

BILTEN

SUDSKE PRAKSE

broj 14/2024

SUD BOSNE I HERCEGOVINE



Tematski broj Biltena Suda Bosne i Hercegovine

www.sudbih.gov.ba

IZDAVAČ: SUD BOSNE I HERCEGOVINE

ZA IZDAVAČA: Minka Kreho, v.d. predsjednika Suda BiH

UREĐIVAČKI ODBOR:

Sudija Hilmo Vučinić, glavni i odgovorni urednik

Sudija Vesna Trifunović, zamjenik glavnog i odgovornog urednika

Sudija Redžib Begić

Sudija Staniša Gluhajić

Sudija Minka Kreho

Sudija Šaban Maksumić

Sudija Zvezdana Antonović

Sudija Jadranka Brenjo

Sudija Željka Krmek

SEKRETAR UREĐIVAČKOG ODBORA

Ena Granić Čizmo, pravna savjetnica Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine

Tehnički saradnici Uređivačkog odbora:

Emira Hodžić, registrar Suda Bosne i Hercegovine

Elma Čorbadžić, zamjenica rukovodioca Pravnog odjela Suda Bosne i Hercegovine

Milica Pranjić, pravna savjetnica Sekretarijata Suda Bosne i Hercegovine, upravna oblast

Lektor: Lejla Karović

Štampa: Štamparija Fojnica d.o.o.

Tiraž: 150

© Sud BiH, u Sarajevu. Sva prava su pridržana. Ovo izdanje je interna publikacija Suda Bosne i Hercegovine i elektronski je dostupna na službenoj web-stranici Suda Bosne i Hercegovine: www.sudbih.gov.ba

S A D R Ź A J:**1.UVOD.....1****I. KRIVIČNA OBLAST****1 PRAKSA EVROPSKIH SUDOVA VEZANO ZA KORIŠTENJE DOKAZA
PRIBAVLJENIH PUTEM ŠIFRIRANOG KOMUNICIRANJA.....7**

1.1	PREGLED ODLUKA EVROPSKIH NACIONALNIH SUDOVA.....	10
1.1.1	VRHOVNI SUD NORVEŠKE.....	10
1.1.2	VRHOVNI SUD FINSKE	14
1.1.3	VRHOVNI SUD NIZOZEMSKE.....	18
1.1.4	VISOKI KAZNENI SUD REPUBLIKE HRVATSKE	24
1.1.5	USTAVNI SUD FRANCUSKE	30
1.1.6	KASACIONI SUD REPUBLIKE FRANCUSKE.....	31
1.1.7	PRVOSTEPENI SUD U ANTVERPENU – BELGIJA	36
1.1.8	KASACIONI SUD ITALIJA.....	42
1.1.9	UJEDINJENO KRALJEVSTVO.....	43
1.2	EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA	54
1.2.1	Naziv predmeta: A.L. i E.J. protiv Francuske (br. 44715/20 i 47930/21);	54
1.2.2	Naziv predmeta: Presuda u predmetu <i>Yüksel Yalçınkaya protiv Turske</i> (aplikacija br. 15669/20);	57
1.3	EVROPSKI SUD PRAVDE U LUKSEMBURGU	60
2	PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE.....	65

II IZBORNE ŽALBE**1 PREURANJENA IZBORNA KAMPANJA KAO NOVINA U IZBORNOM
ZAKONU BOSNE I HERCEGOVINE.....83**

1.1	UVOD	83
1.2	ODNOS IZBORNE KAMPANJE I PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE.....	84
1.3	PREURANJENA IZBORNA KAMPANJA I NJENI OBLICI.....	85

1.4	MEDIJI KAO SREDSTVO VOĐENJA PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE – SPORNA PITANJA	86
1.5	SADRŽAJ OGLAŠAVANJA KOJE IMA KARAKTER PREURANJE IZBORNE KAMPANJE	89
1.6	ODGOVORNOST ZA VOĐENJE PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE.....	98
1.7	IZRICANJE SANKCIJA ZA PREURANJENU IZBORNU KAMPANJU	101
1.8	PROVOĐENJE POSTUPKA PRED CENTRALNOM IZBORNOM KOMISIJOM BOSNE I HERCEGOVINE – SPORNA PITANJA	104
1.9	ZAKLJUČAK	106

III UPRAVNO PRAVO

1 OPRAVDAN STRAH OD PROGANJANJA U PRAVU AZILA.....108

1.1	UVOD	108
1.2	MEĐUNARODNA ZAŠTITA – AZIL.....	108
1.3	DEFINICIJA IZBJEGLICE	109
1.4	OPRAVDAN STRAH OD PROGANJANJA	109
1.5	POKAZATELJI ZA PROCJENU OSNOVANOSTI STRAHA	110
1.6	ZAKLJUČNO:	111
1.7	PRAKSA SUDA BIH U POSTUPCIMA AZILA	112

IV OSTALO

1 OSVRT NA NACRT ZAKONA O SUDU/SUDOVIMA BOSNE I HERCEGOVINE.....131

Poštovani čitaoci,

Pred vama je tematski broj Biltena Suda Bosne i Hercegovine, u kojem su, za razliku od ranijih izdanja, specificirane određene teme koje su u proteklom periodu zapažene u stručnoj i profesionalnoj javnosti.

U tom smislu, sa aspekta ključne teme u krivičnom postupku, sudski bilten je u ovom dijelu posvećen zakonitosti pribavljenih dokaza. Ova tema zauzima središnje mjesto u pravnoj teoriji i praksi jer osigurava ravnotežu između djelotvornog procesuiranja krivičnih djela i zaštite osnovnih ljudskih prava. Odabir ove teme usmjeren je na aktuelne pravne izazove koji proizlaze iz potrebe da se dokazi u krivičnom postupku prikupe na način koji je u skladu s domaćim i međunarodnim pravnim standardima. Naša namjera je bila da kroz prikaz sudske prakse doprinesemo boljem razumijevanju ovog kompleksnog pitanja. Navedeno je svoj izražaj naročito dobilo u proteklom periodu, gdje su sredstva komunikacije korištena za izvršenje krivičnih djela, naročito u domeni organizovanog kriminala, poprimila ozbiljne razmjere, koje su dovele i do ozbiljnih procesnih pitanja o zakonitosti pribavljanja dokaza proisteklih iz takvih komunikacija, kao što su na primjer kriptovane komunikacije. Ne zauzimajući bilo kakav stav o istom pitanju, u ovom Biltenu je iznesen pregled dosadašnje prakse evropskih sudova (u širem pojmu, ne misleći samo na ESLJP) na temu kriptovanih aplikacija, dok je u dijelu prakse ovog Suda dat pregled najznačajnijih pitanja i primijenjenih standarda koji su se inače koristili u pogledu zakonitosti dokaza, bez obzira o kojoj vrsti radnje dokazivanja se radilo.

Cijeneći isključivu nadležnost ovog Suda po pitanju izbornih žalbi, te iz domena prava na azil, dat je poseban osvrt i na ove dvije teme. Izborne žalbe su svoje posebno mjesto u ovom Biltenu zauzele i iz razloga novina koje su se desile u Izbornom zakonu, sa posebnim osvrtom na pitanje preuranjene izborne kampanje o čemu je zauzeta praksa u odlukama apelacionih vijeća. S druge strane, pravo na azil je svoje mjesto u Biltenu našlo s obzirom na bogatu praksu prvostepenih vijeća ovog Suda po istom pitanju, koje, kako je već navedeno, predstavlja isključivu nadležnost ovog Suda. U ovom broju Biltena posebna pažnja je posvećena pitanju opravdanog straha od proganjanja u pravu azila, s obzirom na to da je BiH tranzitna zemlja te se suočava sa velikim brojem migranata koji traže zaštitu putem azila.

Konačno, u javnosti je itekako poznata već višegodišnja polemika u vezi s organizacijom Suda Bosne i Hercegovine, te koncepta postojanja zasebnog Apelacionog odjeljenja unutar samog Suda, zbog čega su u više navrata predlagani i različiti tekstovi zakona kojima se isto pokušavalo urediti i na potencijalno drugačiji način. S obzirom na to da navedeno prevazilazi tehničko pitanje ustrojstva, te za sobom povlači i mnoga druga pitanja, našli smo korisnim dati stručni osvrt na isto pitanje kroz kratki rad na ovu temu, akcentirajući da se autori u potpunosti ograđuju od bilo kakvih političkih pitanja i rasprava koje se vode o istom.

I KRIVIČNA OBLAST

Hilmo Vučinić, predsjednik i sudija Apelacionog odjeljenja Suda BiH
Emira Hodžić, registrar Suda BiH
Elma Čorbadžić, zamjenica rukovodioca Pravnog odjela Suda BiH
Ena Granić Čizmo, pravna savjetnica Apelacionog odjeljenja Suda BiH

1 PRAKSA EVROPSKIH SUDOVA VEZANO ZA KORIŠTENJE DOKAZA PRIBAVLJENIH PUTEM ŠIFRIRANOG KOMUNICIRANJA

(s prilogom sentenci dosadašnje prakse Suda BiH u pogledu pojedinih pitanja sa aspekta zakonitosti dokaza)

Umjesto uvoda

U ovom radu se daje pregled sažetaka odluka vrhovnih sudova evropskih država (Francuske, Norveške, Finske, Nizozemske, Hrvatske, Velike Britanije), odluke Ustavnog suda Republike Francuske, recentne prakse Evropskog suda za ljudska prava vezano za ocjenu zakonitosti dokaza pribavljenih šifrovanim komunikacijama i Evropskog suda pravde u Luksemburgu. Izdvojeni primjeri nacionalnih sudova evropskih zemalja s dostupnim prevodima na službene jezike BiH se odnose na odluke vrhovnih sudova o prethodnom pitanju upućenom od strane nižih sudova, odluke po žalbama na istražni pritvor, te konačno na odluke po žalbama na presude gdje se odlučivalo o krivici optuženih.

Iz opisanih slučajeva vidljive su dvije osnovne karakteristike postupanja sa šifrovanim komunikacijama. Prvo, da su u ovim slučajevima istrage prvobitno pokrenute od pojedinačnih država (npr. Belgije, Nizozemske, Francuske, Sjedinjenih Američkih Država) prema njihovom krivičnom zakonodavstvu. Krivičnim istragama su bile obuhvaćene telekomunikacione kompanije koje su pružale usluge šifrovane komunikacije. Na taj način ostvaren je pristup porukama koje se razmjenjivane na pomenuti način, a u određenim slučajevima omogućen je dalji nadzor šifrovane komunikacije (npr. Sky.Ecc, ANOM). Navedeno dalje determiniše način pribavljanja dokaza. U prvom slučaju dokazi su pribavljeni uvidom u sadržaj šifrovane komunikacije, dok su u drugom dokazi pribavljani neposrednim nadzorom na komunikacijom (ANOM). Tako je uvid u sadržaj komunikacije bio zasnovan na radnji pretresanja pružatelja telekomunikacionih ustanova ili

radnjom nadzora nad šifrovanom komunikacijom, kao rezultat infiltracije u takvu vrstu komunikacije.¹

Druga karakteristika jeste da su korišteni mehanizmi međunarodne pravne pomoći u krivičnim stvarima. U Evropskoj uniji korišteni su instituti evropskog istražnog naloga² i zajedničkih istražnih timova,³ kao i mehanizmi pojednostavljenog postupanja u razmjeni informacija⁴, u okviru kojih je nastavljena istraga i u drugim zemljama članicama. Na ovaj način omogućeno je uzajamno priznavanje, što znači da je izvršno tijelo obavezno priznati i osigurati izvršenje zahtjeva iz druge zemlje, pri čemu se izvršenje sprovodi na isti način i pod istim uslovima kao da je istražnu mjeru odredilo tijelo zemlje izvršenja.⁵

Ovaj problem će sigurno biti još više izražen kada je u pitanju saradnja sa državama koje nisu članice Evropske unije u pogledu razmjene dokaza pribavljenih šifrovanom komunikacijom⁶. Naime, zemlje članice Vijeća Evrope obilježavaju zaštitu ljudskih prava kroz judikaturu Evropskog

¹ Stručni rad – *Sadržaj šifrovane komunikacije (Ennetcom, Encrochat, Sky.Ecc, Anom, Exclu) kao dokaz u krivičnom postupku*, akademik prof. Dr. Miodrag Simović, prof. Dr. Mile Šikman.

² Evropski istražni nalog (European Investigation Order, EIO) je sudska je odluka koju izdaje ili potvrđuje pravosudno tijelo države članice („država izdavanja”) radi izvršavanja jedne ili nekoliko posebnih istražnih mjera u drugoj državi članici („država izvršitelj”) u svrhu pribavljanja dokaza u skladu s odredbama ove Direktive. Vidi: Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, OJ L 130, 1.5.2014.

³ Zajednički istražni tim (Joint Investigation Team, JIT) je jedan od najnaprednijih alata koji se koriste u međunarodnoj saradnji u krivičnim stvarima, a koji se sastoji od pravnog sporazuma između nadležnih organa dvije ili više država u cilju sprovođenja krivičnih istraga. Sastoji se od tužioca i predstavnika policijskog organa, kao i sudije. Osnivaju se na fiksni period, obično između 12 i 24 mjeseci, koliko je neophodno za donošenje uspješnih zaključaka u istragama. Vidi: **Council Framework Decision of 13 June 2002 on joint investigation teams**, Official Journal L 162, 20/06/2002 P. 0001 – 0003.

⁴ Council Framework Decision 2006/960/JHA of 18 December 2006 on simplifying the exchange of information and intelligence between law enforcement authorities of the Member States of the European Union, Official Journal of the European Union, L 386/89.

⁵ Stručni rad – *Sadržaj šifrovane komunikacije (Ennetcom, Encrochat, Sky.ecc, Anom, Exclu) kao dokaz u krivičnom postupku*, akademik prof. Dr. Miodrag Simović, prof. Dr. Mile Šikman;

⁶ Pored toga može se govoriti i o „povjerenju“ država međusobno u pogledu razmjene ovih informacija i podataka. Vidi detaljnije: Goodwin, B., Kloving Skelton, S. (15 April, 2021). Dutch accuse UK of ‘damaging confidence’ by disclosing details of EncroChat police collaboration. *Computer Weekly*. Dostupno putem interneta: <https://www.computerweekly.com/news/252499373/UK-accused-of-damaging-confidence-by-disclosing-EncroChat-collaboration>, pristupljeno 16.03.2023.

suda za ljudska prava, kao i međudržavnu saradnju utemeljenu na međunarodnim ugovorima, dotle zemlje članice Evropske unije obilježavaju tzv. pravo zajednice ili evropsko krivično pravo kao oblik jače integracije⁷. Ipak, ovaj Sud ispituje da li se upotrebom spornih dokaza dovode u pitanje prava zagarantovana EKLJP-om, pa i ukoliko su ti podaci pribavljeni mehanizmima međunarodne pravne pomoći.

Naime, prema ZKPBiH ne postoji drugi način pribavljanja ovih dokaza osim putem međunarodne pravne pomoći. Čak i u situaciji da su telefoni putem kojih se odvijala šifrovana komunikacija privremeno oduzeti i da je naređeno njihovo pretresanje ne bi bilo moguće pribaviti nijedan podatak imajući u vidu da su poruke automatski brisane nakon određenog vremena. Posebnu istražnu radnju nadzora i tehničkog snimanja telekomunikacija u ovim slučajevima nije ni moguće ostvariti, jer se komunikacija odvija putem servera koji su u inostranstvu, a podaci se prenose u šifrovanom obliku⁸.

Konkretno, vezano za ovo pravno pitanje radilo se o pružanju međunarodne pravne pomoći, ne na inicijativu pravosudnih tijela država na čije državljane se već prikupljeni materijal odnosio, već je materijal upućen od država koje su provodile istragu, prvo kao sirovi materijal koji se razmjenjuje između policijskih agencija, a tek naknadno putem zvanične međunarodne pravne pomoći. Imajući u vidu naprijed navedeno, pravosudna tijela država nisu imala mogućnost ni tražiti da se istraga ili prikupljanje dokaza izvrši po pravilima domaćeg zakonodavstva, jer su dokazi već bili pribavljeni.

Upravo pribavljanje dokaza na ovakav način otvara i određena pravna pitanja. Prvo pitanje se svakako tiče *načina pribavljanja dokaza*, odnosno njihovog izvora. Naime, prilikom odlučivanja o zakonitosti i prihvatljivosti dokaza potrebna je informacija o *načinu njihovog pribavljanja*, drugo pitanje se svakako tiče *prava na privatnost* i treće pitanje se tiče postojanja mogućnosti da dokazi dobijeni iz šifrovane komunikacije budu osporeni u sudu zbog nedostatka njihove *autentičnosti*.⁹

⁷ Hržina, D., Pavelin, T. (2021). *Međunarodna pravna pomoć i pravosudna suradnja u kaznenim stvarima*, Zagreb: Pravosudna akademija, str. 5.

⁸ Ipak, interesantna je ocjena Višeg okružnog suda u Frankfurtu koji smatra da: „čitanje komunikacije putem chata preko krajnjih uređaja se preliminarno može uporediti sa radnjom nadzora telekomunikacija u skladu čl. 100.a StPO-a“, a da bi podaci bili upotrebljivi i ako se mjere kvalifikuju kao online pretraga prema čl. 100.e StPO-a: „budući da su pretpostavke tih odredbi isto tako ispunjene“. Vidi: *Oberlandesgericht Frankfurt am Main Beschluss*, 2 Hes 506/21, 17.01.2022.

⁹ Stručni rad – *Sadržaj šifrovane komunikacije (Ennetcom, Encrochat, Sky.ecc, Anom, Exclu) kao dokaz u krivičnom postupku*, akademik prof. Dr. Miodrag Simović, prof. Dr. Mile Šikman.

1.1 PREGLED ODLUKA EVROPSKIH NACIONALNIH SUDOVA

1.1.1 VRHOVNI SUD NORVEŠKE

Tip odluke: Rješenje kojim se odbija žalba izjavljena na rješenje Apelacionog suda Bargarting od 19. januara 2022. godine;

Datum odluke: 30. juni 2022. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat;

SAŽETAK PRESUDE VRHOVNOG SUDA NORVEŠKE OD 30. JUNI 2022. GODINE;

Odluka se odnosi na odbijanje žalbe na rješenje Apelacionog suda iz 2022. godine, u vezi s upotrebom dokaza pribavljenih putem komunikacijske platforme EncroChat.

***PRAVNO PITANJE JE BILO** da li se podaci koje strani nadležni organi pribavljaju putem šifrovane komunikacije mogu koristiti kao dokaz u norveškom krivičnom postupku?*

Optuženi A, B i C su bili uključeni u krijumčarenje narkotika, a B i C su se teretili za organizovani kriminal. Istraga je započela nakon što je norveška policija dobila podatke sa EncroChat platforme od strane francuske policije, koja se koristi za šifrovanu komunikaciju. Nizozemska i francuska policija su 2018. godine uspjele da pristupe serveru platforme u Francuskoj, što je omogućilo praćenje komunikacija i pribavljanje dokaza.

Sud je odlučio da su dokazi pribavljeni zakonito, jer nisu prekršeni norveški zakoni, niti su ovi dokazi u suprotnosti s osnovnim pravnim vrijednostima Norveške. Optužba je tvrdila da se dokazi mogu koristiti jer su sakupljeni u skladu s propisima Francuske, a sud je zaključio da ovo ne krši norveške vrijednosti. Odbrana je, s druge strane, tvrdila da se korištenje ovih dokaza protivi norveškim vrijednostima, jer su pribavljeni izigravanjem norveških zakona.

Vrhovni sud Norveške je podržao odluku nižih sudova, smatrajući da šifrovana komunikacija korištena za kriminalne aktivnosti, iako štiti privatnost, može biti podložna nadzoru u borbi protiv ozbiljnih krivičnih djela. Odluka je bila zasnovana na činjenici da korisnici EncroChat-a moraju biti svjesni mogućnosti nadzora, te je korištenje tih podataka u krivičnom postupku bilo u skladu s norveškim pravnim vrijednostima.

Pravno pitanje: Predmet se odnosi na zahtjev odbrane za izuzimanje dokaza. Pitanje je da li se podaci koje strani nadležni organi pribavljaju putem komunikacione mreže za šifrovanu komunikaciju mogu koristiti kao dokaz u norveškom krivičnom predmetu.

Činjenični opis: A, B i C su optuženi zbog stavljanja u promet „znatne količine” narkotika. Osim toga, B i C se također terete da su ta krivična djela „počinili kao dio aktivnosti organizovane kriminalne grupe“.

Predmetna istraga je pokrenuta nakon dobijanja podataka iz komunikacije lica C sa platforme EncroChat, što je u rješenju Apelacionog suda opisano na sljedeći način: „*EncroChat je jedan od nekoliko provajdera platformi za šifrovanu komunikaciju putem šifrovanih mobilnih telefona. Telefoni imaju modifikovan operativni sistem koji podržava posebne komunikacione aplikacije. Telefoni u praksi funkcionišu samo u kontaktu s drugim šifrovanim telefonima istog tipa te omogućavaju visoko bezbjednu komunikaciju. EncroChat telefoni dolaze s međunarodnom i prepaid SIM karticom. Oni se ne mogu kupiti u prodavnicama, već isključivo na web-stranici EncroChat ili na Ebay.*

Cjelokupan saobraćaj između ovih telefona je šifrovan te se stoga ne mogu prislušivati u fazi prenosa podataka. Usluga pruža i ‘panično brisanje’, ‘daljinsko brisanje’ i automatsko brisanje nakon određenog vremena. Pomenute funkcije čine ove telefone pogodnim za kriminalnu komunikaciju.”

Razlog zbog koga je norveškoj policiji – koju je predstavljala Nacionalna služba za krivične istrage (Kripas) – bio omogućen pristup predmetnom materijalu bio je što su nizozemski i francuski policijski organi 2018. godine sproveli istragu o EncroChat-u i uspjeli da pristupe serveru koji se nalazio u Roubaixu u Francuskoj. Početkom 2020. godine oni su – zajedno sa Eurojustom i Europolom – razvili tehničko rešenje za šifrovanje podataka u EncroChat-u, koje je omogućilo čitanje sadržaja praktično u realnom vremenu.

Vezano za nadzor pravosudnih organa na navedenim aktivnostima, u predmetnoj presudi se navodi da je prvostepeni sud u Lilu 30. januara 2020. godine izdao dozvolu za čitanje zapisa sa servera u Roubaixu. Zbog postojanja osnova sumnje koji su navedeni u zahtjevu za pristup evidenciji zapisa i sudskim presudama, primarni cilj istrage bila su lica i kompanije koje su povezivane sa EncroChat-om i njegovim serverom Roubaix kao pružaocem usluga, a ne pretplatnici njegovih usluga. Dakle, sumnja se odnosila na pružaoca predmetne usluge i podrazumijevala je doprinos teškim krivičnim djelima u vezi s opojnim drogama. Važenje dozvole za čitanje predmetnih zapisa bilo je mjesec dana, ali je ona u nekoliko navrata produžavana. Odlukom suda od 12. februara 2020. godine, predmetna dozvola je proširena na terminale/telefone pretplatnika.

Francuska policija je instalirala softver na serveru u Roubaixu, što je rezultiralo time da su pretplatnici preuzimali lažna ažuriranja koja su omogućila policiji da zaobiđe šifre. Tehnička metoda za očitavanje podatka je povjerljiva informacija u Francuskoj, što znači da detalji samog postupka nisu dostupni. Stoga je zapravo nejasno da li su podaci dobijeni sa servera, sa telefona ili sa oboje.

Pravna analiza:

Tokom pripremnog postupka Apelacioni sud je dozvolio korištenje dokaza pribavljenih putem Enchrochat platforme. Apelacioni sud je utvrdio da su dokazi zakonito pribavljeni u Francuskoj, da njihovo pribavljanje nije uključivalo izigravanje mehanizama kontrole u norveškom pravu, te da pribavljanje i korištenje ovih materijala kao dokaza nije u suprotnosti sa osnovnim norveškim vrijednostima.

Ocjena opravdanosti francuskih organa mora biti podvrgnuta reviziji u Norveškoj u vezi s pitanjem da li se predmetni materijali mogu koristiti kao dokaz pred norveškim sudom. Apelacioni sud je pogriješio u svojoj ocjeni izigravanja imperativnih normi, ne može se staviti akcenat u odlučivanju na nedovoljno poznavanje metoda. U svakom slučaju, pribavljanje i eventualno korištenje materijala kao dokaza u norveškom krivičnom predmetu bilo je protivno norveškim vrijednostima. U svakom slučaju, dokazi su bili pribavljeni izigravanjem norveških pravila – te su stoga bili u suprotnosti s norveškim vrijednostima.

Glavno pitanje je da li podaci koje su pribavili inostrani organi mogu služiti kao dokaz u krivičnom predmetu. Glavna polazna tačka je da stranke u predmetu mogu iznijeti sve željene dokaze. Izuzimanje konkretnog dokaza iziskuje pravni osnov ili neko drugo posebno obrazloženje.

U predmetnoj presudi iznesen je stav vezan za dokaze dobijene putem komunikacijske platforme koju je uspostavio FBI.¹⁰

U dosadašnjoj sudskoj praksi, norveški sudovi su zauzeli stav da ne postoji razlog da se pravi razlika između dokaza pribavljenih **kontrolom komunikacija** i **dokaza pribavljenih očitavanjem podataka**. Očitavanje podataka može biti u vezi s komunikacijom, ali nije ograničeno samo na nju. Ono može uključiti tekst, film ili slike sačuvane na jedinici podataka.

¹⁰ Rješenje HR-2021-1336-U se odnosilo na korištenje sažetaka ključnih materijala pribavljenih kontrolom šifrovane komunikacione platforme prilikom određivanja pritvora. U pozadini toga bilo je uspostavljanje komunikacione platforme za šifrovane informacije od strane FBI-a. Operacija nadzora komunikacija obuhvatala je sve pretplatnike nezavisno od sumnje na kriminalne radnje. Predmetni materijal prosljeđen je policijama u drugim zemljama, uključujući Norvešku. Ovdje je Apelacioni sud cijenio da su predmetne informacije zakonito dobijene u skladu s pravom Sjedinjenih Američkih Država. U žalbi Vrhovnom sudu se smatralo da ovaj metod ne bi bio zakonit u Norveškoj te da je korištenje takvih informacija protivno osnovnim norveškim vrijednostima. Većina članova u Odboru za odabir predmeta se s time nije složila, jer pretplatnici takve platforme moraju znati da će policija pretpostaviti da uslugu šifrovanja naširoko koriste kriminalne mreže, te da ovakve platforme lako mogu postat predmet praćenja ili istrage.“ Manjina članova u Odboru je nalazila da je „prag za prihvatanje informacija kao dokaza dobijenih nadzorom lica koje boravi u Norveškoj od strane druge zemlje viši nego da je to lice prisutno u zemlji koja vrši nadzor“, te da Apelacioni sud nije razmotrio ovaj aspekt. U svjetlu suprotnog mišljenja, logično je smatrati da je većina pridavala manji značaj prisustvu posmatranog lica u Norveškoj u predmetnom trenutku.“

Ako se podaci nisu mogli na zakonit način prikupiti u Norveškoj, moraju se ispuniti tri uslova da bi istražni materijali koje su pribavili inostrani nadležni organi u norveškom krivičnom predmetu bili dopušteni: (i) oni moraju biti pribavljeni u skladu s važećim pravilima u predmetnoj zemlji, (ii) okrivljeni mora imati pristup svim dobijenim informacijama, i (iii) informacije ne smiju biti prikupljene na način koji može dovesti da korištenje dokaza u predmetu bude protivno osnovnim norveškim vrijednostima. Zabrana korištenja materijala koje su pribavili strani organi kao dokaza bila bi posebno važna u slučaju kada pribavljanje vrše države čije se krivičnopravne tradicije razlikuju.

Javno tužilaštvo tvrdi da bi mjere prinude, koje su uključivale preuzimanje podataka sa servera i telefona, svakako bile dopuštene norveškim zakonom.

Francuska policija je u januaru 2020. godine tražila odobrenje od suda za preuzimanje zapisa sa servera u Roubaixu. Sud je izdao odobrenje – koje je u nekoliko navrata prošireno i produženo. Apelacioni sud je utvrdio da su materijali zakonito pribavljeni u skladu s francuskim propisima. Vrhovni Apelacioni sud je pretpostavio da je u odlučivanju o dopuštenosti istražnih materijala primljenih od inostranog organa, isto – kao i s predajom zločinaca zemljama van nordijskih zemalja i EU – nije nužno ni izvodljivo da norveški sudovi preispituju da li inostrani organi poštuju odgovarajuće nacionalne propise, osim ako postoje naročiti razlozi za istragu primjerice kršenja temeljnih prava Evropske konvencije za ljudska prava. EncroChat je kreiran s ciljem ostvarivanja povjerljive komunikacije. Šifrovanje nije samo po sebi kriminalno ni nepoželjno.

Rezolucija Vijeća o šifrovanju od 24. novembra 2020. godine (13084/1/20) ističe da je obaveza država članica da osiguraju i zaštite pravo na slobodu izražavanja, a pravo na privatni život predviđa također obavezu zaštite šifrovanih podataka. Istovremeno, u Rezoluciji se navodi da šifrovanje sa sobom nosi opasnost od zloupotrebe u kriminalne svrhe. Kako se ističe u Rezoluciji, razmatranje zaštite privatnosti i bezbjednosti komunikacija mora biti uravnoteženo s mogućnostima nadležnih organa u borbi protiv teških oblika kriminala. S jedne strane, zaštita privatnosti je uopšteno čvrsta vrijednost u Norveškoj. Masovni nadzor komunikacija građana s ciljem otkrivanja krivičnih djela bio bi u suprotnosti sa norveškim vrijednostima. S druge strane, takva istraga ima za cilj rasvjetljavanje teškog krivičnog djela.

Istovremeno, činjenice govore da **masovni nadzor nije odgovarajući izraz u ovom predmetu.** Presuda se referira na odluke Saveznog vrhovnog suda Njemačke – *Bundesgerichtshof* – od 2. marta 2022. godine, broj predmeta: 5 StR 457/21, u kojima je zaključeno da mjere prinude protiv EncroChat-a nemaju karakteristike masovnog nadzora komunikacija.

Stoga se Vrhovni sud Norveške slaže sa stavom Okružnog i Apelacionog suda da korištenje šifrovane komunikacione platforme čiji su korisnici uglavnom kriminalci nije podobno za zaštitu. Lica koja odluče da koriste ovu uslugu moraju biti svjesni mogućnosti njenog nadzora i istrage. U takvim slučajevima, korištenje materijala dobijenih na ovaj način u krivičnom predmetu uopšteno **ne bi bilo protivno vrijednostima norveškog pravnog poretka**. U presudi se dalje navodi, ako njihova upotreba nije bila protivna norveškim vrijednostima u predmetu HR-2021-1336-U (predmet u fusnoti), teško je zamisliti da će te vrijednosti biti smetnja u datom predmetu.

1.1.2 VRHOVNI SUD FINSKE

Tip odluke: Presuda kojom je Vrhovni sud Finske potvrdio odluku Žalbenog suda u pogledu prihvatljivosti dokaza;

Datum odluke: 23.2.2023. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: ANOM;

SAŽETAK PRESUDE VRHOVNOG SUDA FINSKE, OD 23.2.2023. GODINE – Vrhovni sud Finske razmatrao je slučaj u kojem je američki FBI, u saradnji s australijskom policijom, koristio aplikaciju ANOM za presretanje poruka između osoba povezanih s organiziranim kriminalom. Ove poruke su bile korištene kao dokazi u krivičnim postupcima u Finskoj. Optuženi su tvrdili da su poruke pribavljene na nezakonit način i tražili da budu proglašene neprihvatljivima.

Vrhovni sud je utvrdio da dokazi pribavljeni nezakonitim sredstvima, u principu, mogu biti prihvaćeni osim u slučajevima teških kršenja prava poput mučenja. Pozivajući se na praksu Evropskog suda za ljudska prava, sud je zaključio da nezakonito pribavljeni dokazi nisu automatski neprihvatljivi, pod uvjetom da postupak u cjelini zadovoljava kriterije pravičnog suđenja.

Iako je presretanje ANOM poruka predstavljalo kršenje prava na privatnost, sud je smatrao da je ovo kršenje relativno smanjeno jer su poruke prikupljane u svrhu sprečavanja teških kriminalnih djela, te na taj način zakonito ograničeno. Također, iako FBI nije tražio pravnu pomoć od finskih organa, sud je zaključio da nije bilo nezakonitog ponašanja od strane američkih ili finskih vlasti.

Vrhovni sud je istakao da priroda djela nije bila ključna za odluku, te da je težina kršenja prava na privatnost bila manja s obzirom na važnost sprečavanja ozbiljnog kriminala. Također, s obzirom na vjerodostojnost ANOM poruka, njihovo korištenje kao dokaza nije kompromitovalo pravičnost suđenja.

Na kraju, sud je zaključio da nisu postojali razlozi za proglašenje ANOM poruka neprihvatljivim, te je potvrdio odluku Žalbenog suda da se dokazi mogu koristiti.

Pravno pitanje: Pitanje pred Vrhovnim sudom bilo je da li su ANOM poruke pribavljene na nezakonit način, i ako jesu da li bi onda trebalo proglasiti da su neprihvatljive kao dokazi.

Činjenični opis: Američki Federalni biro za istrage (FBI) je u saradnji sa australijskom Federalnom policijom proveo tajnu policijsku akciju pod kodnim nazivom Trojanški štit (*Trojan Shield*), u sklopu koje je FBI ustanovio platformu za pisanje poruka pod nazivom ANOM. Aplikacija ANOM za pametni telefon mogla se koristiti za slanje poruka na neki drugi telefon koji ima tu aplikaciju, s tim da se smatralo da je ta vrsta korespondencije potpuno sigurna. ANOM na pametnom telefonu je prethodno distribuiran naročito među licima umiješanim u organizovani, odnosno kontinuirani kriminal. Bez znanja korisnika, vršeno je presretanje poruka koje su onda pohranjivane na serveru kojim je upravljao FBI. FBI je te poruke zatim čitao i analizirao i na vlastitu inicijativu dostavljao ih državama za koje je pretpostavljao da se poruke na njih i odnose, uključujući i finsku policiju. Javni tužilac je podigao optužnicu protiv više lica optuženih za teška djela vezana za narkotike, a kao dokaze je ponudio ANOM poruke koje su bile presretnute u sklopu akcije FBI-a. Optuženi su tražili da poruke budu proglašene neprihvatljivima jer su bile pribavljene na nezakonit način, a njihovo korištenje bi onda kompromitovalo pravičnost suđenja. Okružni sud i Žalbeni sud su odbili ovaj argument neprihvatljivosti.

Pravna analiza: Vrhovni sud je zaključio da važi opšte pravilo da se mogu koristiti dokazi pribavljeni na nezakonit način, osim u slučajevima kada su dokazi pribavljeni mučenjem ili kršenjem principa zaštite od samooptuživanja. Vrhovni sud se pozvao na pripremne aktivnosti u vezi relevantnih zakonskih propisa, kojima se naglašava prvenstvo principa slobodne ocjene dokaza i izuzetni karakter odluke o neprihvatljivosti. Vrhovni sud se također pozvao i na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, prema kojoj korištenje nezakonito pribavljenih dokaza, osim u slučajevima teškog kršenja prava kao što je mučenje, ne predstavlja kršenje člana 6. EKLJP, pod uslovom da postupak u cjelini zadovoljava kriterije pravičnog suđenja.

FBI je presretanje poruka vršio njihovim pohranjivanjem, putem aplikacije ANOM, na jedan server koji se nalazio na nepoznatoj lokaciji. FBI prethodno od finskih organa nije tražio pravnu pomoć u pribavljanju ovih dokaza, niti je tražio niti dobio nalog za prikriveno praćenje u skladu s finskim Zakonom o prinudnim mjerama. Ovi dokazi su međutim zakonito ustupljeni Finskoj na vlastitu inicijativu FBI-a, a dozvolu za korištenje ovih poruka kao dokaza prethodno je dao nadležni organ SAD-a.

Vrhovni sud je utvrdio da bi se ocjena zakonitosti ili nezakonitosti načina pribavljanja dokaza u Finskoj trebala dati u skladu s relevantnim finskim propisima i obavezama Finske u pogledu ljudskih prava.

ANOM poruke su bile povjerljive poruke koje su slala lica u Finskoj drugim licima u Finskoj. Presretanje ovih poruka je stoga predstavljalo zadiranje u prava pojedinca iz nadležnosti Republike Finske. Ovo nije bila platforma za poruke namijenjena za korištenje šire javnosti, već jako ograničena i navodno sigurna platforma namijenjena za korištenje vrlo ograničene grupe pojedinaca. Imajući ovo na umu, pošiljaoci i primaoci ovih poruka i dalje imaju pravo na zaštitu svoje privatnosti i povjerljivosti svojih prepiski. Ova tajnost može se narušiti samo zakonski dozvoljenim sredstvima. Činjenica je da niko nije ni tvrdio da su poruke bile pribavljene u skladu sa Zakonom o mjerama prisile ili nekim drugim finskim zakonom.

Vrhovni sud primjećuje da je od ključnog značaja za primjenu odredbe o prihvatljivosti bila relevantna sudska praksa Evropskog suda za ljudska prava. Prag prihvatljivosti ne bi se trebao postavljati na viši nivo u odnosu na prag koji postavlja ta sudska praksa. Iz toga slijedi da ako Evropski sud za ljudska prava, imajući na umu njegovu prethodnu sudska praksu, dođe do izglednog zaključka da prihvatanje ovakvih dokaza predstavlja kršenje prava na pravično suđenje ili, u slučajevima u kojima se primjenjuje pravo EU, da bi takvo prihvatanje bilo u suprotnosti sa pravom EU na način na koje se ono tumači u sudskoj praksi Evropskog suda pravde, onda se takvi dokazi moraju proglasiti neprihvatljivim. U suprotnom je prihvatljivost čak i nezakonito pribavljenih dokaza opravdana.

Postavlja se pitanje da li se u slučaju korištenja ANOM platforme radilo o podstrekavanju na činjenje krivičnih djela od strane FBI-a. Pametni telefoni ANOM su nuđeni licima za koja je bilo utvrđeno da su povezana s teškim kriminalom. Nema sumnje da je ova aplikacija za slanje poruka svojim korisnicima olakšala međusobnu komunikaciju, te da je eventualno mogla spustiti prag planiranja i počinjenja krivičnih djela. Imajući to na umu, nigdje nije ni bilo navedeno da je FBI bio u kontaktu s optuženima u smislu da je npr. pokušao da od njih kupi drogu. Aplikacija ANOM je bila jedna od mogućih alternativa za komunikaciju između optuženih, prije nego što su mogli početi koristiti ovu platformu, oni su morali znati korisnička imena drugih korisnika kako bi sa njima mogli uspostaviti kontakt. Ni FBI ni bilo koji drugi organ nisu uspostavili kontakt između samih optuženih niti između drugih osoba, a također nema nikakvih naznaka da je FBI, ili bilo koji drugi organ ili bilo koje lice koje je postupalo u njihovo ime, podstrekavao optužene na počinjenje krivičnog djela.

Vrhovni sud je zaključio da nema osnova za donošenje odluke o neprihvatljivosti po osnovu podstrekavanja na počinjenje krivičnog djela.

Što se tiče prirode stvari kao kriterija za ocjenu, Vrhovni sud primjećuje da bez obzira na težinu navodnog djela optuženi i dalje ima pravo na pravično suđenje. Shodno tome, težini navodnog djela treba dati samo relativno malu težinu prilikom ocjenjivanja prihvatljivosti. U konkretnom predmetu, najteže optužbe se odnose na teška djela vezana za narkotike, ali ANOM poruke su bile ponuđene

kao dokazi i za optužbe vezane i za obična krivična djela povezana s drogama, doping ili nezakonit promet uvezenom robom. Imajući to na umu, i ove manje teške optužbe su bile dio iste cjeline i podrazumijevale su otežavajuće okolnosti. Na kraju je zaljučak bio da priroda stvari ne predstavlja argument u prilog neprihvatljivosti ANOM poruka.

Kršenje člana 8. Evropske konvencije i eventualno saučesništvo prilikom distribuiranja ANOM aplikacije:

U pogledu težine kršenja zakona kod pribavljanja dokaza, Vrhovni sud kao prvo primjećuje da presretanje ANOM poruka predstavlja bitno kršenje prava na ličnu privatnost i sigurnost povjerljive komunikacije, kao što je zagarantovano u članu 10. Ustava i članu 8. EKLJP-a. Imajući to na umu, dužnu pažnju treba posvetiti činjenici da su pametni telefoni ANOM ponuđeni licima koja se dovode u vezu s organizovanim kriminalom. Moglo se pretpostaviti da će se presretnute poruke mahom odnositi na planiranje i počinjenje teških djela. Pored toga, korisnici pametnih telefona ANOM trebali su biti svjesni da mogu biti predmet policijskog nadzora. Ovo pitanje ne zadire u samu srž lične privatnosti, a način pribavljanja dokaza nije bio nehuman ili ponižavajući.

Štaviše, osnov za presretanje ovih ANOM poruka bio je sprečavanje teških krivičnih djela kojima se nanosi šteta javnoj sigurnosti, što predstavlja legitiman razlog za ograničavanje prava na zaštitu lične privatnosti iz člana 10(4) Ustava i člana 8. stav 2. EKLJP-a. Iako je ovo nezakonito presretanje poruka ANOM predstavljalo kršenje prava na ličnu privatnost optuženih i sigurnost njihove povjerljive komunikacije, te okolnosti su smanjile težinu kršenja prava, što je za rezultat imalo zaključak Vrhovnog suda da težina kršenja ne predstavlja argument u prilog neprihvatljivosti ANOM poruka.

Optuženi su tvrdili da je FBI učestvovao u počinjenju djela vezanih za narkotike tako što je osmislio i distribuirao aplikacije ANOM. U tom smislu, Vrhovni sud primjećuje da se pružanje usluga ANOM može uporediti sa obezbjeđivanjem bilo koje druge komunikacijske platforme, i da pružanje te vrste usluga samo po sebi ne znači saučesništvo u počinjenju djela vezanih za narkotike. Vrhovni sud međutim, također, primjećuje da, s obzirom na okolnosti, presretanje ANOM poruka možda zadovoljava bitne elemente nekih djela vezanih za podatke i komunikacije, a koja su propisana u Krivičnom zakonu Republike Finske. Međutim, čak i ako je način pribavljanja dokaza bio kriminaliziran, to opet ne znači da su takvi dokazi automatski neprihvatljivi. Dati su i argumenti u prilog načina na koji u skladu sa zakonom SAD-a treba vršiti ocjenu presretanja ANOM poruka i specijalne operacije FBI-a generalno. Nije bilo indikacija da je po zakonima SAD ova operacija bila nezakonita. Pored toga, nije bilo indikacija da su nadležni finski organi postupali nezakonito ili da su pokušali da vrše nepriličan pritisak na to kakav će tip materijala biti dostavljen od FBI-a. Shodno tome, navodi vezani za postupanje američkih, odnosno finskih organa ne predstavljaju argument u prilog neprihvatljivosti ANOM poruka. U svom zaključku koji se odnosi na težinu kršenja zakona u procesu pribavljanja dokaza, Vrhovni sud je utvrdio da iako presretanje poruka predstavlja kršenje prava optuženih na privatnost i tajnost njihove povjerljive komunikacije, težina tog kršenja ili ponašanje nadležnih organa, kada se gleda u cjelini, ne predstavljaju argumente koji bi išli u prilog neprihvatljivosti ovih poruka kao dokaza.

Što se tiče **značaja** načina pribavljanja dokaza u odnosu na njihovu **vjerodostojnost**, Vrhovni sud je zaključio da nezakonitost načina pribavljanja ovih dokaza ne utiče na pouzdanost funkcionisanja same platforme, odnosno na to da li su poruke koje su ponuđene kao dokazi bile autentične i u svom izvornom stanju. Nije bilo opipljivih indikacija da je FBI ili neko drugi vršio bilo kakve intervencije u sadržaju poruka ili da je zadržao bilo kakve relevantne poruke iz mase poruka koje je prosljedio nadležnim finskim organima. Nije bilo nikakvog razloga da se posumnja da je te poruke pisao iko drugi osim osoba pod čijim imenom se one nalaze u dostavljenim materijalima. Iz svega ovoga prozilazi da način pribavljanja poruka nije kompromitovao njihovu vjerodostojnost kao dokaznog materijala, niti to može biti argument u prilog neprihvatljivosti ovih poruka kao dokaza.

Što se tiče važnosti dokaza po rješavanje samog predmeta, kao kriterij ocjenjivanja Vrhovni sud se pozvao na sudsku praksu Evropskog suda za ljudska prava, gdje je postavljeno pitanje da li su postojali neki drugi dokazi i da li nezakonito pribavljeni dokazi imaju manju dokaznu vrijednost ili služe kao prilog drugim, zakonito pribavljenim, dokazima. Imajući to na umu, i jedan jedini vjerodostojni dokaz s velikom dokaznom vrijednošću, čak i ako je pribavljen na nezakonit način, pod određenim okolnostima može biti prihvaćen kao dovoljan dokaz, a da se time ne kompromituje pravičnost samog sudskog postupka.

Vrhovni sud primjećuje da ANOM poruke nisu bili jedini dokazi u prilog optužbi, već da su bili jako važni kao dokazi. Te poruke su same po sebi predstavljale jake i vjerodostojne dokaze. Pošto optuženi nisu morali komunicirati šifrovanim porukama, tok i interna konzistentnost razgovora mogli su se relativno lako pratiti. S obzirom na vjerodostojnost poruka, njihovo korištenje kao dokaza nije kompromitovalo pravičnost suđenja te stoga nije moglo predstavljati argument u prilog neprihvatljivosti poruka.

U skladu sa zakonom, i druge okolnosti se mogu uzeti u obzir prilikom ocjenjivanja prihvatljivosti. Vrhovni sud primjećuje da su sve optužene zastupali njihovi branioci, te da su na taj način uz pomoć svojih pravnih zastupnika imali priliku da osporavaju prihvatljivost, vjerodostojnost i dokaznu snagu poruka. Optuženi su imali pristup istim materijalima kao i javni tužilac. Nije bilo nikakvih drugih kršenja prava odbrane.

Vrhovni sud je na kraju zaključio da se nisu pojavile nikakve okolnosti koje bi ukazivale na to da bi prihvatljivost ANOM poruka kao dokaza kompromitovalo pravičnost suđenja, te da stoga nema osnova za donošenje odluke o neprihvatljivosti.

1.1.3 VRHOVNI SUD NIZOZEMSKE

Tip odluke: Preliminarna odluka, odgovor na pitanja koja je postavio sud Sjeverne Nizozemske u svojoj odluci od 19. decembra 2022. godine;

Datum odluke: 13.6.2023. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: Encrochat i SkyECC;

Sažetak presude Vrhovnog suda Nizozemske: Vrhovni sud Nizozemske razmatrao je važnost načela zaštite legitimnih očekivanja u kontekstu zakonitosti i pouzdanosti rezultata istražnih radnji koje su obavljene u inozemstvu, a korištene su u nizozemskom kaznenom postupku. Sud je zaključio da nizozemski sudija mora poštovati odluke stranih tijela na kojima se temelji istraga provedena izvan Nizozemske, te pretpostaviti da je istraživanje provedeno zakonito, osim ako u zemlji u kojoj je provedeno nije neopozivo utvrđeno da istraga nije bila u skladu s važećim pravnim pravilima.

Vrhovni sud je također naglasio da se u slučaju istražnih radnji stranih tijela, sud mora fokusirati na to jesu li rezultati tih istraživanja relevantni za pravo na pošteno suđenje, te da istražni sudija može smatrati da su rezultati pouzdani, osim ako postoje konkretne sumnje u suprotnost. Pitanje zakonitosti stranih istražnih radnji, prema presudi, ne zahtijeva od nizozemskog suda da procjenjuje usklađenost tih radnji s pravnim sistemom dotične zemlje.

Istražne radnje u vezi s Encrochatom i Sky.ECC-om, šifriranim komunikacijskim platformama, uključivale su saradnju između francuskih i nizozemskih vlasti. Francuska je postavila uređaj za presretanje, koji je omogućio prikupljanje podataka, koji su zatim podijeljeni s nizozemskim vlastima. Sud je također analizirao zahtjeve za odobrenje istražnog sudije prije nego što su nizozemske vlasti pokrenule istragu u vezi s tim podacima, uzimajući u obzir tehničke aspekte i mogućnost širokog dijeljenja podataka s ciljem budućih istraga.

Sud je zaključio da, iako nije uvijek obavezno zatražiti odobrenje istražnog suca, takvo odobrenje može biti važno kako bi se osigurala zaštita prava na privatnost i osigurao nadzor nad prikupljenim podacima.

Pravno pitanje – Prethodno pitanje koje je sud uputio odnosi se na važnost načela zaštite legitimnih očekivanja (međunarodnih ili međudržavnih) za procjenu zakonitosti i pouzdanosti rezultata koja su dobili organi zemlje koja nije Nizozemske koja izvršava istražnu vlast, dok je ta ovlast primijenjena u toj drugoj zemlji.

Vrhovni sud je utvrdio da sudija u nizozemskom kaznenom predmetu mora poštovati odluke stranih tijela na kojima se temelji istraga provedena u inostranstvu, da se pretpostavlja da je istraga provedena zakonito i da je to drugačije samo ako je u dotičnoj zemlji neopozivo utvrđeno da predmetna istraga nije provedena u skladu s primjenjivim pravnim pravilima:

- da bi sud trebao obratiti pozornost na način na koji su dobiveni rezultati istraživanja provedenih u inostranstvu samo ako je ta metoda njihova dobivanja relevantna za procjenu je li upotreba dokaza o tim rezultatima u skladu s pravom na pošteno suđenje;
- da sudac u kaznenom predmetu kao polazište uzima da je istraživanje provedeno pod odgovornošću stranih tijela provedeno na način da su rezultati pouzdani i da je dužan ispitati pouzdanost rezultata samo ako postoje konkretne naznake koje govore suprotno.

Činjenični opis: Francuski organi su postavili uređaj za presretanje i uz odobrenje francuskog suda na poslužitelju u Roubaixu kojim se koristi Encrochat te da su informacije koje su tako prikupila francuska tijela naknadno podijeljene (uživo) s nizozemskim organima na temelju sporazuma sklopljenog u vezi s osnivanjem zajedničkog istražnog tima. Zaključci sudova također znače da je prije postavljanja ovog sredstva presretanja državno odvjetništvo zatražilo odobrenje istražnog sudije za izdavanje naloga za ulazak i provođenje istraga o automatiziranom radu i snimanje (tele)komunikacije.

Kad je riječ o istrazi korisnika SkyECC-a, (nizozemskog) državnog odvjetništva, prije nego što su francuski organi povezali i aktivirali tehniku razvijenu u Nizozemskoj koja je omogućila dešifriranje prometa poruka, zatražila je odobrenje istražnog sudije za izdavanje naloga za snimanje telekomunikacija. Osim toga, zatražene su dozvole za izdavanje naloga za nametanje i provođenje istrage o automatiziranom radu.

Pravna analiza: Ispitujući prethodno pitanje, prepoznate su situacije u kojima su rezultati dobiveni primjenom istražne ovlasti od strane organa zemlje koja nije Nizozemska došli u ruke nizozemskih vlasti: 1. u kontekstu takozvane tradicionalne pravne pomoći (mala pravna pomoć), 2. u vezi s djelovanjem zajedničkog istražnog tima i 3. izdavanjem EPO-a.

Također je važno je li istraživanje provedeno u inostranstvu provedeno pod odgovornošću stranih organa ili pod odgovornošću nizozemskih vlasti.

Tradicionalna pravna pomoć – rezultati dobiveni primjenom istražne ovlasti ili prisilne mjere od organa zemlje koja nije Nizozemska mogu se najprije prenijeti na nizozemske organe kaznenog prava tradicionalnom pravnom pomoći i time postati dio spisa kaznenog postupka koji se vodi u Nizozemskoj.

U tom kontekstu tradicionalna pravna pomoć uključuje oblike kaznene saradnje između Nizozemske i druge zemlje u kojima se, na zahtjev Nizozemske ili spontano od druge zemlje, prenose rezultati kaznenih istraga provedenih u toj drugoj zemlji. To se može odnositi na rezultate (kaznenih) istraga koje su već provedene na vlastitu inicijativu te druge zemlje, ali i na rezultate (kaznenih) istraga provedenih u toj drugoj zemlji na zahtjev Nizozemske i, u pravilu, na temelju ugovora. U potonjem slučaju, a) sama zamoljena država odlučuje, uzimajući u obzir ono što je predviđeno relevantnom konvencijom, hoće li provesti zahtjev, i b) istragu koja se provodi na zahtjev obično provode organi te zemlje i pod njenom odgovornošću, na temelju nacionalnog prava te zemlje i u skladu s onim što je regulirano primjenjivom konvencijom.

