se nikada (ili barem, vrlo rijetko) ne analizira njihova primjena sa aspekta supsidijarnosti. Ovakvo postupanje bezmalo je nezakonito. Treba dodati da je proces donošenja naredbe, takoreći, jednostranački postupak (odlučuje se samo o predlogu tužilaštva, pri čemu se druga strana ne konsultuje o tome), a čije dejstvo „pogađa” drugu stranu. Ovo je doduše nužna posljedica ovih radnji i tome se ništa ne može prigovoriti. Međutim, upravo ovaj karakter postupka ističemo kako bismo dodatno argumentovali potrebu za detaljnim i suvislim obrazloženjem takvih naredbi.

Što se tiče ESLJP, ovaj sud je afirmisao praksu prema kojoj, u slučaju da je naredba o aplikaciji ovih radnji bila nezakonita, (samo) konstatuje povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života. Nije nažalost (još uvijek) spreman da ustanovi i kršenje prava na pravično suđenje. Kažemo, nažalost iz prostog razloga što ovaj sud, bez dovoljno jake argumentacije, aminuje rad nacionalnih službi koji je nezakonit. Takvom jurisprudencijom šalje jasnu poruku nacionalnim sudovima da mogu da donose nezakonite⁵⁵ naredbe (a iz njihove prakse bi proizlazilo da je to moguće i bez naredbe⁵⁶ ili u nedostatku zakonskog ovlašćenja), i da će pored toga takva presuda opstati.⁵⁷ Ukoliko bismo tražili adekvatnu a lapidarnu sentencu kojom bismo izrazili ovakvo postupanje, to bi bila „*Cilj ne bira sredstva*”!

Prilikom razmatranja da li je došlo do kršenja čl. 6 st. 1 EKLJP u vezi sa upotrebom ovakvih dokaza u postupku, Sud kao relevantne uzima okolnosti poput toga: 1) da li je materijal koji je proistekao iz takvih naredbi pouzdan, 2) da li je okrivljeni imao mogućnost da ospori autentičnost i zakonitost mjera, 3) da li su se sudovi (kako god) izjasnili na takve primjedbe i 4) da li su ti materijali bili jedini dokaz protiv okrivljenog. U vezi sa poslednjim elementom valja primijetiti da je, generalno bez pravnog značaja. Ovo iz razloga što je u nekim predmetima Sud konstatovao da je to bio jedini dokaz na kome se zasniva osuda, a u nekim nije. I pored toga, rezultat je uvijek bio isti. Suđenje je bilo pravično.⁵⁸

Iako smo u potpunosti saglasni sa rezonovanjem Suda u analizi povrede čl. 8 EKLJP, takvo mišljenje ne dijelimo sa njegovim stavovima kada je u pitanju povreda čl. 6 st. 1 EKLJP. Naše razmišljanje je u tom aspektu u cjelosti kompatibilno izdvojenom mišljenju sudija u predmetima *Schenk* i *Khan*.

Shodno svemu prethodno rečenom, možemo opravdano postaviti sledeće pitanje: Da li je za aplikanta, u ovoj situaciji dobro rješenje da pred ESLJP postavi pitanje kršenja čl. 6 Konvencije ili bi za njega situacija bila mnogo bolja ukoliko samo kandiduje kao sporno kršenje čl. 8? Uzmimo da se situacija iz predmeta *Dragojević* desila pred crnogorskim sudovima. Naime, odredbom čl. 17 st. 2 Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore⁵⁹ 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* (kurziv – K. P.) ili na *dokazima koji su pribavljeni povredama odredaba krivičnog postupka*, kao i drugim

55 Sud je u predmetu *Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (odl.), predstavka br. 63737/00 od 26. septembra 2002. godine, izričito naveo da „korišćenje na suđenju materijala pribavljenih bez valjanog zakonskog osnova ili na *nezakonit način* (kurziv – K. P.) neće u načelu prekršiti standard pravičnosti sadržan u stavu 1 člana 6 tamo gdje postoje valjani procesni zaštitni mehanizmi i gdje priroda i izvod dokaznih materijala nisu pod sumnjom...”. Cit. prema: J. McBride: *op. cit.*, 217.