U kontekstu tradicionalne pravne pomoći Nizozemska može podnijeti zahtjev stranim tijelima samo ako su ispunjeni zahtjevi koji se primjenjuju na temelju Zakona o kaznenom postupku za primjenu ovlasti zatraženih u zahtjevu za uzajamnu pravnu pomoć u nacionalnoj istrazi tih kaznenih djela. Na sudu u Nizozemskoj je kazneni predmet u kojem se rezultati istrage provedene u inozemstvu upotrebljavaju za dokazivanje jesu li ti uvjeti ispunjeni. Taj se test izostavlja u slučaju spontanog prenosa rezultata kaznenih istraga provedenih u drugoj zemlji.

Kad je riječ o ocjeni odbrane koja se odnosi na zakonitost istražnih akata koje su se dogodile u inostranstvu, priroda i opseg sudskog preispitivanja zakonitosti tih istražnih akata razlikuju se kako slijedi iz presude Vrhovnog suda od 5. oktobra 2010., ECLI:NL:HR:2010:BL5629 – u zavisnosti od toga jesu li te istražne radnje provedene pod odgovornošću stranih organa ili pod odgovornost nizozemskih vlasti.

U slučaju da su istražne radnje provedene pod odgovornošću stranih organa, što je, obično slučaj u kontekstu tradicionalne pravne pomoći, a to se odnosi i na organe države koja je u skladu s Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP), primjenjuje se sljedeće: Nizozemski kazneni sud nema zadaću provjeriti je li način na koji je istraga provedena pod odgovornošću stranih organa u skladu s pravnim pravilima koja se primjenjuju u dotičnoj zemlji za provedbu te istrage. Ako bi nizozemski kazneni sud proveo takvu reviziju, to bi rezultiralo napadom na suverenitet te zemlje. Osim toga, u mjeri u kojoj bi provođenje istrage pod odgovornošću stranih organa predstavljalo povredu bilo kojeg prava zajamčenog EKLJP-om, osumnjičeni ima pravo na djelotvoran pravni lijek iz člana 13. EKLJP-a pred organom dotične zemlje. **Zbog toga se poštuju odluke stranih organa na kojima se istraga zasniva i pretpostavlja se da je istraga provedena na zakonit način.** To je različito samo ako je u dotičnoj zemlji neopozivo utvrđeno da istraga nije provedena u skladu s primjenjivim pravnim pravilima. Prethodno navedeno podrazumijeva, u vezi s pravom na poštovanje privatnog života, kako je zajamčeno članom 8. stavom 1. EKLJP-a, da nizozemski kazneni sud ne procjenjuje je li pravo zemlje pod čijom je odgovornošću istraga provedena imalo dovoljnu pravnu osnovu za bilo kakvu povredu prava osumnjičenog na poštovanje njegova privatnog života tokom provođenja istrage, niti može li se ta povreda smatrati potrebnom, kako je navedeno u članu 8. drugom stavu EKLJP-a.

Uostalom, takva procjena zahtijevala bi od nizozemskog suda da procijeni strano pravo. Kad je riječ o pravu optuženog na pošteno suđenje, kako je zajamčeno članom 6. EKLJP-a, važno je sljedeće: Iz sudske prakse Evropskog suda za ljudska prava proizlazi da EKLJP sam po sebi ne isključuje uporabu rezultata istraga provedenih u inostranstvu u kaznenim postupcima, već da upotreba takvih rezultata kao dokaza ne smije biti u suprotnosti s pravom na pošteno suđenje zajamčeno članom 6. EKLJP-a. Čak i ako se rezultati istrage provedene pod odgovornošću stranih organa u kaznenom postupku protiv optuženih koriste kao dokazi, sud mora osigurati opću pravednost tog kaznenog postupka. **To znači da sud obraća pažnju na način na koji su ti rezultati dobiveni samo ako je metoda njihovog dobivanja relevantna za procjenu je li upotreba dokaza o rezultatima u skladu s pravom na pošteno suđenje.**

Prethodno navedeno odnosi se na (procjenu) zakonitosti istrage koja se provodi pod odgovornošću stranih tijela. Kad je riječ o pouzdanosti rezultata istrage korištenih kao dokaza, sudac koristi samo one dokaze koje smatra pouzdanima i korisnima pri utvrđivanju može li se optužba dokazati. Mogu postojati razlozi za isključivanje dokaza ako su se dogodile nepravilnosti koje su značajno utjecale na pouzdanost i tačnost rezultata istraživanja. U načelu nije važno jesu li ti rezultati istrage dobiveni pod odgovornošću stranih tijela ili u nizozemskoj kaznenoj istrazi. Međutim, to ne mijenja činjenicu da sudac u kaznenom predmetu može kao polazište uzeti u obzir da je istraživanje

provedeno pod odgovornošću stranih tijela provedeno na takav način da su rezultati dobiveni tom istragom pouzdani. **Međutim, ako postoje konkretni dokazi koji govore suprotno, bez obzira na to je li riječ o odbrani u tom smislu, sud je dužan ispitati pouzdanost tih rezultata.** U tu svrhu može, naprimjer, intervencijom državnog odvjetništva dobiti dodatne informacije o načinu na koji je istraga provedena pod odgovornošću stranih organa i (procesnim) jamstvima koja su poštovana; u mjeri u kojoj je to relevantno za procjenu pouzdanosti rezultata koje su ta tijela postigla. Te dodatne informacije mogu se odnositi na, naprimjer, na zaštitne mjere uočene pri dobivanju podataka u vezi s pouzdanošću, cjelovitošću i/ili sljedivošću tih podataka. Ta dužnost ispitivanja pouzdanosti rezultata povezana je s pravom optuženika na temelju člana 6. EKLJP-a da ospori vjerodostojnost i pouzdanost dokaza i usprotivi se njihovoj upotrebi.

Nalazi sudova znače da su francuska tijela postavila uređaj za presretanje i uz odobrenje francuskog suda na poslužitelju u Roubaixu kojim se koristi Encrochat te da su informacije koje su tako prikupili francuski organi naknadno podijeljene (uživo) s nizozemskim organima na temelju sporazuma sklopljenog u vezi s osnivanjem zajedničkog istražnog tima. Zaključci sudova također znače da je prije postavljanja ovog sredstva presretanja (nizozemsko) državno odvjetništvo zatražilo odobrenje istražnog sudije za izdavanje naloga za ulazak i provođenje istraga o automatiziranom radu i snimanje (tele)komunikacije.

Kad je riječ o istrazi korisnika SkyECC-a, (nizozemskog) državnog odvjetništva, prije nego što su francuski organi povezali i aktivirali tehniku razvijenu u Nizozemskoj koja je omogućila dešifriranje prometa poruka, zatražila je odobrenje istražnog sudije za izdavanje naloga za snimanje telekomunikacija. Osim toga, zatražene su dozvole za izdavanje naloga za nametanje i provođenje istrage o automatiziranom radu.

Vrhovni sud primjećuje sljedeće o tome je li i, ako jeste, u kojim slučajevima tužiteljstvo dužno zatražiti odobrenje istražnog sudije.

Ako se istražna vlast u inostranstvu odvija pod odgovornošću stranog organa, zahtjevi koji se primjenjuju u skladu s nizozemskim pravom kaznenog postupka za primjenu relevantne ovlasti u nacionalnoj istrazi kaznenih djela moraju se ispuniti samo ako se primjena istražne ovlasti odvija na inicijativu nizozemskih tijela. To znači: na zahtjev Nizozemske, neovisno o tome je li riječ o djelovanju zajedničkog istražnog tima ili ne, ili na temelju EPO-a koji je izdala Nizozemska. Ako u skladu s nizozemskim pravom o kaznenom postupku predmetna nadležnost zahtijeva odobrenje istražnog sudije, to se odobrenje mora dobiti prije nego što se od stranog tijela zatraži primjena istražne ovlasti ili izdavanja EPO-a u svrhu provedbe istražne mjere.

Sudija za ispitivanje slobodan je, kada odobri izvršavanje ovlasti u kontekstu o kojem se raspravlja, priložiti uvjete za upotrebu tog odobrenja. Međutim, u vezi s tradicionalnom pravnom pomoći i izdavanjem EPO-a, izvršenje zahtjeva za uzajamnu pravnu pomoć ili izvršenje EPO-a odvija se u skladu s pravom zemlje ili države članice kojoj je zahtjev upućen ili kojoj je EPO izdan te da tijela te zemlje ili države članice nisu izravno vezana tim uvjetima koje je utvrdio istražni sudija.

Međutim, provedba zahtjeva za uzajamnu pravnu pomoć ili provedba EPO-a u najvećoj će mogućoj mjeri biti u skladu s utvrđenim formalnim zahtjevima i postupkom.

Zahtjev za odobrenje istražnog sudije ne primjenjuje se u slučaju da se predmetna istraga provede ili je već provedena na inicijativu stranih organa, nakon čega ti organi, neovisno o tome jesu li na zahtjev nizozemskih tijela ili nakon što nizozemska tijela izdaju EPO u tu svrhu, stavljaju na raspolaganje rezultate istrage. Zakonom se ne zahtijeva da sama upotreba rezultata istraga provedenih na inicijativu i pod odgovornošću stranog tijela u kaznenom predmetu u Nizozemskoj, ili je već provedena, zahtijeva odobrenje istražnog suca.

Osim predmeta o kojima se raspravljalo državni odvjetnik može zatražiti (bez obaveze) odobrenje istražnog sudije. Sistem Zakona o kaznenom postupku ne sprečava javnog tužitelja da zatraži odobrenje za izdavanje naloga za ulazak i istragu automatiziranog rada i/ili snimanja (tele)komunikacija te da istražni sudija izda to odobrenje, čak i ako se odobrenje ne traži radi dobivanja podataka od nizozemskih vlasti. Opseg koji ovdje nudi pravni sistem može se koristiti, naprimjer, ako dođe do tehnološkog razvoja koji je relevantan za otkrivanje, također u prekograničnom kontekstu, dok su postojeći (pravni) propisi – a time i standardizacija relevantnih oblika otkrivanja – samo u ograničenoj mjeri prilagođeni tim kretanjima.

U sferi opsežnog prikupljanja podataka povezanih s (kripto)komunikacijom, razlog za traženje takvog odobrenja može biti u činjenici da su (i) *strana tijela već izvršavala ili će primjenjivati slične ovlasti na vlastitu inicijativu*, (ii) *dok su dobivene ili će se dobiti velike količine podataka koji mogu biti od velike vrijednosti s jedne strane ne samo za istraživanje u kojem odobrenje se traži, ali i s ciljem drugih (budućih) istraga, a s druge strane (može) uključivati podatke koji se odnose na osobe koje istražna tijela u trenutku njegova pribavljanja (još) nisu konkretno identificirala kao osumnjičenike i pri čemu je dogovoreno da će se tako dobiveni podaci široko dijeliti s nizozemskim tijelima s ciljem obrade tih podataka u korist istraga koja je u tijeku i sve druge istrage*. Jedan od razloga može biti i to što je nizozemsko državno odvjetništvo svjesno da će strana tijela samoinicijativno izvršiti presretanje ili snimanje telekomunikacija te da postoji realna mogućnost da se u Nizozemskoj koristi telekomunikacijska adresa osobe koja se prisluškuje.

(Neobvezno) podnošenje i davanje odobrenja mogu, među ostalim, doprinijeti osnivanju nadležnog sudije, u obliku uvjeta koje treba priložiti odobrenju, za upotrebu podataka koje prikupljaju strani organi, od trenutka kada nizozemski organi imaju pristup tim podacima. Uz odobrenje istražnog sudije mogu se priložiti uvjeti za provjeru vjerodostojnosti i pouzdanosti i/ili u vezi s načinom odabira podataka prije nego što se koriste u određenoj istrazi, također s ciljem zaštite interesa trećih strana, uključujući posebno osobe protiv kojih (još) ne postoji sumnja na sudjelovanje u kaznenom djelu, i interese povezane s pravom neotkrivanja.

Iz sudske prakse ESLJP-a o kojoj se raspravlja u mišljenju nezavisnog odvjetnika u predmetu broj 23/00010 pod tačkom 5.7.2.-5.7.11. ne proizlazi da je državno odvjetništvo automatski obavezno zatražiti odobrenje istražnog sudije. Ta sudska praksa ne obuhvata presretanje podataka u kontekstu kaznene istrage o pružateljima usluga koji omogućuju šifrirani prijenos poruka i korisnicima tih

usluga u vezi sa sumnjama u vezi s pružanjem i upotrebom. Međutim, to ne mijenja činjenicu da zahtjev i davanje takvog odobrenja mogu predstavljati jamstvo prava na privatnost.

Nakon što su nizozemskim organima dostupni podaci dobiveni pod odgovornošću stranih organa, ti se podaci u svakom slučaju mogu upotrijebiti za istragu u kojoj je, s ciljem dobivanja tih podataka, podnesen zahtjev za uzajamnu pravnu pomoć ili je izdan EPO ili koji je spontano prenesen za potrebe te istrage. Podaci koje je prikupio (upućeni) član zajedničkog istražnog tima mogu se upotrebljavati i u svrhu osnivanja zajedničkog istražnog tima. Mogućnost zadržavanja i/ili korištenja takvih podataka za druge kaznene istrage može biti ograničena na temelju onoga što je regulirano o toj upotrebi u relevantnim pravnim instrumentima, naprimjer zato što je daljnja upotreba povezana s uvjetom dobivanja suglasnosti, ili nizozemskim zakonodavstvom, uključujući Zakon o policijskim podacima i Zakon o sudskim i kaznenim podacima.

Nadalje, iz nalaza sudova proizlazi da su društva Encrochat i SkyECC ponudila šifriranu uslugu slanja poruka, pri čemu korisnici te usluge nisu morali otkrivati svoj identitet, a time ni osobne podatke, te gdje je komunikacija bila moguća samo između korisnika predmetne usluge. U mjeri u kojoj se to odnosilo na pružanje javno dostupnih elektroničkih komunikacijskih usluga putem javnih komunikacijskih mreža, iz zaključaka sudova proizlazi da ta društva nisu obrađivala osobne podatke.

1.1.4 VISOKI KAZNENI SUD REPUBLIKE HRVATSKE

Tip odluke: Rješenje kojim se odbijaju žalbe izjavljene na rješenje Županijskog suda u Zagrebu od 28.3.2024. godine;

Datum: 19.12. 2024. godine

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat;

SAŽETAK RJEŠENJA VISOKOG KAZNENOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE – Dana 19. prosinca 2024. godine, Visoki kazneni sud Republike Hrvatske odbio je žalbe na rješenje Županijskog suda u Zagrebu od 28. marta 2024. godine (broj Kov-Us-35/2023). Predmet se odnosio na zahtjev odbrane za izuzimanje dokaza pribavljenih putem EncroChat platforme, uključujući DVD medije sa sadržajem digitalnih podataka, izvještaje i nalaze informatičkog vještačenja, koji su preneseni na temelju Evropskog naloga za istragu (EIN) izdanog od strane USKOK-a. Obrana je osporavala zakonitost tih dokaza, tvrdeći da su pribavljeni suprotno javnom poretku Republike Hrvatske i da su narušili pravo na privatnost okrivljenog.

Sud je utvrdio da osporeni dokazi nisu pribavljeni mučenjem niti su kršena osnovna prava okrivljenika, kao što su pravo na odbranu ili privatnost. Također, žalbeni prigovori o nezakonitosti EIN-a nisu bili osnovani jer je sud utvrdio da je USKOK bio nadležan za

izdavanje EIN-a za prenošenje dokaza. Sud je napomenuo da prava odbrane moraju biti poštovana u cijelom postupku, uključujući mogućnost osporavanja vjerodostojnosti dokaza. No, u ovoj fazi postupka, sud nije razmatrao povrede u vezi s vjerodostojnošću dokaza, jer to treba biti ocijenjeno tek u kasnijoj fazi, ako optužnica bude potvrđena.

U vezi s informacijama o pribavljanju dokaza u Francuskoj, sud je naglasio da se takvi dokazi trebaju ocjenjivati prema francuskom zakonodavstvu, a ne na temelju hrvatskog zakonodavstva.

Pravno pitanje: Predmet se odnosi na zahtjev odbrane da se iz spisa predmeta izuzmu kao nezakoniti dokazi (DVD mediji sa digitalnim sadržajem, izvještaji, nalaz i mišljenje o provedenom informatičkom vještačenju te rezultati postupanja po EIN-u nadležnih organa), odnosno osporavanje zakonitosti dokaza do kojih su, u vlastitoj istrazi došli nadležni francuski organi krivičnog progona koja su nakon toga, na temelju EIN-a koji je izdao USKOK, izvršila prijenos tih dokaza USKOK-u. Dakle, riječ je o pribavljanju dokaza prema odredbama nacionalnog, francuskog prava i prenošenju tih dokaza u krivični postupak pred hrvatskim sudom na temelju prava EU. Kako nije bilo riječi o tome da su osporeni dokazi pribavljeni mučenjem ili nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem, žalbene tvrdnje o nezakonitosti dokaza trebalo je cijeniti u okviru odredbe člana 10. stav 2. tačka 2. ZKP /08, te u okviru prava EU, u skladu s načelima ekvivalentnosti i djelotvornosti i u smislu odredbe člana 10. stav 2. tačka 3. ZKP/08.

Naime, članom 10. stavom 2. tačkom 2. ZKP/08 propisano je kako su nezakoniti dokazi oni koji su pribavljeni kršenjem Ustavom, zakonom ili međunarodnim pravom zajamčenih prava odbrane, prava na ugled i čast, te prava na nepovredivost ličnog i porodičnog života, osim u slučaju iz stava 3. tog člana. S obzirom na činjenicu da osporeni dokazi u naravi predstavljaju digitalne dokaze o ostvarenoj komunikaciji okrivljenog na serveru internetske platforme SkyECC to je potpuno jasno da njihovo korištenje u kaznenom postupku treba razmotriti iz aspekta prava na odbranu i prava nepovredivost ličnog i porodičnog života (prava na privatnost).

Osnovni prigovor svih žalitelja jest da su istražne mjere na način kako su ih naložili nadležni francuski sudovi i na način kako su provedene protivne javnom poretku Republike Hrvatske, jer se radi o masovnom nadzoru, zbog čega smatraju da su dokazi pribavljeni tim mjerama nezakoniti. Osim toga napadaju zakonitost izdanog EIN-a kojim su ti dokazi preneseni USKOK-u te prigovaraju distinkciji između EIN-a izdanog u svrhu prikupljanja dokaza od onog izdanog u svrhu prenošenja već prikupljenih dokaza. Žalitelji međutim nisu u pravu.

Prema tome, zaključak o tome treba li osporene dokaze izdvojiti iz spisa kao nezakonite dokaze kako to predlažu žalitelji, u ovoj fazi postupka pred optužnim vijećem, ovisi o ocjeni zakonitosti izdavanja EIN-a za prenošenje dokaza. I na taj ključni prigovor da USKOK nije nadležan da izda EIN sud je u rješenju konstatovao da prigovor nije osnovan.

Prema žaliteljima, u zasebnom, francuskom postupku, osporeni dokazi su pribavljeni kroz masovni nadzor, povredom Ustava i Konvencija zajamčenog prava na privatnost te se po svojoj prirodi protive hrvatskom javnom poretku.

Istim rješenjem je odbijena i žalba branitelja okrivljenog da se iz postupka izuzme (*ad hoc*) vještak SD.

Činjenični opis: Naime, osporeni dokazi pribavljeni su u okviru, vlastite, francuske istrage (odnosno zajedničkog istraživanja F., B. i N.), na temelju tajnih mjera prikrivenog pristupa terminalnim uređajima radi prikupljanja podataka o prometu, lokaciji i komunikacijama internetskog pružatelja komunikacijskih usluga koje su naložile sudije sudova Republike Francuske, a EIN-om su tako pribavljeni dokazi preneseni USKOK-u.

Naime, ovdje je riječ o podacima do kojih se došlo presretanjem telekomunikacija (prikrivenim pristupom terminalnim uređajima radi prikupljanja podataka o lokaciji i komunikacijama) internetskog pružatelja usluga Sky.ECC. Sky.ECC je svojim korisnicima jamčio potpunu zaštitu privatnosti, kako sadržaja poruka koje su razmjenjivali, budući da su poruke bile šifrirane korištenjem metode *End-to-End* (od kraja do kraja) te su ih mogli čitati samo pošiljatelj i primatelj, kao i zaštitu njihova identiteta jer je svaki korisnik prilikom registracije na platformi dobivao jedinstvenu oznaku odnosno PIN, s tim da je jedna osoba mogla koristiti isti PIN s različitim korisničkim imenima. Dakle, radilo se o kriptiranoj komunikacijskoj platformi koja je korisnicima te aplikacije omogućavala tajnost razmijenjenih poruka, a ključevi za šifriranje su se generirali i pohranjivali na poslovni broj: i KŽ-Us-88/2024-5 uređaju korisnika, a ne na serveru, a u slučaju nasilnog pristupa u aplikaciju i opetovanog pokušaja unosa lozinke, bilo je moguće brisanje sadržaja. Mobilni uređaj u kojem je bila instalirana aplikacija Sky.ECC nije se nalazio u redovnoj trgovačkoj ponudi već se mogao nabaviti samo u neposredno dogovorenom kontaktu s ovlaštenim preprodavateljem, koja kupnja se nije registrirala, a za rad aplikacije nije bila potrebna adresa e-pošte korisnika, ili njegov telefonski broj, niti bilo koji drugi lični podatak.

Pravna analiza: U rješenju se navodi da su prava odbrane sadržana u pravu na pravično suđenje zajamčeno članom 29. Ustava Republike Hrvatske i članu 6. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda. Iako član 6. EKLJP ne postavlja nikakva pravila o dopuštenosti dokaza, Evropski sud za ljudska prava navodi kako ocjena pravičnosti postupka uključuje i ispitivanje načina na koji su dokazi pribavljeni, odnosno upotrijebljeni (*Lisivca protiv Hrvatske*, para. 59). U tom pravcu ESLJP provjerava je li dokaz pribavljen povredom nekog konvencijskog prava, pri čemu samo iskazi pribavljeni zlostavljanjem, protivno zabrani iz člana 3. Konvencije (o čemu ovdje evidentno nije riječ) automatski dovode do povrede člana 6. Konvencije (*Jalloh protiv Njemačke*, § 105). U protivnom se nastavlja s provođenjem *testa* (*Bykov protiv Rusije*, Veliko vijeće § 90, *Bašić protiv Hrvatske* § 43-48) te se razmatra *kvaliteta dokaza* (pouzdanost i tačnost), *važnost dokaza i poštivanje prava odbrane* (je li okrivljenom pružena prilika osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovoj upotrebi). U vezi s navedenim, valja imati na umu da je važna sastavnica pravičnosti načelo „jednakosti oružja“, koje se sastoji u obavezi pružanja svakoj stranci u postupku razumne prilike iznošenja svojih argumenata u predmetu koji je ne stavlja u nepovoljan položaj

vis-à-vis protivne stranke, pri čemu se sve navedeno sagledava u cjelini postupka, koji, bude li optužnica potvrđena uključuje i suđenje. I Ustavni sud Republike Hrvatske u svojim odlukama koristi istu metodologiju (vidi npr. Odluka Ustavnog suda U-III-3358/2017. od 15. maja 2024. i druge).

U pogledu prava Unije, Sud Evropske unije (dalje SEU) je u više odluka naveo kako se u trenutnom stanju prava Unije načelno samo nacionalnim pravom određuju pravila o dopuštenosti dokaza koji su pribavljeni protivno pravu Unije (SEU, presuda od 6. oktobra 2020., *La Quadrature du Net i dr.*, C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, tačka 222). Prema ustaljenoj praksi SEU-a, kada u određenom području u pravu Unije ne postoje pravila, tada treba, na temelju načela procesne autonomije, uspostaviti procesna pravila koja moraju osigurati zaštitu prava koja osobe izvode iz prava Unije, tako da ta pravila nisu nepovoljnija od onih koja uređuju slične situacije u unutrašnjem pravu (načelo ekvivalentnosti) i da ne čine u praksi nemogućim ili pretjerano otežanim korištenje prava dodijeljenih pravom Unije (načelo djelotvornosti). Dakle, kao pravilo, treba utvrditi je li pojedini dokaz pribavljen protivno pravu Unije, a ako jest, treba utvrditi je li s obzirom na rečena načela potrebno njegovo izdvajanje, dakle u smislu odredbi člana 10. stava 2. tačke 3. ZKP/08., prema kojem izdvajanje dolazi u obzir samo za one procesne povrede za koje je to propisano tim zakonom, odnosno tačke 2. tog stava kako je to naprijed navedeno.

No, SEU je u presudi od 30. aprila 2024., *EncroChat*, C-670/22., ECLI:EU:C:2024:372, u činjenično sličnom predmetu komunikacije zaštićene sveobuhvatnim šifriranjem, tumačio Direktivu o EIN-u te načela ekvivalentnosti i djelotvornosti kao i član 14. stav 7. Direktive o EIN-u (koji nalaže poštivanje prava odbrane i pravičnost postupka). SEU je u toj presudi presudio da prema članu 14. stavu 7. Direktive o EIN-u dokaze pribavljene nezakonito izdanim EIN-om treba izdvojiti ako se okrivljeni ne može učinkovito o njima očitovati, a oni mogu imati odlučujući utjecaj na ocjenu činjenica. Dakle, prema pravnom stajalištu SEU-a za odluku o izdvajanju nije dovoljno utvrditi da je EIN nezakonito izdan, nego i da su u kaznenom postupku povrijeđena prava odbrane u pogledu učinkovite mogućnosti osporavanja dokaza, što uključuje postupak u cjelini.

Pravo na privatnost je relativno, a ne apsolutno pravo (o čemu će još biti riječi), a klauzulu javnog poretka treba promatrati u kontekstu prava i obaveza država članica Evropske unije čija je jedna od temeljnih vrijednosti poštivanje ljudskih prava koje je podložno kontroli Vijeća (članci 2. i 7. Ugovora o Evropskoj uniji) i u kojoj je obveza poštivanja temeljnih prava i sloboda definirana Poveljom o temeljnim pravima Evropske unije u skladu s Konvencijom. Dakle, ovdje je riječ o dokazima koje je prikupila jedna država članica Evropske unije, u skladu sa svojim nacionalnim pravom, a ne o dokazima koji su prikupljeni na temelju odredbi ZKP/08 niti o dokazima koje je Republika Francuska izvela tj. pribavila na molbu Republike Hrvatske. U tom smislu, osobito imajući na umu načelo uzajamnog povjerenja i lojalne suradnje iz člana 4. stava 3. podstava 1. Ugovora o Evropskoj uniji stajalište je Visokog kaznenog suda kako dokaze pribavljene u Poslovni broj: I Kž-Us-88/2024-5 zasebnom, francuskom postupku, treba ocijeniti iz aspekta njihove usklađenosti s Ustavom, Konvencijom i Poveljom (tačka 6.) koja u sebi uključuje i elemente ocjene

vjerodostojnosti dokaza koji nadilaze ovlasti optužnog vijeća, kao i prava odbrane koja se promatraju u cjelini postupka.

Tome treba dodati da prema pravnom stajalištu SEU-a i ESLJP-a, pravilnost zasebnog postupka prikupljanja dokaza (koju žalitelji također osporavaju, a okrivljeni A. D. se pri tome i poziva na odluke Kasacijskog suda Republike Francuske) treba ispitati pred sudovima države članice EU, koja je te dokaze prikupila. Ovdje je to Republika Francuska. To jasno proizlazi iz točke 100. presude Encrochat, ali također i iz odluke ESLJP-a od 24. septembra 2024., A.L. i E.J. protiv Francuske (broj zahtjeva 44715/20 i 47930/21) koja se odnosi na činjenično sličan predmet u kojem su digitalni dokazi pribavljani u okviru francuske istrage u predmetu EncroChat, preneseni EIN-om i korišteni u kaznenom postupku u Ujedinjenom Kraljevstvu (vidi posebno tačke 105. i 145. u pogledu dostupnog pravnog sredstva). 11.2.3. *Sve to dakle ne znači da odbrana ne može osporavati dokaze prenesene EIN-om, nego samo da u ovoj fazi postupka pred optužnim vijećem nema razloga koji bi opravdavali izdvajanje jer je za ocjenu prava odbrane kao aspekta pravičnosti mjerodavna i vjerodostojnost (pouzdanost i istinitost) dokaza koja se u ovoj fazi postupka ne razmatra.* Upravo je poštivanje zahtjeva pravičnosti, a koje se uvijek ispituje u cjelini postupka (što uključuje i raspravnu fazu postupka, bude li optužnica potvrđena) suština presude SEU-a Encrochat, a naposljetku i presude ESLJP-a *Yüksel Yalçinkaya protiv Turske*, na koju se u žalbi poziva posebno žalitelj T. K.

U fazi kada još uvijek nije podignuta optužnica, može se samo razmatrati pitanje postojanja pretpostavki za izdavanje EIN-a za prenošenje dokaza.

Nalozi francuskih sudova koje je prvostepeni sud detaljno i bez protivljenja analizirao (počevši od prvog naloga od 14. juna 2019., koji je nadležni sudija izdao nakon pokrenutog prethodnog istražnog postupka protiv društva Sky.ECC, zbog sudjelovanja u zločinačkom udruženju u vezi s nezakonitom trgovinom droga i kršenja zakona o kriptografskim proizvodima) kojima su naložene intruzivne mjere (presretanja, snimanja i transkripcije elektroničkih komunikacija između dva poslužitelja (servera); postavljanja uređaja za prikupljanje podataka u cilju pristupa računalnim podacima; snimanja čuvanja i prenošenja podataka na način kako su pohranjeni u kompjuterskom sistemu) korespondiraju nalogima za provođenje posebnih dokaznih radnji iz člana 332. ZKP/08. (osobito presretanja, prikupljanja i snimanja računalnih podataka) koje nalaže sudija istrage i koje je moguće odrediti i prema predmetu i nepoznatom počinitelju za jedno od kataloških djela o kakvima je ovdje nedvojbeno riječ. Prema tome, u sličnoj, potpuno domaćoj situaciji, prenošenje dokaza pribavljenih posebnim dokaznim radnjama koji upućuje na drugo kataloško kazneno djelo i počinitelja državnom odvjetniku utemeljeno je na odredbama ZKP/08.

S obzirom na to da se okrivljenicima stavlja na teret počinjenje više teških kaznenih djela (među ostalim, zločinačkog udruženja, neovlaštene proizvodnje i prometa drogama u sastavu zločinačkog udruženja, nedozvoljenog posjedovanja, izrade i nabavljanja oružja i eksplozivnih tvari u sastavu zločinačkog udruženja) te s obzirom na težinu posljedice i međunarodni karakter inkriminirane djelatnosti za zaključiti je da je ograničenje koje okrivljeni trpe zbog zadiranja u njihova temeljna prava uslijed izdavanja EIN-a kojim su osporeni dokazi kojima se zadiralo u njihovu privatnost

preneseni *razmjerno ostvarenju navedenog legitimnog cilja* (usporedi ESLJP, *Halford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 44.; *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, § 64.).

Zbog toga je prvostepeni sud osnovano zaključio kako bilo kakvo kršenje obveza iz odredbe člana 42.an 10 Poslovni broj: I KŽ-Us-88/2024-5 ZSPSK-EU u vezi s članom 31. Direktive o EIN-u samo za sebe ne dovodi ujedno i do nezakonitosti dokaza. Takav zaključak u skladu je s tumačenjem iz presude Encrochat, prema kojem za odluku o izdvajanju nije dovoljno da bi EIN bio izdan protivno obavezama iz člana 31. Direktive o EIN-u, već je ključno ostvarivanje *mogućnosti učinkovitog očitovanja o tim dokazima*, što se odnosi na postupak u cjelini (vidi tačka 6.2.1. ove odluke).

Naposljetku, žalbeni prigovori kojima se problematizira vjerodostojnost (istinitost, pouzdanost, sljedivost, autentičnost, tehnički način identifikacije) dokaza prenesenih EIN-om nisu relevantni za ovaj stadij postupka pred optužnim vijećem, jer je ocjenu vjerodostojnosti (istinitosti i pouzdanosti) po prirodi stvari moguće donijeti tek u meritornoj odluci nakon provedene rasprave, bude li optužnica provedena. Daljnjim žalbenim prigovorima osporava se pravilnost odluke prvostepenog suda u pogledu nalaza i mišljenja vještaka. Naime, prvostupanjski sud je odbio prijedlog branitelja okrivljenog da se kao nezakoniti dokaz iz spisa izdvoji nalaz i mišljenje „*ad hoc*“ vještaka S. D. koji je proveo informatičko vještačenje telekomunikacijskih uređaja okrivljenog, nalazeći opravdanim da je USKOK tom vještaku povjerio predmetno vještačenje tek nakon što je prethodno utvrdio da C. za vještačenja I. V. ali i neki drugi inokosni sudski vještaci za informatiku i telekomunikacije (M. B. i I. M.) koji se nalaze na popisu stalnih sudskih vještaka, nemaju tehničke mogućnosti odnosno odgovarajuće alate i opremu za otključavanje i pristup podacima sadržanim u mobilnim uređajima koji su oduzeti od okrivljenog, a kako radi se o predmetu u kojem se okrivljeni nalaze u pritvoru bilo je potrebno postupiti posebno hitno. U vezi s navedenim, za ovaj drugostepeni sud nisu prihvatljivi žalbeni navodi žalitelja I. S., A. D., M. G. i J. K., koji u žalbama ističu da je nalaz i mišljenje vještaka D. nezakoniti dokaz i to zbog toga jer vještak nije kvalificiran za obavljanje telekomunikacijskog vještačenja. Naime, za ovakvu, paušalnu tvrdnju, žalitelji u žalbama nisu iznijeli niti jedan stvarni argument kojim bi te svoje tvrdnje potkrijepili, ili ih bar učinili vjerojatnim. Stepenn stručnog znanja, odnosno kompetentnost vještaka, na koju žalitelji ukazuju, vezana je uz kvalitetu nalaza i mišljenja vještaka i vjerodostojnost njegovih zaključaka koje stranke tokom dokaznog postupka mogu osporavati i s tim u vezi predlagati nove dokaze, odnosno vještačenja, međutim, kako je to pravilno utvrdio prvostepeni sud, nalaz i mišljenje navedenog vještaka, u smislu člana 311. ZKP/08., ne predstavlja nezakoniti dokaz jer je u toj odredbi izričito propisano da se za vještaka ne može uzeti osoba koja se ne može ispitati kao svjedok ili osoba koja je oslobođena od dužnosti svjedočenja, a ni osoba prema kojoj je kazneno djelo počinjeno (koji razlozi u ovom slučaju ne egzistiraju), kao niti osoba koja je zaposlena u istom organu ili kod istog poslodavca zajedno s tužiteljem, okrivljenim, žrtvom ili oštećenim, a ako je uzeta, njen nalaz i mišljenje ne mogu se upotrijebiti kao dokaz u postupku.

1.1.5 USTAVNI SUD FRANCUSKE

Tip odluke: Presuda br. 202298 od 8.4. 2022.godine;

Datum odluke: 8.4.2022. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: odnosi se na ocjenu sistematičnosti odredbi procesnog zakona.

Pravno pitanje: da li su odredbe iz krivičnog procesnog zakona koje daju mogućnost tužiocu da koristi materijal koji podliježe obavezi čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti i koja se ne iznosi na kontradiktornoj raspravi, u cilju pribavljanja određenih računarskih informacija *neustavne*.

Pravna analiza – Zakonodavac treba da pomiri, s jedne strane, prava na odbranu i načelo obostranog saslušanja stranaka i, s druge strane, cilj ustavne vrijednosti traganja za počiniteljima krivičnih djela i ustavne zahtjeve svojstvene zaštiti osnovnih interesa nacije, uključujući obavezu čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti.

Prvo, usvajanjem osporenih odredaba, zakonodavac je namjeravao da omogući organima nadležnim za istrage da imaju koristi od djelotvornih sredstava prikupljanja i dešifrovanja podataka, a da pri tom ne oslabi djelovanje obavještajnih službi otkrivanjem tehnika koje koriste. Pri tome, tim odredbama se slijedi cilj ustavne vrijednosti traženja počinitelja krivičnih djela i sprovode ustavni zahtjevi svojstveni zaštiti osnovnih interesa nacije.

Drugo, ta sredstva se mogu koristiti samo za primjenu posebne istražne tehnike koju mora odobriti istražni sudija i koja mora biti opravdana potrebama tužiteljske ili sudske istrage u vezi s određenim, izuzetno teškim i složenim zločinima i krivičnim djelima. Ta tehnika se sprovodi pod rukovodstvom i kontrolom sudije koji ju je odobrio i koji u svakom trenutku može da naredi njeno prekidanje.

Treće, ako je vjerovatno da će određene tehničke informacije koje podliježu obavezi čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti na osnovu spornih odredaba biti izuzete iz obostranog saslušanja stranaka, pismena obrazložena naredba sudije koji odobrava postavljanje mehanizma za pribavljanje podataka obavezno se unosi u predmet postupka i navodi se, pod prijetnjom ništavosti, krivično djelo zbog kog se uvodi mehanizam, tačno mjesto i detaljan opis sistema za automatsku obradu podataka, kao i dozvoljeno trajanje operacije. U predmet se unosi i zapisnik o postavljanju mehanizma, u kom se prije svega navodi datum i vrijeme početka i završetka operacije i zapisnik u kom se opisuju ili se u njega unose registrirani podaci koji se smatraju korisnim za otkrivanje istine. Konačno, svi elementi dobijeni nakon operacija dešifriranja unose se u zapisnik o prijemu koji se unosi u predmet sudskog postupka, kao i potvrda koju pregleda direktor tehničkog organa kojom se potvrđuje istinitost prosljeđenih rezultata.

Iz svega prethodno navedenog proizlazi da se osporenim odredbama vrši uravnoteženo pomirenje navedenih ustavnih zahtjeva.

1.1.6 KASACIONI SUD REPUBLIKE FRANCUSKE

Tip odluke: Presuda Kasacionog suda, krivičnog vijeća kojom su odbijene žalbe izjavljene na presudu istražnog vijeća, Apelacionog suda u Nansiju od 9. septembra 2021. godine;

Datum odluke: 25.10.2022. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: Encrochat;

Sažetak presude – Kasacioni sud Republike Francuske razmatrao je žalbe koje su podnijeli osumnjičeni u vezi s presudom Istražnog vijeća Apelacionog suda u Nansiju od 9. septembra 2021. godine. Osumnjičeni su bili povezani s organizovanim kriminalom, trgovinom narkoticima i pranjem novca, a istraga je obuhvatila i upotrebu šifrovanih telefona.

Jedan od ključnih problema bio je legalnost radnji presretanja i pribavljanja računarskih podataka prema članu 706-102-1 Zakona o krivičnom postupku. Prema ovom članu, odobreno je pribavljanje podataka iz računarskih sistema, uključujući podatke u fazi prenosa, što je opravdalo prethodne tehničke radnje kao što su blokiranje i preusmjerenje podataka. Sud je utvrdio da su ove radnje bile potrebne za legalno pribavljanje podataka i nisu povrijedile pravo na privatnost osumnjičenih.

Također, kritikovano je nepostojanje pravilnog pečaćenja podataka i nedostatak tehničkih potvrda o tačnosti podataka pribavljenih pomoću državnih sredstava, ali sud je odlučio da to nije utjecalo na zakonitost postupka jer su istražitelji imali opravdanje za korištenje tih sredstava pod posebnim sigurnosnim uvjetima.

Sud je odbacio žalbe osumnjičenih koji nisu mogli dokazati da su povrede postupka ugrozile njihova prava, posebno u vezi s njihovim pravom na šutnju i zaštitu od samoinkriminacije. Na kraju, žalbe su proglašene neprihvatljivim, a presuda je potvrđena, jer su istražitelji dokazali korištenje šifrovanih telefona osumnjičenih.

Pravno pitanje: Članom 706-102-1 Zakona o krivičnom postupku odobrava se pribavljanje svih računarskih podataka, uključujući i podatke koji su u fazi prenosa. Prema tome, ispravne su prethodne radnje blokiranja i preusmjerenja podataka, neophodne za njihovo pribavljanje. Iz članova 6, st. 1 Evropske konvencije o ljudskim pravima i 802. Zakona o krivičnom postupku proizlazi da ako podnosilac zahtjeva ne tvrdi da je cilj zanemarene formalnosti da se sačuva njegovo pravo ili interes, istražno vijeće treba da provjeri da li iz elemenata postupka proizlazi da bi to mogao biti slučaj. Prema tome, stečeni su uvjeti za kasaciju presude u kojoj se, da bi se proglasilo da su podnositelji zahtjeva lišeni svojstva koje im omogućava da traže poništavanje šifrovanih telefonskih razgovora, navodi, nakon utvrđivanja da se zanemarenim formalnostima štiti privatni život, da nijedan podnosilac zahtjeva nije priznao da je koristio šifrovani telefon ili pseudonim koji je utvrđen analizom razgovora ili da je jedan od sagovornika u presretnutim razgovorima, pri čemu iz spisa predmeta proizlazi da su istražitelji ustanovili da su svi koristili takve telefone.

Činjenični opis: Presuda kojom se odbijaju žalbe osumnjičenih L, I, V, F, S, O, P, M, G, C, E, Z. i D. podnesene na presudu Istražnog vijeća Apelacionog suda u Nansiju od 9. septembra 2021. godine, koji se u okviru istrage koja se vodila protiv njih zbog, povrede zakona o narkoticima, zbog zločinačkog udruživanja, uvoza narkotika u okviru organizovane kriminalne grupe i pranja novca, izjasnili o njihovim zahtjevima za poništavanje spisa predmeta.

Iz prethodne istrage koju je vodio Specijalni međuregionalni sud (JIRS) zbog krivičnog djela zločinačkog udruživanja i povreda pravila kriptologije, uspostavljen je mehanizam za pribavljanje računarskih podataka na serveru koji obezbjeđuje mrežu šifrovanih telefona. Zahvaljujući pribavljenim računarskim podacima otkrivena je interakcija više korisnika šifrovanih telefona koji su koristili pseudonime i bavili se ilegalnom prodajom narkotika.

Republički javni tužilac u Lilu je 30. aprila 2020. godine uputio republičkom javnom tužiocu u Nansiju podatke koji se na njih odnose, između ostalih na osobe [L] [I], [V] [F], [S] [O], [P] [M], [G] [C] [E], [Z] [D].

Na osnovu tih elemenata je 30. aprila 2020. godine pokrenuta sudska istraga zbog povrede zakona o oružju, uvozu narkotika u okviru organizovane kriminalne grupe, ilegalnoj trgovini narkoticima, zločinačkom udruživanju, kojoj je 13. maja iste godine pripojena sudska istraga koja se već vodila zbog optužbe za uvoz narkotika u okviru organizovane kriminalne grupe, povrede zakona o narkoticima i zločinačkom udruživanju.

Pravna analiza: Argumentima odbrane se kritikuje pobijana presuda u dijelu u kom se odbacuje prigovor ništavosti zasnovan na nezakonnosti radnji presretanja i pribavljanja izvršenih na osnovu člana 706-102-1 Zakona o krivičnom postupku, imajući u vidu da „državni organ ne može da se miješa u vršenje prava na poštovanje privatnog života osim u mjeri u kojoj je to predviđeno zakonom, pa zato treba da bude uređeno posebnim i preciznim zakonom; tako je isključeno prošireno tumačenje postavljenog zakonskog mehanizma, da bi se po potrebi opravdalo pribjegavanje postupcima koji nisu predviđeni zakonom; odredbama člana 706-102-1 Zakona o krivičnom postupku predviđen je tehnički mehanizam za pribavljanje računarskih podataka čiji je jedini zadatak da omogući pristup, registraciju, čuvanje i prenos podataka nekog informatičkog sistema, izuzev podataka u fazi prenosa; odbacivanje prigovora ništavosti zasnovanog na nezakonnosti izvršenih radnji presretanja i pribavljanja, kada iz spisa predmeta proizlazi da je naređeno, s jedne strane, postavljanje mehanizma za „blokiranje radnji“ kod različitih pružatelja usluga, koji može da nanese štetu imenu domena, DNS rezoluciji i postavljenoj mrežnoj infrastrukturi, a s druge strane, obavljanje radnji za „preusmjeravanje tokova“, koje se sastoje od „izmjene protokola mrežnih rutera“, pri čemu se te radnje analiziraju kao izmjene sistema za automatsku obradu podataka i to prije svega u cilju neprimijećenog zadržavanja, tako da očigledno nisu dio polja primjene člana 706-102-1, na osnovu kojeg su zapravo poduzete, istražno vijeće je povrijedilo navedena načela i odredbe“.

Da bi se odbacio prigovor ništavosti zasnovan na tome da je članom 706-102-1 Zakona o krivičnom postupku dozvoljeno samo pribavljanje uskladištenih računarskih podataka, osim podataka u fazi

prenosa, u pobijanoj presudi se navodi da su radnje blokiranja i preusmjeravanja tokova predstavljale samo tehničke radnje koje prethode pribavljanju računarskih podataka.

Argumentom iznijetim za osobu [D] kritikuje se pobijana presuda u dijelu u kojem se odbacuje njegov zahtjev za poništavanje svih spisa u kojima se ukazuje na postojanje dva postupka pokrenuta pred Specijalnim međuregionalnim sudom u [Lokacija 2] kao i svih spisa, akata ili napomena za koje su oni neophodna podrška, odnosno celog postupka koji se na njega odnosi, imajući u vidu da „krivični postupak treba da bude pravičan, da predviđa saslušanje obje strane i da održava ravnotežu između prava strana, što podrazumijeva da je okrivljeno lice u mogućnosti da ospori uslove u kojima su prikupljeni dokazni elementi koji čine osnovu njegovog optuženja; navođenjem da „svi spisi predmeta iz Lila, koji su već u spisima predmeta i koji omogućavaju kako okrivljenom tako i istražnom veću da cijeni pravilnost i ispravnost prvobitno prikupljenih elemenata, pri čemu se ni na koji način ne krše njihova osnovna prava, već su svi elementi, štaviše, razmotreni na osnovu saslušanja obe strane prilikom saslušanja za vreme njihovog zadržavanja, kao i prilikom njihovog ispitivanja koje je vodio istražni sudija i prilikom rasprava pred tim većem“ (presuda str. 110 § 6), kada izlagalac nije bio u mogućnosti da razmatra pravilnost i ispravnost svih dokumenata iz „izvornog“ postupka u Lilu, jer brojni bitni elementi tog postupka nisu bili u spisima predmeta, što mu nije omogućilo da ostvari svoja prava na odbranu, prvenstveno da provjeri zakonitost i kvalitet transkripcija razgovora uzetih iz sistema [1] na kojima se u velikoj mjeri zasnivala optužba, istražno veće je povrijedilo član 6. Evropske konvencije za ljudska prava i uvodne odredbe Zakona o krivičnom postupku“.

Kasacioni sud smatra da okrivljeno lice ne može da kritikuje zahtjevom za poništavanje to što spisi iz prvobitne sudske istrage nisu u spisima predmeta, jer ima pravo da u tu svrhu podnese zahtjev istražnom sudiji i žalbu na naredbu o odbijanju koja bi se mogla donijeti protiv njega (Kriv., 1. april 2020. godine, žalba kasacionom sudu br. 19-80.908).

Prema tome, podnosioci zahtjeva, koji nisu podnijeli zahtjev istražnom sudiji u tu svrhu, ne mogu da se žale na razloge iz kojih je istražno veće odbilo njihov zahtjev za poništavanje, zasnovan na odsustvu, tokom sudske istrage, spisa proizašlih iz postupka koji je vodio JIRS u [Lokacija 2].

Prema tome, argumenti se ne mogu prihvatiti. Podnosioci zahtjeva ne mogu da se žale na razloge zbog kojih je istražno veće odbilo njihov zahtjev za poništavanje zasnovan na nepostojanju u sudskoj istrazi spisa proisteklih iz postupka koji je vodio JIRS u [Lokacija 2], jer ne iznose nijedan argument kojim se kritikuje presuda u dijelu u kom se potvrđuju naredbe od 18. februara 2021. godine, kojima se odbacuju njihovi zahtjevi da se ti spisi unesu u predmet.

Argumentom se kritikuje presuda u dijelu u kom se odbacuju prigovori ništavosti zasnovani na nepravilnosti mjera pribavljanja računarskih podataka i njihovog korištenja u ovom postupku, imajući u vidu da:

- je korištenje mjera pribavljanja elektronskih podataka uslovljeno pečačenjem snimljenog materijala; odbacivanje prigovora ništavosti zasnovanog na toj nepravilnosti, kada uprkos izričitoj naredbi istražnog vijeća Apelacionog suda u Nansiu, odlukom prije donošenja konačne presude od 21. maja

2021. godine, da se na raspravu podnesu zapisnici u kojima se navodi pečaćenje snimljenog materijala, u postupku i dalje ne postoji nijedan element na osnovu kog se može ustanoviti da li je pečaćenje zaista izvršeno, tako da nije moguće provjeriti da li su tu svi korišteni podaci, istražno vijeće je povrijedilo članove 706-95-18, 591. i 593. Zakona o krivičnom postupku“.

- argumentom se kritikuje pobijana presuda u dijelu u kom se odbacuje prigovor ništavosti zasnovan na nepravilnosti upotrebe državnih sredstava koja podliježu obavezi čuvanja tajne o nacionalnoj bezbjednosti, imajući u vidu da „u slučaju pribjegavanja državnim sredstvima koja podliježu obavezi čuvanja tajne o nacionalnoj bezbjednosti i pod uslovom da se poštuju obaveze koje iz toga proizlaze, uz rezultate se dobijaju tehnička uputstva korisna za razumijevanje i korištenje, kao i potvrda koju je pregledao direktor tehničkog organa kojom se potvrđuje istinitost prosleđenih rezultata; ograničavajući se, radi odbacivanja prigovora ništavosti zasnovanog na povredi tih odredaba, na potvrdu da je taj zahtjev za obezbjeđivanje tehničkih uputstava predviđen samo „pod uslovom da postoje obaveze koje proizlaze iz obaveze čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti“ (presuda, str. 115), kada iz spisa predmeta proizlazi da osim nepostojanja tehničkih uputstava, koje se može opravdati navedenim tvrdnjama, nije izdata nijedna potvrda o istinitosti rezultata, pri čemu takva potvrda, po svojoj prirodi, ipak ne izaziva nikakav rizik od takvog otkrivanja, tako da nije ispunjen nijedan od zahtjeva, koji su ipak zbirni, iz člana 230-3 Zakona o krivičnom postupku, istražno vijeće je povrijedilo članove 230-3, 706-102-1, 591. i 593. Zakona o krivičnom postupku“.

Prema odredbama prvog od tih članova, uz ogradu od obaveza koje proizlaze iz obaveze čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti, uz rezultate se šalju tehnička uputstva korisna za razumijevanje i korištenje, kao i potvrda koju pregleda direktor tehničkog tijela, kojom se potvrđuje tačnost prosljeđenih rezultata. O tako dobijenim elementima sastavlja se zapisnik o prijemu i oni se unose u predmet postupka.

Da bi se odbacio prigovor ništavosti iz operacija pribavljanja računarskih podataka, zasnovan na nepostojanju navedenih elemenata u postupku, u pobijanoj presudi se navodi da je mehanizam postavljen putem zahtjeva generalnom direktoru unutrašnje sigurnosti, pribjegavanjem državnim sredstvima koja podliježu obavezi čuvanja tajne o nacionalnoj sigurnosti, tako da je po tom osnovu logično da se istražitelj pozove na takvu tajnu.

Također, svako ima pravo da šuti i da ne doprinosi sopstvenom okrivljavanju; proglašavanjem neprihvatljivim da izlagač traži poništavanje radnji prikupljanja računarskih podataka navodeći kao razlog što je on, vjerovatno korisnik šifrovanog telefona pod pseudonimom „[X]“, ostvario pravo na šutnji tokom policijskog zadržavanja i saslušanja na prvom pojavljivanju i odbio da se izjasni tokom saslušanja o predmetu spora, tako da nije mogao da dokaže pripadajuće pravo koje može biti ugroženo povredom odredaba o prikupljanju računarskih podataka, istražno vijeće je povrijedilo pravo izlagača da šuti i da ne doprinosi sopstvenoj inkriminaciji, kao i članove 9. Deklaracije o ljudskim pravima iz 1789. godine, 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima, 7. Direktive 2016/343/UE od 9. marta 2016. godine, 63-1. i 116. Zakona o krivičnom postupku.

Evropski sud za ljudska prava smatra da to pravo prethodno pretpostavlja da, u krivičnom predmetu, tužilaštvo nastoji da obezbijedi osnovu svojim argumentima bez pribjegavanja dokazima dobijenim prinudom ili pritiscima, zanemarujući želju optuženog. Pravo protiv samooptuživanja predstavlja zaštitu ne od davanja izjava koje su same po sebi inkriminirajuće, već od pribavljanja dokaza prinudom ili ugnjetavanjem. To se prvenstveno odnosi na poštovanje odlučnosti optuženog da šuti (ESLJP, presuda od 17. decembra 1996. godine, *[H] protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 19187/91; presuda od 10. marta 2009. godine, *[B] protiv Rusije*, br. 4378/02).

Da bi se utvrdilo da li je postupkom lišeno suštine pravo da se ne doprinosi sopstvenoj inkriminaciji, potrebno je ispitati prirodu i stepen prinude, postojanje odgovarajućih garancija u postupku i upotrebu tako dobijenih elemenata. Na osnovu drugog od navedenih članova, u slučaju povrede formi predviđenih zakonom pod prijetnjom ništavosti ili nepoštivanja bitnih formalnosti, svaki sud kome je podnet zahtjev za poništavanje ili koji po službenoj dužnosti utvrdi takvu nepravilnost, može proglasiti ništavost samo ako je cilj te nepravilnosti ugrožavanje interesa stranke na koju se odnosi.

Da bi odredio da li podnosilac zahtjeva ima stranačku sposobnost za podnošenje zahtjeva za poništavanje, Kasacioni sud iz toga zaključuje da istražno vijeće treba da utvrdi da li bitna ili formalnost predviđena pod prijetnjom ništavosti, za koju se tvrdi da nije poštovana, ima za cilj da očuva njegovo pravo ili interes (Kriv., 7. septembar 2021.godine, žalba Kasacionom sudu br. 21-80.642, objavljena u Biltenu).

Prigovorom se postavlja pitanje da li, da bi se podnosiocu zahtjeva uskratila stranačka sposobnost da podnese zahtjev za poništavanje, sudija može da se usprotivi njegovoj odluci da šuti ili poriče nešto, iako iz istraga proizlazi da se na njega odnosi formalnost za koju tvrdi da je zanemarena. Prvo treba primjetiti da član 802. Zakona o krivičnom postupku nije protivan tome da dokaz da se ništavost odnosi na stranku proizlazi iz elemenata postupka. Drugo, pod navedenom pretpostavkom, zahtijevati od podnosioca zahtjeva da dokaže da je osporenom radnjom ugroženo njegovo pravo ili interes, ima za posljedicu da se podnosilac zahtjeva prinudi, pod prijetnjom lišavanja prava da podnese zahtjev za poništavanje, da se odrekne prava na šutnju ili da preispita ranije izjave.

Sud je u presudi utvrdio da osim gospodina [I] koji je priznao da je koristio šifrovani telefon [1] pod pseudonimom „[A]“, nijedan podnosilac zahtjeva nije priznao da je koristio šifrovani telefon snabdjeven sistemom [1], ili da je imao pseudonim koji mu se pripisuje na osnovu obrađenih razgovora ili da je bio jedan od sagovornika iz pribavljenih razgovora.

Iz toga zaključuju da, pošto ne mogu da dokažu da imaju pravo koje bi bilo ugroženo povredom odredaba o pribavljanju računarskih podataka, gospoda [D], [O], [C] [E], [M] nemaju stranačku sposobnost i treba da bude proglašeno neprihvatljivim da zahtijevaju ništavost mjere pribavljanja računarskih podataka koja je sprovedena u ovom postupku.

Ovim proglašavanjem, pri čemu iz spisa postupka proizlazi da su istražitelji svim podnositeljima zahtjeva pripisali korištenje šifrovanog telefona, istražno vijeće je zanemarilo navedeni član i načelo navedeno u stavu 62.

Prema tome, ponovo su stečeni uvjeti za kasaciju po tom osnovu.

O žalbama koje su Kasacionom sudu podnijeli 15. i 16. septembra 2021. godine osobe [O], [D] i [M], u vidu izjava podnesenih pisarnici ustanove za pritvor, donesena je odluka kojom se iste proglašavaju neprihvatljivim.

1.1.7 PRVOSTEPENI SUD U ANTVERPENU – BELGIJA

Tip odluke – Presuda;

Datum – 25.10. 2022. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: Sky ECC;

Sažetak presude prvostepenog suda u Antverpenu – Optuženi su četiri osobe koje se terete za krivična djela izvršena unutar organizovanog kriminala. Istraga se zasniva na informacijama koje su dobijene presretanjem komunikacija putem aplikacije Sky ECC. Ovi uređaji omogućavaju sigurnu i šifrovanu komunikaciju, koja nije mogla biti presretnuta uobičajenim tehnikama. Belgija, Francuska i Nizozemska su formirale zajednički istražni tim 2019. godine, kako bi istražile i sprovele dokaze vezane za Sky ECC.

Optuženi osporavaju zakonitost dokaza prikupljenih putem Sky ECC platforme, tvrdeći da su podaci pribavljeni nezakonito, te da im nije omogućeno dovoljno vremena za provjeru dokaza. Također, osporavaju povezanost PIN-ova sa IMEI brojevima.

Sud je analizirao zakonitost prikupljanja dokaza, uzimajući u obzir pravo na pošteno suđenje prema članu 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima. Zakonitost dokaza temelji se na odobrenju francuskih vlasti za presretanje komunikacija, kao i na analizi metapodataka i dešifriranju podataka uz međunarodnu saradnju. Sud je utvrdio da je istraga bila ciljana i zasnovana na ozbiljnim sumnjama, a da se nisu prikupljali podaci na neproporcionalan način.

- *Sud je utvrdio da su dokazi utemeljeni na validnim francuskim odobrenjima i da je dešifrovanje komunikacije bilo zakonito.*
- *Sud je smatrao da je povezanost između PIN-ova i IMEI brojeva bila jasno objašnjena kroz tehničke izvještaje i metapodatke.*
- *Optuženi nisu uspjeli dokazati da su dokazi nezakonito prikupljeni ili da im je uskraćeno pravo na odbranu.*

Sud je odbio sve prigovore odbrane, smatrajući da je istraga sprovedena u skladu sa zakonom i međunarodnim standardima, te da su svi dokazi prikupljeni zakonito i u skladu s pravima optuženih.

Pravno pitanje: odbijanje ili poništenje dokaza jer su pribavljeni nezakonito putem Sky ECC aplikacije. Optuženi tvrde da je sadašnji kazneni spis nepotpun i da sadrži nedovoljno dokumenata za provjeru zakonitosti dokaza i za potpuno ostvarivanje prava na protivrječje. Osporavaju i povezivanje pinova sa IMEI brojevima.

Činjenični opis: predmet se vodio protiv četvorice optuženih koji su se teretili da su krivična djela činila u okviru kriminalne organizacije.

Ova informacija je bila sadržana u **prvom službenom izveštaju od 6.9.2018.** na teret organizacije Sky ECC. Prema javnom tužilaštvu, ozbiljne indikacije pojavile su se, između ostalog, u cijenama uređaja sa aplikacijom Sky, aktivnom pomoviranju usluge i politike usmjerene na osujećivanje policije i pravosuđa, te utvrđivanju da su u istragama protiv zločinačkih organizacija i formiranja bandi korišteni Sky ECC – uređaji, strukturno spriječeni od osumnjičenih.

Objašnjenje u bilješci pokazuje da Sky ECC sa sjedištem u Kanadi, u velikoj mjeri koristi infrastrukturu u Francuskoj u firmi „OVH“ u mjestu Roubaix. Uređaji su praćeni Sky ECC anonimnim SIM karticama i privatnom APN vezom (*Access Point Name*, koja je pristup preko kojeg pametni telefon može pristupiti internetu). Budući da se koristi postavka privatnog APN-a, pružatelj ne može pristupiti podacima koji se šalju/primaju, što znači da dodirne naredbe protiv uobičajenih pružatelja usluga ne dopuštaju stvarno presretanje. Putem ovih APN postavki uspostavljaju se privatne sesije preko običnih mobilnih mreža, koji, međutim, izbjegavaju redovne mogućnosti presretanja.

Rezultate presretanja koje je odobrio francuski istražni sudija francuska tijela su podijelila sa Belgijom i Nizozemskom (u primjeni važećih međunarodnih instrumenata, uključujući Evropsku konvenciju o međunarodnoj saradnji u kaznenim stvarima, a zatim i u okviru Sporazuma o zajedničkoj istražnoj istrazi). Prema saveznom sudiji, analiza metapodataka ponovno je otkrila ozbiljne naznake značajne kriminalne upotrebe usluga Sky ECC-a. Također je utvrđeno da su određeni pinovi bili istaknuti, kako u smislu intenziteta njihove aktivnosti na Sky-u tako i njihove geografske prisutnosti i/ili prisutnosti u određenim grupnim chatovima.

U sklopu sudske istrage, **13.12.2019. dogovor o uspostavi zajedničkog istražnog tima** (u daljem tekstu: „GOT – sporazum”) potpisan između Belgije, Nizozemske i Francuske u kojem su poduzete i koordinirane istrage u ime Sky ECC-a.

Kazneni dosije sadrži kopiju sporazuma o GOT-u između Nizozemske, Belgije i Francuske, u kojem je jasno utvrđen cilj, posebno olakšavanje tekućih istraga o pružateljima i korisnicima Sky ECC-a, te dijeljenje tehničkog znanja, iskustava i resursa. Tačnije, GOT ima za cilj prikupiti i podijeliti sve dokaze i relevantne informacije kako bi se identifikovali odgovorni iza Sky ECC-a, identifikovati i ukloniti kriminalnu ICT infrastrukturu i pokazati je li Sky ECC isključivo kriminalni proizvod u kojem Sky ECC olakšava činjenje zločina putem svoje komunikacione usluge.

U sklopu ovog ugovora sklapaju se i ugovori o korištenju digitalnih podataka sa serverskog operativnog sistema, te o međusobnoj razmjeni informacija. Ovdje se izričito spominje mogućnost da strane u GOT-u dodatno analiziraju neobrađene podatke, rezultate i analize, koji mogu sadržavati informacije koje mogu biti važne u kaznenim istragama protiv drugih počinitelja ili više njih, ili da ih analiziraju drugi nacionalni policijski timovi, kako za pripremu novih nacionalnih kaznenih istraga, tako i kao podršku nacionalnim istragama koje su u toku.

Sporazum o GOT-u od 13.12.2019. bio je na rok od godinu dana i produžen je na rok od godinu dana. Kazneni spis sadrži kopiju potpisanog proširenja, koje je posljedično **važilo do 13.12.2021.**

Prema memorandumu federalnog sudije, istražni sudija je naredio identifikaciju (odabir, zavisno od istaknute upotrebe) nekoliko pinova, kako bi se prikupili dokazi za optužbu i oslobađanje u vezi s prirodom kaznenog djela, bez obzira na to je li ili nije namjera usluga Sky-a.

Na kraju su istražitelji uspjeli da dešifruju komunikaciju, kako u grupnim razgovorima, tako i u razgovorima jedan na jedan (uživo).

Pravna analiza: U skladu sa članom 6. stavom 1. EKLJP-a, svako ima pravo na pošteno i javno suđenje u razumnom roku pred nezavisnim i nepristranim sudom ustanovljenim zakonom.

U kontekstu prava na odbranu i prava na pošteno suđenje kako je propisano u članu 6. EKLJP-a, svi dokazi na kojima se temelji kazneni progon i optužbe, moraju biti **objavljeni**.

Kako bi se optuženima zagarantiralo pravo na pošteno suđenje, sud također mora biti u mogućnosti **provjeriti jesu li dokazi protiv njih pribavljeni zakonito.**

Pravo na odbranu znači da se strancima u postupku mora dati prilika za mogućnost prigovora svakom dokumentu, koji bi mogao utjecati na sudsku presudu. Ovo pravo nije neograničeno i mora se izvagati s obzirom na učinak postupka i važnost pravovremene presude. Početak istrage opisuje u matičnom spisu, te navodi kako postoje ozbiljne indikacije da se Sky ECC profilirao kao pružatelj usluga sigurnih komunikacija, koje policija i pravosuđe ne mogu presresti.

Sud smatra da navedeni hronološki pregled (Rezultate presretanja koje je odobrio francuski istražni sudija francuska tijela su podijelila sa Belgijom i Nizozemskom, postojanje **zajedničkog istražnog tima** potpisan između Belgije, Nizozemske i Francuske praćen dokumentacijom priloženom u predmetnom spisu, istražni sudija je naredio identifikaciju nekoliko pinova, kako bi se prikupili dokazi za optužbu i oslobađanje u vezi s prirodom kaznenog djela, bez obzira na to je li ili nije namjera usluga Sky-a) u dovoljnoj mjeri omogućuje odbrani da proturječi izvedenim dokazima.

Sud se također smatra **dovoljno obaviještenim** na temelju priložene dokumentacije postojećem kaznenom spisu za odlučivanje o postupanju sudije u matičnom spisu i zakonitosti prikupljanja dokaza u postojećem kaznenom spisu.

Javno tužilaštvo je na ročištu dalo do znanja da više neće dodavati nikakve dodatne dokumente u postojeći spis. Sud stoga mora odlučiti o zakonitosti prikupljanja dokaza na temelju podataka koje su mu sada dostavile sve strane.

Pritom, sud ima u vidu da su dokazi na koje se javno tužilaštvo oslanja *u ovom slučaju*, oslanjao se – prvo, na Sky komunikacije presretnute u Francuskoj i naknadno dešifrovane, i drugo, na elemente koji identifikuju korisnike određenih PIN-ova koji su sproveli predmetnu komunikaciju.

Osim toga, kazneni dosije sadrži kopije ranijih francuskih odobrenja za presretanje podataka i zahtjeva za to, uključujući vrlo detaljan (također tehnički) motivisan zahtjev francuskog tužioca od 13.6.2019. koji detaljno obrazlaže, pozivajući se na rezultate prethodnih istražnih radnji, zašto je Sky ECC-ov alat za šifrovanje pokazao karakteristike alata, koji se uglavnom koristi u kontekstu aktivnosti organizovanog kriminala. Francuski tužilac u ovom zahtjevu također jasno i tehnički potkrepljeno obrazlaže potrebu i uvjete instaliranja prisluškivanja na servere OVH-a.

Sud ne vidi nikakve naznake da je francuski sud donio **nezakonitu procjenu**. Odobrenja (koja prethode obrazloženim zahtjevima za presretanje i produženje) pokazuju da je nadležni francuski sud ispitao supsidijarnost i proporcionalnost. Sud je mišljenja da su poruke poslone putem Sky-a, na koje se javno tužilaštvo oslanja u ovom predmetu, presretnute putem navedenih odobrenja za prisluškivanje koje je izdao francuski istražni sudija 3.12.2020.

Tamo *u ovom slučaju* posljedično, postoji vrlo ciljana istražna tehnika, posebno presretanje (putem presretanja podataka) i dešifrovanje komunikacije koja se odvija putem Sky uređaja i Sky aplikacije, koja je rasvijetlila mnoga krivična djela. Međutim, nipošto nije slučaj da je istraga sprovedena u *bulk podacima* ili da su istraživači ili unutar GOT-a zauzeli nediferenciran pristup, kao što je citirala odbrana. Nije napravljeno nediferencirano pretraživanje zato što određena studija daje mnogo rezultata. O *fišing ekspediciji* ili *net search*, kao što je navedeno, nema govora.

S tim u vezi, sud se poziva i na procesno-pravni br. 528657/2020 od 17.12.2020. iz „matičnog dosijea“ (dodat aktuelnom kaznenom spisu 10.1.2022.), u kom istražitelji između ostalog nastoje da utvrde koje mjesto svaki osumnjičeni zauzima u mogućim kriminalnim organizacijama, na temelju djelimično dešifrovanog sadržaja identifikovanih grupnih razgovora/grupa. Istražitelji navode status istrage u kojoj ukazuju na niz preprodavaca, za koje se čini da učestvuju u međunarodnoj trgovini drogom ili pranju novca. Također, navode da se čini, da je sav djelimični sadržaj grupnih četova koji su uzeti u obzir smješten u sferu kriminala, posebno međunarodne trgovine drogom, pranja novca i nasilnih zločina. Spominju se i korumpirane osobe na javnim dužnostima. Istražitelji također navode da korisnici nekih pinova koji su zadržani u istrazi zauzimaju središnje mjesto u različitim kriminalnim radnjama. Zatim, predlažu da se nastavi sa utvrđivanjem popisa pinova za koje se čini da igraju ključnu ulogu u saradnji.

Opet, sud iz toga zaključuje da istražitelji u matičnom dosijeu nisu postupali nasumično, stihijski i „nediferencijalno“ kako tvrdi odbrana, već su sproveli postupnu i ciljanu istragu i na temelju djelimično dešifrovanih poruka izvršili selekciju onih koji će identifikovati pin korisnika.

Ciljanje na sve korisnike Sky ECC-a također predstavlja kršenje pretpostavke nevinosti, smatra odbrana.

Četvrti okrivljeni tvrdi da je dešifrovanje šifrovanih podataka koje je prenijela Francuska bilo nepravilno. Prema četvrtom okrivljenom, ovlaštenje u skladu sa članom 90. Građanskog zakonika dostupno za dešifrovanje šifrovanih podataka dobijenih iz Francuske jeste urađeno uz pomoć tehničkih pomagala.

Podaci su dobijeni presretanjem podataka na serverima u Francuskoj, uz potrebna ovlaštenja francuskog istražnog sudije. Bilješka federalnog sudije pokazuje da su francuske vlasti rezultate ovog prisluškivanja podijelile s Belgijom i Nizozemskom (prvo uz primjenu Konvencije o kibernetičkom kriminalu, a kasnije u okviru GOT sporazuma). Nadalje, federalni sudija navodi da je dešifrovanje postalo moguće „u zajedničkom GOT naporu“ tokom sudske istrage.

Gdje i kako je došlo do dešifrovanja, ne otkriva se i nije relevantno za ocjenu zakonitosti dokaza. Niti to predstavlja povredu prava na odbranu. Detalji tehnike dešifrovanja ne odnose se na sadržaj poruka. Činjenica da se tehnički podaci o ovoj tehnici ne objavljuju može se posmatrati u kontekstu namjere korištenja tehnike u budućnosti.

Niti je, nakon zakonski dopuštenog presretanja podataka, potrebno dodatno sudsko odobrenje za dešifrovanje putem tehničkog uređaja.

Optuženi navode da nije jasno kako su pinovi povezani sa IMEI brojevima.

Istražitelji navode da analiza mjere prisluškivanja pokazuje da se svakodnevno šalju e-mailovi sa pregledom (gotovo) isteklih računa. Ako je neko dodat u grupni chat, pseudonim se također pojavljuje u tapovima podataka. Uočeno je da ljudi uvijek imaju isti pseudonim.

Što se tiče veze između IMEI i ID-a Sky ECC-a, istraživači primjećuju da se e-poruke šalju kada se kreiraju nove licence. Ove poruke e-pošte sadrže popis koji sadrži ID SKY ECC, model, serijski broj i IMEI. Također, napominju da e-mailove automatski šalju Sky uređaji ako postoji problem s njihovim uređajem. Ove poruke e-pošte sadrže popis koji sadrži adresu e-pošte, korisničko ime, serijski broj i IMEI. Ove podatke detektivi mogu koristiti za povezivanje IMEI-ja sa Sky ID-ovima. Također, napominju da ako se kreira grupni chat, mogu učiniti vidljivim sve članove grupnog chata i naziv grupnog chata (ako je dovršen). Sa tim podacima mogu se formirati klasteri ljudi koji međusobno komuniciraju.

U službenom izvještaju od 21.3.2022. istražitelji još jednom na jezgrovit, tehnički način objašnjavaju kako se uspostavlja veza između IMEI-ja i određenog pina. Ta veza je, prema istražiteljima, vidljiva u metapodacima i podacima. Tokom presretanja postojala je veza između IMEI i pina na raznim mjestima (protokolima). Ovo je uključivalo potvrdne e-poruke kada je preprodavac aktivirao pin na Sky uređaju i prijavio se u Skyu s popisom IMEI-ja, pinova i pružatelja roaminga ili kada se prijavio. Izveštaji također preciziraju da su svi protokoli kombinovani radi dvostruke provjere.

Sud smatra da je ovo tehničko objašnjenje dovoljno. Uostalom, za ocjenu krivice, kao što će biti prikazano u nastavku, sud se ne oslanja samo na vezu između IMEI i pina, već mora ispitati je li dokazana identifikacija pojedinog optuženog kao korisnika određenog pina. Istražitelji se pritom ne

pozivaju samo na „vezu imei-a i pina“, već i na (brojne) druge elemente, uključujući komunikaciju, poslate fotografije i pronalaženje Sky uređaja tokom pretresa kuća kako bi došli do identifikacije.

Nekoliko optuženih tvrdi da „metapodaci“ na koje se javno tužilaštvo oslanja kako bi dokazali krivicu optuženih nisu dostupni, što znači da pravo na odbranu nije zagarantovano.

Javno tužilaštvo navodi da su istraživači u prvoj fazi istrage koristili pojam „metapodaci“ kako bi označili ograničeni skup odmah ili vrlo brzo čitljivih podataka (kao što su nadimci, imena chat grupa, itd.).

Stoga se ne radi o zasebnoj kategoriji podataka, već o podacima koji su dio šireg paketa podataka o sadržaju (uključujući sadržajnu komunikaciju, fotografije i audiodatoteke), koji su u međuvremenu postali čitljivi i stoga su dio izdvajanja navedenih u ovom dosijeu.

Sud smatra da službeni izvještaji u kojima se okrivljeni označavaju kao korisnici određenih pinova sadrže vrlo precizne podatke, što znači da je odbrana svakako u mogućnosti tome učinkovito proturječiti.

Iz službenih izvještaja o identifikaciji prvooptuženog kao korisnika određenih pinova proizlazi, međutim, da se ta identifikacija temeljila na pronalasku Sky uređaja s određenim IMEI brojevima u njegovom domu ili kod njega. Štaviše, sam prvooptuženi je priznao da je posjedovao te uređaje. Posljedično, nikakvi retroaktivni (lokacijski ili prometni) podaci nisu korišteni za identifikaciju Iliasova kao korisnika spomenutih pinova.

Drugookrivljeni Richa također nije identifikovan na temelju retroaktivno traženih podataka o prometu i lokaciji. Iz službenih izvještaja o identifikaciji (*cfr. infrastruktura*) proizlazi da je drugookrivljeni Richa identifikovan kao korisnik određenih pinova na temelju policijskih informacija, koje su objektivne i potvrđene sadržajem komunikacije (poslate poruke i fotografije) pripisane određenom pinu.

Drugotuženi se pita dopušta li pravo EU nacionalnoj vladi presretanje telekomunikacija (metapodataka i sadržaja komunikacije) (te na taj način prikupljanje i daljnju obradu ličnih podataka) masovno, pri čemu je presretanje svih telekomunikacija koje se odvijaju putem određene komunikacijske usluge moguće, bez razlike, a time i svih korisnika te komunikacione usluge, bez naznake ili razlikovanja određene osobe ili osoba na koje bi se presretanje (podataka) konkretno odnosilo, posebno u borbi protiv teškog kriminala.

Prema drugotuženom, ovo se pitanje postavlja u kontekstu razvoja sudske prakse Suda Evropske Unije, u kontekstu problema zadržavanja podataka i općih načela prava EU-a i usklađenosti s temeljnim pravima predviđenima u EKLJP.

Sud smatra da odgovor na postavljena prethodna pitanja nije od koristi za ocjenu konkretnog slučaja.

Uostalom, predložena prethodna pitanja temelje se na pogrešnoj premisi, posebno da je istraga naložila ili odobrila nediferencirano presretanje *bulk* podataka.

Sud je već presudio da to nije bio slučaj; presretanje (meta)podataka na serverima Sky ECC-a bila je ciljana i dobro definisana istraga nad pružateljima Sky ECC-a, temeljena na hipotezi da će formirati kriminalnu organizaciju jer daju uređaje osobama koje žele zaštititi svoju komunikaciju od policije i pravosuđa.

Sud stoga odbija zahtjev drugotuženog za podnošenjem prethodnih pitanja Evropskom sudu pravde.

1.1.8 KASACIONI SUD ITALIJA

Tip odluke: odluka o žalbi na odluku o istražnom pritvoru;

Datum odluke - 15.7.2022. godine;

Vrsta komunikacije - Sky ECC aplikacije;

Sažetak odluka o žalbi na odluku o istražnom pritvoru – sudija za preliminarne istrage je odlučio da procijeni da li je način sticanja tih poruka u skladu s pravilima italijanskog pravnog sistema. Odbrana je tražila od tužilaštva da dostavi dokumentaciju o načinu sticanja tih poruka, ali je tužilaštvo odbilo zahtjev, navodeći da dokumenti nisu procesno upotrebljivi jer su razmjena informacija između policijskih snaga različitih zemalja. Sud je istakao da princip kontradiktornosti zahtijeva da se ispita i način sticanja dokaza, kako bi se osigurala zakonitost postupka i provjerila upotrebljivost materijala. Način sticanja poruka postao je relevantan za procjenu tačnosti i doslovnog sadržaja poruka, kao i za pravo odbrane da ospori pouzdanost dokaza. Sud je zaključio da odbrana nije imala mogućnost da u potpunosti ospori materijal, pa je poništio prvostepenu presudu i vratio predmet na ponovno postupanje.

Pravno pitanje – *Da li je način sticanja poruka relevantan za procjenu tačnosti i doslovnog sadržaja poruka pribavljenog putem Sky ECC, kao i za pravo odbrane da ospori pouzdanost dokaza.*

Činjenični opis: radi se o porukama stečenim pristupom serverima Sky ECC koje je Europol izvršio u martu 2021. godine, koordinirajući aktivnosti francuske, belgijske i nizozemske policije. Sudija za preliminarne istrage je smatrao da je potrebno dati ocjenu da li je način sticanja takvih poruka u suprotnosti s obvezujućim pravilima i osnovnim principima italijanskog pravnog sistema.

Pravna analiza: Odbrana je tražila da tužilaštvo dostavi optuženim „dokumentaciju” (uključujući spise) koju je Europol dostavio u martu 2021. godine nakon pristupa serverima Sky ECC s informacijom o tome kako je Europol sam stekao podatke sa tih servera uz prateće zapisnike, zapisnike o aktivnostima karabinjera Lacija u vezi s policijskim radnjama koje se odnose na objavljenu preliminarnu analizu.

Tužilaštvo je odbilo zahtjev navodeći „da dokumenti koja je odbrana tražila nisu sadržana u spisu predmeta, jer se radi o razmjeni informacija između policijskih snaga različitih zemalja koje, kao takve nisu procesno upotrebljivi, dodajući da je za sticanje dokumentaciju upućen zvanični OIE, a rezultati su primljeni od francuskih pravosudnih organa i svi dokumenti su stavljeni na raspolaganje odbrani. Tako da je za Sud ostalo nejasno šta znači 'razmjena informacija između policijskih snaga različitih zemalja', a samim tim i načine na koje je istraživačka aktivnost sprovedena.”

Sud u svojoj odluci naglašava da „princip kontradiktornosti podrazumijeva da se proceduralni dijalog ne vrši samo u odnosu na pretrage stečenog materijala, već se proširuju i na način sticanja tog materijala”.

Ovo je potrebno za kontrolu zakonitosti postupka sticanja materijala, i provjere upotrebljivosti dokaza. Način sticanja dokaza je prema ocjeni suda također relevantan sa stanovišta procjene usklađenosti tekstualnosti poruka s doslovnim sadržajem poruka koje su prvobitno poslali i primili pošiljatelji i primatelji. Sve navedeno prema ocjeni suda ukazuje na potrebu boljeg razumijevanja načina na koji je sprovedena istražiteljska aktivnost i postupak sticanja poruka, kako bi se u potpunosti ostvarilo pravo na odbranu, kako bi odbrana bila u mogućnosti osporavati pouzdanost i relevantnost materijala, što u ovom konkretnom predmetu odbrana do kraja nije imala mogućnost.

Sud je donio odluku da poništi prvostepenu presudu i predmet vrati na ponovno postupanje.

1.1.9 UJEDINJENO KRALJEVSTVO

APELACIONI SUD ENGLLESKE I VELSA

Tip odluke: Presuda kojom se odbijaju molbe za izdavanje odobrenja za podnošenje žalbe na osuđujuću presudu Krunskog suda u Kingstonu;

Datum: 16.3.2023. godine

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat;

***Sažetak presude** – Optuženi su pokušali osporiti zakonitost dokaza prikupljenih sa EncroChat servera. Pokušali su odložiti suđenje čekajući izvještaje i mišljenja stručnjaka koji su dovodili u pitanje pouzdanost tih podataka.*

***Odbijanje odlaganja suđenja:** Apelacioni sud je utvrdio da je sudija imao opravdanje za odbijanje odlaganja suđenja, jer izvještaj o EncroChat-u nije bio relevantan za konkretan slučaj i iznosio bi nepotrebne kašnjenja.*

***Kritike na upotrebu EncroChat dokaza:** Optuženi su tvrdili da su smjernice ACPO-a prekršene, jer nisu mogli ponoviti testove koji su osnovali dokaze. Međutim, Apelacioni sud je smatrao da dokazi prikupljeni s EncroChat-a nisu prekršili ove smjernice, jer su podaci izvučeni u Francuskoj, a smjernice ACPO-a nisu pružale osnovu za osporavanje tih dokaza.*

***Uloga vještaka Saunders:** Odbrana je tvrdila da je gospođa Saunders, vještak odbrane, imala pravo koristiti nalaze profesora Andersona u svom svjedočenju. Apelacioni sud je odbio ovaj argument, smatrajući da ona nije izvela vlastiti zaključak, nego je samo podržala nalaze profesora Andersona.*

***Prihvatanje arhiviranih web-stranica kao dokaza:** Optuženi su osporavali prihvatanje arhiviranih web-stranica kao dokaza, ali je sudija prvo razmotrio sve relevantne faktore prema Zakonu o krivičnom pravosuđu iz 2003. godine. Apelacioni sud nije prihvatio ovaj argument, jer je prvostepeni sudija temeljito razmotrio sve relevantne okolnosti.*

Apelacioni sud je odbacio sve žalbene osnove optuženih i potvrdio presudu Krunskog suda. Sud je naglasio da će se dokazi prikupljeni sa EncroChat-a smatrati prihvatljivim i pouzdanim, osim ako postoji izuzetna okolnost koja bi opravdala drugačiji pristup. Ova presuda potvrđuje značaj i legitimnost EncroChat dokaza u britanskim krivičnim postupcima.

Pravno pitanje: Predmet se odnosi na prihvatljivost i pouzdanost dokaza EncroChat-a, koji su pribavljeni tajnom operacijom francuskih vlasti.

Činjenični opis: Peter Murray, Danny Brown, Stefan Baldauf i Philip Lawson su optuženi zbog udruživanja u cilju izbjegavanja zabrane izvoza kontrolisane opojne droge klase A propisane članom 3. stav 1. Zakona o zloupotrebi droga iz 1971. godine, suprotno članu 170. Zakona o upravljanju carinama i akcizama iz 1979. godine. Suđenje je pred sudijom Shettyjem i porotom trajalo skoro četiri mjeseca.

Sporni dokazi postali su dostupni nakon što su francuske agencije za provođenje zakona krajem 2019. godine uspjele razbiti sofisticirani sistem telefonske enkripcije poznat kao EncroChat. To je postignuto postavljanjem zlonamjernog softvera na telefone koji je omogućio prikupljanje velikih količina poruka i drugih podataka sa EncroChat servera koji je reklamiran kao potpuno siguran. Nacionalna agencija za borbu protiv kriminala (NCA) bila je upoznata s razbijanjem sistema, ali su im francuske vlasti do juna 2020. godine dozvolile korištenje podataka u krivičnom postupku. To je dovelo do Operacije Venetic, najveće policijske operacije tog tipa u Ujedinjenom Kraljevstvu, u kojoj su objedinjeni do sada neviđeni resursi usmjereni na procesuiranje najtežih krivičnih djela organizovanog kriminala.

Povodom navedene operacije zabilježeno je sljedeće: „Do danas je doneseno 950 osuđujućih presuda u vezi sa korištenjem dokaza iz EncroChat materijala, većinom na temelju sporazuma o priznanju krivnje. Oko 1.800 optuženih čeka suđenje u predmetima u kojima glavni dokazi optužbe potiču iz EncroChata. Većina tih optuženih je u pritvoru. Značajno kašnjenje u rješavanju ovih predmeta velikim dijelom proizilazi iz rješavanja načelnih pitanja u dugim pripremnim ročištima. U osnovi istih nalaze se različiti argumenti da su dokazi prikupljeni sa EncroChat servera nedopustivi

na temelju zabrane korištenja dokaza pribavljenih presretanjem materijala, koja je propisana Zakonom o istražnim ovlastima iz 2015. godine.”

Pravna analiza: Suđenje je prvobitno bilo zakazano za novembar 2020. godine, ali je datum bio pomjeren do utvrđivanja iznesenih argumenata o prihvatljivosti. U novembru 2021. godine odbijen je zahtjev za dodatno odgađanje datuma suđenja do okončanja postupka pred IPT-om. Slično tome, u februaru 2022. godine odbijen je zahtjev za odgodom suđenja u svjetlu izvještaja vještaka sačinjenog u postupku IPT-a, jer je sudija napomenuo da je već bilo nekoliko odlaganja u sličnom smislu i da su prethodne presude Apelacionog suda utvrdile da je EncroChat *prima facie* prihvatljiv. Izvještaj u postupku IPT-a nije sačinjen u vezi s trenutnim slučajem, vještak nije prihvatao uputstva, a postojao je jasan interes javnosti da se suđenje održi u februaru.

Optuženi su tokom žalbenog postupka iznijeli nekoliko žalbenih osnova uključujući sljedeće;

1. Odbijanje sudije da odloži suđenje kako bi se čekaio ishod postupka pred Istražnim tribunalom (IPT), za koji su se optuženi nadali da bi mogao pomoći u njihovom slučaju.

Apelacioni sud je izbalansirao javni interes za odugovlačenje postupka u ovoj ozbiljnoj stvari i mogućnost da bi izvještaj IPT-a mogao sadržati nešto na šta bi se ovi optuženi mogli osloniti. Utvrdili su da izvještaj nije o pitanjima koja su se mogla raspravljati pred prvostepenim sudom i da je odlaganje takvog izvještaja, stoga, besmisleno i protivno javnom interesu.

2. Odbijanje sudije da odloži suđenje kako bi omogućio instrukcije profesora Andersona, čiji je izvještaj doveo u pitanje pouzdanost podataka EncroChat-a. Upotreba EncroChat materijala predstavlja kršenje ACPO smjernica, koje zahtijevaju da optuženi za krivično djelo treba da bude u poziciji, uz stručnu pomoć, da ponovi sve testove koji čine osnovu dokaza Krune protiv njih.

Profesor Anderson, dao je izvještaj u kojem je raspravljao o raznim pitanjima vezanim za pouzdanost podataka ekstrahovanih s EncroChat uređaja. Apelacioni sud je smatrao da njegov izvještaj nije direktno povezan sa suštinom predmeta pred prvostepenim sudom. Kao takvo, nije bilo prihvatljivo. Smjernice ACPO (Udruženja glavnih policijskih službenika), koje se spominju u slučaju, odnose se na rukovanje digitalnim dokazima. Argument koji je iznijela odbrana bio je da je korištenje EncroChat materijala u predmetu prekršilo smjernice ACPO-a, koje propisuju da optuženi treba biti u poziciji, uz stručnu pomoć, da ponovi sve testove koji su bili osnovu dokaza Krune protiv njega. Apelacioni sud, međutim, nije smatrao da smjernice ACPO-a predstavljaju jak argument za odbranu, budući da su poruke EncroChat-a „eksfiltrirane” (tj. podaci su izvučeni korištenjem prikrivene ili sumnjive metodologije) u Francuskoj, a smjernice nisu pružile nikakvu daljnju podršku za argument zasnovan na nepravichnosti ili predrasudama.

3. Oslanjanje gospođe Saunders na zaključke profesora Andersona i njenu prihvatljivost u svojstvu svjedoka da potkrijepi argument da EncroChat podaci mogu biti nepouzdana.

Gospođa Saunders je u ovom predmetu imala ulogu vještaka odbrane. Rečeno je da je nezavisno pregledala metodologiju i nalaze profesora Andersona. Odbrana je tvrdila da je gospođa Saunders imala pravo da usvoji zaključke profesora Andersona i da svjedoči o činjenicama o onome što je pronašla kada je ispitivala dotični EncroChat telefon. Međutim, Apelacioni sud je utvrdio da gospođa Saunders nije mogla na pravi način dati svoje mišljenje kao glasnogovornik profesora Andersona, jer nije izvela svoj zaključak, ali je provizorno podržavala uvjerljivost njegovih nalaza. Ovo je možda malo zanimljivo jer Kruna često zamjenjuje stručnjake i „analitičare“ na Sudu, a oni rijetko daju dokaze o vlastitim nalazima. Oni rade upravo ono što je uradila gospođa Saunders i što je Apelacioni sud odbio.

Apelacioni sud je također utvrdio da su anomalije koje je gđa Saunders identifikovala bile male i objašnjive na osnovu toga što je telefon dizajniran da briše poruke nakon kratkog perioda. To „vrijeme snimanja“ je posebna karakteristika EncroChat-a (iako je također karakteristika bezbrojnih „sigurnih“ servisa za razmjenu poruka, uključujući WhatsApp).

4. Prihvatanje arhiviranih internet-stranica (u vezi sa *Diamond Secure* sistemom i evidencijom nadzora), za koje su optuženi tvrdili da su neprihvatljivi kao dokaz.

Pitanje koje je pokrenuto u vezi s korištenjem arhiviranih web-stranica kao dokaza je da je odbrana tvrdila da je to bila „pogubna praksa“. Međutim, utvrđeno je da je prvostepeni sudija proveo temeljno i pravično ispitivanje svih razmatranja prema članu 114. stav 1. tačka d) Zakona o krivičnom pravosuđu iz 2003. prije nego što je prihvatio dokaze iz druge ruke. Sudija nije našao nepravednost u prihvatanju arhiviranih web-stranica kao dokaza u predmetu.

Član 114. stav 1. tačka d) CJA 2003. kaže da su dokazi iz druge ruke prihvatljivi ako je sud uvjeren da je u interesu pravde da se dokazi prihvate, uzimajući u obzir različite faktore. Ovi faktori mogu uključivati dokaznu vrijednost dokaza, da li se dokazi mogu razumno dobiti iz izvornog izvora, prirodu postupka i svaki rizik od nepravdičnosti prema uključenim stranama. Sudija u predmetu je razmotrio ove faktore prije nego što je arhivirane web-stranice prihvatio kao dokaz, tako da ovo nije bio uspješan argument pred Apelacionim sudom.

Apelacioni sud je odbacio sve navedene razloge, nalazeći da su odluke sudije neosporne i da argumenti optuženih nisu osnovani.

Apelacioni sud je također odbio podnosiocima predstavke da se žale na kaznu.

Implikacije za EncroChat slučajeve su da će sudovi nastaviti smatrati takve dokaze prihvatljivim i pouzdanim, osim ako postoje posebne okolnosti koje bi mogle opravdati drugačiji pristup. Ovaj slučaj učvršćuje stav da se EncroChat dokazi mogu koristiti u krivičnom postupku, a optuženi će se suočiti sa izazovima u osporavanju njihove prihvatljivosti i pouzdanosti.

APELACIONI SUD ENGLLESKE I VELSA

Tip odluke: Presuda kojom se odbacuju žalbe protiv presude Krunskog suda u Liverpoolu

Datum: 5. februar 2021. godine

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat;

Sažetak odluke – Sažetak odluke Apelacionog suda Engleske i Velsa: EncroChat je nudio modificirane telefone sa specijalnim šifriranim softverom koji je omogućio sigurnu i privatnu komunikaciju. Uređaji su bili posebno atraktivni za kriminalce jer su omogućavali šifrovane poruke i automatsko brisanje poruka. Međutim, u junu 2020. godine, francuske i nizozemske vlasti su infiltrirale ovu platformu i omogućile pristup porukama korisnika bez njihovog znanja, što je dovelo do velikih hapšenja i zapljena. Pitanje u sudu bilo je da li su ovi dokazi prihvatljivi prema Zakonu o istražnim ovlastima iz 2016. godine.

Glavni zaključci Suda:

Sud je razmatrao da li su poruke iz EncroChat-a pohranjene ili prenesene u trenutku presretanja. Sud je presudio da su poruke pohranjene na uređajima, a ne prenesene, što ih čini prihvatljivim prema Zakonu.

Sud je odbacio tvrdnju da je presretanje bilo ilegalno jer nije izvršeno u Ujedinjenom Kraljevstvu. Također, smatrao je da se član 10. Zakona o uzajamnoj pomoći primjenjuje na evropske istražne naloge.

U vezi sa članom 9. Zakona, Sud je zaključio da se zabrana presretanja ne odnosi na materijal koji je pohranjen na uređaju, nego samo na materijal koji se prenosi.

Apelacioni sud je potvrdio odluku Krunskog suda i zaključio da je materijal sa EncroChat platforme prihvatljiv kao dokaz u krivičnim postupcima. Sud je naglasio da će ova presuda imati dugoročne posljedice za krivična suđenja koja uključuju slične dokaze i da će se u budućnosti ovakvi predmeti obrađivati brže i temeljitije. Sud je izrazio sumnju da bi mobilni telefoni mogli biti obuhvaćeni Zakonom iz 2016. godine, ali se nije izjasnio o tome.

Pravno pitanje: Predmet se odnosi na problematiziranje pitanja da li dokazi pribavljeni iz sistema mobilne telefonije, mogu biti prihvaćeni kao dokazi u krivičnom postupku ili će biti odbačeni u skladu sa Zakonom o istražnim ovlastima iz 2016. godine.

Činjenični opis: Kompanija EnchroChat je obezbijedila modifikovane telefone sa specijalnim softverom unaprijed instaliranim na njih, a za mjesečnu naknadu dobijate uređaj i ugovor za njihovu uslugu. Tvrdnja kompanije bila je da svojim korisnicima ponudi privatnost i šifrovane poruke na „najsigurnijem telefonu na svijetu“. Uređaji su zapravo bili Android telefoni, ali sve funkcije koje bi mogle biti osjetljive na hakiranje, poput kamere, mikrofona i GPS usluga, bile su onemogućene.

Kada bi se pritisnuli određeni tasteri, uređaj bi omogućio korisniku pristup specijalizovanoj usluzi za razmenu poruka. Ne samo da bi vaše poruke bile šifrirane, već bi se mogle i samostalno izbrisati ubrzo nakon slanja. Pritiskom na drugu kombinaciju dugmadi uređaj bi se u potpunosti obrisao.

U ovoj usluzi nije bilo ničega što je bilo nezakonito. EncroChat nije bio prvi koji je ponudio šifrirane poruke ili funkcije samobrisanja (veće kompanije kao što su WhatsApp i Snapchat su tu prve došle), ali „paket“ sigurnog telefona koji se lako briše s unaprijed učitanim šifriranim uslugama učinio ga je posebno privlačnim „kriminalcima“. Usluga je brzo uspjela; kompanija je imala 60.000 korisnika širom svijeta i oko 10.000 korisnika u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Iste godine kada je lansiran, našao se na radaru Nacionalne agencije za kriminal (NCA) u Velikoj Britaniji, kao i francuskih i nizozemskih vlasti. U ljeto 2020., zajednička operacija Francuske i Nizozemske uspješno je „infiltrirala platformu“. Bez da su korisnici svjesni, poruke koje su slali i primali su čitale službe za provođenje zakona.

U junu 2020. EncroChat je svim korisnicima poslao poruku u kojoj se navodi da je platforma hakovana i da telefone treba baciti. EncroChat se trajno isključio kasnije tog mjeseca. Do jula 2020. godine 746 osumnjičenih u Velikoj Britaniji je uhapšeno i zaplijenjeno je više od 54 miliona funti navodne zarade stečene kriminalom. NCA je tvrdila da je spriječila preko 200 prijetnji po život. „Moj tim je ovo opisao kao ekvivalent razbijanju Enigma koda,“ rekla je Nikki Holland, direktorica NCA.

Pitanje za sudove je bilo da li je EncroChat materijal prihvatljiv. A, B, D & C slučaj prvo je razmatrao Dove J. koji je sjedio u krunskom sudu u Liverpoolu, a potom Burnett CJ, Edis LJ. i Whipple LJ. u Apelacionom sudu. Historijski stav je bio da je presretnuti materijal bio zakonito dostupan, ali neprihvatljiv krivični postupak. Druge evropske jurisdikcije poput Francuske i Nizozemske nemaju takvu opću zabranu. Ta se pozicija promijenila u Ujedinjenom Kraljevstvu donošenjem Zakona o istražnim ovlaštenjima iz 2016. (Zakon). Iako je „sadržaj vezan za presretanje,“ i dalje bio nedopustiv u pravnim postupcima prema članu 56. Zakona, sada su postojali važni izuzeci. Dove J. je vodio pripremno ročište s obzirom na važnost i složenost pitanja. Nakon petnaestodnevnog saslušanja u novembru/decembru 2020. godine, dugo očekivana pismena odluka donesena je u januaru 2021. Dove J. je smatrao da je materijal prihvatljiv, između ostalog. Tu odluku je trebalo da ispita Apelacioni sud.

Francuske i nizozemske vlasti pronašle su način da učitaju svoj softver na EncroChatove servere u Roubaixu, koji su zauzvrat taj softver poslali na sve EncroChat uređaje. Korisnici bi pomislili da je to standardno ažuriranje softvera iz EncroChat-a, ali „ažuriranje“ u činjenici je dovelo do toga da je uređaj primaoca poslao sve podatke o porukama njemu nadležnima. EncroChat uređaji su obično imali sedmodnevne poruke pohranjene u memoriji. Ažuriranje bi zatim prikupilo sve poruke koje su kreirane nakon ovog trenutka i prenijelo ih. Materijal je poslan francuskoj policijskoj jedinici za digitalni kriminal (C3N), a zatim u Europol. Odatle je materijal predat NCA-u u Velikoj Britaniji putem Evropskog naloga za istragu. Pitanje prema članu 4. Zakona, koji definiše „presretanje“, bilo je da li se materijal „prenosio,“ u vrijeme kada mu se pristupilo ili je „pohranjivan u ili preko

telekomunikacionog sistema,, (tj. EncroChat uređaja). Obje su vrste presretanja, ali kombinacija člana 56 (1), Priloga 3 (2) (a) i člana 6 (1) (c) znači da je presretnuti materijal koji se pohranjuje prihvatljiv, dok materijal koji se prenosi nije.

Dove J. je držao da se presretnuti materijal pohranjuje, jer mu se pristupalo iz memorije uređaja, a zatim kopiralo u policiju.

„Učinak virusa je doveo do eksfiltracije poruka s uređaja: poruke nisu preuzete nakon što su napustile uređaj ili pošiljaoca ili prije nego što su stigle na uređaj primaoca.“ Tako je policija zaobišla pitanje šifriranja; ili su kopirali poruku prije nego što je napustila uređaj (pre-šifriranje) ili nakon što je poruka stigla (post-šifriranje).”

Nakon donošenja presude, žalioци su istakli četiri žalbena navoda:

- (1) EncroChat komunikacije su presretnute dok su bile pohranjene, a ne prilikom slanja, što ih čini prihvatljivim.
- (2) Alternativno, presretanje nije obavljeno u Ujedinjenom Kraljevstvu tako da se ne može isključiti članom 56. Zakona.
- (3) Zabrana traženja međusobne pomoći prema članu 10. Zakona nije se primjenjivala, jer Evropski istražni nalog nije podnio zahtjev koji potpada pod član 10. ili, alternativno, zahtjev je bio u vršenju zakonske ovlasti i stoga je bio dozvoljen prema članu 10.
- (4) Zabrana prema članu 9. o prekomorskoj vlasti koja vrši presretanje bez naloga iz dijela 2 nije primjenjiva jer aktivnosti francuskih/nizozemskih vlasti nisu bile u skladu sa zahtjevom vlasti UK-a.

Prva odluka bila je glavni dio žalbe. Sud je prvo odbacio potrebu da se ispita kako je sistem funkcionisao do najsitnijih detalja: Parlament je namjeravao da „prenos“ i „skladište“ nose svoja uobičajena značenja. Pokušaji čitanja više kontekstno specifičnih tumačenja u Zakon je bio u suprotnosti sa zakonskim formulacijama i, s obzirom na tempo tehnoloških promjena, učinio bi ga manje djelotvornim. Umjesto toga, Sud je smatrao da je formulacija člana 4(4)(b) jasna i nedvosmislena: primjenjuje se na svu komunikaciju pohranjenu u sistemu.

Sud stoga treba da razmotri samo jedno pitanje, „da li je komunikacija pohranjena u sistemu ili u sistemu u vrijeme kada je presretnuta“. Odgovor na to pitanje je bio „da“. Presuda također odbija ključnu tvrdnju žalioца, da se poruka prenosi čim osoba pritisne „pošalji“. Sud se nije složio, slažući se s Doveom J. da se prijenos odvija „nakon što je komunikacija stavljena u svoj konačni oblik“ pomoću uređaja.

Materijal koji „ostaje na uređaju nije ono što je preneseno, već njegova kopija“. Priznato je da su stručnjaci mislili drugačije, tvrdili su da je komunikacija koja se pojavljuje u sjećanju bitan dio procesa prijenosa, ali u konačnici ono što se računa kao „prenos“ je pitanje zakonskog tumačenja, a ne tehničkih dokaza, i stoga to treba da odredi Sud.

S obzirom na odluku o presretanju, nije bilo potrebe da se razmatra da li se Odjeljak 56 uopće primjenjuje na presretanja koja nisu obavljena u UK.

Sud je dalje razmatrao član 10. Zakona, odnosno zabranu korištenja uzajamne pomoći za traženje presretanja bez naloga za međusobnu pomoć prema članu 10(2). Dove J. je zaključio da će se presretanje ipak dogoditi, tako da Velika Britanija nije poslao zahtjev za presretanje, ali je potpao pod dopuštenje prema članu 10. (2A), za izdavanje evropskog istražnog naloga. Apelacioni sud se složio sa alternativnim stavom. Ujedinjeno Kraljevstvo je očito postavljalo zahtjev “u vezi sa, presretanjem, što je stoga pokrenulo član 10. (2).

Napomenuli su da je član 10. (2A) donesen posebno kako bi uključio evropske istražne naloge. Što se tiče pitanja člana 9, konačnog osnova za žalbu, Dove J. je utvrdio da nije bilo zahtjeva za presretanje, te da se član 9. ionako ne primjenjuje na materijal pohranjen u sistemu. Apelacioni sud se složio, ispravna konstrukcija člana 9. bila je ograničenje traženja od strane države da izvrši presretanje koje bi, ako se izvrši u Ujedinjenom Kraljevstvu, zahtijevalo nalog iz dijela 2. Materijal za koji je bio potreban nalog iz dijela 2 bio je presretnut tokom prijenosa.

Na kraju, iako osnove od 2 do 4 žalbe mogu biti od interesa za one koji uživaju u složenosti Zakona, suština žalbe je odlučena po osnovu 1. Apelacioni sud je podržao pristup Dovea J.: EncroChat materijal nije bio prenošen kada je bio presretnut i stoga je prihvatljiv.

Implikacije za ovu presudu su jasne, Apelacioni sud je dao svoje čvrsto mišljenje da je EncroChat materijal prihvatljiv. Vjerovatno će biti osnova za stotine krivičnih gonjenja u narednih nekoliko godina. Sud je također zatvorio vrata za buduće žalbe po ovim osnovama:

„Ako se namjerava ponoviti ovakav proces u drugim predmetima koji su na čekanju koji uključuju EncroChat materijal, oni koji su uključeni ne bi trebali biti iznenađeni ako se sudije pozabave njima prilično žustrije.“

Neriješeno pitanje iz žalbe je da li su mobilni telefoni uopće obuhvaćeni Zakonom iz 2016. godine. Strane su se složile da su telefoni dio „javnog telekomunikacionog sistema“. Zakon se primjenjuje samo ako prihvatite ovu premisu. Bez obzira na dogovor stranaka, Apelacioni sud je izrazio rezerve u vezi s ovim s obzirom na ogroman broj stvari koje pametni telefon može da uradi, ali sud nije riješio to pitanje. Implikacije su ovdje potencijalno ogromne. S obzirom na različite načine na koje sada možemo razmjenjivati podatke s aplikacijama za pametne telefone, ostaje da se vidi da li Zakon iz 2016. štiti ove podatke od presretanja i upotrebe u krivičnim postupcima.

APELACIONI SUD ENGLLESKE I VELSA

Tip odluke: Presuda kojom se ocjenjuje zakonitost postupaka Nacionalne agencije za kriminal (NCA) u vezi s prikupljanjem podataka sa EncroChat uređaja.

Datum: 11. 5. 2023. godine

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat

Pravno pitanje: Predmet se odnosi na zakonitost dokaza prikupljenih od strane NCA, uključujući poštovanje zakonskih procedura i prava optuženika.