56 „Kako je u konkretnom slučaju, snimka razgovora sačinjena bez odobrenja istražnog suca, bez znanja optuženika da se njegov razgovor snima i bez njegovog pristanka na snimanje, dakle protivno zakonskim propisima, to se takva snimka, a time i prijepis te snimke ima smatrati nezakonitim dokazom... i kao takav izdvojiti iz spisa predmeta, jer se sudska odluka ne može temeljiti na dokazima pribavljenim na nezakonit način” Odluka Vrhovnog suda Republike Hrvatske, *I Kž. 252/08* od 12. marta 2008. godine. Cit. prema: A. Garačić: *op. cit.*, p. 234.

57 Upor. G. L. Davies: *op. cit.*, p. 246.

58 Za suprotno, vid.: J. Messe: *op. cit.*, p. 307.

59 Zakonik o krivičnom postupku Crne Gore (“*Službeni list CG*”, br. br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – odluka US, 2/2015 – odluka US, 35/2015, 58/2015 – dr. zakon i 28/2018 – odluka US).

dokazima za koje se iz njih saznalo, niti se takvi dokazi mogu koristiti u postupku. Dakle, u situaciji kada bi ESLJP konstatovao povredu čl. 8 EKLJP, to bi značilo da je nacionalna presuda zasnovana na dokazima koji su pribavljeni povredama ljudskih prava (pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života), pa bi uz takvu presudu ESLJP, otkriveni mogao u nacionalnim okvirima izdejsstvovati ponavljanje krivičnog postupka s pozivom na odredbu čl. 424 st. 1 tač. 6 crnogorskog ZKP-a. U tom slučaju nacionalni sud bi ovakav dokaz na temelju citirane zakonske odredbe morao izdvojiti iz spisa predmeta. Međutim, cijenimo da to ne bi bilo moguće ukoliko bi ESLJP konstatovao da je postupak bio pravičan (da nije došlo do kršenja čl. 6 EKLJP). Potonje, iz razloga što bi na taj način došlo do kontradikcije između presude nacionalnog i odluke međunarodnog suda, što ne bi bilo dozvoljeno.

U konačnom, zaključićemo sa mišlju *Feješa*, koji je istakao da je odstranjenje protivpravnog dokaza u postupku neminovno, jer bi u suprotnom i država postupala protivno pravu, pa bi se na taj način izjednačila sa licem protiv koga ona sama vodi postupak zbog povrede pravnih normi.⁶⁰ Država bi time, nastavlja on, izgubila moralno pravo da kažnjava druge, tj. svoje građane zbog povrede pravnih normi.⁶¹

LITERATURA

- Arnold R. S. /1987/: Caught in a Wiretap: The ethical and evidentiary dangers of using illegally obtained evidence, *Family Advocate*, Vol. 10, n° 1, Special issue on Evidence.
- Burke C. K. /1981/: Secret Surveillance and the European Court of Human Rights, *Stanford Law Review*, Vol. 33, n° 6.
- Dajović G., Spaić B. /2019/: Doktrina „četvrte instance” i pravo na obrazloženu presudu u praksi Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, n° 3.
- Davies L. G. /2002/: The Exclusion of Evidence Illegally or Improperly Obtained: An Unsatisfactory Answer to an Unstated Question, *Journal of Financial Crime*, Vol. 9 Iss. 3.
- Feješ I. I. /2015/: Sistem izuzetaka od primene „teorije ploda otrovnog drveta”, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Novom Sadu*, n° 2.
- Garaić A. /2014/: *Zakon o kaznenom postupku: Pravni lijekovi*, Rijeka.
- Glušić S. /2012/: Posebne dokazne radnje, *Policija i sigurnost (Zagreb)*, godina 21, n° 3.
- Grubač M., Vasiljević T. /2014/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema Zakoniku iz 2011. godine*, trinaesto izdanje, Beograd.
- Grubač M., Vučković B. /2010/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*, treće izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Tivat.
- Ilić P. G. /2011/: Pravo na obrazloženu sudsku odluku, *Crimen (II)*, n° 2.
- Ilić P. G. /2015/: O nezakonitim dokazima u krivičnom postupku – in: *Kaznena reakcija u Srbiji – V deo* (Đ. Ignjatović, prir.), Beograd.
- Ilić P. G., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A. /2015/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku: Prema stanju zakonodavstva od 7. maja 2015. godine*, osmo izmijenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.