Sažetak presude Apelacionog suda Engleske i Velsa (11. maj 2023. godine)

Presuda kojom se ocjenjuje zakonitost postupaka Nacionalne agencije za kriminal (NCA) u vezi s prikupljanjem podataka sa EncroChat uređaja. Da li je prikupljanje podataka sa EncroChat-a od strane NCA-a bilo zakonito, uključujući poštovanje zakonskih procedura i prava optuženika. NCA je koristila podatke prikupljene s EncroChat uređaja kao ključne dokaze u različitim krivičnim istragama. EncroChat je bila šifrirana komunikacijska platforma, koja je bila popularna među kriminalnim organizacijama. Francuske i nizozemske vlasti su uz pomoć zlonamjernog softvera razbile ovu platformu i omogućile prikupljanje podataka sa uređaja, uključujući tekstualne poruke, bilješke i geolokacijske podatke. Britanske vlasti su putem Evropske naredbe za istragu (EIO) zatražile pristup ovim podacima, što je izazvalo pravne izazove u vezi s zakonitošću pristupa i korištenja prikupljenih podataka. Tribunal je utvrdio da NCA nije prekršila obavezu transparentnosti i da su svi ključni podaci potrebni za izdavanje naloga za ciljani upad u uređaje bili pravilno predloženi istražnom povjereniku. Nisu pronađeni dokazi o svjesnom prikrivanju činjenica. Sud je smatrao da su podaci sačuvani na uređajima, a ne presretnuti tokom transmisije, što je omogućilo izdavanje TEI naloga, bez potrebe za dodatnim dozvolama za masovni upad u uređaje. Tribunal je potvrdio da je EIO bio zakonito izdan i korišten, te nije došlo do povrede Zakona o istražnim ovlastima (IPA).

Sud je ocijenio da pitanja prihvatljivosti dokaza pripadaju krivičnim sudovima, koji će odlučiti o zakonitosti prikupljanja podataka. Također, naglašeno je da će pitanja povrede ljudskih prava biti razmatrana nakon završetka krivičnih postupaka, uz mogućnost naknade štete ako se povreda utvrdi. Presuda potvrđuje zakonitost postupaka NCA u prikupljanju podataka sa EncroChat-a, uz napomenu o važnosti transparentnosti, zaštite prava optuženika i usklađenosti s zakonodavnim okvirom za korištenje digitalnih dokaza. Ključni zaključci uključuju:

- *NCA nije prekršila obavezu otvorenosti prilikom izdavanja naloga za ciljani upad u uređaje.*

- *EIO je bio zakonito izdan.*
- *NCA nije tražila naloge za masovno praćenje opreme.*

Ova presuda ističe važnost proporcionalnosti u primjeni ovlasti i zaštite ljudskih prava u međunarodnim istragama.

Činjenični opis

NCA je koristila podatke prikupljene putem EncroChat uređaja kao ključne dokaze u nizu krivičnih istraga. EncroChat je bila platforma za šifriranu komunikaciju, popularna među kriminalnim organizacijama zbog obećanja potpunog osiguranja privatnosti. Francuske i nizozemske vlasti uspjele su razbiti ovaj sistem putem zlonamjernog softvera, omogućivši prikupljanje:

- podataka sačuvanih na uređajima:
- podataka generisanih u realnom vremenu nakon instalacije aplikacije na uređaje.

Francuske vlasti su organizovale tehnički napad na EncroChat infrastrukturu koristeći alate za ciljani upad (*Targeted Equipment Interference – TEI*). Prikupljeni podaci uključivali su tekstualne poruke, geolokacijske podatke i druge relevantne informacije koje su britanske vlasti kasnije koristile u istrazi ozbiljnih krivičnih djela.

Britanske vlasti su putem Evropske naredbe za istragu (EIO) tražile pristup ovim podacima. Operacija je izazvala brojne pravne izazove u vezi sa zakonitošću pristupa i upotrebe prikupljenih podataka.

Francuske vlasti razvile su alat za prisluškivanje EncroChat uređaja, čime su omogućile prikupljanje velikih količina podataka. Ovi podaci prosljeđeni su drugim zemljama, uključujući Ujedinjeno Kraljevstvo.

Operacija je provedena između aprila i juna 2020. godine, kada su francuske vlasti uspjele implementirati tzv. „ažuriranje“ na uređaje korisnika. Ažuriranje je omogućilo prikupljanje podataka sačuvanih na uređaju, uključujući tekstualne poruke i bilješke, kao i podataka u stvarnom vremenu tokom daljnje upotrebe uređaja.

Svi se slažu da je to predstavljalo „presretanje” prema zakonskoj definiciji iz člana 4. Zakona Ujedinjenog Kraljevstva (UK) o istražnim ovlastima iz 2016. (IPA). Postoji spor oko toga da li su presretne komunikacije bile pohranjene u ili od strane telekomunikacijskog sistema, ili su bile presretane u toku transmisije. Ta distinkcija je važna zbog različitih naloga koji su potrebni za presretanje pohranjenih komunikacija i različitih posljedica za prihvatljivost proizvoda takve vrste presretanja u sudskim postupcima u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Nadalje, NCA je izdala zahtjev za ciljani upad u uređaje (TEI nalog) kako bi zakonito koristila podatke iz EncroChat-a. Također su tražili saradnju francuskih vlasti putem EIO-a.

Zahtjev za nalogom je uključivao opsežne informacije o prirodi prikupljenih podataka i potencijalnim pravnim izazovima. Ključno je bilo da su podaci prikupljeni kao pohranjeni na uređajima, a ne u prijenosu, kako bi se izbjegle zakonske prepreke vezane za presretanje komunikacija.

Suština žalbe je u tome da, bilo zbog nedostatka otvorenosti ili nedostatka opravdane istrage, NCA nije bila u poziciji da ostane pri tvrdnji da se radilo o presretanju komunikacija pohranjenih u sistemu, ili od strane sistema. Drugo, podnosioci žalbe tvrde da bi bilo jasno da je bio potreban nalog za masovno praćenje opreme da je NCA bila otvorena u pogledu posljedica presretanja i opsega kolateralnog ometanja obuhvaćenog presretanjem.

Pravna analiza: Tribunal je zaključio da NCA nije prekršila obavezu transparentnosti. Svi ključni podaci potrebni za izdavanje naloga bili su predloženi Istražnom povjereniku. Tribunal nije našao dokaze o svjesnom prikrivanju činjenica koje bi utjecale na zakonitost naloga.

Ključno je napomenuti da su francuske vlasti odbile podijeliti tehničke detalje o virusima, pozivajući se na zakone o nacionalnoj sigurnosti. Ipak, britanski istražitelji su uspjeli prikupiti dovoljno informacija za procjenu zakonitosti postupaka.

Zakonitost TEI naloga (nalog izdat od strane NCA)

Sud je presudio da je TEI nalog pravilno izdan jer su podaci klasificirani kao sačuvani na uređaju, a ne kao presretnuti tokom prijenosa. Time nije bila potrebna dodatna dozvola za masovni upad u uređaje.

Tribunal je naglasio da je ključna razlika u tome kako su podaci definirani u okviru britanskih zakona. Podaci pohranjeni na uređajima su bili podložni pravilima o opremi za ciljani upad, dok bi presretnuti podaci zahtijevali strože dozvole prema Zakonu o istražnim ovlastima.

Evropska naredba za istragu (EIO)

Tribunal je potvrdio da je EIO bio zakonito izdan i korišten, bez povrede propisa IPA. EIO je omogućio britanskim vlastima pristup prikupljenim podacima u skladu s međunarodnim sporazumima.

Prihvatljivost dokaza

Tribunal je naglasio da pitanja prihvatljivosti dokaza pripadaju krivičnim sudovima. Oni će odlučiti da li su dokazi prikupljeni zakonito i u skladu sa zaštitom privatnosti.

Optuženici su tvrdili da dokazi nisu pouzdani zbog tehničkih izazova u načinu prikupljanja podataka. Tribunal je ocijenio da tehnička analiza neće bitno promijeniti osnovni zaključak o zakonitosti prikupljanja podataka.

Također, tvrdili su i da su povrijeđena njihova prava na privatnost i pravedno suđenje, zajamčena Evropskom konvencijom o ljudskim pravima (EKLJP). Tribunal je odlučio da će se pitanja povrede ljudskih prava razmatrati nakon završetka krivičnih postupaka.

Ukoliko se utvrdi povreda, razmotrit će se odgovarajuće mjere i odšteta.

Sud je istaknuo važnost proporcionalnosti u primjeni ovlasti, naglašavajući da su postupci usmjereni na suzbijanje ozbiljnih krivičnih djela.

Tribunal je zaključio da su postupci NCA bili zakoniti i u skladu sa zakonskim procedurama. Iako su neka pitanja ostala otvorena, posebno u vezi s ljudskim pravima, presuda potvrđuje da dokazi prikupljeni putem EncroChat-a mogu biti prihvatljivi u krivičnim postupcima.

Ključni zaključci navedene presude odnose se na sljedeće:

- (a) Nacionalna agencija za borbu protiv kriminala (NCA) nije napravila nikakav materijalni propust u izvršavanju svoje dužnosti otvorenosti kada je od komesara za pravosuđe tražila odobrenje za izdavanje naloga za ciljano praćenje opreme (TEI).
- (b) Tribunal nema nadležnost u vezi s pitanjem da li je evropski istražni nalog (EIO) bio zakonito izdat.
- (c) NCA nije tražila izdavanje naloga za ciljano praćenje opreme.
- (d) NCA nije tražila izdavanje naloga za masovno praćenje opreme.

Presuda naglašava važnost:

- Transparentnosti u međunarodnim istragama.
- Zaštite prava optuženika.
- Usaglašavanja postupaka sa zakonodavnim okvirom za korištenje digitalnih dokaza.

1.2 EVROPSKI SUD ZA LJUDSKA PRAVA

1.2.1 Naziv predmeta: **A.L. i E.J. protiv Francuske (br. 44715/20 i 47930/21);**

Tip odluke: presuda Velikog vijeća;

Datum odluke: 17.10.2024. godine;

Vrsta komunikacije: EncroChat;

Sažetak presude: A.L. i E.J. protiv Francuske (br. 44715/20 i 47930/21), 17.10.2024. godine - Podnosioci predstavke, A.L. i E.J., britanski državljani, trenutno su u zatvoru u Ujedinjenom Kraljevstvu. Oba su uhapšena zbog optužbi vezanih za upotrebu šifrovane komunikacije putem EncroChat-a, koji je korišten od strane kriminalnih organizacija. Francuske vlasti su, uz pomoć Nizozemske, sprovele operaciju preuzimanja podataka sa uređaja povezanih na ovu mrežu, uključujući uređaje na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva. Podaci su preneseni britanskim vlastima radi daljeg postupanja u krivičnim slučajevima.

Podnosioci predstavke su se žalili na kršenje člana 8. Evropske konvencije o ljudskim pravima, tvrdeći da je daljinsko preuzimanje podataka bez njihovog pristanka povrijedilo njihovo pravo na privatnost. Također, žalili su se na to da nisu imali efikasan pravni lijek za osporavanje ovih mjera.

Evropski sud je ustanovio da su postojali domaći pravni lijekovi u Francuskoj, jer su podnosioci mogli tražiti isključenje dokaza prikupljenih putem Evropskog istražnog naloga (EIO), koji su već bili dostupni britanskim vlastima. Međutim, podnosioci nisu iskoristili ove pravne mogućnosti.

Zbog neiscrpljivanja domaćih pravnih lijekova, Evropski sud je presudio da su predstavke neprihvatljive.

Pravno pitanje: Predstavka odbačena zbog neiscrpljivanja svih pravnih lijekova

Činjenični opis: Podnosioci predstavke su A.L. i E.J., britanski državljani, su trenutno u zatvoru u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Tužilaštvo specijalizovanog međuregionalnog odjeljenja (*Jurisdiction Interrégionale Spécialisée – JIRS*) krivičnog suda u Lilu, 7. decembra 2018. godine, pokrenulo je preliminarnu istragu o EncroChat-u i njegovim korisnicima. Istrage koje je sproveo specijalizovani istražni servis Centar za borbu protiv sajber kriminala francuske žandarmerije (*Centre de lutte contre les criminalités numériques*) utvrdile su da je nekoliko kriminalnih organizacija koje djeluju u Francuskoj prešlo na korištenje ovog alata za šifrovanu komunikaciju. Ustanovljeno je da EncroChat funkcioniše kao zatvorena mreža, koristeći modifikovane pametne telefone povezane na server smješten u Francuskoj. Prema mišljenju istražitelja, tehničke karakteristike ovog komunikacionog alata i metode njegove distribucije ukazivale su na to da se koristi u kriminalne svrhe. Naknadne istrage omogućile su razvijanje tehničkih sredstava pomoću kojih se moglo daljinski preuzeti podatke sa ovih uređaja i prenijeti ih francuskim vlastima u nešifrovanom obliku. Nizom odluka donesenih od 30. januara do 31. marta 2020. godine, sudija Krivičnog suda u Lilu odobrio je mjeru za daljinsko preuzimanje podataka sa svih uređaja povezanih na EncroChat mrežu. Paralelno s tim, primijenjeni su različiti mehanizmi policijske i pravosudne saradnje kako bi francuske i nizozemske vlasti mogle da rade zajedno. Također je otvoren dosije o EncroChat-u u Agenciji Evropske unije za saradnju u krivičnom pravosuđu (Eurojust). Pomoć je pružila Agencija Evropske unije za saradnju u sprovođenju zakona (Europol). Francuske i nizozemske vlasti obavijestile su svoje kolege u Ujedinjenom Kraljevstvu o planiranoj operaciji preuzimanja podataka i ponudile da stave na raspolaganje podatke korisnika smještenih na njihovoj teritoriji za potrebe sprovođenja zakona. Krunska tužilačka služba (CPS) izdala je 11. marta 2020. godine evropski istražni nalog (EIO) za prenos svih podataka koje su francuske vlasti mogle preuzeti sa uređaja lociranih na teritoriji Ujedinjenog Kraljevstva. Preuzimanje podataka počelo je 1. aprila 2020. godine. Podaci preuzeti sa teritorije Ujedinjenog Kraljevstva prenijeti su britanskim vlastima za sprovođenje zakona u skladu sa EIO od 11. marta 2020. Tokom noći između 12. i 13. juna 2020. godine, EncroChat je

obavijestio sve svoje korisnike da su njihovi telefoni možda kompromitovani i pozvao ih da odmah unište svoje uređaje. Preuzimanje podataka je prestalo 2. jula 2020. godine, a izvršeno je na ukupno 39.571 uređaju. Demontiranje EncroChat-a dovelo je do hapšenja 6.558 osumnjičenih i zapljene 103 tone kokaina, 163 tone kanabisa i 3,3 tone heroina širom svijeta, kao i zapljene oružja, eksploziva i prihoda od kriminala. Vlada Ujedinjenog Kraljevstva je navela da su podaci koje su prenijeli francuski organi omogućili britanskim vlastima da uhapsu 746 osoba i zapljene 54 miliona funti (64 miliona eura) u gotovini, nekoliko tona droge i 77 komada oružja. A.L. i E.J. su procesuirani u dva odvojena slučaja u Ujedinjenom Kraljevstvu zbog njihove upotrebe EncroChat-a. A.L. je uhapšen 18. juna 2020. godine. Optužen je za zavjeru radi ilegalnog uvoza kokaina i heroina i za zavjeru sa namjerom distribucije kokaina i heroina. E.J. je uhapšen 16. juna 2020. godine. Optužen je za zavjeru radi snabdijevanja kokainom i heroinom, zavjeru za počinjenje tri ubistva i iznudu. U oba slučaja komunikacije preko EncroChat-a bile su uključene kao dokaz u optužnici.

Pozivajući se na član 8. (pravo na poštovanje privatnog života), podnosioci predstavke su se žalili na daljinsko preuzimanje podataka sa svih uređaja povezanih na EncroChat mrežu od strane francuskih vlasti i na prenos prikupljenih podataka vlastima u Ujedinjeno Kraljevstvo. Dovedi su u pitanje i kvalitet zakonskih odredbi koje regulišu daljinsko preuzimanje podataka i potrebu za takvim miješanjem. Pozivajući se na članove 6 (pravo na pravično suđenje) i 13 (pravo na efikasan pravni lijek), također su tvrdili da nisu imali dostupan pravni lijek kojim bi mogli efikasno osporiti odluke koje su odobravale preuzimanje podataka na koje su se žalili.

Pravna analiza: Evropski sud je primijetio da su podaci korisnika EncroChat-a prikupljeni na inicijativu francuskih vlasti putem mjere preuzimanja podataka koja je naložena u okviru krivičnog postupka koji je pokrenuo Specijalizovani međuregionalni odjel Krivičnog suda u Lilu. Podaci koji se odnose na korisnike EncroChat-a koji se nalaze u Ujedinjenom Kraljevstvu prenijeti su, kao dokaz koji su francuske vlasti već posjedovale, radi korištenja u drugim krivičnim slučajevima, na osnovu Evropskog istražnog naloga (EIO) koji je izdala Krunska tužilačka služba Ujedinjenog Kraljevstva. Daljinski preuzeti podaci su tako uključeni kao dokaz u optužnici u postupcima protiv oba podnosioca predstavke u Ujedinjenom Kraljevstvu.

Sud je primijetio da su, prema članu 694-41 Francuskog zakona o krivičnom postupku, podnosioci žalbe mogli tražiti isključenje dokaza pribavljenih sprovođenjem EIO od 11. marta 2020. godine, koji su odobrile vlasti Ujedinjenog Kraljevstva, i da su to mogli učiniti pod istim uvjetima i prema istim procedurama kao osoba pod sudskom istragom u Francuskoj, tvrdeći da su bili u uporedivoj proceduralnoj situaciji i da su prenijeti podaci proizašli iz mjere preuzimanja podataka koja nije bila u skladu sa zahtjevima člana 8. Konvencije.

Evropski sud je zaključio da je podnosiocima predstavke u Francuskoj bio dostupan pravni lijek kojim su mogli efikasno osporiti mjeru prenosa podataka preduzetu na osnovu EIO koji su izdale vlasti Ujedinjenog Kraljevstva, zajedno s mjerom preuzimanja podataka. Međutim, podnosioci predstavke nisu iskoristili nijedan pravni lijek na francuskim sudovima i nisu iznijeli nikakvu posebnu okolnost koja bi ih mogla osloboditi od te obaveze.

Smatrajući da podnosioci žalbe nisu ispunili uvjet iscrpljivanja domaćih pravnih lijekova, Sud je njihove žalbe proglasio neprihvatljivim.

1.2.2 Naziv predmeta: Presuda u predmetu *Yüksel Yalçinkaya protiv Turske* (aplikacija br. 15669/20);

Tip odluke: Presuda Evropskog suda za ljudska prava (Veliko vijeće).

Datum: 26.11.2023.

Vrsta komunikacijske platforme: Aplikacija za šifrovanu komunikaciju ByLock.

SAŽETAK PRESUDE U PREDMETU YÜKSEL YALÇINKAYA PROTIV TURSKÉ (APLIKACIJA BR. 15669/20), 26. SEPTEMBAR 2023. GODINE:

Podnosilac predstavke, Yüksel Yalçinkaya, osuđen je u Turskoj zbog članstva u terorističkoj organizaciji FETÖ/PDY na osnovu korištenja aplikacije ByLock, koja je navodno povezana s tom organizacijom. Turske vlasti su smatrale da je ByLock korišten isključivo od strane članova ove terorističke organizacije. Podnosilac je bio osuđen na temelju podataka prikupljenih putem aplikacije, koje je analizirala Državna obavještajna agencija. Aplikant nije mogao u potpunosti osporiti ove dokaze, a presuda je uslijedila nakon pokušaja državnog udara 2016. godine.

Evropski sud je utvrdio da je došlo do povrede prava na pravično suđenje (član 6. EKLJP) i prava na zakonitost kažnjavanja (član 7. EKLJP). Turski sudovi su prekršili prava podnosioca predstavke jer nisu omogućili adekvatnu priliku za osporavanje ključnih dokaza (podaci iz ByLock aplikacije) i nisu obezbijedili pravičan proces u skladu s evropskim standardima. Presuda je istakla da elektronski dokazi, iako važni u borbi protiv terorizma, moraju biti upotrebljavani u skladu s procesnim garancijama, kako bi se očuvala prava optuženih na pravično suđenje.

Pravna pitanja koja su razmatrana u ovom slučaju vežu se sa ispitivanjem da li su domaći sudovi u odnosu na apelanta prekršili pravo na pravično suđenje (član 6), pravo na poštivanje privatnog i porodičnog života (član 8. EKLJP), pravo na zakonitost kažnjavanja (član 7. EKLJP), pravo na slobodu udruživanja (član 11. EKLJP).

Sud je zaključio da je Turska prekršila prava podnosioca u pogledu člana 6. i 7. EKLJP, dokazujući sistemsku prirodu problema s korištenjem dokaza iz ByLock aplikacije. Za potrebe tematike Biltena ostvnrnut ćemo se na utvrđenja Suda u odnosu na pomenuta dva člana.

Činjenični opis: Podnosilac je osuđen za članstvo u terorističkoj organizaciji FETÖ/PDY na osnovu korištenja aplikacije ByLock, za koju su turske vlasti tvrdile da je povezana s pomenutom organizacijom, odnosno da je osmišljena s ciljem da je koriste isključivo pripadnici FETÖ/PDY. Osuda je uslijedila nakon pokušaja državnog udara 2016. godine, uz oslanjanje na dokaze koje aplikant nije mogao u cijelosti osporavati. Podaci iz ByLock aplikacije su prikupljeni od strane Državne obavještajne agencije, a kasnije je izdata naredba od Suda da se izvrši njihova analiza.

Pravna analiza:

Standardi Suda u odnosu na član 7. Konvencije

Sud je zaključio da osuda podnosioca predstavke zbog članstva u terorističkoj organizaciji na osnovu korištenja aplikacije ByLock predstavlja povredu člana 7. U presudi je naglašeno da, u trenutku korištenja aplikacije podnosilac predstavke nije mogao razumno predvidjeti da bi njena upotreba mogla biti tumačena kao dokaz članstva u terorističkoj organizaciji. Sud je istakao da je tumačenje turskog zakona od strane domaćih sudova bilo preširoko i nepredvidivo. Krivična odgovornost mora biti zasnovana na individualnim djelima i namjeri, a ne na pretpostavci krivice po osnovu objektivne odgovornosti zbog posjedovanja i eventualnog korištenja aplikacije.

Standardi Suda u odnosu na član 6. Konvencije

Sud je prije svega utvrdio da odredba člana 6. Konvencije garantuje pravo na pravično suđenje. Istovremeno Sud podsjeća da pomenuti član ne propisuje koja su pravila za prihvatljivost dokaza, već je zadaća domaćih sudova i zakona da utvrđuje pravila u vezi sa zakonitošću i prihvatljivošću dokaza. U vezi s navedenim, pitanje na koje Evropski sud mora odgovoriti je, da li je postupak u cjelini, uključujući način pribavljanja dokaza, bio pravičan. Sud je apelaciju podnosioca predstavke posmatrao sa aspekta osporavanja kvalitete dokaza, te sa aspekta pitanja da li je podnosilac predstavke imao mogućnost da ospori dokaze u skladu s garancijama iz člana 6. stav 1. Konvencije. U pogledu kvalitete dokaza u smislu njihove tačnosti, Sud je utvrdio da nema dovoljno elemenata da ospori tačnost podataka da je istim utvrđeno aplikantovo korištenje aplikacije.

Kada su u pitanju garancije iz člana 6. stav 1, osnovni standard na koji je Sud ukazao je da optuženi mora imati pravo da pregleda, osporava i koristi sve dokaze na kojima se temelji postupak. Svi dokazi trebaju biti dostupni odbrani pod istim uslovima kao i tužilaštvu, i to kako dokazi koji idu u korist optuženom, tako i dokazi koji mu idu na štetu. Dostupnost materijala podrazumijeva sav materijal koji je važan za odbranu, bez obzira da li ga optužba smatra relevantnim ili ne. U konkretnom slučaju apelant je imao pristup ByLock izvještajima čija tačnost je utvrđena drugim dokazima. Međutim Sud je konstatovao, da sama ova činjenica ne podrazumijeva da apelant nije imao pravni interes da traži pristup podacima na osnovu kojih je sačinjen izvještaj.

Sud je istovremeno istakao da pravo na otkrivanje relevantnih dokaza nije apsolutno pravo, te da u svakom konkretnom slučaju mogu postojati interesi (kao što su državna bezbjednost ili potreba zaštite istrage), koji se moraju odvagati u odnosu na prava optuženih, što procjenjuje domaći sud u konkretnom slučaju, a ne ESLJP. U takvoj situaciji domaći sudovi moraju da integritet i pouzdanost tih dokaza podvrgnu sveobuhvatnoj analizi i daju obrazloženje u odluci.

U konkretnom slučaju su mogli postojati relevantni razlozi koji opravdavaju da se odbrani ne daje cjelokupan sirovi materijal, te je u tom smislu Sud napravio razliku između prava aplikanta da mu se otkriju podaci s pravom na pristup cjelokupnom materijalu. Zadaća Suda je da utvrdi da li je bilo kakva šteta koji je aplikant pretrpio zbog neotkrivanja relevantnih podataka iz aplikacije izbalansirana procesnim garancijama, te da li mu je bila data mogućnost da pripremi odbranu.

U konkretnom slučaju domaći sudovi su u presudama propustili dati obrazloženje zašto i po čijoj odluci apelantu nisu dati sirovi podaci, posebno oni koji se odnose konkretno na apelanta. Iz tog razloga je apelant bio uskraćen za mogućnost osporavanja razloga za neotkrivanje dokaza. Domaći sudovi nisu omogućili da takav materijal bude podvrgnut nezavisnoj analizi u cilju provjere njihovog sadržaja i integriteta, niti su za takvo odbijanje dali obrazloženje u presudama.

S obzirom na predmet optužbe Evropski sud je u nekoliko navrata pojasnio značaj sirovih podataka iz Bylock aplikacije za apelantov predmet. Sud je istakao da postoji protek vremena od momenta prikupljanja tih podataka od strane obavještajne službe i naredbe suda za njihovu analizu, te da su u međuvremenu korišteni i obrađeni ne samo u obavještajne svrhe već i za pokretanje krivične istrage i hapšenja uključujući i aplikanta. S obzirom na navedeno, bilo je potrebno voditi postupak na način da aplikant ima mogućnost da prigovara na dešifrovani materijal koji se odnosi na njega, što bi bio važan segment očuvanja prava na odbranu. Ovo posebno iz razloga što su optužba i osuđujuća presuda zasnovane pretežno na zaključku da su isključivo pripadnici predmetne terorističke organizacije imali i koristili ovu aplikaciju. Suprotno navedenom ESLJP je utvrdio da na osnovu podataka iz predmeta argumenti ekskluzivnosti korištenja aplikacije nisu bili takve prirode da su se mogli ograničiti samo na jednu određenu grupu.

Zaključak ESLJP-a: Evropski sud je zaključio da su turski sudovi povrijedili član 6. EKLJP. Sud je naglasio da elektronski dokazi koji potvrđuju da je pojedinac koristio šifrovane poruke koje su osmislile terorističke organizacije za internu komunikaciju, mogu biti važan dokaz u borbi protiv terorizma ili drugih krivičnih djela kao što je organizovani kriminal. Međutim pravo na pravično suđenje je primjenjivo na sve vrste krivičnih djela, te ne može biti zanemareno u odnosu na ekspeditivnost, te takvi dokazi ne mogu biti korišteni, a da istovremeno način njihovog pribavljanja podriva temeljna načela pravičnog suđenja. Sudovi su propustili dati garancije koje se odnose na ključne dokaze na način koji će aplikantu omogućiti da ih efikasno osporava, da provede svoju odbranu na efikasan način na istim osnovima kao i optužba, da razmotre bitna pitanja koja se tiču predmeta, te da daju valjane razloge koji opravdavaju njihove odluke.

Sud je utvrdio da turski sudovi nisu omogućili podnosiocu da ospori autentičnost i valjanost podataka prikupljenih iz ByLock-a. Nadalje, osuđujuća presuda bila je zasnovana isključivo na korištenju aplikacije, bez dokaza o konkretnoj namjeri ili djelovanju u okviru terorističke organizacije, čime je prekršen princip lične odgovornosti za krivično djelo. Sud je u odluci istakao

da su elektronski dokazi postali široko rasprostranjeni zbog povećanog stepena digitalizacije svih aspekata života. Primjena garancija iz člana 6. stav 1. ostaje ista, te je potrebno da Sud utvrdi da li je sveukupna pravičnost postupka ispoštovana i da li je bila osigurana kroz procesne i institucionalne garancije, te poštivanje standarda pravičnog suđenja iz člana 6. Konvencije.

1.3 EVROPSKI SUD PRAVDE U LUKSEMBURGU

Naziv predmeta: Presuda Evropskog suda pravde u predmetu prethodnog preispitivanja zakonitosti dokaza proizašlih iz EncroChat (usklađenost sa Direktivom 2014/41/EU)

Tip odluke: odluka Velikog vijeća;

Datum: 30. april 2024. godine;

Vrsta komunikacijske platforme: EncroChat;

Sažetak presude Evropskog suda pravde u predmetu EncroChat: Evropski sud pravde 30. aprila 2024. godine donio je presudu u vezi s zakonitošću dokaza prikupljenih putem platforme EncroChat u okviru evropskog istražnog naloga. Predmet se odnosio na tri istražna naloga izdata od strane njemačkog Glavnog državnog odvjetništva, u kontekstu krivičnog postupka protiv osobe M. N.

Sud je razmatrao različita pitanja u vezi s primjenom Direktive 2014/41/EU. Ključne tačke presude su:

1. **EVROPSKI ISTRAŽNI NALOG ZA PROSLJEĐIVANJE DOKAZA:** Sud je zaključio da evropski istražni nalog za prosljeđivanje dokaza ne mora nužno izdati sudija, nego može biti izdato od strane javnog tužitelja, pod uvjetom da su poštovana pravila države izdavateljice.
2. **ZAKONITOST DOKAZA PRIKUPLJENIH PRESRETANJEM TELEKOMUNIKACIJA:** Sud je presudio da prosljeđivanje dokaza prikupljenih presretanjem telekomunikacija, uključujući šifrirane poruke, može biti zakonito ako se poštuju uvjeti zaštite temeljnog prava na privatnost i ako se poštuju pravni standardi države izdavateljice.
3. **PRAVO NA OBAVIJEST O PRESRETANJU TELEKOMUNIKACIJA:** Sud je odlučio da se država u kojoj je presretanje izvršeno mora obavijestiti o tom postupku, a također i o mogućem utjecaju na prava osoba čiji su podaci presretnuti.
4. **ZAŠTITA PRAVA NA PRIVATNOST:** Sud je naglasio da se prava osoba čiji su podaci presretnuti moraju štiti, posebno u kontekstu upotrebe tih podataka u krivičnom postupku u obaviještenoj državi članici.

5. *NAČELO DJELOTVORNOSTI U KRIVIČNIM POSTUPCIMA: Sud je potvrdio da nacionalni sud mora osigurati poštovanje prava na pravično suđenje i prava odbrane, te izdvojiti dokaze koji su pribavljeni protivno pravilima prava EU.*

Ova presuda razmatra usklađenost s europskim zakonodavstvom u kontekstu međunarodnih istražnih mjera, zaštite privatnosti i prava na pravično suđenje u okviru evropske pravne saradnje.

Razlog iniciranja postupka: Zahtjev je upućen u okviru krivičnog postupka pokrenutog protiv osobe M. N. i odnosi se na zakonitost triju evropskih istražnih naloga koje je izdao Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu na Majni, Savezna Republika Njemačka)

Pravni okvir: Pravo Unije, i to Direktiva 2002/58/EZ; Direktiva 95/46/EZ; Direktiva 2014/41

Pravna analiza:

Svojim prvim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti je pitao treba li član 2. tačku (c) i član 6. stav 1. Direktive 2014/41 tumačiti na način da evropski istražni nalog radi prosljeđivanja dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice nužno mora donijeti sudija kada bi na temelju prava države izdavateljice prevashodno prikupljanje tih dokaza u isključivo nacionalnom postupku u državi izdavateljici morao naložiti sudija.

Dajući odgovor na ovo pitanje, Sud je podsjetio da ako je na temelju prava države izdavateljice, u potpuno unutarnjoj situaciji u toj državi, za određivanje istražne mjere s ciljem prosljeđivanja dokaza koji su već u posjedu nadležnih nacionalnih tijela nadležan javni tužitelj, da je onda isti obuhvaćen i pojmom „tijelo izdavatelj”, u smislu člana 2. tačke (c) podtačke i. Direktive 2014/41, sve u svrhu izdavanja istražnog naloga koji se odnosi na prosljeđivanje dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice. Međutim, suprotno tome, u slučaju kada u pravu države izdavateljice javni tužitelj nije nadležan za određivanje takve mjere prosljeđivanja dokaza koji su već u posjedu nadležnih nacionalnih tijela – i stoga naročito kada u potpuno unutarnjoj situaciji sudija mora odobriti takvo prosljeđivanje jer ono podrazumijeva ozbiljna zadiranja u temeljna prava osobe o kojoj je riječ – javni tužitelj se ne može smatrati nadležnim tijelom izdavateljem u smislu te odredbe. U ovom slučaju njemačka vlada tvrdi da se članom 100.e) stavom 6. tačkom 1. StPO-a dopušta prosljeđivanje dokaza, na nacionalnoj razini, s jednog nacionalnog istražnog tijela na drugo. Pri tome, tom pravnom osnovom, različitom od one korištene za prvobitno prikupljanje podataka, ne zahtijeva se da sudija odobri takvo prosljeđivanje. Na sudu je koji je uputio zahtjev, koji je jedini nadležan za tumačenje nacionalnog prava, da utvrdi je li to slučaj. Stoga, s obzirom na sva prethodna razmatranja, na prvo pitanje Evropski sud je zaključio da valja odgovoriti na način da se član 1. stav 1. i član 2. tačku (c) Direktive 2014/41 treba tumačiti tako da evropski istražni nalog radi prosljeđivanja dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice ne mora nužno donijeti sudija kada bi na temelju prava države izdavateljice prvobitno prikupljanje tih dokaza u isključivo nacionalnom postupku u državi izdavateljici morao naložiti sudija, ali prosljeđivanje navedenih dokaza može naložiti javni tužitelj.

Spajajući drugo i treće pitanje, Evropski sud je ista sumirao na način da sud koji je uputio zahtjev u biti pita protivi li se – i ako da, u kojim slučajevima – članu 6. stavu 1. Direktive 2014/41 to da javni tužitelj donese evropski istražni nalog koji se odnosi na prosljeđivanje dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice ako su ti dokazi pribavljeni time što su ta tijela na državnom području države izdavateljice presrela telekomunikacije svih korisnika mobilnih telefona pomoću kojih je moguća.

U vezi s navedenim, Evropski sud je prevashodno istaknuo da ako bi prosljeđivanje dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela druge države članice u svrhu krivičnih postupaka koji su u državi izdavateljici pokrenuti protiv osobe o kojoj je riječ bilo neproporcionalno, primjera radi zbog težine zadiranja u temeljna prava te osobe, ili naloženo povredom pravila primjenjivih u sličnom domaćem postupku, sud koji odlučuje o pravnom lijeku protiv evropskog istražnog naloga kojim se to prosljeđivanje nalaže morao bi na to primijeniti posljedice koje su propisane u nacionalnom pravu. S druge strane, ukazano je da je članom 14. stavom 7. Direktive 2014/41 propisano da države članice osiguravaju da se u krivičnom postupku pokrenutom u državi izdavateljici, pri ocjeni dokaza pribavljenih tim evropskim istražnim nalogom, poštuju prava odbrane i pravičnost postupka. S tim u vezi, nadalje je ukazano da, što se tiče prava na pravično suđenje, valja podsjetiti na to da, kada sud smatra da se stranka ne može učinkovito očitovati o dokazu koji bi mogao imati odlučujući utjecaj na ocjenu činjenica, taj sud mora utvrditi povredu prava na pravnično suđenje i izdvojiti taj dokaz kako bi se izbjegla takva povreda. S obzirom na izneseno, zaključeno je da član 6. stav 1. Direktive 2014/41 treba tumačiti na način da mu se ne protivi to da javni tužitelj donese evropski istražni nalog radi prosljeđivanja dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice ako su ti dokazi pribavljeni time što su ta tijela na državnom području države izdavateljice presrela telekomunikacije svih korisnika mobilnih telefona pomoću kojih je moguća, zahvaljujući posebnom računarskom programu i modifikovanom toku, šifrirana komunikacija s-kraja-na-kraj, pod uvjetom da se takvom odlukom poštuju svi uvjeti koji su pravom države izdavateljice, ovisno o slučaju, predviđeni za prosljeđivanje takvih dokaza u unutrašnjoj situaciji u toj državi.

Četvrtim pitanjem tačkama **(a)** i **(b)** sud koji je uputio zahtjev u biti je pitao treba li član 31. Direktive 2014/41 tumačiti na način da je mjera koja je povezana s prikrivenim pristupom terminalnim uređajima radi prikupljanja podataka o prometu, lokaciji i komunikacijama internetskog pružatelja komunikacijskih usluga „presretanje telekomunikacija” u smislu tog člana, o kojoj se mora obavijestiti sud države članice na čijem se državnom području nalazi subjekt presretanja.

Sud je odgovarajući na ovo pitanje, na prvom mjestu, razradio pojam „telekomunikacije” upotrijebljenog u toj odredbi, te podsjetio na to da, u skladu s ustaljenom sudskom praksom Suda, iz zahtjeva za ujednačenu primjenu prava Unije kao i načela jednakosti proizlazi da se izrazi iz odredbe prava Unije koja ne sadržava nikakvo izričito upućivanje na pravo država članica radi utvrđivanja njenog smisla i dosega moraju načelno autonomno i ujednačeno tumačiti u cijeloj Uniji, uzimajući u obzir ne samo tekst te odredbe nego i njen kontekst i ciljeve propisa kojeg je ona dio. S

obzirom na činjenicu da nijedna odredba Direktive 2014/41 ne sadržava definiciju pojma „telekomunikacije” upotrijebljenog u njenom članu 31. stavu 1. ni izričito upućivanje na pravo država članica radi utvrđivanja smisla i dosega tog pojma, Sud je zaključio da valja smatrati da tu odredbu treba tumačiti autonomno i ujednačeno u pravu Unije. S obzirom na to, Sud je zaključio da član 31. Direktive 2014/41 treba tumačiti na način da je mjera koja je povezana s prikrivenim pristupom terminalnim uređajima radi prikupljanja podataka o prometu, lokaciji i komunikacijama internetskog pružatelja komunikacijskih usluga „presretanje telekomunikacija” u smislu tog člana, mjera o kojoj se mora obavijestiti tijelo koje je u tom pogledu odredila država članica na čijem se državnom području nalazi subjekt presretanja. U slučaju da država članica koja presreće ne može utvrditi nadležno tijelo obaviještene države članice, ta se obavijest može poslati bilo kojem tijelu obaviještene države članice koje država članica koja presreće smatra prikladnim.

U okviru četvrtog pitanja – pod tačkom (c) sud koji je uputio zahtjev u biti pita treba li član 31. Direktive 2014/41 tumačiti na način da se njime nastoje zaštititi prava korisnika na koje se odnosi mjera „telekomunikacijskog presretanja” u smislu tog člana i da ta zaštita obuhvata upotrebu tako prikupljenih podataka u okviru krivičnog progona pokrenutog u obaviještenoj državi članici.

Odgovarajući na istaknuto pitanje, Sud je ukazao da za razliku od „presretanja telekomunikacija uz tehničku pomoć druge države članice”, uređenog članom 30. Direktive 2014/41, „presretanje telekomunikacija” iz člana 31. te Direktive, to jest ono koje ne zahtijeva tehničku pomoć države članice na čijem se državnom području nalazi subjekt tog presretanja, nije predmet evropskog istražnog naloga. Iz toga slijedi da se različiti uvjeti i jamstva kojima je uređen takav nalog ne primjenjuju na navedeno presretanje.

Pri tome, Sud je ukazao i da upotreba glagola „moći” u toj odredbi podrazumijeva da obaviještena država članica ima mogućnost koja je obuhvaćena ocjenom nadležnog tijela te države, pri čemu korištenje tom mogućnošću mora biti opravdano činjenicom da takvo presretanje ne bi bilo dopušteno u okviru sličnog domaćeg postupka. Stoga je zaključeno da se članom 31. Direktive 2014/41 ne nastoji samo zajamčiti poštovanje suverenosti obaviještene države članice nego i osigurati da se ne ugrozi razina zaštite zajamčena u toj državi članici u području presretanja telekomunikacija. Dakle, budući da se mjerom presretanja telekomunikacija zadire u pravo na poštovanje privatnog života i komunikacija, zaštićeno članom 7. Povelje, subjekta presretanja, Sud je zaključio da valja smatrati da se članom 31. Direktive 2014/41 nastoje zaštititi i prava osoba na koje se takva mjera odnosi, što je cilj koji obuhvata upotrebu podataka u svrhu krivičnog progona u obaviještenoj državi članici.

Svojim petim pitanjem sud koji je uputio zahtjev u biti je pitao nalaže li načelo djelotvornosti nacionalnom krivičnom sudu da u okviru krivičnog postupka pokrenutog protiv osobe osumnjičene za krivična djela izdvoji informacije i dokaze koji su pribavljeni protivno pravilima prava Unije.

U vezi s navedenim, Sud je jasno zaključio da članom 14. stavom 7. Direktive 2014/41 izričito nalaže državama članicama da osiguraju, ne dovodeći u pitanje primjenu nacionalnih pravila postupka, da se u krivičnom postupku u državi izdavateljici u okviru ocjene dokaza pribavljenih

evropskim istražnim nalogom poštuju prava odbrane i pravičnost postupka, što znači da se dokaz o kojem se stranka nije mogla učinkovito očitovati mora izdvojiti iz krivičnog postupka.

Umjesto zaključka

Cilj objavljivanja dostupnih prevoda presuda evropskih sudova u ovom broju sudskog biltena jeste učiniti dostupnim predmetni materijal široj javnosti, ali i upoznati pravosudnu zajednicu sa nizom pravnih pitanja pokrenutih pred evropskim sudovima, Evropskim sudom pravde i Evropskim sudom za ljudska prava vezano za pitanje zakonitosti dokaza pribavljenih putem šifrirane komunikacije.

U pregledu su navedeni samo sažeci presuda, a svakako za detaljnije upoznavanje potrebno je konsultovati integralnu verziju odluka koje se mogu naći na web-stranicama sudova koji su donijeli odluke.

2 PRAKSA SUDA BOSNE I HERCEGOVINE

VIŠE PRETRESA ISTOG PROSTORA PREGLED PRIVREMENO ODUZETIH PREDMETA¹¹

Presuda Apelacionog vijeća, broj S1 2 K 010234 14 Kžk od 16.4.2015. godine

- **Više pretresa istog prostora nije protivno načelima pravičnog suđenja pod uslovom da se to radi na zakonom propisani način što podrazumijeva omogućavanje prisustva osumnjičenog i njegovog branioca prilikom provođenja pretresa.**
- **Propust u pogledu obavještanja osobe koja prema članu 71. Zakona o krivičnom postupku BiH moraju biti obavješteni da će se obaviti otvaranje i pregledanje oduzetih predmeta predstavlja povredu prava na pravično suđenje iz člana 6. EKLJP.**

Iz obrazloženja:

„Naime, više pretraga istog prostora, prema stanovištu ESLJP-a izraženom u predmetu *Lisica protiv Hrvatske*, koje prihvata i ovo Vijeće, nije protivno načelima pravičnog suđenja, pod uslovom da se to radi na zakonom propisan način, što podrazumijeva i omogućavanje prisustva osumnjičenog i njegovog branioca. Međutim, u konkretnom slučaju, ovo Vijeće je ocijenilo da naknadni pretres nije izvršen u skladu sa zakonom, našavši osnovanim prigovor odbrane da branilac optuženog Ž. nije bio obaviješten o preduzimanju te radnje u postupku. Samim tim, branilac nije bio u mogućnosti da prisustvuje njenom provođenju, niti da u odbrani interesa svog branjenika ulaže odgovarajuće primjedbe i prigovore, na koji način je narušeno pravo optuženog Ž. na odbranu.

S obzirom na stanovište tužioca da pozivanje branioca nije bilo nužno jer se radilo o novoj istrazi, odnosno pretresu u sasvim novom predmetu, preduzetom u skladu sa odredbama zakona koje

¹¹ S obzirom na to da je Ustavni sud BiH po ovom pitanju mijenjao praksu (član 71. ZKPBiH) u nastavku će biti vidljiva praksa i u situacijama kada su dokazi oglašeni nezakonitim (implementacijom odluka Ustavnog suda BiH, npr u predmetima: broj AP 291/08, od 19.11.2011. godine i AP 460/12 od 10.2.2015.), kao i ona kada su određeni standardi drugačije cijenjeni te kada zakonitost dokaza više nije bila sporna (AP-2079/13 od 20.4.2016. godine).

regulišu postupak pretresa, Vijeće ističe da je uredno obavještenje branioca o preduzimanju radnje naknadnog pretresa bilo nužno, s obzirom na fazu u kojoj se u tom momentu postupak nalazio i činjenicu da je optuženi Ž. u tom momentu već imao angažovanog branioca, a nije se radilo o novoj istrazi i potpuno novom predmetu, kako je to tužilac tvrdio. To pogotovo, jer novi predmet nikada nije ni formiran, niti je podignuta druga optužnica, da bi se predmet smatrao novim i kasnije pripojio već postojećem u ovoj krivičnopravnoj stvari, nego je postojeća optužnica samo izmijenjena u smislu dodavanja novopronađene količine droge i činjenicama vezanim za njenu lokaciju i pronalazak. Stoga je Vijeće zaključilo da se radilo o procesnoj radnji u ovom predmetu, o čijem izvođenju je branilac morao biti uredno obavješten. Kako je to propušteno, to se postupanje ovlaštenih službenih lica koje je tada preduzeto, ne može smatrati obavljenim u skladu sa odredbama ZKPBiH. Stoga se i svi dokazi proizašli iz te procesne radnje, kao dokazi pribavljeni povredama prava optuženog na odbranu i bitnim povredama odredaba postupka (tzv. „plodovi otrovne voćke“), smatraju nezakonitim. Kako se na takvim dokazima, slijedom člana 10. ZKP BiH, ne može zasnivati odluka suda, to su isti morali biti izuzeti.“

...

„Nakon što je razmotrilo tvrdnje tužioca i odbrane, Apelaciono vijeće je iznesene prigovore odbrane ocijenilo osnovanim, smatrajući da se radilo o dokazima koji nisu pribavljeni u skladu sa odredbama Zakona o krivičnom postupku. Takav zaključak apelacionog vijeća praktično predstavlja direktnu implementaciju odluka i stavova Ustavnog suda BiH u predmetu *Nikice Žderića broj AP 291/08*, od 19.11.2011. godine, *predmetu Anera Drljevića broj AP 460/12* od 10.2.2015. i mnogim drugim odlukama donesenim po istom pitanju u periodu između te dvije odluke. Naime, *Ustavni sud BiH* je u predmetnim odlukama decidno izrazio stav da je *odredba člana 71. ZKPBiH imperativne prirode*, kao i obaveza tužioca da prije nego što pristupi otvaranju privremeno oduzetih predmeta o tome obavijesti osobe od koje su oduzeti, sudiju za prethodni postupak i branioca. Takvim tumačenjem predmetne zakonske odredbe sasvim se jasnim ukazuje zaključak da zakonodavac ne ostavlja nikakvu mogućnost tužiocu da prema vlastitom nahođenju, u svakom konkretnom slučaju, vrši slobodnu procjenu da li će o otvaranju privremeno oduzetih predmeta obavijestiti osobu od koje su oduzeti, sudiju za prethodni postupak i branioca, ili to neće učiniti. Ova obaveza se, prema stanovištu Ustavnog suda BiH, odnosi na sve privremeno oduzete predmete i na svaki slučaj otvaranja istih kao obavezne procesne radnje, jer odredba člana 71. ZKP BiH, prema stavu Ustavnog suda BiH, ne propisuje bilo kakve izuzetke u kojima tužilac nema obavezu postupiti prema istoj. Uzima se da otvaranje i pregled predmeta predstavlja uviđaj. Stoga, nepostupanje po navedenoj imperativnoj odredbi predstavlja povredu prava na pravično suđenje iz člana II/3 (e) Ustava BiH i člana 6. Evropske konvencije o ljudskim pravima i slobodama.

S obzirom da u konkretnom slučaju tužilac nije pružio dokaze da je postupio u skladu s odredbom člana 71. stav 2. ZKPBiH, te o otvaranju privremeno oduzetih predmeta obavijestio prije svega sudiju za prethodni postupak, a zatim i branice, čime je povrijedio pravo na pravično suđenje, kakvu povredu prema stavu Ustavnog suda BiH nije moguće ni naknadno ispraviti, to su svi dokazi proizašli iz te procesne radnje oglašeni nezakonitim i kao takvi isključeni iz spisa, budući da

odredba člana 10. stav 2. ZKPBiH izričito propisuje da sud ne može zasnivati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava, niti na dokazima pribavljenim bitnim povredama ZKP.“

Presuda Apelacionog vijeća, broj: S1 2 K 016661 16 Kžk od 17.2.2017. godine¹²

- **Prilikom preispitivanja zakonitosti dokaza potrebno je polaziti od čitavog toka pribavljanja istih, pravičnosti postupka u cjelini, kao i činjenice da li je optuženim licima pružena mogućnost osporavanja zakonitosti dokaza, s obzirom da ne bi imalo smisla izdvajati pouzdane dokaze zbog eventualne proceduralne manjkavosti ograničenog značaja, a naročito ukoliko bi se radilo o takvoj manjkavosti koja ne dovodi u pitanje čitav tok pribavljanja dokaza koji ostavlja utisak pravilnog postupanja.**

Iz obrazloženja:

“Naime, ovo Vijeće se prilikom preispitivanja da li se radilo o zakonito pribavljenim dokazima nije ograničilo samo na pitanja, gledana sa proceduralne strane, koja bi se svela na ispitivanje pravilnosti činjenice da li je ispoštovana odredba člana 71. ZKP BiH, kako su to odbrane isključivo pokušale usmjeriti. Po mišljenju ovog Vijeća, takav pristup odbrane bio bi neprimjeren redukcionizam konkretnoj situaciji, već je njenom preispitivanju valjalo pristupiti s aspekta pravičnosti postupka u cjelini i uopšte razmotriti pitanje zakonitosti i prihvatljivosti spornih dokaza obzirom na način njihovog pribavljanja i okolnosti koje ukazuju na njihovu vjerodostojnost.

Ovakav pristup preispitivanju dokaza Apelaciono vijeće temelji na stavu ESLJP koji je izražen u predmetu *Lisica protiv Hrvatske* (Zahtjev br. 20100/06, presuda od 25. februara 2010. godine), kada je Sud zaključio: „*Kad se utvrđuje je li postupak u cjelini bio pošten, potrebno je uzeti u obzir i jesu li poštivana prava obrane. Osobito se mora ispitati je li podnosiocu zahtjeva pružena prilika osporiti vjerodostojnost dokaza i usprotiviti se njegovoj uporabi. Osim toga, mora se uzeti u obzir i kvaliteta dokaza, između ostalog i je li, zbog okolnosti u kojima je dokaz pribavljen, dovedena u pitanje njegova pouzdanost ili točnost.*“

Polazeći od izloženih kriterija, Apelaciono vijeće je u konkretnom utvrdilo da su sporni dokazi u ovom predmetu izuzeti na osnovu zakonite naredbe ovog Suda, broj S1 2 K 012962 14 Krn 25 od

¹² Vidjeti i odluke Ustavnog suda BiH kojima su odbijene apelacije izjavljene protiv ove presude: AP 2638/17 od 11.6.2019. godine i AP-2601/17 od 17.7.2019. godine

29.01.2014. godine u odnosu na tada osumnjičenog V.D., te naredbe broj S1 2 K 012962 14 Krn 26 od 29.01.2014. godine, u odnosu na tada osumnjičenog H.T., prilikom kojih pretresa osumnjičeni nisu imali primjedbi koje bi bile unesene na zapisnike koje su svojeručno i potpisali, te kojom prilikom su izuzeti predmeti detaljno opisani i pobrojani u potvrdama o privremenom oduzimanju, koje su također svojeručno potpisane od strane tada osumnjičenih. Uz sve to, prilikom pretresa kako u odnosu na V.D., tako i H.T., urađena je i fotodokumentacija iz koje je vidljiv svaki predmet detaljno opisan u zapisnicima o pretresanju, kao i potvrdama o privremenom oduzimanju predmeta.¹³

Dakle, cijeneći cijeli tok pribavljanja spornih dokaza, počev od toga da su pretresi rađeni na osnovu zakonite naredbe suda, da su o istom urađeni zapisnici i izdate potvrde koje su tada osumnjičeni potpisali, a da su predmeti u istima detaljno pobrojani i opisani, te da sve navedeno prati i fotodokumentacija koja potvrđuje identitet predmeta, to je za ovo Vijeće nesporan kvalitet ovih dokaza, te pouzdanost i tačnost istih ničim nije dovedena u pitanje. U tom pogledu, ovo Vijeće napominje, da ne bi imalo smisla izdvajati pouzdane dokaze zbog eventualne proceduralne manjkavosti ograničenog značaja, a naročito ukoliko bi se radilo o takvoj manjkavosti koja ne dovodi u pitanje čitav tok pribavljanja dokaza koji ostavlja utisak pravilnog postupanja.