60 I. I. Feješ: *op. cit.*, p. 522.

61 I. I. Feješ: *op. cit.*, p. 522.

- Karas Ž., Jukić M. /2009/: Promjene u sustavu nezakonitih dokaza, s osvrtom na kretanja u poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 16, n° 2.
- Kovačević M. /2014/: Tajni nadzor komunikacije – usklađenost sa praksom Evropskog suda za ljudska prava, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXII, n° 2.
- Krapac D. /2000/: *Kazneno procesno prava: Knjiga prva – Institucije*, Zagreb.
- McBride J. /2009/: *Human rights and criminal proceedings – The Case Law of European Court of Human Rights*, First Edition, Council of Europe, Strasbourg.
- Meese J. /2017/: The use of illegally obtained evidence in criminal cases: a brief overview, *ERA forum*, n° 18.
- Mole N., Harby C. /2006/: *The right to a fair trial: A guide to the implementation of Article 6 of the European Convention of Human Rights*, Strasbourg.
- Obradović B., Župan I. /2011/: „Plodovi otrovne voćke” u hrvatskom i poredbenom pravu, *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb)*, vol. 18, n° 1.
- Paunović N. /2019/: Simulovani poslovi kao posebna dokazna radnja u srpskom krivično-procesnom pravu – zakonsko rešenje i neka sporna pitanja, *Anali Pravnog fakulteta u Beogradu*, godina LXVII, elektronski dodatak – studentski radovi.
- Plazinić M., Stojković M. /2015/: Primena posebnih dokaznih radnji i mehanizmi njihove kontrole – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ur.), n° 28.
- Skakavac Z., Skakavac T. /2017/: Krivičnoprocesna regulacija posebnih dokaznih radnji u Republici Srbiji i njihova primena u savremenoj praksi, *Civitas*, 7(2).
- Stojanović Z. /2014/: *Krivično pravo – Opšti deo*, Beograd.
- Stojanović Z., Kolarić D. /2010/: *Krivičnopravno reagovanje na teške oblike kriminaliteta*, Beograd.
- Šikman M. /2017/: Posebne istražne radnje i odluke Evropskog suda za ljudska prava, *RKK*, n° 1.
- Škulić M. /2009/: *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Podgorica.
- Škulić M. /2012/: *Krivično procesno pravo*, peto izdanje, Beograd.
- Škulić M. /2015/: Tajni audio i video nadzor kao posebna dokazna radnja u Zakoniku o krivičnom postupku Srbije – in: *Tužilačka reč* (M. Plazinić, ur.), n° 28.
- Vasiljević T. /1981/: *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, treće izmenjeno i dopunjeno izdanje, Beograd.
- Vitkauskas D., Dikov G. /2017/: *Protecting the right to a fair trial under European Convention of Human Rights: A Handbook for legal practitioners*, Second edition, Strasbourg.

*Krsto Pejović**

Basic Court of Podgorica

*Nina Paović***

Agency for Prevention of Corruption of Montenegro

THE RIGHT TO A REASONED ORDER ON
DETERMINATION OF SPECIAL EVIDENTIARY ACTIONS
AND (CRITICAL) REVIEW OF THE PRACTICE OF THE
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

SUMMARY

Increasingly dangerous, and internationally distributed, (organized) crime has caused the need for states to find adequate means to put an end to all this. Of course, today, as many years before, we can hear that criminals are „*one step ahead of the state*.” That, when we look at the situation around us, is unfortunately not far from the truth. However, faced with this problem, states at the normative level, in order to anticipate criminal behavior, as well as, if the crime has already been committed, to reliably identify the perpetrators, stipulate (beside general evidentiary actions) special evidentiary actions / techniques in national legislation. That is quite legitimate. However, when the state prescribes certain rules, or conditions under which certain (evidentiary) actions must be taken, then it is more than unusual that state does not respect what it has prescribed. In the following lines, we were dealing with special evidentiary actions, predominantly the general characteristics of the same and in connection with them the practice of the ECtHR. All this with the aim of trying to present (from our point of view) a plausible practice, with the hope that we will break with the previous one, which in our opinion is not good.

Key words: Special evidentiary actions, Illegal evidence, Measures of secret surveillance, Right to a fair trial, Right to respect for private and family life.

* Candidate for a judge in the Montenegrin judicial system, krstop@yahoo.com

** Assistant Director, paovic.nina@yahoo.com