Vraćajući se na pitanje da su u drugim predmetima bile vrlo slične ili iste okolnosti kao i prethodno navedene, ali da su vijeća tada ipak zauzimala drugačije stavove, te dokaze oglašavali nezakonitim, ovo Vijeće naglašava da ne može ulaziti u okolnosti slučaja u kojem nije postupalo i u vezi kojeg ne zna dovoljno detalja koji su bili odlučujući za Sud da donesene takvu odluku, pa se slijedom toga ne može ni tvrditi da se radi o istom ili sličnom pravnom osnovu.

Uz sve navedeno, u prilog zaključku da je postupak prema optuženima u cjelini bio pravičan, Apelaciono vijeće ističe i činjenicu da je istima data mogućnost da ospore dokaze, te je u tom smislu vođen i pretres pred drugostepenim sudom, pri čemu činjenica da konačan ishod postupka u jednom dijelu ipak rezultira osuđenjem, ni u kom slučaju ne narušava pravičnost postupka gledano u cjelini, obzirom da su ispoštovana prava odbrane te da im je pružena mogućnost osporavanja dokaza.

¹³ Prilikom pretresa kuće optuženog V.D., zapisnik o istom je potpisala A.B., ali tom prilikom nijedan predmet nije ni oduzet, zbog čega je relevantniji zapisnik o pretresanju lica – V.D., koji je svakako isti i potpisao, kao i samu potvrdu o privremenom oduzimanju, kojom su od njega lično oduzeti određeni predmeti te gdje je konstatovano da lice nema primjedbi. U odnosu na optuženog H.T., odlučna okolnost koja je cijenjena, jeste da je isti bio prisutan prilikom pretresa prostorija, kojom prilikom su i oduzeti ključni predmeti koji su bili dokaz u ovom postupku, a kom prilikom je isti i potpisao potvrde o privremenom oduzimanju tih predmeta gdje je konstatovano da nema primjedbi.

Dakle, cijeneći sve prethodno navedeno, ovo Vijeće smatra da je postupak prema optuženima vođen na pravičan način, da nije došlo do procesnih povreda takve kvalitete koje bi dovele u pitanje poštivanje principa pravičnog suđenja. Kada ovako zaključuje, Apelaciono vijeće se rukovodi i činjenicom da ESLJP ocjenjujući da li okolnosti u kojima je dokaz pribavljen dovode u sumnju njegovu pouzdanost i tačnost, posebno uzima u obzir i to da li je osumnjičeno/optuženo lice obaviješteno o dokaznoj radnji, te može li joj prisustvovati. S tim u vezi, ovo Vijeće ukazuje da je ključna okolnost za pravilno rješavanje krivičnopravne stvari da je dokazna radnja, kao što je pretres i privremeno oduzimanje predmeta, zakonito provedena, a što u užem smislu ne potpada procesna radnja samog otvaranja i pregleda tih predmeta, zbog čega upravo eventualna manjkavost te procesne radnje ne može dovesti u pitanje zakonitost provedene same radnje dokazivanja. ”

IN TEMPORE ODLUKA O ZAKONITOSTI DOKAZA

Presuda Apelacionog vijeća, broj S1 2 K 017901 17 Kžk od 13.4.2018. godine

- **Za povlačenje ocjene načina na koji su dokazi pribavljeni i upotrijebljeni u postupku ispitivanja predmeta optuženja, te za ocjenu da li su takvi dokazi bili od uticaja i ako jesu koliko na postupak u cjelini sa aspekta njegove pravičnosti, potrebno je prethodno izvesti, jer tek nakon pojedinačne ocjene tih, navodno spornih, i drugih dokaza u njihovoj korelaciji sa cjelinom dokazne građe moguće je povući konačne i pouzdane zaključke o dokazanosti odlučnih činjenica u vezi predmeta optuženja.**

Iz obrazloženja:

„Ovo Vijeće je tim povodom zaključilo da je ovakav zahtjev odbrane bio preuranjen i prejudicirajući. Naime, za povlačenje ocjene načina na koji su dokazi pribavljeni i upotrijebljeni u postupku ispitivanja predmeta optuženja, te za ocjenu da li su takvi dokazi bili od uticaja i ako jesu koliko na postupak u cjelini sa aspekta njegove pravičnosti, potrebno je prethodno izvesti dokaze na pretresu pred Apelacionim vijećem. Tek potom, nakon pojedinačne ocjene tih, za odbranu spornih dokaza, i drugih dokaza u njihovoj korelaciji sa cjelinom dokazne građe moguće je povući konačne i pouzdane zaključke o dokazanosti odlučnih činjenica u vezi predmeta optuženja. Pri tom, odlučujući o tadašnjem zahtjevu Apelaciono vijeće se *a fortiori* rukovodilo i činjenicom da je Evropski sud za ljudska prava (ESLJP) u svojim odlukama ustanovio da nezakonitost dokaza obavezno i pod određenim uslovima *eo ipso* ne isključuje i njihovu prihvatljivost. Nadalje, ovo Vijeće se rukovodilo i dosadašnjom praksom ovog Suda po kojoj: „(...) Odluka o prihvatanju dokaza u toku provođenja dokaznog postupka, procesnog je karaktera. Primjereno je da se dokazi u spis u toku postupka prihvataju procesnim rješenjima, a da se ocjena tih dokaza u smislu njihove sadržine i dokazne snage vrši po okončanju glavnog pretresa, kada prvostepeno vijeće ima pregled svih izvedenih dokaza, te može u smislu odredbe iz člana 15. i 281. stav 1. i 2. ZKP BiH, izvršiti slobodnu ocjenu svakog dokaza pojedinačno i u vezi sa ostalim dokazima.“ (v. Sud BiH, predmet broj S1 1 K 004050 13 Krž 15, Tužilaštvo BiH vs. *Božidar Kuvelja*, drugostepena presuda,

16.09.2013., par. 57.). Sve navedeno je vodilo konačnom zaključku a to je da je svakako bespredmetno govoriti i o eventualnoj kontaminiranosti Suda za slučaj ako se nezakoniti dokazi ne izdvoje iz predmetnog spisa, obzirom da je Apelaciono vijeće već u razmatranju žalbi i ispitivanja žalbenih prigovora, bilo upoznato sa svim izvedenim dokazima. U praksi, neka vijeća sklona su prihvatanju svih dokaza koje strane podnesu, a ocjenu dokaza vrše naknadno u skladu sa članom 15. ZKP (Slobodna ocjena dokaza). Druga vijeća uzimaju u obzir pitanje prihvatljivosti dokaza. Na primjer, u predmetu *Trbić*, Pretresno vijeće dalo je upute tužilaštvu i odbrani, kada je u pitanju prihvatljivost uložениh materijalnih dokaza, da se „prigovori mogu ulagati na relevantnost, autentičnost i dokaznu vrijednost” uložениh dokaza. Vijeće je također navelo da, u cilju efikasnosti postupka, vijeće može da cijeni i odlučuje o relevantnosti i autentičnosti dokaza, dok će dokaznu vrijednost cijeliti na završnim vijećanjima i prilikom donošenja presude.

Kod donošenja ovakvih zaključaka, Apelaciono vijeće je cijeno da je pitanje nezakonitih dokaza u jednom segmentu ovog postupka odmah riješilo – dokazi proizašli na osnovu posebnih istražnih radnji, ali je zaključilo da postoji razlika u rješavanju ova dva pravna pitanja koja u svojoj konačnici određuje sudbinu tih dokaza. Naime, pitanje posebnih istražnih radnji vezano je za nezakonitosti incijalnog akta kojim su iste pokrenute, te su u svojoj ukupnosti nezakonite, dok se u pogledu privremeno oduzetih predmeta ne radi o cjelokupno nezakonitom procesu, kako će to kasnije biti obrazloženo, obzirom da su takvi predmeti, u konkretnom slučaju, izuzeti na osnovu zakonitih naredbi suda.”

POSEBNE ISTRAŽNE RADNJE

Presuda apelacionog vijeća Suda BiH, broj S1 2 K 017854 15 Kž 10 od 21.9.2016. godine

- **Neobavješćavanje osumnjičenog da su protiv istog provedene posebne istražne radnje, ne predstavlja kršenje člana 119. stav 3. ZKPBiH koje bi dovelo do onemogućavanja istog da zatraži sudsku kontrolu tako provedenih radnji, s obzirom da isto može činiti i kroz kasnije faze, kao na primjer žalbom na odluku o pritvoru.**

Iz obrazloženja:

„Žalbom se dalje ukazuje i na bitnu povredu odredaba iz razloga što nije postupljeno shodno odredbi člana 119. stav 3. ZKPBiH, tako da niko od okrivljenih, tada osumnjičenih S.P., N.K., M.G., M.D. i ostalih nisu obaviješćeni da je prema njima bila obavljana istražna radnja, iz kojih razloga im je uskraćena mogućnost da ospore zakonitost iste, kao i mogućnost da zatraže sudsku kontrolu sprovođenja posebne istražne radnje.

Naime, iz sadržaja odredbe na koju se poziva naslovljena žalba optuženih, obaveza da se obavijesti osoba *nakon što je završeno provođenje posebnih istražnih radnji* je obaveza suda, čiji je cilj davanje mogućnosti osobi koja je u pitanju da traži preispitivanje zakonitosti provedenih radnji.

Dakle, prema ocjeni ovog vijeća, ono što je odlučujuće u odredbi koja propisuje ovu obavezu suda jeste da osumnjičeni budu obaviješteni o provođenju posebnih istražnih radnji nakon što je završeno provođenje istih, odnosno kada se steknu uvjeti propisani zakonom, a što može biti i u momentu lišavanja slobode osumnjičenih, ili u trenutku dostave prijedloga Tužilaštva BiH za određivanje pritvora. Naime, iz sadržaja same žalbe ne proizilazi iz kojih razloga su zaista osumnjičeni onemogućeni da zatraže sudsku kontrolu sprovođenja posebnih istražnih radnji, odnosno iz kojih razloga im je onemogućeno da osporavaju zakonitost provedenih posebnih radnji. Po ocjeni ovog vijeća, osumnjičeni su u momentu lišavanja slobode, te određivanja mjere pritvora bili obaviješteni o osnovama sumnje za krivično djelo za koje su se sumnjičili, te koje su mjere bile preduzete protiv njih, vrste mjera, razloge za njezino dopuštanje i provođenje i sl., a žalba niti u jednom dijelu svog obrazloženja kada je u pitanju ovaj prigovor nije navela iz kojih razloga su osumnjičeni od momenta obavještavanja za šta se sumnjiče i kakvi se dokazi stavljaju protiv njih, bili ograničeni u svom pravu da zahtijevaju preispitanje zakonitosti određivanja i sprovođenja mjera koje su u pitanju.

Dakle, ovo vijeće zapaža da žalitelji nisu ničim dokazali da su na bilo koji način onemogućeni da podnesu zahtjev za preispitivanje zakonitosti naredbe i načina sprovođenja posebnih istražnih radnji u smislu člana 119. stav 3. ZKPBiH kada su se za to stekli uvjeti, ili da bi takav zahtjev bio nedjelotvoran pravni lijek.

Naime, po ocjeni ovog vijeća, a imajući u vidu sadržaj odredbe člana 119. stav 3. ZKPBiH zakon eksplicitno ne propisuje sadržaj i formu obavijesti koju sud treba poslati o provedenim mjerama, te se može zaključiti da ta obavijest treba da sadrži minimalno one informacije koje su neophodne da bi pravni lijek na koji se poziva branilac optuženih u žalbi bio djelotvoran (osnovama sumnje za krivično djelo za koje se sumnjiči osoba prema kojoj je mjera bila preduzeta, vrsta mjere, razloge za njezino dopuštanje i provođenje i sl.), što znači sve ono što, u biti, sadrži i sama naredba prema članu 118. stav 1. ZKPBiH. Dakle, sve ono s čime se osumnjičeni upoznaju i o čemu budu obaviješteni i u momentu lišavanja slobode, ili u trenutku dostave prijedloga Tužilaštva BiH za određivanje pritvora. Upravo od tog momenta osumnjičeni imaju pravo da osporavaju zakonitost provedenih mjera, što je u konkretnom slučaju kroz žalbe na rješenja o mjerama pritvora i učinjeno. Stoga, žalbeni prigovori odbrane osumnjičenih da nisu bili mogućnosti da zatraže sudsku kontrolu sprovođenja posebne istražne radnje, zbog navodnog nepoštivanja odredbe člana 119. stav 3. ZKP BiH, ovo vijeće nalazi neosnovnim.

Imajući u vidu navedeno, tvrdnje kakve su iznesene u predmetnoj žalbi ne mogu dovesti u pitanje kako zakonitost postupanja suda, tako ni djelotvornost i adekvatnost garancija koje ZKPBiH pruža u konkretnoj situaciji.”

Presuda Apelacionog vijeća, broj S1 3 K 025190 19 Kžk od 14.02.2020. godine

- **Kada se do određenih informacija o učinjenju određenog krivičnog djela dođe putem „slučajnih nalaza“ tokom provođenja posebnih istražnih radnji, pa se isto to djelo kasnije i formalno uvede u naredbe o provođenju posebnih istražnih radnji, od tog momenta takvi dokazi prestaju biti „slučajni nalaz“, te se vrši detaljna provjera uslova iz člana 116. u vezi sa članom 118. ZKP BiH.**

Iz obrazloženja:

„Prva naredba o provođenju posebnih istražnih radnji izdata je 12.05.2017. godine¹⁴, ista se ticala krivičnog djela Krijumčarenja ljudi, a kao bitno lice za ovaj predmet javlja se N.H. Navedena naredba nije sporna u kontekstu njene zakonitosti i valjanosti, kao niti naredbe izdate dana 22.05.2017. godine¹⁵ i 09.06.2017. godine¹⁶. Također, nije sporno niti da se na temelju tako provedenih posebnih istražnih radnji moglo doći do saznanja o potencijalnoj inkriminaciji ovog krivičnog djela kao tzv. slučajnog nalaza, obzirom da isto potpada pod kategoriju krivičnih djela protiv čovječnosti i vrijednosti zaštićenih međunarodnim pravom, kako to poznaje član 117. ZKP BiH.

Međutim, ono što se pojavilo kao sporno, to je činjenica da se pitanje krivičnog djela Neovlaštenog prometa opojnim drogama u momentu formalnog uvođenja u predmetnu krivičnu stvar, i to naredbom od 04.07.2017. godine, čini na manjkav način. Naime, Naredbom Suda BiH o provođenju posebnih istražnih radnji, broj S1 2 K 025190 17 Krn 4 od 04.07.2017. godine, a očigledno nakon spoznaje o slučajnom nalazu o inkriminacijama u vezi s neovlaštenim prometom opojnom drogom¹⁷, posebne istražne radnje se zvanično proširuju kako i, pored N.H., na lice S. B., tako i na način da se u osnovama sumnje *paušalno* konstatuje navodno postojanje neovlaštenog prometa opojnim drogama, dok se u dijelu obrazloženja zašto se dokazi ne mogu pribaviti na drugi način, ostaje isključivo na nivou obrazlaganja sa aspekta ranijih inkriminacija u vezi međunarodnog krijumčarenja ljudi, dok se u odnosu na pitanje međunarodne trgovine drogom ne daje nikakvo obrazloženje u kontekstu opravdanosti zadiranja u osnovna ljudska prava i opravdane neophodnosti za istim.

¹⁴ S1 2 K 025190 17 Krn

¹⁵ S1 2 K 025190 17 Krn 2

¹⁶ S1 2 K 025190 17 Krn 3

¹⁷ Izvještaj prikrivenog istražitelja od 19.6.2017. godine.

Dakle, pitanje navodne neovlaštene trgovine drogom od Naredbe od 04.07.2017. godine, prestaje biti slučajni nalaz prema kojem se cijeni valjanost ranijih naredbi koje se odnose na drugo krivično djelo, te je bilo neophodno od tog momenta provjeru istih inkriminacija kroz posebne istražne radnje uvesti na zakonit i valjan način, obrazlaganjem uslova iz člana 116. u vezi sa članom 118. ZKP BiH upravo u odnosu na konkretizaciju tih radnji sa aspekta osnova sumnje i otežanosti primjena klasičnih istražnih radnji.

Također, ovo Vijeće je primjetilo da je djelovanje prikrivenog istražioca u periodu od 09.06.2017. godine do 11.07.2017. godine, sa aspekta izdatih naredbi ostalo u domenu krivičnog djela Krijumčarenja ljudi, iako je pomenutom naredbom od 04.07.2017. godine krivično djelo Neovlaštenog prometa opojnim drogama formalno uvedeno u ovu posebnu vrstu istražnih radnji. U tom kontekstu, Apelaciono vijeće ukazuje da se pitanje istog krivičnog djela ne može u istom vremenskom periodu (04.07-11.07.2017. godine) cijeliti dvojako – i kao „slučajni nalaz“ po ranije važećoj naredbi, te i kao formalno uvedeno krivično djelo koje se istražuje na osnovu nove naredbe i proširenja istrage.

Stoga, ovo Vijeće je zaključilo da se svi dokazi koji su proizašli iz posebnih istražnih radnji, i to od momenta manjkave naredbe od 04.07.2017. godine, imaju oglasiti kao nezakoniti, u skladu sa doktrinom „plodova otrovne voćke“. Kada tako zaključuje, Apelaciono vijeće ima u vidu da zakonitost određenog dokaza presudno određuje zakonitost prethodnih radnji kojim su ti dokazi prikupljeni.

Ovo Vijeće cijeni da bi razdvajanje radnji dokazivanja izolovano od njihove očigledne hronologije, koja upućuje da su ranije provedene radnje, a čija je zakonitost upitna, dovele i do kasnijih, možda i zakonito provedenih radnji, bilo izigravanje cjelokupnog sistema lanca dokazivanja koji zahtjeva kontinuiranu zakonitost. Na ovakvo stanovište upućuje i samo poimanje doktrine „plodova otrovne voćke“ koja uslovljava zakonitost prethodno pribavljenog dokaza, odnosno saznanje na osnovu kojeg je određen dokaz i proistekao. Dakle, radi se o širenju ekskluzije dokaza ne samo na one dokaze koji su dobiveni na zakonit način, već i na one dokaze koji su uzročno-posljedično proizilaze iz tih nezakonitih dokaza, a sve u svrhu onemogućavanja upotrebe dokaza dobivenih povredom Ustava (ljudskih prava) i krivičnog postupka.

U pogledu ovako izraženog stava, Apelaciono vijeće je zaključilo da su nezakonita sva saznanja proistekla nakon naredbe o provođenju posebnih istražnih radnji od 04.07.2017. godine, kao i prethodne naredbe od 09.06.2017. godine od momenta kada se ista vremenski poklapa sa naredbom od 04.07.2017. godine, kako je to obrazloženo u paragrafu 40. ove presude.

Obzirom da su u konkretnom slučaju naredbe o provođenju posebnih istražnih radnji nezakonite, to su i svi dokazi proizašli iz navedenih naredbi oglašeni kao nezakoniti i kao takvi isključeni iz spisa, budući da odredba člana 10. stav 2. ZKP BiH izričito propisuje da sud ne može zasnovati svoju odluku na dokazima pribavljenim povredama ljudskih prava.“

Presuda apelacionog vijeća, broj: S1 2 K 040518 22 Kž od 11.10.2022. godine

- **Institut PP (prijateljsko/poznaničke) veze je po svojoj prirodi institut operativnog karaktera, koji se koristi van formalnog krivičnog postupka, ali se na osnovu njegovog djelovanja i davanja informacija prikupljaju zakoniti dokazi koji će biti upotrijebljeni na sudu, pa činjenica da su dokazi prikupljeni putem prikrivenog istražitelja (po zakonitoj naredbi suda) koji je samo djelovao na osnovu informacije i kontakta PP veze takve dokaze ne čini nezakonitim.**

Iz obrazloženja:

„Prije svega, ovo Vijeće će ukazati da u suzbijanju krivičnih djela organizovanog kriminala PP veze predstavljaju značajan institut te da objekat istraživanja kome pripada i PP veza jeste informacija čije pravovremeno raspolaganje dovodi do uspješnog započinjanja i provođenja kriminalističke istrage. Dakle, informacije PP veze dovode do daljnje upotrebe zakonskih radnji dokazivanja, kao što su, između ostalog, posebne istražne radnje, odnosno u konkretnom upotreba prikrivenog istražitelja koji legalno djeluje. Tako se može reći da je institut PP veze po svojoj prirodi institut operativnog karaktera, koji se koristi van formalnog krivičnog postupka, ali se na osnovu njegovog djelovanja i davanja informacija, prikupljaju zakoniti dokazi koji će biti upotrijebljeni na sudu. Činjenica da su, kao u konkretnom, takvi dokazi prikupljeni putem prikrivenog istražitelja (po zakonitoj naredbi suda) koji je samo djelovao na osnovu informacije i kontakta PP veze, ove dokaze ne čini nezakonitim.

U vezi sa navedenim, Apelaciono vijeće nalazi da je na pravilnom putu analize suštine postojanja i korištenja PP veze u ovom predmetu, bio i prvostepeni sud, kada je na stranici 23. pobijane presude ispravno zaključio da se *radnje PP veze u konkretnom slučaju ogledaju u ustupanju informacija policiji i upoznavanju prikrivenog istražitelja sa optuženim M.M., da PP veza na održanom sastanku, osim neformalnog, kratkog razgovora sa M.M. u vezi prodaje auta, nije učestvovao u dogovoru prikrivenog i M.M. u vezi kupovine opojne droge, kao i da se navedeno lice pojavljuje samo u prvom od tri opisana događaja u optužnici*. Stoga prema stavu Apelacionog vijeća, dovodeći u vezi činjenično stanje ovog predmeta (što će biti obrazloženo u posebnom dijelu ove odluke), sa prirodom postojanja i korištenja PP veze od strane policijskih agencija, upućuje na samo jedan zaključak, da se u konkretnom ne radi o postupanju informatora čija uloga i djelovanje u ovakvim predmetima ipak zahtijevaju aktivniji angažman u odnosu na postupanje PP veze.

Do drugačijeg zaključka ne dovode ni navodi odbrane da je informator bio određen naredbom suda od 30.10.2020. godine, obzirom da je Apelaciono vijeće uvidom u ovu naredbu utvrdilo da se radi o zvaničnom zakonskom nazivu posebne istražne radnje iz člana 116. stav 1. tačka e) ZKP BiH – korištenje prikrivenih istražitelja i informatora, dok se u nastavku jasno konkretizuje korištenje samo prikrivenog istražitelja.“

Presuda apelacionog vijeća, broj predmeta: S1 2 K 034029 22 Kž 2 od 16.7.2022. godine

- **Informantu se ne može nametnuti zahtjev apsolutne pasivnosti kod izvođenja posebne istražne radnje simulirano davanje potkupnine, nego se njegova aktivnost u odnosu na potencijalnog izvršioca, mora kretati u granicama već stvorene i učvršćene odluke izvršioca krivičnog djela.**

Iz obrazloženja:

Branioци optuženih prigovorili su zakonitosti provođenja posebnih istražnih radnji simulirani otkup predmeta i simulirano davanje potkupnine jer su navodno, ovlaštena službena lica SIPA-e naređivala informatoru kome i koliko novca treba dati, iako optuženi prethodno nisu zahtijevali davanje dara, zbog čega je postupanje informatora nezakonito i predstavlja podstrekavanje na izvršenje krivičnog djela, a samim tim su nezakoniti i svi dokazi koji su ovakvim postupanjem informatora pribavljeni.

Pored navedenog, a kako pravilno navodi i prvostepena presuda, i ovo vijeće ukazuje da se u ovakvim situacijama registrovanom informant, Državne agencije za istrage i zaštitu, ne može nametnuti zahtjev apsolutne pasivnosti kod izvođenja ove posebne istražne radnje, nego se njegova aktivnost u odnosu na potencijalnog izvršioca, mora kretati u granicama već stvorene i učvršćene odluke izvršioca krivičnog djela, a o čemu je upravo u konkretnom slučaju riječ.

Stoga i ovo vijeće prihvatajući argumentaciju prvostepenog Suda vezano za ovaj prigovor, istu cijeni kao tačnu i zakonitu, postupanje informatora, u konkretnom slučaju zakonitim, kao i sve dokaze koji su njegovim postupanjem pribavljeni i cjenjeni prilikom donošenja presude, nalazeći da informator svojim postupanjem nije podstrekavao optužene S. i T. na izvršenje krivičnog djela. Primanje dara i drugih oblika koristi, već im je predao novac koji su oni od njega prethodno zahtijevali i to u iznosima koje su optuženi prethodno odredili, a ne ovlaštena službena lica SIPA-e.

ZAKONITOST DOKAZA DOBIJENIH PUTEM MPOM-a

Presuda apelacionog vijeća, broj predmeta: S1 2 K024760 19 KŽ 12, od 11.11.2019.godine

- **Neće doći do povrede prava na odbranu optuženog, ako mu se uskrati mogućnost da ispita zakonitost dokaza koji je proveden od strane Tužilaštva na glavnom pretresu, a koji je pribavljen putem Mpom-a po zakonodavstvu zamoljene države, jer iz domaćih zakona, kao i međunarodnih ugovora i konvencija upravo proizilazi „prihvatljivost“ radnji druge države i pribavljenih dokaza, osim ako to nije protivno osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka i principima međunarodnih akata o zaštiti ljudskih prava.**

Iz obrazloženja:

„Cijeneći žalbene navode odbrane optuženog, ovo vijeće smatra potrebnim naglasiti da se sve radnje po zamolnici o pružanju međunarodne pravne pomoći pružaju isključivo prema domaćem zakonodavstvu (tj. zakonodavstvu zamoljene zemlje), a što proizilazi ne samo iz odredbi Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći u krivičnim stvarima BiH (ZMPP BiH) i Zakona o međunarodnoj pravnoj pomoći Republike Srbije, već i iz odredbi člana 19. stav 3. Drugog dodatnog protokola uz Evropsku konvenciju o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima (Drugi dodatni protokol uz Konvenciju).

U prilog navedenom ide i režim uzajamnog priznavanja odluka, koji se zasniva na ideji da državni organi jedne zemlje članice priznaju odluke državnih organa druge zemlje članice, kao da su njihove, bez potrebe da se preispituje zakonitost takve odluke prije postupanja po istoj, što za posljedicu ima da se odluka izvršava u skladu sa principom *forum regit actum*, čime je olakšano priznavanje dokaza koji su pribavljeni u inostranstvu. U konačnici, a slijedom ovako istaknutih žalbenih navoda, Apelaciono vijeće ukazuje da kod instituta ustanovljenih kroz međunarodnu pravnu pomoć, posebno dolazi do izražaja načelo „povjerenja“, bazirano na pretpostavci da država ima povjerenja u pravni poredak države sa kojom ostvaruje saradnju.

U vezi sa prednjim ovo vijeće naglašava da je R. Srbija potpisnica Evropske konvencije o međusobnom pružanju pravne pomoći u krivičnim stvarima, kao i Bosna i Hercegovina, da su u konkretnom slučaju posebne istražne radnje provedene od strane nadležnih organa Srbije, na način propisan zakonima Srbije, te na temelju naredbe koje je izdao nadležni sud te države.

Također valja naglasiti da iz domaćih zakona, kao i međunarodnih ugovora i konvencija upravo proizilazi „prihvatljivost“ radnji druge države i pribavljenih dokaza, osim ako to nije protivno osnovnim načelima domaćeg pravnog poretka i principima međunarodnih akata o zaštiti ljudskih prava. To podrazumijeva da se radnje i dokazi koji su pribavljani u nekoj stranoj zemlji (zamoljenoj državi, konkretno Srbiji) mogu koristiti u Bosni i Hercegovini, osim naravno, ako su iskazi dati pod prisilom, mučenjem i drugo, na šta apelant u konkretnom slučaju nije ukazao. (stav Ustavnog suda BiH u predmetu broj: AP-4935/16 34 Odluka o dopustivosti i meritumu).“

ISKAZI SVJEDOKA SAOPTUŽENIH (I SVJEDOKA POKAJNIKA)

Presuda apelacionog vijeća, broj: S1 2 K 029157 22 Kžk 2 od 18.11.2022. godine.

- **Postoji povreda prava na pravično suđenje ako se pobijana presuda u odlučujućoj mjeri zasniva na iskazima svjedoka saoptuženih koji su sa Tužilaštvom zaključili sporazum o priznanju krivice, a sud nije dao „dovoljno logično i uvjerljivo obrazloženje o tome koji to posredni dokazi čine sistem čvrsto i logički povezanih indicija koje bi potkrijepile iskaze navedenih svjedoka i upućivale na jedini mogući zaključak da je upravo apelant počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret“**

Iz obrazloženja:

Suštinski, prema navedenoj odluci Ustavnog suda BiH, prethodno ukinuta presuda Suda BiH zasnivala se u najvećoj mjeri na iskazima svjedoka koji su zaključili sporazume o priznanju krivnje, kao jedinim neposrednim dokazima, dok drugi dokazi, prema ovoj odluci, jesu posredni dokazi ili indicije, koji nisu takvi da bi predstavljali sistem čvrsto i logički povezanih indicija, koje bi upućivale na jedini mogući zaključak da je upravo optuženi počinio krivično djelo koje mu se stavlja na teret. To posebno ako se ima u vidu da je Ustavni sud *smatra da u situaciji kada je moguće da redovni sud izvede zaključak iz činjenica koje su proizašle iz direktnih ili indirektnih dokaza princip in dubio pro reo nalaže da se mora razmotriti da li je takav zaključak, koji je moguć na osnovu utvrđenih činjenica, nedosljedan sa krivicom apelanta kao optuženog, odnosno zahtjeva da se usvoji zaključak koji pogoduje apelantu.*¹⁸

Prihvatajući ovakve stavove Ustavnog suda BiH kao vrhovnog autoriteta u tumačenju Ustava BiH i zaštitnika ljudskih prava i sloboda propisanih Ustavom i EKLJP, ovo Vijeće zaključuje da je s obzirom na sve navedeno, u ovoj krivičnopravnoj stvari, jedino moguće donijeti presudu kojom se optuženi oslobađa od optužbe.

Kada ovako zaključuje, iako postoji visok stepen osnovane sumnje na strani optuženog, Apelaciono vijeće je imalo u vidu da, osim ranije navedenih razloga, isticanih u obrazloženjima ukinutih presuda, a što je problematizirano od strane Ustavnog suda na način da Ustavni sud smatra da nisu pruženi jasni i argumentovani razlozi iz kojih proizilazi da je apelant počinio krivična djela za koja je ranije oglašen krivim, budući da provedeni dokazi dopuštaju sumnju u pogledu bitnih, pravno relevantnih činjenica, zbog čega nije dostignut potreban standard za donošenje osuđujuće presude –

¹⁸Paragraf 51. odluke Ustavnog Suda BiH broj: AP-1788/22 od 14.7.2022. godine

standard dokazanosti izvan svake razumne sumnje. Kako, praktično, ne postoji, osim već izvedenih dokaza, niti jedan drugi, konkretan, razlog koji bi bio dostatan za donošenje drugačije odluke, odnosno nije bilo moguće otkloniti sve sumnje, na koje je ukazao Ustavni sud, donošenje osuđujuće presude, u konkretnom, bi bilo suprotno načelima *praesumptio innocentiae* i *in dubio pro reo*, kao osnovnim načelima krivičnog postupka i Evropske konvencije o ljudskim pravima.

Presuda Apelacionog vijeća, broj predmeta: S1 2 K 031364 20 Kžž od 9.12.2020. godine

- **Nema nikakve zakonske zapreke da se sporni zapisnici o ispitivanju tada osumnjičenih prezentuju svjedocima bez obzira na njihov različit procesni položaj, uvedu u sudski spis, prihvate kao dokazi i cijene pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima u skladu sa članom 281. stav 2. ZKP BiH.**

Iz obrazloženja:

“Odredba člana 273. stav 1. ZKP BiH, koja propisuje izuzetak od neposrednog izvođenja dokaza, glasi:” *Iskazi dati u istrazi dopušteni su kao dokaz na glavnom pretresu i mogu biti korišteni prilikom direktnog ili unakrsnog ispitivanja ili pobijanja iznesenih navoda ili u odgovoru na pobijanje, nakon čega se prilažu kao dokazni materijal. U ovom slučaju osobi se može dati mogućnost da objasni ili pobije svoj prethodni iskaz.*”

Jasno da se u konkretnom slučaju radi upravo o situaciji koja je omogućena citiranom zakonskom odredbom, te da je drugostepeno vijeće ispravno postupilo pružajući mogućnost tužiocu da se koristi izjavama svjedoka datih u svojstvu osumnjičenih u smislu davanja objašnjenja ili pobijanja ranije iznesenih navoda. Shodno tome, nije bilo nikakve zakonske zapreke da se sporni zapisnici o ispitivanju tada osumnjičenih prezentuju svjedocima bez obzira na njihov različit procesni položaj, uvedu u sudski spis, prihvate kao dokazi i cijene pojedinačno i u vezi s ostalim dokazima u skladu sa članom 281. stav 2. ZKP BiH.

Nadalje, apelaciono vijeće je u sklopu ovog žalbenog prigovora ispitalo i navodni propust drugostepenog vijeća u smislu ignorisanja odredbi stav 2. i 3. člana 273. ZKP BiH i njihovog nedovođenja u vezu sa odredbom stava 1. istog člana. S tim u vezi branilac navodi kako bi se logičkim tumačenjem i analiziranjem svih odredbi člana 273. ZKP BiH sasvim sigurno dovela u pitanje mogućnost prezentovanja iskaza svjedocima koje su dali u drugom procesnom položaju.

Navedene žalbene prigovore vijeće nalazi neosnovanim. Naime, kako se odredbe stava 2. i 3. člana 273. ZKP BiH ne odnose na konkretnu procesnu situaciju, donošenje meritorne odluke po ovom pitanju nije ni iziskivalo potrebu njihovog konsultovanja, iz kog razloga je ovaj žalbeni prigovor valjalo odbiti kao takav.

Konačno, navedeni pristup prilikom preispitivanja prava tužioca da prilikom saslušanja svjedoka koristi izjave date u istrazi (u svojstvu osumnjičenih) i po mišljenju ovoga vijeća, drugostepeno

vijeće pravilno temelji na stavu ESLJP koji je izražen u odluci u predmetu *Luca protiv Italije* (Predstavka br. 33354/96, stav 41), kada je Sud zaključio: ..., *Prema tome, ako izjava može u materijalnom smislu predstavljati osnov za krivičnu osudu, onda, neovisno o tome da li je takvu izjavu dao svjedok u užem smislu riječi ili suoptuženi, ona predstavlja dokaz optužbe na koji se primjenjuju garancije predviđene članom 6., stavovima 1. i 3.d Konvencije...*“ ,dovodeći ga u vezu sa stavom Ustavnog suda u odluci o dopustivosti i meritumu broj AP 661/04 kojom je uspostavljen standard prema kome činjenica da se radi o iskazu svjedoka, koji je prethodno zaključio sporazum o priznanju krivice (situacija u konkretnom slučaju), ne umanjuje vrijednost tog iskaza, ukoliko je isti ocijenjen u smislu člana 281. stav 2. ZKP BiH, shodno kojoj odredbi je drugostepeno vijeće, po stavu ovoga vijeća, i postupilo u pobijanoj presudi.“

Presuda apelacionog vijeća, broj: S1 2 K 015384 17 Kž 13 od 22.5.2017. godine

- **Imunitet može dati osobama koje su u početnoj fazi krivičnog postupka bile tretirane kao osumnjičena lica, te da se, pod određenim uslovima, iskazi takvih lica mogu koristiti kao relevantni dokazi kod utvrđivanja krivice optuženih, a kako je to u konkretnom predmetu bio slučaj.**

Iz obrazloženja:

Kod donošenja ovakvog zaključka, pretresno vijeće se pravilno rukovodilo standardima koji su u domaćoj i međunarodnoj praksi izdiferencirani u pogledu instituta svjedoka pod imunitetom, tzv „svjedoka pokajnika“.

Pa tako, prema stavu i ovog vijeća nesporno je da je u praksi prepoznat zajednički indikator članstva u organizovanoj kriminalnoj grupi, odnosno činjenica međusobne unutrašnje strukturiranosti po načelima subordinacije, te poseban „zavjet šutnje“, koji ovako ustrojenu strukturu „štiti“ od mogućnosti otkrivanja njenog članstva i njene djelatnosti, a koja predstavlja kriminalnu, zakonom zabranjenu aktivnost u najrazličitijim modalitetima¹⁹. Stoga je vrlo često u praksi takvu specifičnu kriminalnu djelatnosti, jedino moguće „razotkriti“ korištenjem ovog krivičnog pravnog instituta, koji svoj temelj u nacionalnom zakonodavstvu nalazi u samom procesnom zakonu, u odredbi člana 84. ZKPBiH, ali čijom već *prima facie* analizom je jasno da ista

¹⁹ Kos, Damir, *Primjena načela oportuniteta u kaznenom progonu*, str. 2, tekst dostupan na web-stranici: http://www.pravosudje.ba/vstv/faces/docservlet?p_id_doc=1035

ne predstavlja siguran putokaz za praktičare u suočavanju sa izazovima koji neminovno proizilaze iz svakog konkretnog predmeta u kojem dođe do primjene ovog instituta.

Donošenje jedne takve odluke predstavlja možda i najveću odgovornost tužitelja, budući da ona predstavlja odstupanje od principa legaliteta krivičnog gonjenja i podrazumijeva da osoba koja je na određeni način učestvovala u izvršenju krivičnog djela, ne bude zbog toga procesuirana, što se može činiti kao izuzetno nepravična odluka. Svoje opravdanje za ovakvo postupanje tužilac će nesporno naći u činjenici da pripadnik tako ustrojene zločinačke organizacije, kojem se eventualno imunitet daje, tu organizaciju dobro poznaje iznutra, kako u hijerarhijskom smislu, tako i u samom preduzimanju inkriminiranih radnji, što opravdava njegovo aboliranje od krivičnog postupka u svrhu otkrivanja drugih mnogobrojnih članova, pa i organizatora, koji takvu organizaciju čine.

Slijedom navedenog ni ovo vijeće nema dileme da se imunitet može dati osobama koje su u početnoj fazi krivičnog postupka bile tretirane kao osumnjičena lica, te da se, pod određenim uslovima, iskazi takvih lica mogu koristiti kao relevantni dokazi kod utvrđivanja krivice optuženih, a kako je to u konkretnom predmetu bio slučaj.

...

U pogledu žalbenih navoda da su sve izjave svjedoka A.V. bile konstruisane i usmjerene isključivo na dobivanje imuniteta za teška djela ubistva i pokušaja ubistva, kao i puštanja na slobodu, ovo Vijeće zaključuje da prema stanju stvari, A. V. dobivanjem imuniteta od strane Tužilaštva nije ostvario takve pogodnosti koje bi očigledno ukazivale na njegov interes da zbog toga po svaku cijenu iznosi lažne konstrukcije u odnosu na ostale saučesnike (pripadnike kriminalne grupe). Odnosno, isti nije u tolikoj mjeri „profitirao“ da bi takvim svjedočenjem ishodio aboliranje od krivičnog gonjenja u potpunosti. Stoga po ocjeni vijeća, u konkretnom slučaju, nije riječ o izmišljanju i iznošenju nečega što optuženi nisu učinili, nego jednostavno o prestanku šutnje i otkrivanju onoga što je znao, a do tada tajio, kako zbog vlastitog učešća u inkriminiranim radnjama, tako i opštepoznate pojave solidarnosti među saučesnicima, koji se u takvim slučajevima gotovo redovno nastoje prikriti. U prilog neosnovanim tvrdnjama odbrane ne idu ni navodi o različitim iskazima A. V. koji su dati u vrijeme prije i poslije davanja imuniteta, obzirom da je takav slijed, pak, i logičan, obzirom da se imunitet i daje u većini slučajeva osobama koje jesu u jednoj fazi postupka bile osumnjičene da bi se nakon toga dobio odgovor i na pitanja zaštićena od samooptuženja i ostvario mnogo veći interes, odnosno saznanja o brojnim učesnicima kriminalne grupe i poduzetim inkriminacijama. U konkretnom slučaju, navedeno je i u uskoj vezi sa činjenicom da su dokazi do kojih se primjenom ovog instituta došlo, bili ključni i od izuzetno velikog značaja za procesuiranje težeg krivičnog djela i izvršioca čija je krivična odgovornost veća od odgovornosti osobe kojoj je dat imunitet – A. V.

U konačnici, sa aspekta same dokazne vrijednosti iskaza ovog svjedoka, prvostepena presuda se i sa ovim pitanjem bavila na pravilan i u svemu prihvatljiv način, te je tako, između ostalog, istaknuto da su odbrane svih optuženih imale mogućnost da istog unakrsno ispituju i ospore njegove navode,

pa činjenica da je isto bilo bezuspješno ne može biti podloga za žalbene prigovore o nekredibilnosti ovog svjedoka. Dokle god iskazi svjedoka, pa i svjedoka pod imunitetom A. V., tvore jednu logičku cjelinu i pojašnjavaju pojedine detalje cjelokupnog toka događaja za koje se optuženi terete, nema osnova za nepoklanjanje vjere i manje vrednovanje takvog iskaza, samo iz razloga njegove specifične uloge.

U prilog navedenom govori činjenica da Sud, dovodeći u vezu iskaz svjedoka A.V. sa onim što su govorili drugi svjedoci i na šta upućuju materijalni dokazi, dolazi do nesumnjivog uvjerenja da je iskaz istog u vezi s aktivnostima optuženih istinit i da predstavlja izraz onoga što se zaista dogodilo i u čemu je sam učestvovao, a što je do dobijanja imuniteta od krivičnog gonjenja, tajio od tužioca i suda. Navode svjedoka A.V o organiziranoj grupi koju su činili optuženi, potkrijepili su svjedoci S. R., E. A., H. Č., B.S. L1, L2 i drugi svjedoci neposredno saslušani na glavnom pretresu, kao i relevantni materijalni dokazi. Svi navedeni svjedoci govore i o organizaciji grupe, o hijerarhiji grupe i govore o autoritetu D.E. kao organizatora. Ovi svjedoci govore saglasno izjavi A. V. da je grupa imala unaprijed pripremljene stanove u Sarajevu, govore ko je iznajmljivao stanove, po čijoj naredbi, ko je nabavljao oružje, po koga su išli svojim vozilima, kako su se prelazile granice između BiH i R. Srbije, kako su se izvršavala pojedina krivična djela, što će biti posebno obrazloženo u odnosu na svaku pojedinu tačku izreke pobijane presude.

Da bi izbjeglo ponavljanje, Apelaciono vijeće će samo ukazati da je prilikom donošenja svojih zaključaka također cijenilo odluke Ustavnog suda BiH, koje su pravilno citirane u pobijanoj presudi (npr. AP-2118/08, AP-661/04, AP-1394/07).“

II IZBORNE ŽALBE

Vesna Trifunović, sudija Suda Bosne i Hercegovine

Rialda Bijedić, pravna savjetnica za sudsku praksu

1 PREURANJENA IZBORNA KAMPANJA KAO NOVINA U IZBORNOM ZAKONU BOSNE I HERCEGOVINE

1.1 UVOD

Građani Bosne i Hercegovine, koja kao demokratska država funkcioniše u skladu sa zakonom i na osnovu slobodnih i demokratskih izbora, imaju pravo na ostvarivanje svojih demokratskih prava na slobodnim, pravičnim i demokratskim izborima. Materiju izbora reguliše Izborni zakon Bosne i Hercegovine, koji uređuje izbor članova zakonodavnih i izvršnih organa vlasti na svim nivoima, uključujući opće i lokalne izbore. Izborni zakon Bosne i Hercegovine definiše načela, pravila i postupke za provođenje izbora, kao i prava i obaveze učesnika u izbornom procesu. Organizaciju i nadzor nad svim izbornim procesima u Bosni i Hercegovini provodi Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine koja donosi podzakonske akte, upravlja biračkim spiskovima, organizira edukaciju izborne administracije i rješava prigovore i žalbe tokom izbora.

Izborni zakon Bosne i Hercegovine²⁰ od stupanja na snagu pretrpio je mnoge izmjene koje su se odnosile na sam izborni proces, ovlaštenja Centralne izborne komisije, pravila ponašanja političkih subjekata i druge oblasti od značaja za izborni proces. Sve usvojene izmjene izvršene su sa ciljem otklanjanja nedostataka postojećih zakonodavnih rješenja koja su vrlo često u vezi sa utvrđenim pojavnim ponašanjima koja je potrebno urediti jer ih ne regulišu postojeće zakonske odredbe.

Iskustva iz prethodno provedenih izbora u Bosni i Hercegovini ukazuju na konstantnu promjenu ponašanja političkih subjekata, njihovog rukovodstva, kandidata, simpatizera ili medija na koje imaju uticaje, koja narušavaju transparentnost i pravičnost izbora. Ovo je bio i razlog da Visoki predstavnik u Bosni i Hercegovini, Christian Schmidt koristeći se bonskim ovlaštenjima, u cilju jačanja integriteta izbora i unapređenja upravljanja izbornim procesom na transparentan način, nakon neuspješnih pokušaja dogovora o izornoj reformi, Odlukom²¹ od 26.3.2024. godine donio Zakon o izmjenama i dopunama Izbornog zakona Bosne i Hercegovine koja Odluka je stupila na snagu danom donošenja.

Između obimnih i značajnih intervencija Odluke Visokog predstavnika u BiH u sadržaju Izbornog zakona izvršena je izmjena zakonskih odredbi koje se odnose na izbornu kampanju i

²⁰Izborni zakon Bosne i Hercegovine, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine” broj 23/01 od od 19.9.2001. godine.

²¹Odluka Visokog predstavnika, „Službeni glasnik Bosne i Hercegovine broj” 24/24 od 5.4.2024. godine.

dopuna ovih odredbi u pogledu preuranjene izborne kampanje koja nisu bila regulisana dotadašnjim zakonskim odredbama. Uvođenje instituta preuranjene izborne kampanje pokazalo je da politički subjekti, njihovi kandidati, pristalice ili simpatizeri nisu svoje radnje prilagodili novousvojenim pravilima ponašanja, što je imalo za posljedicu veliki broj postupaka koja je vodila Centralna izborna komisija Bosne i Hercegovine zbog povrede ovog pravila ponašanja. Upravo masovnost povreda pravila ponašanja, te dileme koje su se pojavile u postupku utvrđivanja odgovornosti ili u postupanju odlučivanja o žalbi, bili su motiv i želja da se ovaj rad na studiozniji način bavi preuranjenom izbornom kampanjom iako svaka od izvršenih izmjena po Odluci Visokog predstavnika, može biti tema za samostalnu analizu.

1.2 ODNOS IZBORNE KAMPANJE I PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE

Odredba člana 1.1. stav 1 tačka 7. Izbornog zakona BiH definiše izbornu kampanju kao radnje i postupke u razdoblju koje počinje 30 dana prije održavanja izbora i završava se nastupanjem početka razdoblja od 24 časa prije otvaranja biračkih mjesta, tokom kojeg politički subjekt na zakonom utvrđen način upoznaje birače i javnost sa svojim programima i kandidatima za predstojeće izbore.

Tačka 8. citirane odredbe propisuje da je preuranjena kampanja svaki oblik radnji iz kampanje koje preduzimaju politički subjekti u periodu od raspisivanja izbora do perioda zvaničnog početka izborne kampanje.

Iz samog zakonskog propisivanja proizilazi da se radi o istim radnjama preduzetim sa istim ciljem, koje vremenska odrednica opredjeljuje kao dozvoljene ili nedozvoljene budući da odredbe člana 7.1. Izbornog zakona zabranjuju vođenje preuranjene izborne kampanje.

Zabranom vođenja preuranjene izborne kampanje sprječava se da izborna trka postane neravnopravna u samom početku jer bi političke stranke koje imaju više novčanih sredstava ili uticaja na više medija imale mogućnost javnog oglašavanja već od samog raspisivanja izbora. Ograničavanjem vremena na jasno utvrđen period u kome sve ovjerene političke stranke mogu preduzimati izbornu kampanju u duhu je standarda koje je Vijeće Evrope utvrdilo u preporukama, i mišljenjima njenih komisija i tijela o izborima i izbornoj kampanji.

U pogledu preuranjene izborne kampanje, kao novog pravila ponašanja, budućnost će ustanoviti praksu u primjeni zakona, ali u pogledu činjenice da vrijeme preduzimanja radnje, čini distinkciju između preuranjene kampanje u odnosu na izborne kampanje, već je ustanovljeno u dosadašnjoj sudskoj praksi.

SUDSKA PRAKSA

Odbijena žalba izjavljena na odluku CIK-a o utvrđivanju odgovornosti za preuranjenu izbornu kampanju.

Iz obrazloženja:

Cijeneći pravilnost i zakonitost pobijane odluke Centralne izborne komisije BiH, apelaciono vijeće je utvrdilo da je donesena nakon uvida u kompletan spis predmeta i da je na utvrđeno činjenično stanje pravilno primijenjeno materijalno pravo.

Prije svega u pobijanoj odluci cijunjena je odredba člana 1.1.a stav 1. tačka 8. Izbornog zakona (Sl. glasnik BiH, br. 23/01 sa izmjenama) koja propisuje da preuranjena kampanja predstavlja svaki oblik radnji iz kampanje koje preduzimaju politički subjekti u periodu od raspisivanja izbora do perioda zvaničnog početka izborne kampanje. Kada se cijeni da je odredbom tačke 7. citiranog člana propisano da period izborne kampanje počinje 30 dana prije otvaranja biračkih mjesta i završava 24 sata prije otvaranja biračkih mjesta, tokom kojeg perioda subjekti na zakonom utvrđen način upoznaju birače i javnost s programima i kandidatima za predstojeće izbore, nesumnjivo da svaka promocija političke stranke prije zakonom propisanog perioda je preuranjena pa tako i objava na Facebook stranici žalitelja iz jula 2024. godine, pod uslovom da sadržaj objave ima karakter izborne kampanje.

Rješenje Suda BiH: broj S 1 3 Iž 049381 24 Iž od 18.09.2024. godine

1.3 PREURANJENA IZBORNA KAMPANJA I NJENI OBLICI

Prema odredbi člana 1. stav 1. tačka 8. Izbornog zakona preuranjena izborna kampanja predstavlja svaki oblik radnje iz kampanje koje preduzimaju politički subjekti u period od raspisivanja izbora do zvaničnog početka izborne kampanje.

Citiranu odredbu nužno je tumačiti zajedno sa odredbom stava 7. koja definiše karakter izborne kampanje kao radnje kojom politički subjekt na zakonom utvrđen način upoznaje birače i javnost sa svojim programom i kandidatima za predstojeće izbore.

Takođe za pravilno utvrđenje preuranjene izborne kampanje potrebno je cijeniti i odredbu člana 7.1. Izbornog zakona koji propisuje da je u periodu preuranjene izborne kampanje zabranjeno vođenje izborne kampanje u elektronskim, onlajn i štampanim medijima i putem društvenih mreža ili bilo koji oblik javnog oglašavanja kampanje. Ova zabrana ne odnosi se na organizovanje zakonitih zvaničnih skupova organa i događaja političkih subjekata u svrhe koje nisu kampanja.

Kada se tumače citirane zakonske odredbe proizilazi da je suština izborne kampanje u upoznavanju birača i javnosti s programom političkog subjekta i kandidatima za predstojeće izbore.

Pravilnik o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekata u izbornom periodu (Službeni glasnik BiH, broj: 21/24) u članu 2. stav 1. tačka b) i c) definiše preuranjenu izbornu kampanju i izbornu kampanju na isti način kao i zakonske odredbe. Međutim, u članu 7.

definišući zabranu vođenja preuranjene izborne kampanje za političke subjekte propisuje u stavu 1. da je u periodu od dana raspisivanja izbora do dana službenog početka izborne kampanje politički subjektima zabranjeno vođenje kampanje, kao i plaćeno političko oglašavanje putem elektronskih medija, online medija, štampanih medija i društvenih mreža ili bilo kojeg oblika plaćenog javnog oglašavanja osim plaćenog političkog oglašavanja o održavanju internih skupova organa i statutarnih organa političkih subjekta.

Tumačeći odredbe Pravilnika proizilazi da reguliše pitanje preuranjene izborne kampanje s karakteristikama propisanim zakonom, kao i situaciju plaćenog političkog oglašavanja koje nije zakonom propisan izuzetak.

Ovakav zaključak proizilazi iz činjenice da je u poglavlju 16 Izbornog zakona označen kao „Mediji u izbornom periodu”, u članu 16.14. propisana zabrana vođenja plaćene izborne kampanje putem elektronskih i printanih medija, ili bilo kojeg oblika plaćenog javnog oglašavanja, osim održavanja internih skupova organa i statutarnih tijela političkih subjekata, u periodu od dana raspisivanja izbora do dana službenog početka izborne kampanje. Time je regulisana zabrana plaćenog oglašavanja upravo u vrijeme preuranjene izborne kampanje, ali i zabrana bilo kojeg plaćenog javnog oglašavanja u medijima.

Slijedom citiranih odredbi, od dana raspisivanja izbora do dana službenog početka izborne kampanje, političkim subjektima zabranjeno je upoznavanje birača i javnosti sa programom i kandidatima za predstojeće izbore bilo da je plaćeno ili neplaćeno, zatim zabranjeno je plaćeno političko oglašavanje putem elektronskih medija, online medija, štampanih medija i društvenih mreža, te bilo koji oblik plaćenog javnog oglašavanja. Sve ukazano je zabranjeno pod uslovima da se ne odnosi na političko oglašavanje o održavanju internih skupova organa i događaja koji nisu u svrhu kampanje.

Ukazivanje na različitost preuranjene izborne kampanje i plaćenog političkog oglašavanja ili plaćenog oglašavanja uopšte, nužno je kada se ima u vidu da se preuranjena izborna kampanja, kao i oglašavanje najčešće preduzimaju u medijima i putem društvenih mreža, što će biti analizirano u sljedećoj temi.

1.4 MEDIJI KAO SREDSTVO VOĐENJA PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE – SPORNA PITANJA

Pravilnik o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekata u izbornom procesu u članu 1. stav 1. tačka j) definiše da su mediji svi elektronski mediji, online mediji, štampani mediji i društvene mreže.

Razrađujući svaki od nabrojanih medija Pravilnik u citiranoj odredbi propisuje:

- pod tačkom k) da je štampani medij publikacija (novine, tabloidi, časopisi knjige, pamfleti) koji predstavlja sredstvo masovne komunikacije sa ciljem informisanja od javnog interesa,
- pod tačkom i) da je online medij internetski portal i druga online platforma koja predstavlja sredstvo komunikacije sa ciljem informisanja javnosti,

- pod tačkom m) da je elektronski medij javna i privatna televizija i radio stanica koja posjeduje odgovarajuće dozvolu RAK-a,
- pod tačkom n) da su društvene mreže internetske ili mobilne platforme koje omogućavaju dvosmjernu interakciju putem sadržaja i komunikacija koje generiše korisnik, odnosno medij dostupan na određenim platformama dizajniranim da korisnicima omogući kreiranje sadržaja i interakciju s informacijama i njihovim izvorom.

Kada se cijeni pojedinačno definisanje medija proizilazi da je na svaki od nabrojanih medija onaj na kome je uopšte zabranjeno vođenje preuranjene izborne kampanje odredbom člana 7.1 Izbornog zakona bez obzira da li se radi o plaćenju ili neplaćenju izbornej kampanji.

Odredba člana 16.14. Izbornog zakona odnosi se na isključivo javne elektronske i printane medije putem kojih je zabranjeno vođenje plaćene preuranjene izborne kampanje i bilo koji oblik plaćenog oglašavanja. Ova odredba nije zakonski osnov za sankcionisanje plaćenog oglašavanja putem društvenih mreža, jer kada se cijene svi stavovi citirane odredbe jasno proizilazi da se odnosi isključivo na javne elektronske medije.

Međutim, odredba člana 16.14. stav 3 Izbornog zakona bila je osnov Centralnoj izbornoj komisiji za sankcionisanje plaćene izborne kampanje na društvenim mrežama što je u duhu ranije prakse koja je bila u primjeni prije noveliranja zakona 2024. godine i zakonskog propisivanja zabrane preuranjene izborne kampanje i donošenja podzakonskog akta koji jasno definiše vrste medija.

Izmjenama i dopunama Izbornog zakona BiH napravljena je jasna distinkcija između medija koji su korišteni za vođenje preuranjene izborne kampanje i plaćenog javnog oglašavanja. Pored ovakve zakonske normative Centralna izborna komisija BiH nastavila je odgovornost političkih subjekta za vođenje plaćene preuranjene izborne kampanje putem društvenih mreža utvrđivati primjenom odredbi koji se odnose na javne medije. Ovakvo postupanje dovelo je i do različite sudske prakse koja je rezultat drugačijeg tumačenja zakonskih odredbi, na što upućuju sljedeće odluke.

SUDSKA PRAKSA

I Odluka kojom je odbijena žalba za utvrđenje odgovornosti za plaćenu izbornu kampanju na društvenoj mreži primjenom odredbe člana 16.14 stav 3 Izbornog zakona

Iz obrazloženja:

Ispitujući pobijanu odluku u okviru žalbenih navoda vijeće Apelacionog odjeljenja Suda Bosne i Hercegovine je zaključilo da je žalba neosnovana iz sljedećih razloga:

Prema odredbama člana 16.14. stav 3. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine („Službeni glasnik BiH“, broj: 23/01 do 32/10) „zabranjeno je vođenje plaćene izborne kampanje putem elektronskih i printanih medija ili kojeg bilo oblika plaćenog javnog oglašavanja, osim održavanja internih skupova organa i statutaranih tijela političkih subjekata, u periodu od dana raspisivanja izbora do dana službenog početka izborne kampanje“...

.....Iz spisa je vidljivo da je u konkretnom slučaju utvrđeno da je SDA odgovorna što je N. M, kandidat ove političke stranke zaopćine na svom Facebook profilu dana 4.9.2020.godine vodio plaćenu izbornu kampanju prije službenog početka izborne kampanje. Iz obrazloženja pobijane odluke je utvrđeno da je CIK uvidom u dostavljeni schreenshot utvrdio da je isti sponzorisan, što je nesporan dokaz vođenja plaćene izborne kampanje, a odgovornost političke stranke je zasnovao na činjenici da je N. M. kao kandidat predložen ispred ove političke stranke i kao takav ovjeren za učešće na Lokalnim izborima 2020. godine.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 Iž 037591 20 Iž od 26.10.2020. godine

II Žalba uvažena poništena odluka i predmet vraćen Centralnoj izbornoj komisiji BiH na ponovno provođenje postupka

Iz obrazloženja

Cijeneći pravilnost i zakonitost pobijane odluke Centralne izborne komisije BiH, apelaciono vijeće je utvrdilo da je zasnovana na pogrešnoj primjeni materijalnog prava.

Naime, na osnovu utvrđenja da se MB, ovjereni kandidat za načelnika Opštinena Lokalnim izborima 2024. godine ispred političkog subjektaoglasio na svom sponzorisanom profilu društvene mreže Facebook, prije službenog početka izborne kampanje, utvrđena je odgovornost žalioaca za ponašanje suprotno članu 16.14. stav 3 Izbornog zakona BiH (Sl. glasnik BiH br. 23/01-24/24), sankcionisano prema člana 19.9. stav 1 tačka 23 i za ponašanje pristalice za koje po stavu 2 odgovara politički subjekt.

Odredba člana 16.14. stav 3 Izbornog zakona (Sl. glasnik BiH br. 31/24) propisuje da je zabranjeno vođenje plaćene izborne kampanje putem elektronskih i printanih medija ili bilo kojeg oblika plaćenog javnog oglašavanja osim održavanja internih skupova organa i statutarnih tijela političkog subjekta, u periodu od dana raspisivanja izbora do službenog početka izborne kampanje.

Citirana odredba propisana je u poglavlju 16 Izbornog zakona BiH pod nazivom „Mediji u izbornoj kampanji“ i reguliše pitanje medija koji prate izborne aktivnosti.

Pravilnik o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekata u izbornom periodu (Sl. glasnik BiH, br. 31/24) u članu 2 stavu 1 tačka j) definiše da su mediji: elektronski mediji, online mediji, štampani mediji i društvene mreže.

Pod tačkom k) citiranog člana definisani su štampani mediji (novine, časopisi, knjige, pamfleti, te štampane publikacije koje predstavljaju sredstva masovne komunikacije sa ciljem informisanja javnosti). Pod tačkom i) definisani su online mediji kao platforme koje predstavljaju sredstvo komunikacije sa ciljem informisanja javnosti. Pod tačkom m) definisani su elektronski mediji kao javne i privatne televizijske i radio stanice koje posjeduju odgovarajući RAK dozvolu. Konačno pod tačkom n) definisane su društvene mreže kao internetske ili mobilne aplikacije koje omogućavaju dvosmjernu interakciju putem sadržaja i komunikacija koje generišu korisnici, kao i platforme dizajnirane da korisnicima omoguće kreiranje sadržaja i interakciju s informacijama i njihovim izvorima.

Pojam medija obuhvata svaki od nabrojanih oblika i njih Izborni zakon BiH različito reguliše.

Naime, pitanja koja se odnose na online medije, elektronske medije i štampane medije Izborni zakon je regulisao svim propisanim odredbama poglavlja 16. Tako i odredba 16.14. čiji stav 3, koja je primijenjena u pobijanoj odluci, u stavu 1, 2, 4 i 5 jasno ukazuje da se odnosi na javne medije elektronske i printane. Time i zabrane propisane u stavu 3 člana 16.14. Izbornog zakona odnose se isključivo na ove javne medije i ne mogu se primijeniti na drugi oblik medija posebno definisan Pravilnikom.

U predmetnom slučaju nesporno je da je kandidat žalitelja izvršio plaćenu objavu na društvenoj mreži Facebook, koja prema podzakonskom aktu predstavlja medij za koga važe pravila propisana Pravilnikom o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekta u izbornom periodu. Uz istaknuto, odredba člana 7.1 Izbornog zakona propisuje da je zabranjeno vođenje preuranjene izborne kampanje i putem društvenih mreža.

Budući da je osporenim rješenjem žalilac proglašen odgovornim za povredu koja se odnosi na javne elektronske i štampane medije, bez obrazloženje po kom osnovu se ova odredba odnosi na objavu na društvenoj mreži, ovo vijeće ne može ispitati pravilnost primjene materijalnog prava u osporenoj odluci.

Obrazloženje razloga za primjenu odredbe člana 16.14, stav 3 Izbornog zakona na objave izvršene putem društvenih mreža je nužno jer bi suprotno postupanje imalo za posljedicu arbitrarnost u odlučivanju, kako u postupku pred Centralnom izbornom komisijom BiH, tako i u sudskom postupku po izjavljenoj izbornoj žalbi.

Obzirom na navedeno, po ocjeni ovog vijeća, žalba je osnovana usljed čega je pobijanu odluku Centralne izborne komisije BiH poništena.....

Rješenje Suda BiH broj: S1 3 Iž 049365 24 Iž od 19.9.2024. godine

1.5 SADRŽAJ OGLAŠAVANJA KOJE IMA KARAKTER PREURANJE IZBORNE KAMPANJE

Preuranjena izborna kampanja, kao uostalom i sama izborna kampanja, u praksi se najčešće iskazuje u objavama koje jasno ukazuju da se radi o upoznavanju birača i javnosti s programom i kandidatima za predstojeće izbore. Međutim, praksa ukazuje i na objave koje tu promociju vrše indirektno i prikriveno, a koji oblici će sigurno u budućnosti evoluirati nakon što je preuranjena izborna kampanja propisana kao povreda pravila izbornog procesa.

Kod objave koja direktno ukazuje na postojanje zakonom propisanih elementa izborne kampanje potrebno je samo analizirati sam sadržaj objave. Međutim, kod objave koja nema takav sadržaj potrebno je ocjenu vršiti imajući u vidu odredbu člana 1.1.a stav 1. tačka 7. prema kojoj izbornu kampanju definiše kao radnje i postupke. U skladu s time, za utvrđenje izborne kampanje ne cijeni se isključivo sadržaj objave, nego i sve druge okolnosti koje ukazuju na promociju programa ili kandidata. Ove okolnosti mogu se odnositi na objavu čiji sadržaj ne upućuje direktno na kampanju, ali kada se dovede u kontekst s korištenjem loga stranke, ili činjenice da je upućen sa naloga kandidata ili ima sva obilježja političkog subjekta a sadržajno ukazuje na postojeći problem u zajednici itd.

Dosadašnja praksa Centrale izborne komisije BiH i sudska praksa iskristalisali su način utvrđivanja činjenice o vođenju preuranjene izborne kampanje, na koje ukazujemo u sljedećim primjerima.

SUDSKA PRAKSA

I Odbijena žalba kojom je utvrđena odgovornost za vođenje preuranjene izborne kampanje.

Iz obrazloženja:

Cijeneći pravilnost i zakonitost pobijane odluke CIK BiH, apelaciono vijeće je utvrdilo da je donesena nakon uvida u spis predmeta i da je na utvrđeno činjenično stanje pravilno primjenjeno materijalno pravo.

Prije svega u pobijanoj odluci cijenjena je odredba člana 1.1.a stav 1. tačka 8) Izbornog zakona (Sl. glasnik BiH br. 23/01 sa izmjenama) koja propisuje da preuranjena kampanja predstavlja svaki oblik radnji iz kampanje koje preduzimaju politički subjekti u periodu od raspisivanja izbora do perioda zvaničnog početka izborne kampanje. Kada se cijeni da je odredbom tačke 7) citiranog člana propisano da period izborne kampanje počinje 30 dana prije otvaranja biračkih mjesta i završava 24 sata prije otvaranja biračkih mjesta, tokom kojeg perioda subjekti na zakonom utvrđen način upoznaju birače i javnost sa programima i kandidatima za predstojeće izbore, nesumnjivo da svaka promocija političke stranke i kandidata prije zakonom propisanog perioda je preuranjena pa tako i objava na Facebook stranici pristalice žalitelja od 19.6.2024. godine, pod uslovom da sadržaj objave ima karakter izborne kampanje.

Citirana odredba pod izbornom kampanjom podrazumijeva upoznavanje birača i javnosti sa programom i kandidatima. Suprotno shvatanju žalioaca, predmetna objava na Facebook stranici SK „Nadam se da ste svjesni situacije u Mostaru proteklih 20 godina. Haos i apsolutna neodgovornost! Stranka na vlasti namjerno uništava istočni dio grada. Tome doprinose kroz svoje odluke, neprovođenje zakona, osporavanja ulaganja u taj dio Mostara...Lokalni „ lideri” i „predsjednici ”su gledali samo svoju ličnu korist i dopustili da Mostar (istočni dio) postane haos u svakom smislu. Teško je sada to u potpunosti popraviti, ali moramo! Trebamo vratiti grad!. Otvoreno ću lobirati za one za koje smatram da mogu Mostar povući naprijed! Da nisu šutljivi dizači ruku! Da vole Mostar! Da vole Bosnu i Hercegovinu! I da imaju svoj stav! Budimo odgovorni. Vratimo Grad!“ predstavlja preuranjenu izbornu kampanju, na način da na društvenoj mreži Facebook kritikuje stranke koje učestvuju u vlasti u Mostaru, te da će lobirati za one kandidate koju mogu doprinijeti boljem stanju u Gradu Mostaru, a sve sa ciljem uticaja na birače i njihovu volju na predstojećim Lokalnim izborima 2024. godine.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine broj: S 1 3 IŽ 049500 24 IŽ od 2.10.2024. godine

II Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Naime, cijeneći sadržaj sporne objave...” Kiseljak mora bili grad prijatelj djece. Za razliku od brojnih drugih mjesta, Kiseljak još ima šanse poboljšati uvjete u kojima rastu njegova djeca. Na

žalost, po tom pitanju se ne čini gotovo ništa. HRS Kiseljak će u svom narednom radu definirati niz mjera za poboljšanje općih uvjeta odrastanja djece i olakšavanja njihovog odgoja roditeljima... Među mjerama prioritet je općinsko subvencioniranje vrtičkog odgoja sa minimalno 50% troškova za prvo i 75% troškova za drugo dijete. Ovom mjerom ne samo da želimo olakšati roditeljima nego želimo stimulirati što više djece na vrtički odgoj koji se pokazao višestruko koristan u odgoju djece u ovom dobu ekrana. Druga mjera je povećanje broja, sigurnosti i ponude dječijih igrališta. Postojeća su neadekvatna, nedovoljna i nesigurna. HRS ne smatra da ove mjere trebaju biti ekskluzivno HRS-ove. Pozivamo i druge političke subjekte da ih zastupaju. HRS Kiseljak", pravilan je zaključak CIK BiH da sporna objava u svom opisu i sadržaju pokazuju promociju programa ove političke stranke za predstojeće Lokalne izbore 2024. godine, te da je imala za cilj upoznavanje javnosti i birača sa programom navedene političke stranke.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine broj: S1 3 Iž 049503 24 Iž od 3.10.2024. godine

III Žalba odbijena

Iz obrazloženja

Naime, nesporno je da promo-poster na kojem je najavljen događaj Krajiško veče ne sadrži obilježja niti logo političke stranke Savez nezavisnih socijaldemokrata-SNSD-Milorad Dodik sa kojem bi se sa sigurnošću moglo utvrditi da je navedena politička stranka isti organizovala, posebno imajući u vidu dokaz koji je u prilogu izjašnjenja dostavio V.Đ., iz kojeg je vidljivo je da je organizator skupa bilo Udruženje građana Dobrnja. Međutim, sama činjenica da su na navedenom skupu bili prisutni V.Đ. i N.Š., kandidati političke stranke Savez nezavisnih socijaldemokrata-SNSD-Milorad Dodik, koje je voditelj na skupu najavio „jedan aplauz za našeg doktora V.Đ. i naravno budućeg gradonačelnika N.Š.“ proizlazi da su isti promovisani na skupu, odnosno da je vođena izborna kampanja u periodu preuranjene kampanje, a što je u smislu odredbe člana 7.1. Izbornog zakona BiH zabranjeno.

Nadalje, preslušavajući audio snimak u kojem se ističe: „ne smijemo zaboraviti našeg organizatora koji nas čuva i drži na okupu, našeg B.M... aplauz za B.M... Ne zaboravimo, bliže se izbori, moramo svi glasati ko jedan za našeg doktora N.Š., gradonačelnika budućeg“ ...jasno proizlazi da je vođena preuranjena kampanja jer je pored kandidata, skupu prisustvovao veliki broj ljudi, što potvrđuju i fotografije koje su dostavljene kao dokaz, a koji su ustvari birači, a poziv na glasanje je nedvosmisleno upućen upravo njima da glasaju za kandidate V Đ i N Š, odnosno da podršku pruže upravo njima. Također sama činjenica da su V.Đ. i N.Š. kandidati političke stranke Savez nezavisnih socijaldemokrata-SNSD-Milorad Dodik govori u prilog tome da je ovim činom vršena i promocija navedene političke stranke iako stranka nije organizator navedenog skupa.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine broj: S 1 3 Iž 049504 24 IŽ od 3.10.2024. godine

IV Usvojena žalba poništena odluka i predmet vraćen CiK-u na ponovni postupak**Iz obrazloženja**

Na osnovu iznesenih činjenica odgovornost žalioca nije utvrđena zbog preuranjene izborne kampanje koja predstavlja postupanje protivno članu 7.1. Izbornog zakona, nego je utvrđeno postupanje protivno članu 16.14. stav 3. Izbornog zakona koje propisuje da je zabranjeno vođenje plaćene izborne kampanje putem elektronskih i printanih medija ili bilo kojeg oblika plaćenog javnog oglašavanja osim održavanja internih skupova organa i statutarnih tijela političkog subjekta, u periodu od dana raspisivanja izbora do službenog početka izborne kampanje.

Iz obrazloženja pobijane odluke jasno proizilazi da je osnov odgovornosti zasnovan na činjenici plaćenog javnog oglašavanja, pa ovako parcijalno tumačenjem zakonske odredbe nije u skladu sa svrhom propisivanja, što je dovelo do pogrešne primjene materijalnog prava. Ovo iz razloga jer citirana odredba propisuje zabranu vođenja plaćene izborne kampanje pa time i oblik plaćenog javnog oglašavanja po svom sadržaju mora imati karakter izborne kampanje.

Isto tumačenje proizilazi iz člana 7. stav 1. Pravilnika o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekta u izbornom periodu (Sl. glasnik BiH, br. 31/24) koji propisuje da je u periodu od dana raspisivanja izbora do dana službenog početka izborne kampanje političkim subjektima zabranjeno vođenje kampanje, kao i plaćeno političko oglašavanje putem medija, online medija, štampanih medija i društvene mreže ili bilo kojeg oblika javnog oglašavanja, osim plaćenog političkog oglašavanja o održavanju internih skupova i statutarnih organa političkih subjekata.

Dakle, prema odredbama zakona i podzakonskog akta plaćeno oglašavanje po svom sadržaju mora imati karakter izborne kampanje ili političkog oglašavanja, da bi bio osnov za sankcionisanje. Navodi CIK iz odgovora na žalbu da za utvrđenje odgovornosti ne trebaju biti kumulativno ispunjena oba uslova, potvrđuju zaključak vijeća da je tužena pogrešno tumačila zakonsku i podzakonsku odredbu. Kao posljedica ovog propusta nije cijenjen sadržaj plaćene objave, pa se ne mogu cijeniti navodi žalbe koji ističu da objava nema karakter izborne kampanje....

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049359 24 Iž 16.9.2024. godine**V Usvojena žalba, poništena odluka i predmet vraćen CiK-u na ponovni postupak****Iz obrazloženja:**

Cijeneći pravilnost pobijanog zaključka Centralne izborne komisije BiH, apelaciono vijeće je utvrdilo da navodi žalbe dovode u sumnju njegovu zakonitost.

Prije svega potrebno je raspraviti šta se podrazumijeva pojam izborne kampanje. Izborni zakon (Sl. glasnik BiH, br. 23/01 sa izmjenama) u člana 1.1. a stav 1. tačka 7. izbornu kampanju definiše kao radnje i postupke u periodu od 30 dana prije održavanja izbora koji se završava nastupanjem početka perioda od 24 sata prije otvaranja biračkih mjesta, tokom kojeg politički subjekti na zakonom utvrđen način upoznaju birače i javnost sa svojim programom i kandidatima za predstojeće izbore.

Preuranjena kampanja, prema tački 8. citiranog člana, predstavlja svaki oblik radnji iz kampanje koje preduzima politički subjekt u periodu od raspisivanja izbora do perioda zvaničnog početka izborne kampanje. Dakle, preuranjenu kampanju definiše period u kome je preduzeta što je u ovom slučaju bitno obilježje postupanja protivno zakonskoj odredbi i osnov za utvrđivanje odgovornosti, dok se pojam izborne kampanje cijeni prema obilježjima propisanim članom 1.1.a stav 7. Izbornog zakona BiH.

Citirana odredbe obilježja izborne kampanje cijeni prema radnjama i postupcima iz čega proizilazi da se uz ocjenu načina objavljivanja i sadržaja objave kao izvršene radnje, cijene i druge okolnosti koje zbog načina ili primijenjenih metoda postupanju mogu dati karakter izborne kampanje.

U konkretnom slučaju pokrenut je postupak protiv političkog subjekta Demokratska fronta-DF jer je DG zastupnik u Predstavničkom domu Parlamenta Federacije BiH na svojim profilima na društvenim mrežama Facebook i Tik-Tok objavio video zapise. Iz video zapisa Centralna izborna komisija je zaključila da je ne sadrži političku poruku, niti promociju političke stranke i da govori o lošim infrastrukturnim projektima u lokalnoj zajednici.

Apelaciono vijeće prihvata zaključak Centralne izborne komisije BiH da objave po svom sadržaju koji je izreklo lice koje je sačinilo video zapise ne promovise političku partiju. Međutim, Centralna izborna komisija je cijenila samu radnju ali nije cijenila način postupanja iz koga može proizaći politička poruka.

Naime, D.G. je otvorene naloge na društvenim mrežama naslovio kao „df.centar“ i na nalogu postavio logo političkog subjekta Demokratska fronta. Ovu činjenicu Centralna izborna komisija nije cijenila, a upravo sa ovom činjenicom u suprotnosti je utvrđenje Centralne izborne komisije u pobijanom zaključku da je ukazivanje na lošu infrastrukturnu lokalne zajednice iznio nosilac izvršne funkcije.

Nadalje, video snimci sačinjeni pri obilasku terena koji ukazuju na infrastrukturne probleme i propuste, objavljeni sa logom političkog subjekta, pa je bilo nužno raspraviti da li su ovakvi postupci u vrijeme raspisivanja Lokalnih izbora, imaju političku poruku, a što je propušteno prilikom donošenja pobijanog zaključka.

Iz navedenih razloga apelaciono vijeće je utvrdilo da Centralna izborna komisija BiH donoseći zaključak o obustavi postupka protiv političkog subjekta Demokratska fronta nije pravilno primijenila odredbu člana 1.1.a stav 1. tačka 7. Izbornog zakona, što navode žalbe čini osnovanom.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 Iž 049231 24 Iž od 28.8.2024. godine

VI Usvojena žalba, poništena odluka i predmet vraćen CiK-u na ponovni postupak

Iz obrazloženja:

(...) o žalbi je Sud Bosne i Hercegovine, odlučio na način da je istu usvojio i poništio navedeni zaključak u predmetu broj: S1 3 Iž 049231 24 Iž od 28.8.2024. godine, te predmet vratio

na ponovno provođenje postupka.

Navedenim rješenjem naloženo je tuženom da u ponovnom postupku cijeni činjenicu da je otvorene naloge na društvenim mrežama D.G. naslovio kao „df.centar”, i na nalogu postavio logo političkog subjekta Demokratske fronte, a koja činjenica uopšte nije cijenjena, i s kojom činjenicom je u suprotnosti utvrđenje CiK BiH, u pobijanom Zaključku da je ukazivanje na lošu infrastrukturu lokalne zajednice iznio nosilac izvršne funkcije.

Cijeneći pobijani Zaključak, koji je predmet preispitivanja u ovom postupku, od 6.9.2024. godine jasno proizilazi da se žalbom žalitelja pravilno ukazuje da CIK BiH, nije postupio po uputama Suda BiH, kojima je ukazano da je potrebno sagledati način postupanja iz kojeg može proizaći politička poruka da se ne radi o neizbornoj pa ni čak ni u cjelini izborne godine, pa da stoga nema mjesta paušalnom zaključku Izborne komisije BiH da u koliko bi postupili po nalogu Suda BiH, da cijeni način, a ne sadržinu moralo bi se u potpunosti zabraniti političko djelovanje svim političkim subjektima.

Valja istaći da je CiK BiH formalno uzeo u razmatranje navode Suda BiH iz rješenja od 28.8.2024. godine, ali ne način na koji je to bio dužan učiniti i samim tim pogrešno je postupio kada je odlučio da obustavi postupak protiv političke stranke DF–Demokratske fronte.

CIK BiH uopšte nije cijenio uputu ovog Suda kojom je ukazano na potrebu ocjene upravo ove činjenice, jer je bilo nužno raspraviti da li sporni postupci u vrijeme raspisivanja lokalnih izbora imaju političku poruku ili ne.

.....S obzirom na navedeno, po ocjeni ovog vijeća, žalba je osnovana.....

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 Iž 049345 24 Iž od 13.9.2024. godine

VII Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Postupajući po uputama apelacionog vijeća, CIK BiH je u ponovnom postupku Zaključkom od 24.9.2024. godine obustavila postupak utvrđivanja odgovornosti političke stranke DF za kršenje odredbe člana 7.1. Izbornog zakona. Prema shvatanju ovog vijeća, u pobijanom zaključku su dati pravilni razlozi koji opravdavaju obustavu postupka jer je nesporno utvrđeno da se u objavama govori o loše urađenim infrastrukturnim projektima u lokalnoj zajednici, odnosno iz istih ne proizlazi da se radi o preuranjenoj izbornoj kampanji.

Naime, imajući u vidu citirane zakonske odredbe, kao i navode iz jedne od objava: „...Navečer ovdje bude svega ili je sve puno pasa lotalica. Neko može zapeti na ovo. Ja ne znam da je ovo ikada sanirano još od rata... " X video zapis Koševsko brdo), pravilan je zaključak CIK BiH da sam tekst opisa objava ne sadrži političku poruku i promociju političke stranke na predmetnim objavama objavljenim na društvenoj mreži Facebook i Tik-Tok, odnosno da navedena politička stranka nije vodila izbornu kampanju prije zvaničnog početka izborne kampanje, a što bi predstavljalo kršenje odredbe člana 7.1. Izbornog zakona Bosne i Hercegovine.

Ovo vijeće napominje da je u prethodnim postupcima povodom žalbi na Zaključke o obustavi postupka protiv političke stranke DF, apelaciono vijeće prihvatilo zaključak CIK BiH da objave po svom sadržaju ne promovišu političku stranku, ali je dat nalog CIK BiH da ocijeni da li iz samog načina postupanja DG može proizaći politička poruka posebno što je isti otvorene naloge na društvenim mrežama naslovio kao „df centar“ i postavio logo političkog subjekta. Činjenica da su predmetni sporni video zapisi objavljeni na nalogu označenom kao „df centar“ nije od značaja, jer postojanje samog naloga sa logom stranke nije u suprotnosti sa Izbornim zakonom BiH. Stoga se i ne može smatrati vođenjem preuranjene kampanje samo postojanje naloga na nekoj društvenoj mreži sa logom stranke kao naslovnom fotografijom i nazivom naloga po nazivu političkog subjekta.

Cijeneći sadržaj prigovora, pravilno je CIK BiH u ponovnom postupku cijenila upravo sadržinu video zapisa, ne izlazeći iz okvira onoga na šta se odnosio predmetni prigovor. Ovo potvrđuje i činjenica da je CIK BiH vodila i vodi postupke, po prigovoru podnosioca žalbe, zbog kršenja odredbi Izbornog zakona BiH, koje se odnose na preuranjenu kampanju, od strane političkog subjekta DF-Demokratska fronta i kandidata DG i za druge objavljene video zapise na društvenim mrežama. Da je u predmetnim spornim objavama, sadržini, bilo elemenata preuranjene kampanje, odnosno kršenja Izbornog zakona BiH od strane ovjerenog kandidata, ili nosioca mandata, u ovom slučaju D.G., političkom subjektu bi bila izrečena kazna nezavisno od toga da li je kandidat nosilac mandata, ili je je samo nosilac mandata, bio bi kažnjen ovjereni kandidat ili politička stranka.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 IŽ 049514 24 IŽ od 7.10.2024. godine

VIII Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

(...) Označavanje poleđine dodijeljene trajne kartice besplatnog prevoza imenom i prezimenom i potpisom nosioca mandata gradonačelnika ispred PDP-Partije demokratskog progresa uz navođenje loga „više od riječi“ pod kojim je vođena njegova kampanja, što je navedeno i na bilbordu kojim se javnost upoznaje sa akcijom dodjele besplatnih kartica i prema zaključku ovog vijeća ima karakter kampanje.

..... Okolnost da je na trajnoj kartici besplatnog javnog prevoza za Grad Banja Luka navedeno ime pristalice jedne političke opcije, predstavlja više nego očigledno protežiranje samo jednog kandidata i iskorištavanje kartice javnog prevoza za slanje političkih poruka, a ne za identifikaciju nosioca prava na besplatan javni prevoz. Dakle, svrha preduzete radnje je upoznavanje sa jednim kandidatom, sa ciljem uticaja na birače i njihovu volju na predstojećim izborima, te po karakteru predstavlja oblik javnog oglašavanja.

Budući da odredba člana 7.1 Izbornog zakona zabranjuju preuranjenu izbornu kampanju putem elektronskih, onlajn i štampanih medija, putem društvenih mreža ili bilo kojeg oblika javnog oglašavanja kampanje, Centralna izborna komisija BiH pravilno je ocijenila da preduzeta radnja DS, kako u pogledu sadržaja i oblika oglašavanja, tako i u pogledu načina i vremena objavljivanja, ima elemente preuranjene izborne kampanje.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049442 24 Iž od 26.9.2024. godine

IX Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Sadržaj objave na profilu D.I. ne predstavlja informaciju člana savjeta roditelja Osnovne škole Ivo Andrić u Banja Luci, kako to neosnovano žalba ukazuje. Imenovana se jasno deklarirala kao pristalica političke stranke SPS-Socijalistička partija Srpske-Goran Selak čiji logo je postavljen na video snimku i pri tome poslat je sa e-mail adrese: ...@spsbanjaluka.

Ovo jasno ukazano potvrđuje da je video snimak postavljen radi promovisanja političke opcije kojoj pripada autor video snimka. Sadržaj videa nema političku poruku, ali nameće zaključak da je ukazivanje na postojeći i neriješeni problem iskorišten za promociju stranke, a kako je objavljen u mjesecu julu ne može se dovesti u vezi s predstojećom školskom godinom, kako to žalba neosnovano ukazuje.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049536 24 Iž od 8.10.2024. godine

X Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Naime, cijeneći sadržaj objave na društvenoj mreži Facebook „Jaka koalicija u Foči: DNS-Nenad Nešić i Savez za novu politiku. Očekujemo dva mandata. Podrška kandidatu SNSD za načelnika Opštine Foča, gosp. M.V. Sretno svima! Vaš SNP!“.., pravilan je zaključak CIK BiH da je ovom objavom vođena izborna kampanja prije službenog početka izborne kampanje, s ciljem upoznavanja javnosti i birača u vezi s koalicijom. Cijeneći sadržaj objave: „Jaka koalicija, očekujemo dva mandata“, jasno proizlazi da se radi o promociji koalicije za predstojeće Lokalne izbore 2024. godine, a također i kao poziv biračima da izađu na izbore i glasaju 6.10.2024. godine za tu koaliciju. Osim toga iz podrške se vidi da je data i podrška kandidatu SNSD-a, odnosno da se promovise kandidat SNSD-a za načelnika, što također predstavlja jedan od programskih ciljeva koalicije.

Žalbeni navodi o broju lica koji su lajkali njihovu objavu, kao i da su odmah shvatili svoju grešku i obrisali objavu, nema uticaja na pravilnost i zakonitost pobijane odluke CIK BiH. Naime, broj lajkova na društvenim mrežama ne može biti opredjeljujući faktor za utvrđivanje odgovornosti jer utvrđena činjenica da je objava izvršena na Facebook profilu žalitelja prije početka zvanične izborne kampanje predstavlja povredu iz člana 7.1. Izbornog zakona BiH.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049430 24 Iž od 26.9.2024. godine

XI Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

.....Predmetna objava Lj.P. na društvenoj mreži Facebook ne predstavlja samo informaciju, podsjećanje ili sumiranje događaja u periodu u kome je Lj.P. obavljao funkciju gradonačelnika, kako žalba neosnovano ukazuje ističući da su prezentovani podaci koji su poznati javnosti. Predmetna objava jasno ukazuje da je autor objave i vlasnik profila na društvenoj mreži kandidat žalioca, imenuje kandidata koji je nosilac liste žalioca, te predstavlja druge kandidate po njihovim profesijama ili zanimanjima. I u slučaju da sam tekst objave ne prezentira program političke stranke, činjenica da predmetna objava javnost upoznaje s kandidatima, dovoljan je osnov za sankcionisanje zbog preuranjene kampanje, pa je neprihvatljivo ukazivanje žalbe da pobijana odluka nije precizirala koji dio teksta sadrži političku poruku.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049262 24 Iž od 2.9.2024. godine

XII Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

(...) u ožalbenoj odluci koja je na zakonu zasnovana jasno obrazloženo da je politička stranka Ujedinjena Srpska odgovorna što je SB, aktuelna odbornica u Skupštini Opštine Pale i predsjednica Regionalnog odbora Ujedinjene Srpske, te pristalica političke stranke Ujedinjena Srpska, na društvenoj mreži Facebook, koja je jedna od najpopularnijih internetskih mreža na svijetu, objavila sporni tekst „Uspješno sprovedena akcija besplatnog PAPA testa. S ponosom vas obavještavamo da je naša akcija besplatnog PAPA testa uspješno sprovedena. Cilj ove akcije bio je omasoviti preventivne preglede i skrenuti pažnju široj javnosti na značaj PAPA testa. Preventivni pregledi su od vitalnog značaja jer otkrivanje zdravstvenih problema može spasiti živote. Rano otkriveni problemi omogućuju pravovremenu i efikasnu medicinsku intervenciju, čime se značajno povećavaju šanse za uspješno liječenje“, te na istoj istaknula logo političke stranke Ujedinjena Srpska i na taj način vršila preuranjenu izbornu kampanju, čime je prekršila pravila ponašanja u izbornom periodu iz člana 7.1. Izbornog zakona BiH. Naime, imajući u vidu citirane zakonske odredbe kao i sam tekst iz sporne objave, a posebno činjenicu da je istaknut logo političke stranke Ujedinjena Srpska. SB je jasno ukazala da akcija besplatnog PAPA testa ne predstavlja njenu ličnu zaslugu, nego zaslugu političke stranke kojoj imenovana pripada. Dakle, iz svega navedenog proizilazi nesporna činjenica da je objava u svom opisu i sadržaju imala za cilj promociju ove političke stranke za predstojeće Lokalne izbore 2024. godine, a sve s ciljem utjecaja na javnost i birače.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S1 3 Iž 048518 24 Iž od 4.7.2024. godine

1.6 ODGOVORNOST ZA VOĐENJE PREURANJENE IZBORNE KAMPANJE

Za radnje vođenja preuranjene izborne kampanje iz člana 7.1. Izbornog zakona, te plaćene preuranjene izborne kampanje i plaćenog oglašavanja iz člana 16.14. stav 3. Izbornog zakona, a koje preduzme politički subjekt ili kandidat političkog subjekta, odredbom člana 19.9. stav 1. tačka 3. Izbornog zakona propisano je kažnjavanje političkog subjekta novčanom kaznom u iznosu od 3.000,00 KM do 30.000,00 KM.

Odredba stava 2 citiranog člana propisuje da će se za prekršaje iz stava 1. kazniti politički subjekt ukoliko prekršaj počini pristalica političkog subjekta.

Stav 4. citiranog člana propisuje da će se za prekršaje navedene u stavu 1. kazniti i kandidat političkog subjekta novčanom kaznom od 3.000,00 KM do 15.000,00 KM.

Tumačenje navedenih zakonskih odredbi jasno ukazuje na namjeru zakonopisca da teret odgovornosti za svaki oblik preuranjene izborne kampanje stavi na političke subjekte koje odgovaraju za svoj rad, ali i za postupanje kandidata, kao i postupke svojih pristalica. Ukazana zakonska regulativa zahtijeva od političkih subjekta disciplinovanje svojih članova, edukaciju članstva kao i edukaciju pristalica o pravilima i etičkim principima ne samo u izbornom procesu nego i u političkom djelovanju. Važnost uloge političkih subjekta u javnom životu i njihov uticaj na formiranje javnog mnijenja, opravdavaju zakonsko rješenje prema kome je propisan širok stepen odgovornosti političkih subjekta za kršenje pravila izbornog procesa, među kojima je i vođenje preuranjene izborne kampanje.

Propisivanje da za preuranjeno vođenje izborne kampanje, uz političkog subjekta, odgovara i njihov kandidat, također ima opravdanja, ovo iz razloga jer kandidat, kao potencionalnih nosilaca javne vlasti, istupa u javnosti kako u svoje ime tako i u ime političke stranke koja ga je kandidovala i dužan je pridržavati se propisanih pravila ponašanja, ne samo zbog ličnog digniteta, nego i činjenice da time narušavaju i ugled političkog subjekta kome pripada.

Odredbe izbornog zakona nisu propisale da uz političkog subjekta odgovara i njen pristalica koji je preduzeo radnju preuranjenog vođenja izborne kampanje. I za ovo zakonsko rješenje ima opravdanja budući da je djelovanje pristalice usmjereno na promociju stranke, za razliku od kandidata koji promovise i svoju kandidaturu.

Potrebno je ukazati da je Izborni zakon propustio definisati ko se smatra pristalicom političkog subjekta. Stoga Centralna izborna komisija BiH, a i kasnije sud odlučujući o izbornoj žalbi, ovu činjenicu utvrđuje na osnovu povezanosti fizičkih lica i djelovanja političkih subjekta, pri čemu nekada poseže i za jezičkim tumačenjem ovog pojma.

SUDSKA PRAKSA

I-Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Nije osnovan ni navod podnosioca žalbe „da SK u momentu objavljivanja spornog teksta nije bio kandidat bilo kojeg političkog subjekta, niti su organi Demokratske fronte donijeli odluku, da bi K eventualno mogao biti kandidat na Lokalnim izborima 2024. godine, i da u momentu objavljivanja teksta SK nije ispunio Izbornim zakonom propisane uslove da bude kandidat, jer Demokratska fronta kandidatske liste nije predala, te Centralna izborna komisija BiH iste nije ovjerila, kao i da SK praktično nije mogao predstavljati bilo kojeg kandidata, jer isti u smislu Izbornog zakona, nisu postojali.“ Naime, nesporno je da u momentu podnošenja podneska CIK BiH nije ovjerila kandidate za učestvovanje na Lokalnim izborima 2024. godine, pa stoga nije niti mogla iz navedenih razloga utvrditi ličnu odgovornost imenovanog. Međutim, imajući u vidu da je utvrđeno kršenje navedene odredbe Izbornog zakona BiH od strane SK, aktuelnog zastupnika u Zatupničkom domu Parlamenta FBiH, dakle i pristalice političke stranke Demokratske fronte-DF, to je pravilno CIK BiH utvrdila odgovornost političke stranke Demokratska fronta-DF.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine broj S 1 3 IŽ 049500 24 IŽ od 02.10.2024. godine

II Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

..... Predmetna objava na Facebook stranici SDA Brčko distrikt BiH sadrži fotografiju s upadljivim logom stranke na zastavi i tekstem koji nesumnjivo sadrži političku poruku sa promocijom stranke koja je ovjerena za predstojeće Lokalne izbore 2024. godine.

Budući da odredba člana 7.1. Izbornog zakona zabranjuje preuranjenu izbornu kampanju putem elektronskih, onlajn i štampanih medija, putem društvenih mreža ili bilo kojeg oblika javnog oglašavanja, Centralna izborna komisija BiH pravilno je ocijenila da oglašavanje na društvenoj mreži na stranici SDA Brčko distrikt BiH, kako u pogledu sadržaja objave, tako i u pogledu načina i vremena objavljivanja, ima elemente preuranjene izborne kampanje.

(...) Vođenjem preuranjene izborne kampanje vrši se povreda odredbe člana 7.1. Izbornog zakona za koji prekršaj odgovara politički subjekt prema članu 19.9. stav 1. tačka 3. Izbornog zakona za koji zapriječena kazna od 3.000,00 KM do 30.000,00 KM.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049381 24 IŽ od 18.9.2024. godine

III Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Žalitelj je proglašen odgovornim za preuranjeno vođenje izborne kampanje objavom na društvenoj mreži Facebook 1.7.2024. godine, kako je i navedeno u dispozitivu pobijane odluke (...)

Centralna izborna komisija BiH pravilno ocijenila da oglašavanje na društvenoj mreži koje je objavio Opštinski odbor Srpske demokratske stranke Kotor Varoš, kako u pogledu sadržaja objave, tako i u pogledu načina i vremena objavljivanja, ima elemente preuranjene izborne kampanje, čime su povrijeđene odredbe člana 7.1. Izbornog zakona BiH i člana 9. stav 1. Pravilnika o medijskom predstavljanju i javnom oglašavanju političkih subjekata u izbornom periodu (Sl. glasnik BiH, br. 32/24).

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049230 24 IŽ od 28.8.2024. godine

IV Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Sadržaj intervjuja TB ne predstavlja samo upozorenje na nedostatke u upravljanju tekuće vlasti, kako to žalba neosnovano ukazuje, nego predstavlja jasno navedene planove preduzimanja radova u lokalnoj zajednici, kao i planove za raspored budžetskih sredstava za poboljšanje socijalnih mjera kod rađanja djece i subvencioniranja vrtića. Kako se sve odnosi na lokalnu zajednicu u kojoj je žalitelj kandidat za načelnika opštine, neumnjiv je zaključak da objava sadrži promociju kandidata i program političkog subjekta čiji je kandidat na Lokalnim izborima 2024. godine. Vijeće prihvata navod žalbe da žalilac tokom intervjuja nije mogao utjecati na formu postavljenih pitanja, ali ukazuje da je morao utjecati na date odgovore kojima nije smio prekršiti pravila izborne kampanje...

Vođenjem preuranjene izborne kampanje vrši se povreda odredbe člana 7.1. Izbornog zakona za koji prekršaj odgovara kandidat političkog subjekta primjenom člana 19.9. stav 4. Izbornog zakona i kažnjava se novčanom kaznom od 3.000,00 KM do 15.000,00 KM. Žalitelju je izrečena novčana kazna u propisanom zakonskom minimumu, uslijed čega žalba neosnovano pobija odluku u ovom dijelu.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049520 24 IŽ od 7.10.2024. godine

V Žalba odbijena**Iz obrazloženja**

Imenovana se jasno deklarirala kao pristalica političke stranke SPS-Socijalistička partija Srpske-Goran Selak čiji logo je postavljen na video snimku i pri tome poslat je sa email adrese ...@sps_banja_luka. Ovo jasno ukazano potvrđuje da je video snimak postavljen radi promovisanja političke opcije kojoj pripada autor video snimka.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049536 24 Iž od 8.10.2024. godine

VI Žalba odbijena**Iz obrazloženja:**

Činjenica da je žalitelj za Lokalne izbore 2024. godine ovjerio kandidatske liste na kojoj je Lj.P. kandidat za gradonačelnika Grada B., to je više nego jasno da je imenovani kao član stranke i njen pristalica, to je i u ovom dijelu pobijana odluka zakonita.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 Iž 049414 24 Iž od 24.9.2024. godine

1.7 IZRICANJE SANKCIJA ZA PREURANJENU IZBORNU KAMPANJU

Za kršenje pravila izbornog procesa radnjama preuranjene izborne kampanje Izborni zakon BiH propisao je izricanje novčane kazne čija visina je regulisana u članu 19.9, a kao ovlaštenje proizilazi iz odredbe člana 6.5. kao i izdavanje naloga za obustavu aktivnosti kojima se krši zakon.

Kod odmjeravanja visine novčane kazne u propisanom rasponu Centralna izborna komisija BiH primjenjuje kriterije:

- težinu kršenja zakonskih odredbi;
- broj izrečenih sankcija u ovom izbornom procesu;
- da li su sankcije izrečene za istu povredu i njihov broj;
- da li su uklonjene sporne objave dobrovoljno;
- da li je prethodno postupljeno po nalogu CiK-a BiH.

Navedene kriterije Centralna izborna komisija cijeni kao olakšavajuće i otežavajuće okolnosti za odmjeravanje visine novčane kazne u okviru zakonom propisanog raspona, sa ciljem izricanja sankcije adekvatne konkretnom slučaju.

Odredbe Izbornog zakona BiH nisu regulisale postupak izricanja novčane kazne, niti su propisale pravila o načinu individualizacije u postupku izrečenja sankcija. U tom smislu izostalo je propisivanje postupka sankcionisanja ukoliko se radnjom preuranjene izborne kampanje izvrši povreda i drugih zakonskih odredbi na primjer kada objava sadrži elemente govora mržnje ili su za plasiranje objave korišteni javni resursi. Sadašnje zakonodavno rješenje jedino omogućava da ove

okolnosti jedino mogu biti osnov za izricanje strože mjere i nužno ih je cijeliti kao otežavajuće okolnosti.

Način odmjeravanja visine novčane kazne

Kada se radi o sankcionisanju političkog subjekta za preuranjenu izbornu kampanju koju je preduzeo kandidat ili pristalica, u odnosu na sankcionisanje samog kandidata, propisan drugačiji raspon zapriječene novčane kazne. Međutim, to nije jedina specifičnost u načinu odmjeravanja novčane kazne. Za političkog subjekta propisana je pretpostavljena odgovornost za drugoga (pristalicu ili kandidata) i kao otežavajuća okolnost cijeni se broj sankcija izrečenih po istom osnovu jednom političkom subjektu za nedisciplinu njegovih članova. Odgovornost kandidata je pojedinačna odgovornost, može se reći zasnovana na krivici i za odmjeravanje adekvatne sankcije od utjecaja je činjenica koliko je sankcija i po kom osnovu izrečeno tom kandidatu.

Kada se istom odlukom utvrdi odgovornost političkog subjekta i odgovornost kandidata, neophodno je da odluka sadrži obrazložene razloge za odmjeravanje visine novčane kazne pojedinačno navedene jer se odluka donosi primjenom različitih kriterija za kandidata i političku partiju.

SUDSKA PRAKSA

I Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Pravilnom primjenom člana 19.9. stav 1. tačka 3. Izbornog zakona BiH, žalitelju je izrečena novčana kazna u iznosu od 8.000,00 KM za koju su dati razlozi navođenjem otežavajućih i olakšavajućih okolnosti. Kada se cijeni da je navedenom odredbom propisan raspon novčane kazne od 3.000,00 KM do 30.000,00 KM, proizilazi da je visina novčane kazne izrečena u propisanom rasponu i cijeneći kao otežavajući okolnost da prethodno izrečene dvije kazne za isto postupanje nisu imale efekta, niti su objave za koje je izrečena sankcija uklonjene. Navodima žalbe žalitelj ukazuje da je uklonio prethodne objave, ali na ove okolnosti nije dostavio dokaze pa je paušalno ukazivanje da ove činjenice nisu pravilno utvrđene u pobijanoj odluci.

U skladu sa članom 6.5. Izbornom zakona BiH Opštinskom odboru Srpske demokratske stranke Kotor Varoš naloženo je da ukloni spornu objavu sa društvene mreže, da upozori članove i pristalice na poštovanje novousvojenih zakonskih propisa i naloži Javnoj ustanovi da sa svoje službene stranice ukloni prenesenu vijest za koju je izrečena novčana kazna. Neprihvatljivo je ukazivanje žalbe da žalitelj nije ovlašten za izvršenje ovih naloga jer ne upravlja tim stranicama na društvenim mrežama. Ovo iz razloga jer žalitelj treba da obezbijedi zakonito plasiranje i prenošenje informacija koji se odnose na ovu političku stranku, kao i da spriječi svaku zloupotrebu informacijama, pa je time ovlašten i za pokretanje propisanih postupaka kojim će to pravo i obavezu realizovati.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049230 24 IŽ od 28.8.2024. godine

II Usvojena žalba ukinuta odluka i predmet vraćen CiK-u na ponovno odlučivanje

Iz obrazloženja:

U dijelu određivanja visine kazne dato je isto obrazloženje koje se odnosi i na političkog subjekta i za kandidata koje se zasniva na otežavajućom okolnostima da je cijanjena težina učinjene povrede u odnosu na prava i slobode zagantovane Opštim okvirnim sporazumom za mir u BiH i da se radi o javnom istupu kandidata, čemu je srazmjerna izrečena kazna.

Izostanak obrazloženja razloga za odmjeravanje visine novčane kazne, onemogućava preispitivanje pravilnosti odluke i čini, u ovom dijelu, osnovanim navode žalbe o paušalnosti kod odlučivanja.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049527 24 IŽ od 8.10.2024. godine

III Žalba odbijena

Iz obrazloženja:

Za izricanje adekvatne novčane kazne unutar zakonskog raspona u svakom konkretnom slučaju nužna je individualizacija svih okolnosti kako onih koje idu u korist odgovornom licu tako i onih koje mu idu na teret. Dakle, jedini objektivni metod za odmjeravanje visine novčane kazne, a koji omogućava preispitivanje njene pravilnosti, je kroz ocjenu olakšavajućih i otežavajućih okolnosti.

Suprotno navodima žalbe Centralna izborna komisija je pri odmjeravanju visine novčane kazne raspravila i pitanje težine povrede za koju odluku je dala obrazloženje koje je lišeno proizvoljnosti. Okolnost da je žalitelju izrečena novčana kazna znatno veća od zakonskog minimuma, te u većem iznosu od izrečene političkom subjektu, dispozicija je Centralne izborne komisije BiH koja ima zakonsko ovlaštenje da prema utvrđenom stepenu odgovornosti i cijeneći sve relevantne okolnosti, odmjerava visinu novčane kazne koju mora i argumentovano obrazložiti, kako je i postupljeno u pobijanoj odluci.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049670 24 IŽ od 23.10.2024. godine

IV Žalba djelimično uvažena i preinačena odluka o visini novčane kazne

Iz obrazloženja:

Pravilnom primjenom odredbe člana 19.9. stav 1. tačka 3) i 7) i stav 2. Izbornog zakona za utvrđene povrede njegovog pristalice sankcionisan je žalilac kao politički subjekt. Međutim, žalba osnovano osporava odluku o visini novčane kazne jer ovo vijeće je utvrdilo proizvoljnost u odlučivanju kada je primjenom istih kriterija različito odlučeno u pogledu visine novčane kazne koja je u zakonskom rasponu od 3.000,00 KM do 30.000,00 KM.

Naime, u predmetu ovog Suda broj S1 3 IŽ 09443 24 IŽ, Centralna izborna komisija je odlukom broj: 01-07-5-1969/24 od 19.9.2024. godine, drugog političkog subjekta kaznila novčanom kaznom od 10.000,00 KM cijeneći da je povredu počinila politička partija i njen pristalica vodeći preuranjenu izbornu kampanju i zloupotrebom javnih resursa. Dakle, radi se o istim povredama kao u konkretnom slučaju s razlikom da u konkretnom slučaju povredu čini samo pristalica. Nadalje, u naprijed navedenom predmetu cijenjeno je da je politički subjekt kažnjen 11 puta od čega jednom za zloupotrebu javnih sredstava. U konkretnom predmetu politički subjekt je kažnjen 5 puta, ali nikada zbog zloupotrebe javnih sredstava.

Kada se ima u vidu da je političkom subjektu PDP-Partija demokratskog progresa po istim kriterijima izrečena novčana kazna od 15.000,00 KM, a u uporednom predmetu izrečena je kazna 10.000,00 KM, parametri za odlučivanja ne daju osnova za razliku u odmjerenju kazne posebno kada se ima u vidu da je u uporednom predmetu veći broj ponavljanja prekršaja.

Ovo vijeće prihvata zaključak Centralne izborne komisije da je način zloupotrebe javnih sredstava može predstavljati posebnu otežavajuću okolnost kada se ima u vidu da je korištena akcija predviđena gradskim budžetom za određenu namjenu. Može se prihvatiti i argument dat u odgovoru na žalbu da je iskorištena akcija koja se odnosi na penzionere i starija lica koja spadaju u ranjivu kategoriju. I kada se cijene ove okolnosti kao posebno otežavajuće, drugi parametri koje cijeni CiK kod odmjerenja kazne ne daju osnova za izricanje sankcije koja je veća od 10.000,00 KM koja novčana kazna je izrečena drugom političkom subjektu za isto postupanje, ali koji ima dvostruko više izrečenih kazni.

Iz navedenih razloga, Apelaciono vijeće je zaključilo da iznos od 10.000,00 KM (deset hiljada konvertibilnih maraka) predstavlja novčanu kaznu koja odgovara težini počinjenje povrede, uobičajenim parametrima koji se cijene pri sankcionisanju, posebnim okolnostima koje se cijene u svakom pojedinom slučaju i kojom će se postići svrha kažnjavanja, dok je u preostalom dijelu odluka ostala neizmijenjena.

Rješenje Suda Bosne i Hercegovine, broj: S 1 3 IŽ 049442 24 IŽ od 26.9.2024. godine

1.8 PROVOĐENJE POSTUPKA PRED CENTRALNOM IZBORNOM KOMISIJOM BOSNE I HERCEGOVINE – SPORNA PITANJA

Iako je protekao kratak period od stupanja na snagu Zakona o izmjenama i dopunama Izbornog zakona BiH, veliki broj postupaka koje je provela Centralna izborna komisija BiH, kao i broj sudskih postupaka, definisali su slična pitanja sporna za političke subjekte.

Veliki broj prijava za preuranjenu izbornu kampanju Centralnoj izbornoj komisiji BiH podnijeli su politički subjekti. Nameće se zaključak o međusobnom prijavljivanju političkih subjekata, što ne predstavlja protuzakonitu, nedozvoljenu radnju. Štaviše ovakvo postupanje je poželjno, jer su odredbe o zabrani vođenja preuranjene izborne kampanje stupile na snagu neposredno pred raspisivanje izbora. Krajnja posljedica međusobnog prijavljivanja političkih subjekata svakako je disciplinovanje ponašanja u izbornom procesu. Ipak CiK treba voditi računa da ne postane sredstvo

u obračunavanju političkih oponentata i da kršenje zakonskih odredbi, posebno kada su novine u pitanju, prevenira edukacijama i obavještenjima za javnost i slično.

Određen broj žalbi ukazuje da se postupci odnose na preuranjene izborne kampanje preduzete u junu, julu i augustu 2024. godine, koje su u većini slučajeva i prijavljene u navedenim mjesecima. Međutim, CIK je odluke o sankcionisanju donio tek u septembru i oktobru 2024. godine. U vezi ovog pitanja zauzet je pravni stav u rješenju Suda Bosne i Hercegovine broj: S 1 3 Iž 049821 24 Iž od 7.11.2024. godine koji glasi: „Ukazivanje žalbe da Centralna izborna komisija BiH pobijanu odluku nije donijela u rokovima propisanim Izbornim zakonom i Uputstvom je osnovano, ali nema uticaja na njemu pravilnost. Naime, poštovanje roka za odlučivanje o prigovoru ima značaja samo kada se odlučuje o povredi prava ustanovljenih Izbornim zakonom od čijeg rješavanja zavise rokovi predviđeni Uputstvom o rokovima i redoslijedu izbornih aktivnosti za Lokalne izbore 06.10.2024. godine (Sl. glasnik BiH br. 31/24) koji obezbjeđuju kontinuitet izbornog perioda, a što zahtjeva efikasnost u rješavanju. U konkretnom slučaju ne radi se o povredi izbornog prava od čijeg rješavanja zavisi odvijanje rokova iz Uputstva o rokovima i stoga donošenje pobijane odluke dva mjeseca nakon prijema prigovora, nema za posljedicu njenu nezakonitost.“

Izjavljene žalbe problematizirale su i postupanje Centralne izborne komisije po službenoj dužnosti na osnovu inicijative prihvaćene iz prijava podnesenih od neovlaštenih lica i neblagovremenih prijava. U pogledu ovog prigovora sud je izrazio pravni stav u rješenju broj S 1 3 Iž 049381 24 Iž od 18.9.2024. godine koji glasi: „Odredba člana 6.2. Izbornog zakona ovlastila je Centralnu izbornu komisiju BiH da postupa po službenoj dužnosti po saznanju za učinjenu povredu, pri čemu rokovi i način saznanja nisu zakonom ograničeni. Time je saznanje iz inicijative podnesene putem e-maila moglo biti osnov za postupanje po službenoj dužnosti, pri čemu nema značaja da li prigovor sadrži sve propisane elemente u slučaju kada je cijenjeno postojanje razloga za postupanje po službenoj dužnosti.“

Znatan broj izjavljenih žalbi osporena je nadležnost Centralne izborne komisije BiH za odlučivanje o povredi zakona vođenjem preuranjene izborne kampanje. Rješavajući ovaj prigovor sud je u odluci S 1 3 Iž 49262 24 Iž od 2.9.2024. godine izrazio sljedeći pravni stav „Neprihvatljivo je ukazivanje žalbe da Centralna izborna komisija BiH nije bila ovlaštena za donošenje pobijane odluke. Naime, odredba člana 6.4. i 6.6. Izbornog zakona ne propisuju izričito nadležnost Centralne izborne komisije BiH za postupanje po prijavama za preuranjenu izbornu kampanju. Kada se cijene zakonske odredbe za čije kršenje je propisana nadležnost Centralne izborne komisije proizilazi da se odnose upravo na pravila ponašanja i aktivnosti u toku izbornog procesa sve do 24 sata prije otvaranja glasačkih mjesta. Ukoliko je Centralna izborna komisija BiH ovlaštena da ispituje postojanje kršenja pravila izborne kampanje koja je preduzeta u zakonom propisanom periodu, nema smetnje da odlučuje i u slučaju preuranjene izborne kampanje, bez obzira što povreda ove odredbe nije taksativno nabrojana. Svako drugačije tumačenje dovelo do nejednakosti u primjeni prava koje ne bi opravdalo prenošenja odlučivanja na opštinske izborne komisije.“

Određen broj izbornih žalbi ukazivao je na nedostatke i nejasnoće dispozitiva odluke Centralne izborne komisije u kome nije navedeno vrijeme počinjenja povrede, sadržaj objave i drugi elementi propisani odredbama prekršajnog postupka. Izborni zakon BiH nije propisao primjenu odredbi Zakona o prekršajima u postupku utvrđivanja odgovornosti političkih subjekta i izricanju sankcija. Odluke Centralne izborne komisije o utvrđenoj odgovornosti za preuranjenu izbornu kampanju bile su podobne za preispitivanje budući da je u dispozitivu navedeno da je utvrđena odgovornost za preuranjenu izbornu kampanju, ko je povredu učinio i u kom svojstvu, te

putem kojeg medija je povreda izvršena. Svi ovi elementi omogućavaju preispitivanje zakonitosti odluke i ako bi navođenje u dispozitivu datuma objave koja predstavlja kampanju neposredno ukazivao na njenu preuranjenost, dok ovu činjenicu po sadašnjoj praksi CIK BiH sadrži samo obrazloženja odluke.

1.9 ZAKLJUČAK

Potrebno je naglasiti da je usvojenim izmjenama i dopunama Izbornog zakona BiH uveden novi pojam i regulisane nove radnje u svrhu obezbjeđenja ravnopravnosti svih političkih subjekta u izbornom procesu. Odredbe izbornog zakona BiH imale su jasno definisano period izborne kampanje u kome je omogućavano političkim strankama i kandidatima da osmisle i implementiraju svoje strategije kampanje i da djelotvorno informiraju biračko tijelo o svojim platformama i programima.

Predizborna kampanja u praksi trajala je i tokom čitavog izbornog perioda i prije nego je zvanično počela, za što nije postojalo ograničenje. Preduzimanje radnji izborne kampanje izvan perioda propisanog zakonom nije bilo regulisano kao nedozvoljeno što su pojedini politički subjekti i kandidati zloupotrebljavali.

Uvođenjem zabrane vođenja preuranjene izborne kampanje, otklonjen je nedostatak u zakonskoj regulativi koji je omogućavao nekažnjeno protežiranje pojedinih političkih subjekta ili kandidata i njihov uticaj na javno mišljenje. Noveliranje Izbornog zakona u pogledu preuranjene izborne kampanje bilo je nužno na što ukazuju i podaci sa zvanične stranice Centralne izborne komisije prema kojima proizlazi, a zaključno sa septembrom 2024. godine, da su po ovom osnovu izrečene novčane kazne u ukupnom zbiru od 467.500,00 KM.

Zbir izrečenih novčanih kazni jasno ukazuje na masovnost pojave preuranjene izborne kampanje i opravdava potrebu za sankcionisanje takvog ponašanja. Ovo potvrđuje i podatak da je CIK zaprimio oko 600 prijava povodom vođenja preuranjene izborne kampanje, da je donio 111 odluka o izricanju sankcija povodom kojih je izjavljena 71 izborna žalba. Odlučujući o izjavljenoj izbornoj žalbi Sud Bosne i Hercegovine utvrdio je da je Centralna izborna komisija donijela pravilnu i zakonitu odluku u 65 predmeta, tačnije u 90% izrečenih sankcija.

Zabrana vođenja preuranjene izborne kampanje ne narušava prava na slobodne izbore garantovana članom 3. Protokola br. 1 EKLJP, a koju je ratifikovala BiH, jer između ostalog ostavlja državi pravo da po slobodnoj ocjeni odabere izborni sistem koji će usvojiti, na što ukazuje presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Mathieu-Mohin i Clerfayt protiv Belgije*.

Presuda Evropskog suda za ljudska prava u predmetu *Abil protiv Azerbejdžana*, prijava broj 8513/11, utvrdila je postojanje nedovoljne zaštite od proizvoljnosti u situaciji kada je podnosilac predstavke diskvalifikovan s parlamentarnih izbora zbog prijevremene kampanje, zbog nedovoljnosti procedura. Izmjene i dopune Izbornog zakona u pogledu preuranjene izborne kampanje zadovoljavaju sve standarde iz navedene odluke jer propisuje jasne procedure za utvrđenje i sankcionisanje preuranjene izborne kampanje koje provedeni postupak pred Centralnom izbornom komisijom BiH lišava bilo kakve proizvoljnosti.

III UPRAVNO PRAVO

Milica Pranjčić, pravna savjetnica Upravnog odjeljenja Suda BiH

1 OPRAVDAN STRAH OD PROGANJANJA U PRAVU AZILA

1.1 UVOD

Pravo na azil je temeljno ljudsko pravo sadržano u Općoj deklaraciji o ljudskim pravima. Riječ „azil“ vuče korijen iz grčke riječi *asylia*, što izvorno zapravo znači „sklonište“, „skrovište“, „utočište“. Općenito je prihvaćeno da značenje riječi „azil“ podrazumijeva da svako ima pravo da u drugoj državi traži zaštitu (azil) od progona, a što podrazumijeva zabranu prisilnog vraćanja izbjeglica na teritoriju gdje bi im bili ugroženi život ili sloboda, te dozvolu za ostanak i humane standarde postupanja. Osoba koja traži azil je stranac koji traži zaštitu u drugoj državi zbog progona ili ozbiljne povrede prava u svojoj zemlji porijekla ili zemlji uobičajenog boravka. U skladu s pravom EU, Povelja o temeljnim pravima EU članom 18. predviđa pravo na azil kao i zabranu odbijanja prihvata prema članu 19. Ugovor o funkcioniranju EU predviđa stvaranje zajedničkog evropskog sistema azila koji treba poštivati državne obaveze prema Ženevskoj konvenciji iz 1951. godine. U skladu sa Evropskom konvencijom o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, pravo na azil ne postoji kao takvo; međutim, odbiti pojedinca bilo na granici ili bilo gdje unutar jurisdikcije države i izložiti ga riziku mučenja ili neljudskog ponašanja zabranjeno je članom 3. Konvencije, a u određenim slučajevima (protjerivanje, udaljenje ili izručenje) i do povrede odredbi člana 2. *Pravo na život*.

1.2 MEĐUNARODNA ZAŠTITA – AZIL

Pravo na azil – međunarodnu zaštitu sadržano je u nizu međunarodnih kao i regionalnih instrumenata zaštite ljudskih prava, od kojih su ključni: Univerzalna deklaracija o ljudskim pravima iz 1948. godine, koja navodi da je pravo svake osobe da u drugim zemljama traži i uživa zaštitu od proganjanja. Izvršni odbor UNHCR-a istakao je da „institucija azila koja direktno proističe iz prava da se traži i uživa azil sadržanog u članu 14(1) Univerzalne deklaracije o ljudskim pravima, spada među najosnovnije mehanizme međunarodne zaštite izbjeglica.“ Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine i Protokol o statusu izbjeglica iz 1967. godine predstavljaju temelj međunarodnog izbjegličkog prava. Konvencija o statusu izbjeglica iz 1951. godine definira termin „izbjeglica“ i navodi osnovne standarde za postupanje sa osobama za koje se utvrdi da ispunjavaju uslove za sticanje izbjegličke zaštite. U smislu prava na međunarodnu zaštitu, Konvencija u članu 33(1) navodi da izbjeglica ima pravo na zaštitu od prisilnog povratka (princip „non-refoulement“). Konvencija protiv torture i drugih vidova surovog, nehumanog ili ponižavajućeg postupanja ili kažnjavanja, iz 1984., zabranjuje protjerivanje ili vraćanje na mjesto gdje postoji znatna opasnost od izlaganja torturi. Posebna važnost Konvencije protiv torture sastoji se u tome što je odredba konvencije o zabrani prisilnog povratka apsolutna, što znači da se odredba primjenjuje bez mogućnosti isključenja po bilo kom osnovu. Za razliku od Konvencije protiv torture, Konvencija o statusu izbjeglica sadrži izuzetak od principa „non-refoulement“ u čl. 33(2) po kojem se ne može pozvati na „non-refoulement“ izbjeglica koji se razložno smatra opasnim po sigurnost zemlje u kojoj se nalazi ili koji, pošto je pravosnažno osuđen za naročito teško krivično djelo, predstavlja opasnost po društvo te zemlje. Drugi također važni dokumenti međunarodnog prava koji iako ne izričito, na posredan način zabranjuju prisilni povratak su Međunarodni sporazum o građanskim i

političkim pravima iz 1966. god. (član 7.), Evropska konvencija o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda iz 1950. god. (član 3.) i Četvrta ženevska konvencija iz 1949. god. (član 45.). Značajnu ulogu u međunarodnom izbjegličkom pravu imaju i Konvencija o pravima djeteta (1989), Međunarodna konvencija o eliminaciji svih oblika rasne diskriminacije (1969), Konvencija o eliminiranju svih vidova diskriminacije žena (1979), Međunarodna konvencija o zaštiti prava svih migranata i članova njihovih porodica (1990), Konvencija o statusu osoba bez državljanstva (1954), te Konvencija o smanjenju broja slučajeva apatridije (1961). Bosna i Hercegovina je ratificirala sve prethodno spomenute međunarodne instrumente za zaštitu ljudskih prava. U kontekstu prava na azil, važno je spomenuti i međunarodna tijela koja imaju nadležnost da razmatraju individualne predstavke/žalbe zbog povrede prava predviđenog određenim međunarodnim (regionalnim) sporazumom. U tom smislu, u bosanskohercegovačkom kontekstu, veoma su značajni Evropski sud za ljudska prava (ESLJP), Komitet za ljudska prava (HRC) i Komitet protiv torture (KPT).

1.3 DEFINICIJA IZBJEGLICE

U svakodnevnom govoru *izbjeglica* se može definirati kao osoba koja je prisiljena napustiti mjesto svoga prebivališta zbog događaja koji su izvan njezine kontrole, a ti događaji koji je prisiljavaju na napuštanje mogu nastati prirodnim (prirodne katastrofe – kao što su primjerice potres, tsunami, tajfun, tornado, uragan) ili umjetnim putem (katastrofe koje je prouzročio čovjek – kao što je npr. rat, nuklearna eksplozija, progon i sl.). Međutim pojam izbjeglice se odnosi i na svaku osobu koja je primorana napustiti mjesto svog redovnog boravišta zbog strane agresije, okupacije, strane dominacije ili događaja koji teško pogađaju javni poredak bilo u dijelu ili u cijeloj zemlji njezinog porijekla ili državljanstva.

1.4 OPRAVDAN STRAH OD PROGANJANJA

Opravdan strah od proganjanja sastoji se od subjektivnog i objektivnog elementa.

Izraz „**osnovan/opravan strah od proganjanja**“ ključan je izraz definicije izbjeglice. Iako izraz „osnovan strah“ sadrži dva elementa, jedan subjektivni (strah) i jedan objektivni (osnovan), oba se elementa moraju procjenjivati zajedno. U tom kontekstu, izraz ‚strah‘ znači da osoba vjeruje ili predviđa da će biti izložena tom proganjanju. To se uglavnom utvrđuje prema onome što osoba opiše kao svoje stanje uma pri odlasku. U pravilu će se izjava podnositelja zahtjeva prihvatiti kao značajan dokaz postojanja straha, pod pretpostavkom da ne postoje činjenice koje dovode do ozbiljne sumnje u vjerodostojnost te tvrdnje. Podnositelj zahtjeva mora, osim toga, dokazati da je navedeni strah osnovan.

1.5 POKAZATELJI ZA PROCJENU OSNOVANOSTI STRAHA

Iako je po prirodi procjena rizika od proganjanja usmjerena na budućnost i stoga sama po sebi donekle podrazumijeva nagađanje, takva se procjena treba provesti na temelju činjeničnih razmatranja u kojima se u obzir uzimaju osobne okolnosti podnositelja zahtjeva kao i elemente koji se odnose na situaciju u zemlji porijekla.

Osobne okolnosti podnositelja zahtjeva uključivale bi njegovo podrijetlo, iskustva, osobnost i sve druge osobne činjenice koji bi ga mogli izložiti proganjanju. Konkretno, relevantne činjenice koje treba uzeti u obzir uključuju pitanje jesu li podnositelji zahtjeva prethodno bili proganjeni ili izloženi drugim oblicima zlostavljanja te iskustva srodnika i prijatelja podnositelja zahtjeva, kao i osoba u istoj situaciji kao podnositelj zahtjeva.

Relevantni elementi koji se odnose na situaciju u zemlji porijekla uključivali bi opće društvene i političke uvjete, trenutno stanje i dosadašnji razvoj ljudskih prava u zemlji; zakonodavstvo zemlje; politike ili prakse vršitelja proganjanja, osobito u odnosu na osobe koje su u sličnoj situaciji kao podnositelj zahtjeva, itd. Iako bi činjenica da se u prošlosti dogodilo proganjanje ili zlostavljanje imala veliku težinu u korist pozitivne procjene rizika od budućeg proganjanja, nepostojanje proganjanja ili zlostavljanja nije odlučan čimbenik. Na isti način, proganjanje u prošlosti nije nužno odlučno za mogućnost ponovnog proganjanja, osobito ako je došlo do važne promjene u uvjetima u zemlji podrijetla.

Subjektivni element straha od proganjanja sastavni je dio osobe koja podnosi zahtjev za priznanjem izbjegličkog statusa, podrazumijeva iskren osjećaj straha (od smrti, opasnosti, progona ili neke druge teške posljedice) kojeg ta osoba osjeća i zbog kojega je nemoguć njezin daljnji boravak ili povratak u zemlju njezina podrijetla. Subjektivni element utvrđuje se iz iskaza izbjeglice. U kontekstu odgovornosti podnositelja zahtjeva da dokaže činjenice koje podupiru njegov zahtjev, pojam „standard dokazivanja“ znači prag koji podnositelj zahtjeva treba ispuniti kako bi osobu koja odlučuje o zahtjevu uvjerio u istinitost svojih činjeničnih tvrdnji. Činjenice koje je potrebno „dokazati“ one su koje se odnose na porijeklo i osobna iskustva podnositelja zahtjeva koja su navodno dovela do straha od proganjanja i posljedične nespремnosti da iskoristi zaštitu zemlje porijekla. Nadležna osoba koja odlučuje o zahtjevu treba odlučiti je li, na temelju pruženih dokaza kao i istinitosti izjava podnositelja zahtjeva, vjerojatno da je tvrdnja tog podnositelja zahtjeva vjerodostojna. Očito je da je podnositelj zahtjeva dužan govoriti istinu. Međutim, pritom treba uzeti u obzir i činjenicu da, zbog svojih traumatičnih iskustava, podnositelj zahtjeva možda neće slobodno govoriti; ili da se zbog proteka vremena ili intenziteta prošlih događaja podnositelj zahtjeva možda neće moći sjetiti svih činjeničnih pojedinosti ili ih tačno prepričati ili ih može pomiješati; stoga će podnositelj možda nejasno ili netačno navesti detaljne činjenice. Nemogućnost prisjećanja ili navođenja svih datuma ili manje važnih pojedinosti, kao i manje nedosljednosti, nebitne nejasnoće ili netačne izjave koje nisu bitne mogu se uzeti u obzir u konačnoj procjeni vjerodostojnosti, ali ne smiju se upotrebljavati kao odlučne činjenice. Pri ocjeni ukupne vjerodostojnosti podnositeljeve tvrdnje, osoba koja odlučuje o zahtjevu trebala bi uzeti u obzir činjenice kao što su razumnost iznesenih činjenica, ukupna dosljednost i koherentnost priče

podnositelja zahtjeva, potkrjepljujući dokazi koje je podnositelj izveo u prilog svojim izjavama, usklađenost s općepoznatim činjenicama te poznatom situacijom u zemlji porijekla. Vjerodostojnost je utvrđena kada je podnositelj zahtjeva iznio tvrdnju koja je koherentna i uvjerljiva, nije u suprotnosti s općepoznatim činjenicama, te se stoga, sve u svemu, u nju može povjerovati.

Objektivni element straha, odnosno je li objektivno opravdana osnova za strah od proganjanja, procjenjuje se iz situacije koja vlada u zemlji porijekla izbjeglice, te se u postupku cijeni iz Izvještaja iz zemlje porijekla sačinjenih od vladinih, nevladinih tijela ili međunarodnih organizacija i udruženja koja se bave zaštitom ljudskih prava. Potrebno je „da u državi porijekla izbjeglice doista postoje prilike u kojima bi prosječan čovjek, kada bi bio ‘na mjestu’ dotičnog izbjeglice, osjećao strah od progona zbog okolnosti navedenih u konvencijskoj definiciji izbjeglice. Pri tome, nije nužno da je osoba bila podvrgnuta određenim postupcima od strane tijela države porijekla niti da je proživjela određena traumatična iskustva već je dovoljno da se učini vjerojatnim da bi i nju snašlo isto proganjanje koje je snašlo druge osobe s kojima dijeli istu rasnu, vjersku, nacionalnu, grupnu pripadnost ili političko istomišljeništvo. Opravdan strah postoji kada razumna osoba može zaključiti iz vanjskih činjenica da će biti predmetom progona u svojoj domovini. Opravdani strah od proganjanja mora biti u vezi s državom čije državljanstvo izbjeglica ima, odnosno uz državu njezina redovnog boravišta zato što ako strah nije vezan za zemlju porijekla tada se ne radi o izbjeglici i nema potrebe za međunarodnom zaštitom. Konvencija ne sadrži definiciju proganjanja niti postoji njena općepoznata definicija. No, proganjanjem se može smatrati svaki čin kojim se grubo krše temeljna ljudska prava i slobode (pravo na život, slobodu i osobnu sigurnost, zabrana mučenja ili okrutnog, nečovječnog ili ponižavajućeg postupka ili kazne, zabrana ropstva i sličnih odnosa, sloboda misli, savjesti i vjeroispovijesti) zbog nečije rase, vjere, nacionalnosti, političkog uvjerenja ili pripadnosti određenoj društvenoj skupini. Tumačenjem čl. 33. st. 1. Konvencije zaključuje se da se proganjanjem smatra ugrožavanje života ili slobode zbog pripadnosti određenoj rasi, vjeri, nacionalnosti, određenoj društvenoj skupini ili zbog političkog uvjerenja. Djelo ili djela koja predstavljaju proganjanje poduzima ili sama državna vlast ili neko drugo tijelo ili privatna osoba ako nadležna tijela u toj državi nisu u mogućnosti ili ne žele intervenirati u korist pojedinca koji je zlostavljan ili kojem prijete zlostavljanje. To znači da progon vrši država putem svojih nadležnih tijela, primjerice putem vojske ili policije, no progon mogu vršiti neke privatne, paradržavne, paravojne organizacije ako u određenoj državi vlada anarhija (takvo što se dešavalo u Afganistanu za vrijeme talibanske vladavine).

1.6 ZAKLJUČNO:

Zahtjevi za međunarodnom zaštitom procjenjuju se pojedinačno, pri čemu se uzima u obzir sljedeće: (a) sve odgovarajuće činjenice koje se odnose na zemlju porijekla u vrijeme donošenja odluke o zahtjevu, uključujući zakone i propise zemlje porijekla način na koji se oni primjenjuju; (b) odgovarajuće izjave i dokumentaciju koje je dostavio podnositelj zahtjeva uključujući informacije o tome je li podnositelj zahtjeva bio ili bi mogao biti izložen proganjanju ili ozbiljnoj nepravdi; (c) položaj i osobne okolnosti podnositelja zahtjeva, uključujući činjenice kao što su

porijeklo, spol i dob, pripadnost određenoj grupi, kako bi se procijenilo bi li se, s obzirom na osobne okolnosti podnositelja zahtjeva, postupci kojima je podnositelj zahtjeva bio izložen ili bi mogao biti izložen mogli smatrati proganjanjem ili ozbiljnom nepravdom; (d) podatak o tome jesu li aktivnosti podnositelja zahtjeva, nakon što je napustio zemlju porijekla, bile usmjerene stvaranju neophodnih uslova za traženje međunarodne zaštite, kako bi se procijenilo mogu li ove aktivnosti izložiti podnositelja zahtjeva proganjanju ili ozbiljnoj nepravdi ako se vrati u tu zemlju; (e) podatak o tome može li se od podnositelja zahtjeva razumno očekivati da će se staviti pod zaštitu druge zemlje u kojoj bi mogao dokazati državljanstvo.

1.7 PRAKSA SUDA BIH U POSTUPCIMA AZILA

Ministarstvo sigurnosti BiH je u obavezi da prilikom ispitivanja zahtjeva za azil utvrdi sve odlučne činjenice koje su od uticaja za donošenje odluke, te u postupku ispitivanja uslova za dodjeljivanje međunarodne zaštite primijeni odredbe Zakona o upravnom postupku čija je supsidijarna primjena propisana odredbom člana 5. Zakona o azilu.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj S1 3 U 039859 21 Uvp od 1.11.2021. godine:

„Sud paušalno navodi da za subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju nema sigurnih pokazatelja kojim bi potvrdili iskaz, te da tužitelj nije dokazao tvrdnju da su krivični postupci protiv njega isključivo vođeni zbog njegovog istupanja putem društvenih mreža, jer upravo presuda povodom koje je traženo njegovo izručenje ukazuje da se radi o osudi zbog krivičnog djela „Nezakonito posjedovanje municije i oružja“, dok za ostale dostavljene presude nema jasnih dokaza da neće imati pravo njihovog osporavanja ili da će biti izvrnut progonu u slučaju povratka u zemlju.

Po ocjeni ovog vijeća, utvrđeno je da tuženi odlučujući o zahtjevu tužitelja nije uzeo u obzir činjenice koje je tužitelj istakao prilikom podnošenja zahtjeva za međunarodnu zaštitu, pa su takvim postupanjem povrijeđena odredba člana 40. Zakona o azilu, te osnovna načela Zakona o upravnom postupku.

Naime, odredbom člana 40. Zakona o azilu propisano je da se u postupku međunarodne zaštite rješenje donosi nakon obavljenog ispitnog postupka u kojem se utvrđuju sve odlučne činjenice, okolnosti i dokazi značajni za donošenje odluke. U toku postupka, podnositelju zahtjeva mora se omogućiti da iznese sve okolnosti koje su mu poznate, da ima pristup raspoloživim dokazima uvidom u predmet, kao i da predloži izvođenje pojedinih dokaza u skladu sa članom 39. citiranog zakona. Shodno navedenom, tuženi je bio u obavezi da utvrdi sve odlučne činjenice koje su od uticaja za donošenje odluke. Ovo iz razloga što pitanje dodjeljivanja međunarodne zaštite nalaže državi kod koje se traži međunarodna zaštita aktivnu ulogu kod ispitivanja da li bi lice u zemlji porijekla bilo izloženo nehumanom ponašanju i da se u toku postupka pravilno i jasno utvrde sve činjenice. U skladu sa navedenim, tuženi organ je u postupku ispitivanja uslova za dodjeljivanje međunarodne zaštite morao primijeniti odredbe Zakona o upravnom postupku čija je supsidijarna primjena propisana odredbom člana 5. Zakona o azilu. Tako su Zakonom o azilu propisani uslovi za sticanje međunarodne zaštite i ostale zaštite, a ostala pitanja koja se odnose na postupanje upravnog organa i načela su propisani Zakonom o upravnom postupku. Imajući u vidu da je Zakonom o

upravnom postupku i to članom 150. propisano da se činjenice na osnovu kojih se donosi rješenje utvrđuju dokazima, a kao dokazno sredstvo upotrijebit će se sve što je podesno za utvrđivanje stanja stvari i što odgovara pojedinom slučaju, kao što su: isprave, odnosno mikrofilmska kopija isprave ili reprodukcija te kopije, svjedoci, izjava stranke, vještaci, uviđaj i drugo. Nadalje, imajući u vidu načelo materijalne istine iz člana 9. Zakona o upravnom postupku kojim je propisano da se u postupku mora utvrditi pravo stanje stvari, i u tom cilju moraju se potpuno i pravilno utvrditi sve činjenice koje su od važnosti za donošenje zakonitog i pravilnog rješenja. Sud nije mogao raspraviti spor na osnovu činjenica utvrđenih u upravnom postupku zato što su one u bitnim tačkama nepotpuno utvrđene, izveden pogrešan i nepravilan zaključak, jer iz razloga pobijanog rješenja jasno proizlazi da je tuženi organ samo pobrojao provedene dokaze i paušalno naveo da je cijenio iste, jer iz obrazloženja rješenja proizlazi da je ocjena izvršena na način da su se samo citirali izvještaji iz zemlje porijekla, ali da je izostala stvarna ocjena istih od strane tuženog, niti je dovedena u vezu da iskazom tužitelja kojim se nesporno prepoznaju elementi političkog mišljenja i da postoji veći broj izvještaja iz zemlje porijekla, koji se odnose na tužitelja, kao i presuda donesenih u odsutnosti tužitelja iz kojih proizlazi da je istim tužitelj osuđen zbog prekršaja koje je učinio kroz svoje objave putem telefona i interneta (Twitter), na način da je pisao i dijelio poslove koji ugrožavaju čast E., pa je tako npr. dana 27.05.2019. godine donesena presuda kojom je tužitelj proglašen krivim iz razloga što je na Twitteru objavio da je E. osoba koja pati od demencije i kojoj treba pomoć, te je na taj način uvrijedio E. i zbog čega je osuđen na kaznu zatvora u trajanju od pet godina sa prinudnim radom i obavezan da plati novčanu kaznu u vrijednosti od 10.000 kuvajtskih dinara, te je na osnovu izloženog sud uvažio zahtjev tužitelja za preispitivanje sudske odluke te preinačio pobijanu presudu i poništio osporeni akt i predmet vratio tuženom na ponovni postupak.“

Prilikom donošenja odluke, Vijeće za upravne sporove mora imati u vidu da na zakonitost akata tuženog organa utiču naknadno pribavljeni dokazi, odnosno mora se cijeliti značaj dokaza priloženog uz tužbu na zaključke na kojima se zasniva osporavano rješenje kako u pogledu utvrđenog činjeničnog stanja, tako i u pogledu primjene materijalnog prava.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 043232 22 U2 od 23.2.2023. godine koja je donesena u ponovnom postupku u skladu s uputama iz presude Apelacionog upravnog vijeća broj: S1 3 U 043232 22 Uvp od 10.11.2022. godine

Dakle, postupajući u skladu s uputama iz presude Apelacionog upravnog vijeća, ovo vijeće je u presudi propustilo cijeliti poziv za saslušanje tužitelja, kako je to ukazano u tužbi (strana 6). Ovo vijeće napominje da je u ponovnom postupku izvršilo uvid u nalog za privođenje izdat za tužitelja od strane Republičkog tužilaštva Republike Turske, koji se nalazi u predmetnom spisu, a koji prevod od stalnog sudskog tumača je izvršen 20.10.2022. godine, dok je presuda Vijeća za upravne sporove donesena 27.9.2022. godine. U dostavljenom zahtjevu za privođenje je navedeno da je potrebno da se tužitelj, u svojstvu osumnjičenog u vezi sa optužbom koja se odnosi na FETO-PDY, dovede u roku od 24 sata u Republičko tužilaštvo u Kahramanmarasu, sve u skladu sa članom 94. Zakona o krivičnom postupku.

S tim u vezi, po shvatanju ovog upravnog vijeća, navedeni nalog za privođenje u bitnome utiče na zahtjev tužitelja koji treba posmatrati u drugom kontekstu, pa imajući u vidu da upravno vijeće

cijeni zakonitost konačnog upravnog akta, to je tužbu valjalo uvažiti kao osnovanu, u skladu s uputom iz presude Apelacionog upravnog vijeća i vratiti tuženom na ponovno odlučivanje.

U ponovnom postupku, tuženi će cijeliti navedeni dokaz, poziv, kao i nalog za privođenje tužitelja i donijeti odluku pravilnom primjenom materijalnog prava i u skladu sa članom 9. i 200. stav 2. Zakona o upravnom postupku BiH, a sve imajući u vidu problem sa kojima se suočavaju oni za koje se smatra da su povezani sa Fetulahom Gulenom.

Tuženi će u odnosu na navedeni dokaz ispitati osnovanost tužiteljevog zahtjeva za azil tako što će prvo ispitati uslove za dodjelu izbjegličkog statusa, a ako nisu ispunjeni uslovi za dodjelu izbjegličkog statusa, uslove za dodjelu supsidijarne zaštite, te će cijeliti da li kod tužitelja postoji osnovani strah od progona zbog svoje rase, vjere, nacionalnosti, pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili političkog mišljenja, te da li postoje ozbiljni razlozi za vjerovanje da bi se u zemlji porijekla ili uobičajenog mjesta boravka, suočio sa stvarnim rizikom od teške povrede ljudskih prava i osnovnih sloboda (član 22. Zakona o strancima). Ministarstvo će u postupku cijeliti prigovor zabrane vraćanja. Načelo „non-refoulement“ (član 6. Zakona o azilu), kao jedno od osnovnih načela po pitanju zaštite izbjeglica koje se nađu na području izvan svoje zemlje porijekla od prisilnog vraćanja na područje gdje postoji vjerovatnost da bi bili proganjani, mučeni ili ubijeni.

Iako tužitelj nije proganjan od države ili bilo kojeg državnog organa, tuženi je zbog procjene situacije u zemlji porijekla na osnovu izvještaja međunarodnih organizacija, te stavova UNHCR-a ocijenio da bi se povratkom u zemlju porijekla tužitelj mogao suočiti sa nekim od povreda iz definicije supsidijarne zaštite, tačnije sa nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem od strane po jedinca.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 042747 22 U od 5.7.2022. godine

Polazni osnov za ispitivanje ispunjenosti uslova za dodjelu međunarodne zaštite prema definiciji izbjeglice čini iskaz podnositelja zahtjeva. U konkretnom slučaju, iz navoda tužitelja datih na održanom intervjuu jasno proizlazi da se njegov strah odnosi na postojanje ozbiljnih razloga za vjerovanje da bi se povratkom u zemlju porijekla ili zemlju uobičajenog mjesta boravka suočio sa stvarnim rizikom od teške povrede ljudskih prava i temeljnih sloboda s obzirom na položaj predstavnika vlasti, odnosno njegovog oca, koji je bio angažiran u Afganistanu prije nego su talibani došli na vlast. Pravilno to tuženi utvrđuje u konkretnom upravnom postupku.

S tim u vezi, razlozi koje je tužitelj naveo tokom postupka kao i u predmetnoj tužbi nisu razlozi iz kojih se u smislu naprijed citiranih propisa strancu odobrava međunarodna zaštita po osnovu izbjegličkog statusa jer prijetnje ili povrede koje bi bile osnov straha ne potiču od događaja koji su se dešavali u zemlji porijekla, sukoba i odmazda ili da je tužitelj od zemlje porijekla bio izložen nasilju, posebno imajući u vidu da je tužitelj na intervjuu i sam naveo da nije imao problema lično od talibana niti se ikada susreo sa njima.

Dakle, tužiteljev zahtjev za međunarodnu zaštitu je razmatran u odnosu na supsidijarnu zaštitu, odnosno na uslov predviđen članom 22. Zakona o azilu, čija je suština u direktnoj vezi sa članom 3. Evropske konvencije o ljudskim pravima i temeljnim slobodama, prema kojem niko ne smije biti podvrgnut mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Ispitujući navedene uslove za dodjelu supsidijarne zaštite, tuženi je ispitao subjektivni element iskaz tužitelja

i objektivni element, odnosno situaciju u zemlji porijekla na osnovu izvještaja međunarodnih organizacija, te stavova UNHCR-a. Subjektivni element utvrđuje se iz iskaza izbjeglice. Objektivni element straha, odnosno je li objektivno opravdana osnov za strah od proganjanja, procjenjuje se iz situacije koja vlada u zemlji porijekla izbjeglice. Potrebno je da u državi porijekla stvarno postoje prilike u kojima bi prosječna osoba, kada bi bila na mjestu izbjeglice, osjećala strah od progona.

Nije sporno da je otac tužitelja, kako to proizlazi i iz materijalnog dokaza dostavljenog od strane tužitelja bio uključen u prethodnu vlast Afganistana i da su talibani zaprijetili svima koji su bili u prethodnoj vlasti, kao i njihovim bližnjima. Nadalje, iako u konkretnom slučaju tužitelj nije proganjan od države ili bilo kojeg državnog organa, tuženi je pravilno ocijenio da bi se povratkom u zemlju porijekla tužitelj mogao suočiti sa nekim od povreda iz definicije supsidijarne zaštite, tačnije sa nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem od strane pojedinca. Slijedom navedenog, tužitelju je priznata supsidijarna zaštita u BiH sa mogućnošću produženja, čime je tužitelj zaštićen od povratka u zemlju porijekla dok traje stanje u vezi s uslovima u zemlji porijekla, a taj status se može produžiti i dalje u skladu sa zakonskim uslovima.

Nije osnovan zahtjev za azil koji je podnesen iz razloga porodičnih problema i ekonomske prirode, posebno ako tražitelj azila ne spori mogućnost povratka u zemlju porijekla.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 039756 21 U od 11.5.2021. godine

Razmatrajući, dakle, subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju, nema sigurnih pokazatelja koji bi potvrdili njegov iskaz, nema dokaza da je država Pakistan posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj grupi. Nema čak ni indicija da postoje dokazi koji bi mogli potvrditi navode tužbe da je zbog porodičnih problema oko zemljišta bio izložen progону, što u konačnici predmetni zahtjev čini neosnovanim. Iz iskaza je čak vidljivo da je tužitelj na intervjuu iznio vrlo šture razloge napuštanja zemlje porijekla, te istakao da je zemlju porijekla napustio zbog problema oko zemljišta i porodičnih problema sa širom porodicom, te je njegova uža porodica ostala i dalje da živi nesmetano u Pakistanu kao zemlji porijekla, samo u drugom selu. Nadalje, analizirajući okolnosti ulaska u BiH, tuženi je izveo zaključak da je tužitelj stranac koji je ušao na teritoriju BiH 13 mjeseci prije podnošenja zahtjeva za azil, te je prije toga prošao više zemalja na svom putu u kojima nije tražio azil, a sam tužitelj je istakao da mu je krajnji cilj bila Grčka, ali da nije podnosio zahtjev za azil u Grčkoj, te tužitelj u svom iskazu ne spori mogućnost povratka u zemlju porijekla navodeći da bi volio da njegova šira porodica odgovara zbog oduzimanja zemljišta njegovoj porodici.

Dakle, nesporna je i činjenica da od napuštanja zemlje porijekla 2018. godine prošao više zemalja na svom putu, te da je u BiH boravio 13 mjeseci prije nego je podnio zahtjev za azil, što ukazuje da činjenicu da tužitelj nije imao namjeru da se stavi pod zaštitu države BiH odmah nakon što je došao na teritoriju BiH. Nadalje, navodi tužitelja iz zahtjeva za azil nisu ničim potkrijepljeni, te nije dokazano da mu ne bi bila pružena zaštita zemlje porijekla, jer i sam tužitelj ne spori mogućnost povratka u zemlju porijekla, pod uslovom da njegova šira porodica odgovara za ono što su mu učinili. Ovakvi paušalni navodi tužitelja ostavljaju utisak da je i ovaj zahtjev za međunarodnom

zaštitom samo produkt njegove želje da ode iz svoje zemlje, a ta želja nije osnov i ne može biti osnov za dodjelu statusa izbjeglice ili supsidijarne zaštite.

Vjerska pripadnost ne može biti osnov za usvajanje zahtjeva za azil, kada zbog iste zemlja porijekla nije bila posebno zainteresirana za tužitelja kao pojedinca, niti se vjere odrekao javno, već su porodični sukobi razlog podnošenja zahtjeva, te su dešavanja u zemlji porijekla u slučaju povratka samo pretpostavka tužitelja.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041050 21 U od 15. 9.2021. godine

Razmatrajući, dakle, subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju, nema sigurnih pokazatelja koji bi potvrdili njegov iskaz, nema dokaza da je država Maroko posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj grupi. Nema čak ni indicija da postoje dokazi koji bi mogli potvrditi navode tužbe da je zbog porodičnih problema oko zemljišta bio izložen progonu, što u konačnici predmetni zahtjev čini neosnovanim. Iz iskaza je čak vidljivo da tužitelj svoj zahtjev temelji na vjerskom opredjeljenju i da je imao sukob sa ocem, koji je imam u njihovom gradu i svi u porodici su religiozni, osim tužitelja koji se odrekao islama. Nije se odrekao vjere nikad javno, nego je postao ateista. Napade na sebe povezuje sa ocem i tim što otac nije prihvatio da je ateista, te ističe porodični sukob kao razlog podnošenja zahtjeva. Nadalje, tuženi je utvrdio da je tužitelj na intervjuu iznio vrlo šturu razloge napuštanja zemlje porijekla, te je utvrdio da se podnositelj nije nikada stavio pod zaštitu zemlje porijekla, niti je ikada prijavljivao napade policiji u zemlji porijekla. Posebno što je i sam tužitelj istakao da je o napuštanju zemlje porijekla razmišljao i prije napada, i to o odlasku u Italiju, te da vjerska pripadnost nije dovela do povrede ljudskih prava tužitelja, te su dešavanja u zemlji porijekla u slučaju povratka samo pretpostavka tužitelja.

Nesporna je i činjenica da je od napuštanja zemlje porijekla 2016. godine prošao više zemalja na svom putu, te da je samo u Grčkoj boravio 2,5 godine. U BiH je ušao 2018. godine, pokušavao je iz BiH otići u EU, više puta je bio vraćen, te je podnio zahtjev za azil, što ukazuje da činjenicu da tužitelj nije imao namjeru da se stavi pod zaštitu države BiH odmah nakon što je došao na teritoriju BiH. Nadalje, navodi tužitelja iz zahtjeva za azil nisu ničim potkrijepljeni, posebno ako se ima u vidu da je sam tužitelj istakao da nije ni tražio zaštitu nadležnih institucija u zemlji porijekla, već je pretpostavljao da mu zaštita neće biti pružena. Ovakvi paušalni navodi tužitelja ostavljaju utisak da je i ovaj zahtjev za međunarodnom zaštitom samo produkt njegove želje da ode iz svoje zemlje, a ta želja nije osnov i ne može biti osnov za dodjelu statusa izbjeglice ili zamjenske zaštite.

Ne može biti osnov proganjanja pripadnosti društvenoj grupi koja kao grupa nije žrtva progona od zemlje porijekla, jer se radi o grupi koja kontrolira većinu predjela i da je većinski pokret u zemlji porijekla. Naime, pripadnost određenoj društvenoj grupi može biti u korijenu proganjanja zato što ne postoji povjerenje u lojalnost te grupe prema vladi ili zato

što se smatra da politička perspektiva, prošlost ili ekonomske djelatnosti njenih pripadnika ili samo postojanje društvene grupe kao takve predstavljaju prepreku vladinoj politici.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041884 22 U od 26.4.2022. godine

Kada tužitelj navodi da je zbog pripadnosti palestinskoj naciji žrtva progona, ukazuje da taj progon ne vrši zemlja porijekla tužitelja čiji je on državljanin, tj. država Palestina u smislu člana 2. tačka z) Zakona o azilu, već to radi susjedna država Izrael, pa mu po tom osnovu kao pripadniku većinske nacije od strane države Palestine i ne prijete progon. Naime, progon se obično vezuje za postupke državnih organa, a osnovan strah od proganjanja mora biti vezan za zemlju državljanstva izbjeglog lica. Sve dokle se njegov strah ne vezuje za zemlju državljanstva, u konkretnom slučaju Palestinu, od njega se može očekivati da se stavi pod zaštitu te zemlje. Nije mu potrebna međunarodna zaštita, pa stoga on i nije izbjeglica. Tužitelju nije od strane tuženog pružena supsidijarna zaštita, pa bi u tom slučaju imao biti vraćen u državu Palestinu, a ne u državu Izrael, niti na teritoriju koju ta država kontrolira, niti tužitelj ističe ikakve razloge da je država Izrael posebno zainteresirana za njega.

Sve naprijed navedeno odnosi se i na pripadnost društvenoj grupi, tj. porodičnoj povezanosti tužitelja sa grupom Hamas, iz kojih razloga po izvedenim dokazima i samom intervjuu tužitelja, pripadnici te grupe nisu žrtve progona od strane palestinske države. Naime, pripadnost određenoj društvenoj grupi može biti u korijenu proganjanja zato što ne postoji povjerenje u lojalnost te grupe prema vladi ili zato što se smatra da politička perspektiva, prošlost ili ekonomske djelatnosti njenih pripadnika ili samo postojanje društvene grupe kao takve predstavljaju prepreku vladinoj politici. Međutim iz intervjuu samog tužitelja proizlazi da pokret Hamas kontrolira većinu predjela u kojem je on živio i da je većinski pokret, pa samim tim ne može se govoriti da postoji progon pripadnika pokreta Hamas u području Gaze, tj. države Palestine, dok u pogledu države Izrael, kao što je naprijed navedeno, to nije država porijekla tužitelja gdje bi se eventualno imao vratiti, te isti i ne navodi da je ta država posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj grupi, tj. kao člana društvene grupe, porodice članova Hamasa.

Nadalje u pogledu, trećeg razloga koji tužitelj navodi kao razlog od osnovanog straha od progona na osnovu pripadnosti društvenoj grupi, tj. progona od strane pripadnika njegove porodice koji su pristupili pokretu Hamas, pa i progona od samog Hamasa, ovo vijeće ukazuje da tužitelj u intervjuu kao subjektivni doživljaj, osnovni razlog napuštanja zemlje porijekla navodi da je taj što živi u pograničnom naselju između Palestine i Izraela samo 1 km od granice, te je zbog toga bio izložen svakodnevnoj opasnosti od napada Izraela, zbog koji razloga mu je tuženi i odobrio status supsidijarne zaštite. Tek u daljem dijelu intervjuu tužitelj, pored naprijed navedenog razloga (više puta mu je rušena kuće od strane države Izrael), navodi i razlog što se očekivalo da bude u pokretu Hamas i da ubija ljude, što on nije htio. Međutim, također tužitelj u intervjuu ističe da dok je živio u zemlji porijekla, da je upisao fakultet i bio student, a da nije bio pripadnik Hamasa, pa da zbog toga nije bio žrtva. Tačno je da navodi da iako je teško da bi se mogao ikako vratiti u pojas Gaze (Palestina), misli da bi ga neki mogli smatrati izdajnikom jer je napustio zemlju i pokret te otišao u inostranstvo, dok također izjavljuje i suprotno da je on u očima javnosti Hamasov čovjek. Zbog naprijed navedenih kontradiktornosti u intervjuu samog tužitelja se i ne može govoriti da postoji osnovan strah od progona tužitelja zbog pripadnosti društvenoj grupi, iako je sporno i to da li se takva grupa može uopće definirati kao društvena grupa iz člana 2. tačka hh) Zakona o azilu.

Političko mišljenje člana porodice nije osnov koji dokazuje progon sam za sebe; ovaj progon mora biti učinjen realnim, mora postojati kao izvjesnost da bi se stekli uslovi za pružanje međunarodne zaštite, mora postojati osnovan strah, kao subjektivni element, koji daje osnov za osjećanje da u odnosu na tužitelja postoji stvarni i razuman rizik za život i slobodu.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 039821 21 U od 28.10.2021. godine koja je potvrđena odlukom Apelacionog upravnog vijeća broj: S1 3 U 039821 21 Uvp od 29.12.2021.godine

Dakle, da bi se udovoljilo zahtjevu za azil, potrebno je prvenstveno ispitivati uslove za dodjeljivanje izbjegličkog statusa, odnosno utvrditi postojanje osnovanog straha od proganjanja, prouzrokovanog objektivnim pokazateljima progona u zemlji porijekla, koji je u vezi sa jednim od sljedećih elementa: rasa, vjera, nacionalnost, pripadnost nekoj društvenoj grupi ili političko mišljenje, te da li podnosilac zahtjeva u situaciji ne može ili ne želi, zbog straha od progona, da traži zaštitu u zemlji porijekla ili uobičajenog mjesta boravka. To znači da mogućnost progona, kako to navode podnositelji zahtjeva, sve na osnovu političkih problema člana porodice, nije osnov sam za sebe; ovaj progon mora biti učinjen realnim, mora postojati kao izvjesnost da bi se stekli uslovi za pružanje međunarodne zaštite, mora postojati osnovan strah kao subjektivni element, koji daje osnov za osjećanje da u odnosu na tužitelja postoji stvarni i razuman rizik za život i slobodu.

U konkretnom slučaju, nakon provedenog upravnog, ispitnog postupka, na osnovu iskaza podnosioca zahtjeva (23.12.2020. i 22.11.2020. godine), kao i iz priložene dokumentacije izvještaja, informacija o zemlji porijekla Iran DFAT, *Washington Posta*, Amnesty Internationala, u koje je ovo vijeće izvršilo uvid, proizlazi da se navedeni izvještaji ne odnose konkretno na tužitelja, nego na generalno i općenito stanje u toj zemlji. Pravilno se to obrazlaže u pobijanom rješenju jer podnositelji zahtjeva nisu dokazali da ispunjavaju uslove koji su kao takvi propisani u odredbama člana 19–22. Zakona o azilu Bosne i Hercegovine.

Dakle, iz iskaza koji je dao A.B. na održanom intervjuu, ali i iz priložene dokumentacije, ne može se zaključiti da bi tužitelj povratkom u zemlju porijekla bio izložen progону prema definiciji izbjeglice (zbog rase, vjere, nacije itd.), odnosno kršenju ljudskih prava. Naime, kako je to i sam naveo u iskazu, on nije imao problema sa vlastima zbog svog brata, koji je bio član političke grupe neistomišljenika i protivnik vlasti u Iranu, koji je bio mučen i na kraju ubijen, prije 30 godina. Naime, tužitelj je naveo da bi u slučaju povratka i on bio izložen mučenju jer ih je prevario, otišao iz Irana i sigurno bi mislili da je i on politički protivnik, iako nikada nije bio.

Iz pobijanog rješenja, suprotno navodima iz tužbe, tuženi je cijenio dostavljene izvještaje koji opisuju generalno situaciju u zemlji porijekla tužitelja, sve prema izvještajima nevladinih organizacija.

Međutim, ono što se ne osporava ni tužbom, a što i podnositelji zahtjeva ne osporavaju, oni nikada nisu učestvovali u demonstracijama, niti postoji dokaz kojim se terete zbog izražavanja svog mišljenja, odnosno nema osnovane sumnje da bi u slučaju povratka bili izloženi povredi osnovnih ljudskih prava iz člana 3. EKLJP, odnosno 33. Konvencije o statusu izbjeglica. Osim toga, iz navedenih izvještaja u koje je i ovo vijeće izvršilo uvid ne proizlazi, ni na koji način, da za njih postoji strah od kršenja ljudskih prava. Slijedom navedenog, nije dokazano postojanje opravdanog

straha od suočavanja sa kršenjem osnovnih ljudskih prava jer iz mnogih izvještaja nevladinih organizacija proizlazi da u Iranu ljudi koji i nisu istomišljenici vlasti, ukoliko javno ne izražavaju svoje stavove, mogu voditi normalan život bez suočavanja sa daljim ograničenjima.

Upravo s tim u vezi, cijeneći da podnositelj zahtjeva zajedno sa svojom porodicom nije javna osoba, dakle osoba koja se javno eksponira i javno izražava svoje stavove, u odnosu na njih, ne postoje tendencije da bi od strane Nacionalne sigurnosti imao probleme. Nije sporno da razlike u postupanjima prema pripadnicima grupa u Iranu još uvijek postoje, ali to nužno ne znači da su te osobe i žrtve progona. Dakle, i ovo vijeće je izvršilo uvid u pojedine izvještaje koji se odnose na trenutnu situaciju u zemlji porijekla tužitelja, te konstatiralo da se u izvještajima najčešće ukazuje da Iran, država stranka Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima, u skladu sa svojim obavezama treba poštovati slobodu mišljenja, savjesti i vjeroispovijedi, kao i slobodu izražavanja, udruživanja, te u konačnici i mirnog okupljanja. Tačno je, da se u navedenim izvještajima ukazuje da se u posljednje vrijeme sve češće u Iranu hapse aktivisti civilnog društva, borci za ljudska prava, aktivisti za zaštitu okoliša i politički aktivisti, budući da se borci za ljudska prava, novinari i politički aktivisti aktivno krivično gone zbog svog mirnog djelovanja. Tumačenjem navedenih izvještaja, ovo vijeće cijeni da se svi navedeni izvještaji, kao ni problemi koje je imao njegov brat i to prije više od 30 godina, ne odnose na tužitelja i njegovu porodicu, koji i sam navodi da želi da živi normalan i miran život. Sve ovo je pravilno ocijenio tuženi organ jer tužitelji najviše opisuju svoje nezadovoljstvo situacijom u Iranu generalno, gdje se spominje obrazovni, politički i ekonomski sistem, kao i neravnopravnost žena. S druge strane, i podnositelj zahtjeva i njegova supruga su radili u Iranu, i nisu imali takvih problema.

Ne može biti osnov za opravdani subjektivni strah pretpostavka podnositelja zahtjeva da mu zaštita u zemlji porijekla neće biti pružena, a da pri tome nije ni tražio zaštitu nadležnih institucija u zemlji porijekla.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041173 21 U od 11.10.2021. godine

Razmatrajući, dakle, subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju, nema sigurnih pokazatelja koji bi potvrdili njegov iskaz, nema dokaza da je država Alžir posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj grupi. Nema čak ni indicija da postoje dokazi koji bi mogli potvrditi navode tužbe da je zbog sukoba sa ocem u zemlji porijekla bio izložen progону, što u konačnici predmetni zahtjev čini neosnovanim. Iz iskaza je čak vidljivo da je tužitelj na intervjuu iznio vrlo šturu razloge napuštanja zemlje porijekla, te istakao da je zemlju porijekla napustio zbog porodičnih problema, te je njegova uža porodica ostala i dalje da živi nesmetano u Alžiru kao zemlji porijekla. Nadalje, analizirajući izjavu tužitelja u toku postupka, tuženi je utvrdio da prvobitno tužitelj nije naveo okolnost da je kao pripadnik gej populacije napustio Alžir, već istakao da je zemlju porijekla napustio jer nije bilo prilike za posao, nadalje je kao zemlju krajnje destinacije naveo Hrvatsku. Na okolnosti ulaska u BiH tuženi je izveo zaključak da je tužitelj stranac koji je ušao na teritoriju BiH 2018 godine, i to godinu prije podnošenja zahtjeva za azil, te je zemlju porijekla napustio 2016. godine, a prije dolaska u BiH je prošao više zemalja na svom putu u kojima nije tražio azil, a sam tužitelj je istakao da mu je krajnji cilj bila Hrvatska. Dakle, nesporna je i činjenica da je tužitelj od napuštanja zemlje porijekla 2016. godine prošao više zemalja na svom putu, te da je u BiH boravio

12 mjeseci prije nego je podnio zahtjev za azil, što ukazuje da činjenicu da tužitelj nije imao namjeru da se stavi pod zaštitu države BiH odmah nakon što je došao na teritoriju BiH. Nadalje, navodi tužitelja iz zahtjeva za azil nisu ničim potkrijepljeni, posebno ako se ima u vidu da je sam tužitelj istakao da nije ni tražio zaštitu nadležnih institucija u zemlji porijekla, već je pretpostavljao da mu zaštita neće biti pružena. Ovakvi paušalni navodi tužitelja ostavljaju utisak da je i ovaj zahtjev za međunarodnom zaštitom samo produkt njegove želje da ode iz svoje zemlje, a ta želja nije osnov i ne može biti osnov za dodjelu statusa izbjeglice ili supsidijarne zaštite.

Intervju je obavezni element postupka azila na kojem tražitelji trebaju iznijeti sve činjenice i okolnosti radi pravilnog razrješenja njihovog zahtjeva, te je od važnosti da se tokom postupka intervju tražitelj azila jasno izrazi i da ima mogućnost da iznese sve kako želi i prezentira tuženom organu, i to na jeziku koji razumije.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041247 21 U od 12.01.2022. godine

Pravilno tužba ukazuje da je postupak intervju, odnosno obustavljanja postupka azila proveden protivno odredbama Zakona o azilu („Službeni glasnik BiH“, broj 11/16 i 16/16). Članom 39. stav 1. Zakona o azilu propisano je da će Ministarstvo nakon registracije obaviti pojedinačno sa svim punoljetnim tražiteljima azila jedan ili više intervju, a stavom 4. istog člana propisano je da će tražitelju azila biti omogućeno da iznese sve činjenice i okolnosti relevantne za donošenje odluke po zahtjevu za azil. Dalje, članom 36. stav 5. istoga Zakona propisano je da postupku registracije, osim tražitelja azila i službenog lica Ministarstva, mogu prisustvovati: a) zakonski zastupnik, odnosno staratelj; b) punomoćnik; c) prevodilac, odnosno tumač, ako je potreban; d) predstavnik UNHCR-a. Članom 5. istog Zakona propisana je primjena Zakona o upravnom postupku u postupcima koje Ministarstvo vodi po zahtjevu za azil, a članom 18. stav 4. Zakona o upravnom postupku BiH propisano je da stranke i drugi učesnici u postupku koji nisu državljani Bosne i Hercegovine, a ne znaju jezik na kojem se vodi postupak, imaju pravo tok postupka pratiti preko tumača (prevodioca) i u tom postupku upotrebljavati svoj jezik.

U skladu sa navedenim odredbama, ovo vijeće izvršilo je uvid u spis predmete stvari iz kojeg proizlazi da je sa tužiteljem dana 19.08.2021. godine održan intervju za koji je obezbijeđen prevodilac za arapski jezik, te da je tužitelj prigovorio prevodu i istakao da imaju jezičku barijeru, nakon čega je tuženi predložio da li želi nastaviti intervju na bosanskom jeziku, te je prvobitno tužitelj pristao, a nakon konsultacije sa punomoćnikom odustao, te je intervju prekinut. Nakon toga je tuženi, pozivajući se na odredbu člana 47. Zakona o azilu, obustavio postupak po zahtjevu, utvrđujući da tražitelj azila – tužitelj ne saraduje s nadležnim organom. Po ocjeni ovog vijeća, jasno je da je tuženi u konkretnom slučaju neosnovano obustavio postupak po azilu. Naime, intervju je obavezni element postupka azila na kojem tražitelji trebaju iznijeti sve činjenice i okolnosti radi pravilnog razrješenja svog zahtjeva, te je od važnosti da se tokom postupka intervju tražitelj azila jasno izrazi i da ima mogućnost da iznese sve kako želi i prezentira tuženom organu, i to na jeziku koji razumije, a što je u konkretnom slučaju njegov maternji jezik, odnosno jezik zemlje porijekla. U slučaju da tražitelj azila prigovara na prevod, to je tuženi bio dužan da omogući drugog prevodioca i nastavi intervju naknadno, što je i propisano zakonom (član 39. stav 1. Zakona o

azilu). Dakle, u konkretnom slučaju, tuženi nije mogao samo paušalno ocijeniti da tužitelj ne saraduje s nadležnim organom samo zato što ne želi intervju da vodi na jednom od službenih jezika u BiH, s obzirom da je odredbom člana 18. stav 4. Zakona o upravnom postupku BiH, koji se supsidijarno primjenjuje u postupcima azila, propisano da stranke i drugi učesnici u postupku koji nisu državljani Bosne i Hercegovine, a ne znaju jezik na kome se vodi postupak, imaju pravo tok postupka pratiti preko tumača (prevodioca) i u tom postupku upotrebljavati svoj jezik. Pravilnim tumačenjem navedene odredbe jasno proizlazi da je pravo stranke da u postupku upotrebljava svoj jezik, te to pravo ne može biti oduzeto paušalnom procjenom tuženog organa.

Neosnovano je pozivanje tužitelja na činjenicu da je tužitelj prvobitno pristao da se intervju vodi na jednom od službenih jezika u BiH, ovo iz razloga što navodi tužitelja da poznaje jedan od službenih jezika u BiH nisu njegovo izjašnjenje i namjera da se postupak vodi isključivo na tom jeziku, posebno što sam tuženi mora imati u vidu da poznavanje jezika ne znači nužno poznavanje u mjeri da može svoj zahtjev obrazložiti na adekvatan način. Nadalje, zaključak službene osobe da tužitelj razumije jedan od službenih jezika u BiH predstavlja subjektivnu procjenu službene osobe, pri čemu službena osoba ne smije zanemariti ključnu stvar da se tražitelju azila mora omogućiti da iznese sve činjenice i okolnosti relevantne za donošenje odluke po zahtjevu.

Nadalje, po ocjeni ovog vijeća, tuženi je nepravilno zaključio da tužitelj ne saraduje sa nadležnim organima samo zbog odbijanja prijedloga da se intervju održi na jednom od službenih jezika u BiH. Ovo iz razloga što odbijanje tužitelja da se postupak vodi na jednom od službenih jezika u BiH nije nesaradnja, nego pravo tužitelja da se postupak vodi na njegovom jeziku koji upotrebljava i koji razumije kako je to i propisano Zakonom o upravnom postupku.

Tešku povredu ljudskih prava i temeljnih sloboda i osnov za supsidijarnu zaštitu može predstavljati i situacija kada podnositelj zahtjeva nije proganjan od države ili bilo kojeg državnog organa, niti je država učestvovala na bilo koji način pri seksualnom nasilju, nego je isto počinjeno od strane pojedinca koji pripada široj porodici.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041508 21 U od 3.3.2022. godine

Nadalje, tuženi je tužiteljčin zahtjev za međunarodnu zaštitu razmatrao i u odnosu na supsidijarnu zaštitu, odnosno na uslov predviđen članom 22. Zakona o azilu, čija je suština u direktnoj vezi sa članom 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, prema kojem niko ne smije biti podvrgnut mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Ispitujući navedene uslove za dodjelu supsidijarne zaštite, tuženi je ispitao subjektivni element iskaz tužiteljice i objektivni element, odnosno situaciju u zemlji porijekla na osnovu izvještaja međunarodnih organizacija, te stavova UNHCR-a. Subjektivni element utvrđuje se iz iskaza izbjeglice. Objektivni element straha, odnosno je li objektivno opravdana osnova za strah od proganjanja, procjenjuje se iz situacije koja vlada u zemlji porijekla izbjeglice. Potrebno je da u državi porijekla stvarno postoje prilike u kojima bi prosječna osoba, kada bi bila na mjestu izbjeglice, osjećala strah od progona.

Nadalje, članom 20. stav 2. Zakona o azilu se navode djela progona, između ostalog fizičko ili psihičko nasilje, uključujući i seksualno nasilje, međutim članom 24. istog Zakona propisano je da

počinioci progona mogu biti državni organi, stranke ili organizacije koje kontroliraju državu, nedržavni subjekti ako se dokaže da država ili stranke, odnosno organizacije koje kontroliraju važan dio državnog područja nisu u mogućnosti ili ne žele pružiti zaštitu. Dakle, u konkretnom slučaju, tužiteljica nije proganjana od države ili bilo kojeg državnog organa, niti je država učestvovala na bilo koji način pri seksualnom nasilju, nego je isto počinjeno od strane pojedinca koji pripada njenoj široj porodici.

Iz navedenog, nesporno je da je postojalo ponižavajuće postupanje prema tužiteljici i da je bila izložena seksualnom nasilju; međutim, pravilno tuženi nalazi da ovakvo postupanje prema tužiteljima ne predstavlja progon u smislu člana 19. Zakona o azilu, već tešku povredu ljudskih prava i temeljnih sloboda iz člana 22. istog Zakona, zbog čega je tužiteljici zakonito i pravilno pružena supsidijarna zaštita.

Na osnovu navedenog, tuženi je utvrdio da bi se povratkom u zemlju porijekla tužiteljica mogla suočiti sa nekim od povreda iz definicije supsidijarne zaštite, tačnije sa nečovječnim ili ponižavajućim postupanjem od strane pojedinca. Shodno navedenom, tužiteljici je priznata supsidijarna zaštita u BiH sa mogućnošću produženja, čime je tužiteljica zaštićena od povratka u zemlju porijekla dok se stanje u vezi uslova u zemlji porijekla ne promijeni, a taj status se može produžiti i dalje u skladu sa zakonskim uslovima.

Pri ocjeni činjenica, nadležni organ je dužan da cijeni uticaj presude kojom je član porodice osuđen na smrtnu kaznu na podnosioca zahtjeva za azil.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 042621 22 U od 11.5.2022. godine

Pravilnim tumačenjem navedenih odredbi, u konkretnom slučaju, ovo vijeće nije moglo ocijeniti zakonitost osporenog rješenja i tako izvesti pravilan zaključak, a što je cilj rješavanja u upravnom sporu. Ovo iz razloga jer je i nakon provedenog upravnog, ispitnog postupka, na osnovu iskaza podnositeljice zahtjeva, kao i iz priložene dokumentacije, ali i priložene presude za sina podnositeljice zahtjeva, koja je dostavljena uz tužbu i koja se odnosi konkretno na člana porodice tužiteljice, ovom vijeću ostalo sporno pitanje da li tužiteljica kao majka lica koje je osuđeno na smrtnu kaznu u zemlji porijekla ne bi bila izložena bilo kakvom progону, te da li može navedena presuda uticati na ispunjavanje uslova koji su kao takvi propisani u odredbama člana 19–22. Zakona o azilu Bosne i Hercegovine. Iz obrazloženja pobijanog rješenja se ne daje zaključak koji bez sumnje ukazuje da tužiteljica, povratkom u zemlju porijekla, ne bi bila izložena progону prema definiciji izbjeglice (zbog rase, vjere, nacije itd.).

U pobijanom rješenju tuženi nije posmatrao ni cijenio generalno situaciju u zemlji porijekla tužiteljice, sve prema izvještajima nevladinih organizacija, posebno izvještaja koji se odnosi na položaj žena, posebno žena čiji su muževi i ostali članovi porodice bili okarakterizirani kao protivnici vladajućeg režima i koji su bili označeni kao osobe koje učestvuju u nelegalnim aktivnostima. Iz izvještaja koje i sam tuženi navodi u osporenom rješenju, može se utvrditi da u zemlji porijekla postoje progoni i smrtne kazne za političke neistomišljenike, te da su manjine izložene progónima raznih vrsta, te se u izvještajima navodi i loš položaj žena u društvu. Stoga se osnovano tužbom ukazuje, što ni sud u konačnosti nije mogao pravilno ocijeniti, da u upravnom

postupku nije utvrđeno da li će navedenim postupanjem tuženog, odnosno odbijanjem njegovog zahtjeva za azil, doći do kršenja osnovanog načela „non-refoulement“ (član 6. Zakona o azilu).

Načelo „non-refoulement“ definirano je Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951, a Protokolom iz 1967. proširen je krug osoba na koje se Konvencija (pa samim time i načelo „non-refoulement“) odnosi. Član 33. Konvencije određuje da „nijedna država ugovornica neće protjerati ili vratiti izbjeglicu na granicu teritorija gdje bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog rasnih, vjerskih, nacionalnih razloga, kao i zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili zbog političkog mišljenja.“ To znači ne samo da izbjeglice neće biti vraćene u zemlju porijekla, već ni na koje drugo područje na kojem bi njihov život i sloboda bili ugroženi iz razloga navedenih u Konvenciji. Suština je, dakle, da su organi države na čijem području se izbjeglica nalazi dužni temeljito ispitati postoje li ti razlozi za određeno područje.

S tim u vezi, a imajući u vidu da je odredbom člana 12. Pravilnika o azilu BiH („Službeni glasnik BiH”, broj 69/16) propisano da se u postupku po zahtjevu za azil utvrđuje da li tražitelj azila ispunjava uslove za dodjelu izbjegličkog statusa ili statusa supsidijarne zaštite, u skladu sa čl. 19. i 22. Zakona, teret dokazivanja svih okolnosti u odnosu na tražitelja i u vezi sa njegovim zahtjevom, jeste na strani tuženog. Osnovano to i tužitelj prigovara u tužbi. Nadalje, u skladu sa članom 40. stav 1. Zakona o azilu, prilikom donošenja odluke po zahtjevu za azil uzimaju se u obzir: činjenice koje se odnose na zemlju porijekla u vrijeme donošenja odluke po zahtjevu, uključujući zakone i propise, te zemlje kao i način na koji se oni primjenjuju; relevantne izjave i dokazi koje je iznio tražitelj azila, uključujući i informaciju o tome da li je tražitelj bio ili može biti izložen progonu ili teškoj povredi; kao i sve druge činjenice koje mogu biti relevantne za donošenje odluke. Ministarstvo, pri utvrđivanju činjenica i okolnosti iz stava (1) ovog člana, uzima u obzir: podatke i izjavu iz zahtjeva i registracijskog obrasca; iskaz tražitelja azila dat na intervjuu; dokaze i dokumentaciju podnesene od tražitelja azila; dokaze dobijene od drugih nadležnih organa; *kao i opće i specifične informacije o zemlji porijekla, dobijene iz različitih i pouzdanih izvora.*

Suprotno navedenim zakonskim odredbama, iz obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je i tuženom više stvari iz predmetnog slučaja ostalo sporno, a između ostalih da cijeni uticaj presude za sina tužiteljice, odnosno kakav je njen uticaj na tužiteljicu kao majku nakon vraćanja u zemlju porijekla, pritom cijeneći i položaj žene i izvještaja iz zemlje porijekla. Shodno navedenom, ovo sudsko vijeće navedeno obrazloženje tuženog ne može prihvatiti kao zakonito, s obzirom da je upravo Ministarstvo sigurnosti BiH dužno utvrditi i ocijeniti sve okolnosti i dokaze koji se odnose na tužiteljicu u vezi sa njenim zahtjevom. S tim u vezi, izostao je i odgovor na pitanje da li kod tužiteljice postoji opravdani strah kao negativan osjećaj koji osoba doživljava kad vidi opasnost, odnosno očekuje opasnost, bila ona stvarna ili nerealna. Zbog toga je ovo vijeće tužbu tužiteljice uvažilo, jer je pobijano rješenje manjkavo, pa ovo vijeće nije moglo ocijeniti zakonitost konačnog upravnog akta. Tužiteljica je uz tužbu dostavila sudu presudu za sina koju će Ministarstvo sigurnosti BiH u ponovnom postupku pravilno ocijeniti i primjenom materijalnog propisa donijeti novu, zakonitu odluku.

Kod utvrđivanja ključnih činjenica u odnosu na subjektivni strah, nadležni organ ima na raspolaganju sva dokazna sredstva propisana Zakonom o upravnom postupku, te može i sam provesti psihološko vještačenje.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 039794 21 U od 21.7.2021. godine

U pobijanom rješenju tuženi je u ponovnom postupku razmatrao izvještaje iz zemlje porijekla i nalaz psihologa za tužiteljicu, ali sa aspekta da li u zemlji porijekla postoji određeni vid skloništa za žrtve nasilja, a da nije cijenio generalno situaciju u zemlji porijekla sa aspekta da je tužiteljica žena, a žene su posebno ranjiva kategorija prema tradiciji zemlje porijekla. Iz izvještaja koji je dostavljen ovom sudu može se zaključiti da je zemlja porijekla generalno zemlja u kojoj građanski zakonik i ostali propisi daju apsolutna prava muškarcima, te da je u zemlji porijekla i dalje prisutno nasilje nad djecom i ženama u vidu ranog sklapanja braka, eksploatacije, trgovine ljudima, kao i drugih vidova zlostavljanja. Nadalje, tuženi odbijanje zahtjeva za azil temelji samo na činjenici da je tužiteljicu otac na šest godina zatvorio u kuću, te da za taj period nije imala kontakt sa članovima bande, pa se iz toga ne može zaključiti da joj je prijetila stvarna opasnost od „prodaje“ članovima bande. Ovakav stav tuženog je paušal jer prije svega, ne može se zaključiti da strah tužiteljice nije osnovan zato što prodaja članovima bande nije izvršena, već se aspekta straha cijeni i psihološki strah nastao prisilnim zatvaranjem i prijetnjama da će biti predata članovima bande.

Stoga se osnovano tužbom ukazuje, što ni sud u konačnosti nije mogao pravilno ocijeniti, da u upravnom postupku nije utvrđeno da li će navedenim postupanjem tuženog, odnosno odbijanjem njenog zahtjeva za azil doći do kršenja osnovanog načela „non-refoulement“ (član 6. Zakona o azilu).

Načelo „non-refoulement“ definirano je Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951, a Protokolom iz 1967. proširen je krug osoba na koje se Konvencija (pa samim time i načelo „non-refoulement“) odnosi. Član 33. Konvencije određuje da „nijedna država ugovornica neće protjerati ili vratiti izbjeglicu na granicu teritorija gdje bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog rasnih, vjerskih, nacionalnih razloga, kao i zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili zbog političkog mišljenja.“ To znači ne samo da izbjeglice neće biti vraćene u zemlju porijekla, već ni na koje drugo područje na kojem bi njihov život i sloboda bili ugroženi iz razloga navedenih u Konvenciji. Suština je, dakle, da su organi države na čijem području se izbjeglica nalazi dužni temeljito ispitati postoje li ti razlozi za određeno područje.

S tim u vezi, a imajući u vidu da je odredbom člana 12. Pravilnika o azilu BiH („Službeni glasnik BiH“, broj 69/16) propisano da se u postupku po zahtjevu za azil utvrđuje da li tražitelj azila ispunjava uslove za dodjelu izbjegličkog statusa ili statusa supsidijarne zaštite, u skladu sa čl. 19. i 22. Zakona, teret dokazivanja svih okolnosti u odnosu na tražitelja i u vezi sa njegovim zahtjevom jeste na strani tuženog. Nadalje, u skladu sa članom 40. stav 1. Zakona o azilu, prilikom donošenja odluke po zahtjevu za azil, uzimaju se u obzir: činjenice koje se odnose na zemlju porijekla u vrijeme donošenja odluke po zahtjevu, uključujući zakone i propise te zemlje kao i način na koji se oni primjenjuju; relevantne izjave i dokazi koje je iznio tražitelj azila, uključujući i informaciju o tome da li je tražitelj bio ili može biti izložen progonu ili teškoj povredi; kao i sve druge činjenice koje mogu biti relevantne za donošenje odluke. Ministarstvo, pri utvrđivanju činjenica i okolnosti iz stava (1) ovog člana, uzima u obzir: podatke i izjavu iz zahtjeva i registracijskog obrasca; iskaz tražitelja azila dat na intervjuu; dokaze i dokumentaciju podnesene od tražitelja azila; dokaze dobijene od drugih nadležnih organa; kao i opće i specifične informacije o zemlji porijekla,

dobijene iz različitih i pouzdanih izvora, te da tuženi sam može provesti vještačenje psihološkog stanja tužiteljice u cilju utvrđivanja činjenica iz izjave date tuženom.

Suprotno navedenim zakonskim odredbama, obrazloženje rješenja se uglavnom odnosi na navode tužiteljice, citiranje zakonskih odredbi bez jasnog utvrđivanja ključnih činjenica subjektivnog straha tužiteljice, posebno ako se ima u vidu da su tuženom na raspolaganju sva dokazna sredstva, pa tako i psihološko vještačenje tužiteljice. Naime, zaključak tuženog da tužiteljica nije učinila dovoljno vjerovatnim da joj je prijetila stvarna opasnost od prisilne udaje prodajom članovima bande ovo sudsko vijeće navedeno obrazloženje ne može prihvatiti kao zakonito s obzirom da je upravo Ministarstvo sigurnosti BiH dužno utvrditi i ocijeniti sve okolnosti i dokaze koji se odnose na tužiteljicu u vezi sa njenim zahtjevom.

Posljedično, tuženi je u toku postupka propustio i cijeniti da li kod tužiteljice postoji opravdani strah kao negativan osjećaj koji osoba doživljava kad vidi opasnost, odnosno očekuje opasnost, bila ona stvarna ili nerealna. Zbog toga je ovo vijeće tužbu tužitelja uvažilo jer je pobijano rješenje manjkavo, pa ni ovo vijeće nije moglo ocijeniti zakonitost konačnog upravnog akta.

Kod ispitivanja zahtjeva za azil, nadležni organ mora jasno utvrditi da na strani podnositelja zahtjeva postoji opravdani strah kao negativan osjećaj koji osoba doživljava kad vidi opasnost, odnosno očekuje opasnost, bila ona stvarna ili nerealna.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 044514 22 U od 26.1.2023. godine

Pravilnim tumačenjem navedenih odredbi u konkretnom slučaju, ovo vijeće nije moglo ocijeniti zakonitost osporenog rješenja i tako izvesti pravilan zaključak, što je cilj rješavanja u upravnom sporu. Ovo iz razloga jer je i nakon provedenog upravnog, ispitnog postupka, na osnovu iskaza podnositeljice zahtjeva kao i iz priložene dokumentacije u vezi krivičnog postupka ali i izvještaja, ovom vijeću ostalo sporno pitanje da li tužiteljica ispunjava uslove koji su kao takvi propisani u odredbama člana 19–22. Zakona o azilu Bosne i Hercegovine. Iz obrazloženja pobijanog rješenja se ne daje zaključak koji bez sumnje ukazuje da tužiteljica, povratkom u zemlju porijekla, ne bi bila izložena progonu prema definiciji izbjeglice (zbog rase, vjere, nacije itd.).

U pobijanom rješenju tuženi nije posmatrao ni cijenio generalno situaciju u zemlji porijekla tužiteljice, sve prema izvještajima nevladinih organizacija, posebno izvještaja koji se odnosi na neadekvatnu pravnu zaštitu. U izvještajima nevladinih organizacija je primjetno da se ističe zabrinutost u vezi sa mirnim protestima, o mučenju i zlostavljanju osoba tokom produženog pritvora od strane policije i sigurnosnih snaga. Stoga se osnovano tužbom ukazuje, što ni sud u konačnosti nije mogao pravilno ocijeniti, da u upravnom postupku nije utvrđeno da li će navedenim postupanjem tužene, odnosno odbijanjem njenog zahtjeva za azil doći do kršenja osnovanog načela „non-refoulement“ (član 6. Zakona o azilu).

Načelo „non-refoulement“ definirano je Konvencijom o statusu izbjeglica iz 1951, a Protokolom iz 1967. proširen je krug osoba na koje se Konvencija (pa samim time i načelo „non-refoulement“) odnosi. Član 33. Konvencije određuje da „nijedna država ugovornica neće protjerati ili vratiti izbjeglicu na granicu teritorija gdje bi njegov život ili sloboda bili ugroženi zbog rasnih, vjerskih, nacionalnih razloga, kao i zbog pripadnosti određenoj društvenoj grupi ili zbog političkog mišljenja.“ To znači ne samo da izbjeglice neće biti vraćene u zemlju porijekla, već ni na koje

drugo područje na kojem bi njihov život i sloboda bili ugroženi iz razloga navedenih u Konvenciji. Suština je dakle da su organi države na čijem području se izbjeglica nalazi dužni temeljito ispitati postoje li ti razlozi za određeno područje.

Činjenica da tužiteljica akcenat svog zahtjeva nije stavila na nasilje u porodici, već da je kao osnov isticala korupciju u zemlji porijekla ne može biti jedini osnov za donošenje konačne odluku da tužiteljica ne ispunjava uslove da joj se udovolji zahtjevu.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 044514 22 U od 26.1.2023. godine

S tim u vezi, a imajući u vidu da je odredbom člana 12. Pravilnika o azilu BiH („Službeni glasnik BiH”, broj 69/16) propisano da se u postupku po zahtjevu za azil utvrđuje da li tražitelj azila ispunjava uslove za dodjelu izbjegličkog statusa ili statusa supsidijarne zaštite, u skladu sa čl. 19. i 22. Zakona, teret dokazivanja svih okolnosti u odnosu na tražitelja i u vezi sa njegovim zahtjevom, jeste na strani tuženog. Osnovano to i tužiteljica prigovara u tužbi. Nadalje, u skladu sa članom 40. stav 1. Zakona o azilu, prilikom donošenja odluke po zahtjevu za azil uzimaju se u obzir: činjenice koje se odnose na zemlju porijekla u vrijeme donošenja odluke po zahtjevu, uključujući zakone i propise te zemlje, kao i način na koji se oni primjenjuju; relevantne izjave i dokazi koje je iznio tražitelj azila, uključujući i informaciju o tome da li je tražitelj bio ili može biti izložen progonu ili teškoj povredi; kao i sve druge činjenice koje mogu biti relevantne za donošenje odluke. Ministarstvo, pri utvrđivanju činjenica i okolnosti iz stava (1) ovog člana, uzima u obzir: podatke i izjavu iz zahtjeva i registracijskog obrasca; iskaz tražitelja azila dat na intervjuu; dokaze i dokumentaciju podnesene od tražitelja azila; dokaze dobijene od drugih nadležnih organa; kao i opće i specifične informacije o zemlji porijekla, dobijene iz različitih i pouzdanih izvora.

Po ocjeni ovog suda, pobijana odluka ne sadrži obrazloženje na osnovu kojeg se može zaključiti bez razumne sumnje da je tužiteljica zaštićena u zemlji porijekla. Naime, zaključak tuženog da se iz iskaza tužiteljice ne može izvesti pravilan zaključak u odnosu na razlog zbog kojeg je tužiteljica iskazala namjeru za azil i da akcenat svog zahtjeva nje stavila na nasilje u porodici, već da je kao osnov isticala korupciju u zemlji porijekla, u konačnici ne mogu biti jedini osnov za donošenje konačne odluke da tužiteljica ne ispunjava uslove da joj se udovolji zahtjevu. Stoga, ovo sudsko vijeće navedeno obrazloženje ne može prihvatiti kao zakonito, s obzirom da je upravo Ministarstvo sigurnosti BiH dužno utvrditi i ocijeniti sve okolnosti i dokaze koji se odnose na tužitelja u vezi sa njegovim zahtjevom. Ovo posebno jer je u rješenju tuženog izostao odgovor na pitanje da li kod tužiteljice postoji opravdani strah kao negativan osjećaj koji osoba doživljava kad vidi opasnost, odnosno očekuje opasnost, bila ona stvarna ili nerealna. Zbog toga je ovo vijeće tužbu uvažilo jer je pobijano rješenje manjkavo, pa ni ovo vijeće nije moglo ocijeniti zakonitost konačnog upravnog akta.

Osnov za supsidijarnu zaštitu može predstavljati situacija da se u zemlji porijekla podnositelj zahtjeva kao civil može suočiti sa rizikom po život i fizički integritet kao produkt općeg nasilja uslijed okupacije zemlje.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 043233 22 U od 5.9.2022. godine

Polazni osnov za ispitivanje ispunjenosti uslova za dodjelu izbjegličkog statusa prema definiciji izbjeglice čini iskaz podnositelja zahtjeva. U konkretnom slučaju, iz navoda tužitelja u tužbi i iz intervjua koji je dao u postupku donošenja rješenja, jasno proizlazi da se strah odnosi na strah jer je zemlja porijekla okupirana od strane talibanske vlasti. Dakle, u odnosu na zemlju porijekla, iskaz tužitelja je baziran na općim sukobima koji su zahvatili Afganistan, te nema vezu sa progonom usmjerenim protiv tužitelja lično, pa stoga je tuženi organ utvrdio da nema osnova za dodjelu izbjegličkog statusa, a zahtjev tužitelja razmatrao u kontekstu generalne sigurnosne situacije i stanja ljudskih prava u Afganistanu, odnosno u odnosu na supsidijarnu zaštitu i uslov predviđen članom 22. Zakona o azilu, čija je suština u direktnoj vezi sa članom 3. Evropske konvencije o zaštiti ljudskih prava i temeljnih sloboda, prema kojem niko ne smije biti podvrgnut mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem postupanju ili kažnjavanju. Ispitujući navedene uslove, tuženi je utvrdio da u zemlji porijekla zbog općeg nasilja uslijed okupacije zemlje od strane talibana tužitelj kao civil se može suočiti sa rizikom po život i fizički integritet kao produkt općeg nasilja, što predstavlja dovoljne razloge za vjerovanje da se može suočiti sa stvarnim rizikom od teške povrede ljudskih prava, što predstavlja osnov za supsidijarnu zaštitu.

Nadalje, tuženi organ je imao u vidu da je tužitelj maloljetno lice bez pratnje koje se uslijed prinudne separacije od porodice cio put kroz više zemalja kretalo samo, pa je tuženi cijenio navedene posebne okolnosti tužitelja, a u najboljem interesu djeteta.

Na osnovu navedenog, tuženi je utvrdio da bi se povratkom u zemlju porijekla tužitelj mogao suočiti sa nekim od povreda iz definicije supsidijarne zaštite; shodno navedenom mu je priznata supsidijarna zaštita u BiH, sa mogućnošću produženja, čime je tužitelj zaštićen od povratka u zemlju porijekla dok se stanje u vezi uslova u zemlji porijekla ne promijeni, a taj status se može produžiti i dalje u skladu sa zakonskim uslovima.

Subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju mora biti zasnovan na sigurnim pokazateljima koji bi potvrdili njegov iskaz, da postoje dokazi da je država porijekla posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj političkoj grupi.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 042957 22 U od 5.7.2022. godine koja je potvrđena odlukom Apelacionog upravnog vijeća broj: S1 3 U 042957 22 Uvp od 30.8.2022.

Razmatrajući, dakle, subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju, nema sigurnih pokazatelja koji bi potvrdili njegov iskaz, nema dokaza da je država Iran posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj političkoj grupi. Prilikom odlučivanja o zahtjevu za azil, tuženi je uzeo u obzir podnositeljevu političku aktivnost u Iranu usmjerenu protiv vladajućeg režima i činjenicu da je bio

uhapšen. Prilikom procjenjivanja cjelokupnog zemlji porijekla tužitelj bio osuđivan u odsustvu, niti potraživan od strane vlasti, niti su slučaja, tuženi je ustanovio kako tužitelj nije politički oponent iranske vlasti, niti su njegove kritike bile većih razmjera, pa je stoga zaključeno kako ne postoji ispunjenost uslova za dodjelu azila. Navedeno je potkrijepljeno činjenicama da je tužitelj pušten nakon sedam dana iz pritvora, te da je legalno napustio zemlju porijekla, nije bio praćen od vlasti niti je imao izrečenu zabranu izlaska iz zemlje porijekla, niti je u vlasti zemlje porijekla svoje aktivnosti usmjerile na ostatak njegove porodice u Iranu.

U konkretnom slučaju, riječ je o izricanju političkog mišljenja koje ne dovode do povrede ljudskih prava, koje se mogu okarakterizirati kao progon ili teška povreda počinjena od strane zemlje porijekla, niti se to može smatrati vrstom progona po bilo kojoj osnovi. Tužitelj kao individua nije bio izložen torturi vlasti, te njegovo pritvaranje kao jednog od učesnika demonstracija ne spada u progon usmjeren direktno protiv tužitelja i progon koji se odnosi na njega lično, niti su postojali dokazi represije zemlje porijekla prema tužitelju kao individui. A to bi bio osnov za dodjelu zaštite zbog političkog mišljenja. Imajući u vidu da problemi sa kojima se tužitelj suočio u zemlji porijekla ne dosežu ozbiljnost povreda ljudskih prava koja se može okarakterizirati kao progon, niti kao teška povreda, niti proizlazi da su mu u zemlji porijekla uskraćena osnovna ljudska prava, niti da bi mu u zemlji porijekla život ili sloboda bili ugroženi, to je na taj način tuženi ispitao princip zabrane vraćanja.

Kod procjene osnovanosti zahtjeva za azil u pogledu situacije u zemlji porijekla, uzimaju se u obzir izvještaji iz zemlje porijekla koji se moraju cijeniti zajedno sa izjavom tužitelja i svim ostalim dokazima.

Izvod iz obrazloženja presude Suda broj: S1 3 U 041630 21 U od 23.2.2022. godine

Posmatrajući generalno situaciju u zemlji porijekla prema izvještajima nevladinih organizacija koji su navedeni u obrazloženju osporenog akta, utvrđeno je da je u zemlji porijekla brak među rođacima uobičajena tradicija, pa da je prisutno sporadično nasilje u porodici koje može biti sankcionirano kaznom zatvora, te da se pristup ili zabrana ili ograničenje pristupa određenim pravima odnosi na pojedinačne slučajeve, a da tužitelj nije bio izložen progono, niti imao značajnijih problema, pa se u konkretnom slučaju ne može govoriti o postojanju objektivnog elementa kod utvrđivanja osnovanog straha od progona. Također, većina izvještaja na koje se tužitelj pozvao u tužbi govore o nasilju nad ženama, a ne nad muškarcima koji stupaju u dogovorene brakove. Isto tako nije osnovano ukazivanje tužbe na navodno pogrešan zaključak tuženoga, a u pogledu izvještaja „USDOS“ jer tuženi pravilno nalazi da iz istog proizlazi da je propisana pravna zaštita u zemlji porijekla tužitelja kod krivičnih djela nasilja u porodici, bez obzira na uslove pružanja iste.

Stoga, tuženi je izveo pravilan zaključak i u pogledu zahtjeva tužitelja koji se odnose na ispunjavanje uslova za dodjelu supsidijarne zaštite, jer u konkretnom slučaju, tužitelj ne ispunjava ni jedan od Zakonom propisanih uslova za dodjeljivanje supsidijarne zaštite jer nije dokazao da postoje ozbiljni razlozi za vjerovanje da bi se u zemlji porijekla suočio sa stvarnim rizikom da bude izložen smrtnoj kazni, odnosno pogubljenju, mučenju ili nečovječnom ili ponižavajućem

postupanju ili kažnjavanju, odnosno drugim postupcima i razlozima kako to propisuje član 22. Zakona o azilu.

Razmatrajući, dakle, subjektivni doživljaj tužitelja o mogućim posljedicama povratka u njegovu zemlju, nema sigurnih pokazatelja koji bi potvrdili njegov iskaz, nema dokaza da je država Alžir posebno zainteresirana za njega kao pojedinca zbog pripadnosti određenoj društveno prepoznatljivoj grupi. Nema čak ni indicija da postoje dokazi koji bi mogli potvrditi navode tužbe da je zbog neslaganja sa porodicom bio izložen progonu u zemlji porijekla, što u konačnici predmetni zahtjev čini neosnovanim. Iz iskaza je čak vidljivo da je tužitelj na intervjuu iznio vrlo štire razloge napuštanja zemlje porijekla, te istakao da je zemlju porijekla napustio zbog porodičnih problema jer je njegov otac insistirao na ugovorenom braku sa rodicom, a brakovi među rođacima su tradicija u sjevernoj Africi, pa tako i u Alžiru. Dakle, u konkretnom slučaju riječ je o porodičnim problemima sa kojima se tužitelj susreo u zemlji porijekla, pa suočavanje sa tim problemima ne dovodi do povrede ljudskih prava koje se mogu okarakterizirati kao progon ili teška povreda počinjena od strane zemlje porijekla, niti se to može smatrati vrstom progona po bilo kojoj osnovi, niti je je tužitelj kao individua bio od interesa za vlasti. Tužitelj nije dokazao niti izjavom niti drugim sredstvima da je u zemlji porijekla, a od strane zemlje porijekla, bio izložen nasilju bilo koje vrste koje se posebno odnosi na njegove lične prilike. Ovakvi paušalni navodi tužitelja ostavljaju utisak da je zahtjev za međunarodnom zaštitom samo produkt njegove želje da ode iz svoje zemlje, a ta želja nije osnov i ne može biti osnov za dodjelu statusa izbjeglice ili supsidijarne zaštite. Imajući u vidu da problemi sa kojima se tužitelj suočio u zemlji porijekla ne dosežu ozbiljnost povreda ljudskih prava koja se može okarakterizirati kao progon, niti kao teška povreda, niti proizlazi da su mu u zemlji porijekla uskraćena osnovna ljudska prava, niti da bi mu u zemlji porijekla život ili sloboda bili ugroženi, to je na taj način tuženi ispitao i princip zabrane vraćanja.

Prigovor tužitelja da je tuženi povrijedio član 6. EKLJP jer nije obrazložio svoju odluku ovo vijeće cijeni neosnovanim. Ovo iz razloga što iz podataka u spisu predmeta kao i obrazloženja osporenog rješenja proizlazi da je u postupku pred tuženim data tužitelju razumna mogućnost izjašnjenja, kao i za iznošenje dokazne građe. Iskorištena je mogućnost pozivanja i saslušanja tužitelja, izvršen uvid u objektivne dokaze, a tužitelj je lično intervjuiran i dobio je priliku dati komentar tokom intervjuja. Po ocjeni ovog suda, tuženi je proveo sve relevantne dokaze u cilju utvrđivanja odlučnih činjenica, te primijenio određene zakonske odredbe u predmetu, a osporena odluka navodi sve potrebne razloge na kojima je zasnovana, kako u pogledu utvrđene ispunjenosti uslova za azil, tako i u pogledu ocjene izvještaja iz zemlje porijekla i subjektivnog straha tužitelja, pri čemu tuženi nije zloupotrijebio pozitivno-pravne odredbe na kojima se temelji odluka.

IV OSTALO

Hilmo Vučinić, sudija i predsjednik Apelacionog odjeljenja Suda BiH
Nedim Muminović, pravni savjetnik Apelacionog odjeljenja Suda BiH

1 OSVRT NA NACRT ZAKONA O SUDU/SUDOVIMA BOSNE I HERCEGOVINE

Potreba za reformom pravosudnog sistema na nivou Bosne i Hercegovine datira još od izrade Strategije za reformu sektora pravde u Bosni i Hercegovini za period od 2008. do 2012. godine. Tom prilikom uočen je problem nedostatka Vrhovnog suda BiH koji bi *doprinio održavanju materijalne pravne sigurnosti i zaštiti sloboda i osnovnih prava*.

Svjesni problema koji predstavlja nepostojanje Vrhovnog suda BiH, Parlamentarna skupština Vijeća Evrope donijela je rezoluciju 1564 (2007. godine) o „Krivičnom gonjenju povreda zakona koji spadaju u nadležnost Međunarodnog krivičnog suda za bivšu Jugoslaviju (MKSJ)”, čime je pozvala vlasti u BiH da, *inter alia*: „*obezbijede harmonizaciju sudske prakse, razmotre uspostavljanje vrhovnog suda na državnom nivou ili daju ovlaštenja vrhovnog suda postojećem sudu tako da obezbijede pravnu sigurnost*“.

Tokom pisanja strategije, nepostojanje konsenzusa je dovelo do isključenja određenih strateških programa/preporuka iz strateškog okvira među kojima je i uspostavljanje Vrhovnog suda BiH, ali je sačinjen prijedlog za uspostavljanje Apelacionog suda BiH. Dakle, ključna reformska mjera kao što je pitanje Vrhovnog suda BiH napuštena je u korist ideje o uspostavi Apelacionog suda BiH.

Međutim, ovo pitanje nije aktuelizirano sve do Strukturiranog dijaloga u okviru kojeg je u periodu 2011.-2015. održan niz skupova, okruglih stolova i sastanaka. Bitno je istaći da ovaj dijalog nije održavan kao strateški odgovor na neprovođenje Strategije za reformu sektora pravde u BiH za period 2008.–2012., već isključivo na zahtjeve političara iz Republike Srpske za preispitivanjem svrhe i uloge Visokog sudske i tužilačkog vijeća, Suda BiH i Tužilaštva BiH.

Tokom trajanja strukturiranog dijaloga Ministarstvo pravde BiH sačinilo je Nacrt Zakona o sudovima Bosne i Hercegovine kojim se zapravo nastojala izvršiti revizija krivične nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine, te uspostavljanje Apelacionog/Višeg suda Bosne i Hercegovine. Iako se govorilo o preciziranju ove nadležnosti, predloženi nacrt je zapravo nastojao suziti postojeću nadležnost Suda BiH.

O reformi pravosuđa, sa posebnim osvrtom na uspostavu Apelacionog/Višeg suda Bosne i Hercegovine govorilo se i na drugim mjestima i kroz različite druge diskusije, prijedloge i izvještaje, među kojima su najznačajniji mišljenje Venecijanske komisije, te Pribeov izvještaj, koji su također uočili potrebu za osnivanjem Vrhovnog suda BiH, te preciznim definisanjem nadležnosti Suda BiH.

Bitno je naglasiti, iako su međunarodne institucije davale preporuku za osnivanje zasebnog žalbenog suda, te preciziranje nadležnosti, nikada se ta pitanja nisu nametala kao obaveze, niti je to pitanje bilo uslov na putu Bosne i Hercegovine ka Evropskoj uniji.

Tokom 2023. i 2024. godine ponovo je aktuelizirano pitanje Zakona o sudovima Bosne i Hercegovine, ali ovaj put posmatrano kroz 14 prioriteta iz Mišljenja Evropske komisije. Prema prioritetu broj 4 (između ostalog) kako bi se garantovala pravna sigurnost, *neophodna je uspostava pravosudnog tijela kojem bi bilo povjereno da osigura dosljedno tumačenje prava u cijeloj Bosni i Hercegovini. tj. treba uspostaviti pravosudno tijelo koje će osigurati dosljedno tumačenje zakona i ujednačavanje sudske prakse.*

Kada se pažljivo analiziraju ovi prioriteti može se jasno zaključiti šta je zadatak Bosne i Hercegovine. Ovako postavljeni prioriteti (odnosno prioritet broj 4), uopće ne spominju obavezu formiranja Apelacionog/Višeg suda Bosne i Hercegovine, niti se dovode u pitanje trenutne nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine. Međutim, predloženi nacrt(i) zakona fokusirani su na potpuno druga pitanja, pa se postavlja pitanje da li su na taj način uopće ispunjavaju postavljeni zadaci iz spomenutog prioriteta.

Prije svega, javnost i stručna zajednica ostali su uskraćeni da znaju koliko verzija i o kojoj verziji nacrta zakona se uopšte raspravlja među političkim elitama. U javnost su u nekoliko navrata izlazile sasvim oprečne informacije o nacrtima, tako da su čak i pojedini političari izjavili da ne znaju o kojem nacrtu treba da razgovaraju. Također, pojedini mediji i organizacije iznijeli su kritiku prema Ministarstvu pravde BiH zbog netransparentnosti u procesu izrade ovog, odnosno ovih nacrta zakona.

Prema dostupnim informacijama, razgovaralo se o (najmanje) dvije verzije, tj. o nacrtu Zakona o sudovima Bosne i Hercegovine i nacrtu Zakona o Sudu Bosne i Hercegovine, ali se niti jedan suštinski ne odnosi na pitanja kojima bi trebalo da se osigura usklađenost i dosljednost sudske prakse.

Umjesto toga, kao tri najvažnija pitanja u ovim nacrtima javljaju se: sam naziv zakona, te sjedište i nadležnosti Suda Bosne i Hercegovine.

Kada je u pitanju naziv zakona prvobitna verzija, Zakon o sudovima Bosne i Hercegovine, zamijenjena je verzijom koja nosi naziv Zakon o Sudu Bosne i Hercegovine. Već iz naziva ovog drugog nacrta, može se zaključiti da se time ne nastoji formirati pravosudna institucija kojom bi se izvršila reforma žalbenog sistema u pravosuđu na nivou Bosne i Hercegovine. Postavlja se opravdano pitanje, šta se zapravo postiže ovakvim nazivom nacrta zakona? Niti se ispunjava postavljeni prioritet Evropske unije, a ne ispunjavaju se ni preporuke o osnivanju zasebnog žalbenog tijela. Formira se apelaciono vijeće koje već postoji prema važećem Zakonu o Sudu BiH (koje se zove Apelaciono odjeljenje) i isto se izmješta na drugu lokaciju. Dakle, već u samom nazivu i uvodu zakona, proizilazi kontradiktornost jer se ne govori o dvije sudske institucije. S druge strane apelacionom vijeću daju se određene odlike karakteristične za zasebnu instituciju (predsjednik, budžet, unutrašnja struktura itd.), tako da je suštinski nejasan sam status ove drugostepene institucije.

Drugo pitanje o kojem se i najviše raspravlja jeste sjedište. Prema dostupnim informacijama govorilo se o više prijedloga: Mostar, Banja Luka, Istočno Sarajevo, pa čak i Doboj. Čisto tehničko pitanje, pretvorilo se u političko pitanje. Međutim, prilikom ove diskusije o sjedištu niko nije vodio računa o objektivnim okolnostima, a posebno o troškovima po budžet.

Tako se u potpunosti ignorišu trenutni kapaciteti kompleksa pravosudnih institucija (gdje se nalazi Sud BiH, Tužilaštvo BiH, VSTV i Sudska policija), koji ima sasvim dovoljno prostornih kapaciteta za smještaj Apelacionog suda jer bi se prostorije gdje se sada nalazi Apelaciono odjeljenje mogle jednostavno pretvoriti u prostor novog suda. Nedavnom izgradnjom nove zgrade Tužilaštva BiH oslobođene su dodatne prostorije unutar Suda BiH. Korištenjem ovih prostorija bilo bi najekonomičnije rješenje, jer pored toga što se ne bi morale graditi nove prostorije, novi sud bi mogao koristiti pojedinu infrastrukturu sa prvostepenim sudom. To se prije svega odnosi na sudnice u koje su uložena velika sredstva i osigurani najveći sigurnosni standardi. Žalbeni sudovi nemaju toliku često suđenja kao sudovi prvog stepena, ali ipak moraju imati sudnice po najvećim sigurnosnim standardima i kapacitetom za boravak više lica, tako da bi sudnice novog suda, iako ih mora imati, zapravo bile većinu vremena prazne. Sa rješenjem da dva suda borave u istoj zgradi, osiguralo bi se zajedničko korištenje sudnica, što je mnogo racionalnije rješenje, a takvo rješenje nije u suprotnosti niti sa jednim međunarodnim dokumentom koji tretira pitanje nepristrasnosti sudova, te vladavine prava. Isto se odnosi i na prostorije za zadržavanje lica lišenih slobode, koje bi mogle zajedno koristiti oba suda (kao što ih danas koriste). Potom, na isti način, dva suda bi mogla imati i pojedine zajedničke službe, kao što su sigurnost, održavanje, IT, finansije, služba za zaštitu svjedoka, pisarnice i sl.

Svakako je vrlo važno pitanje i blizina institucija, kao što su Tužilaštvo BiH i Sudska policija, a što također značajno utiče na ekonomičnost i efikasnost sudskog postupka. Upravo postojeći kompleks pravosudskih institucija, zamišljen je na način da se na jednom mjestu nalaze sve ključne pravosudne institucije u cilju efikasnog funkcionisanja.

Iseljavanjem postojećeg Apelacionog odjeljenja iz trenutnog kompleksa pravosudnih institucija veliki dio prostorija Suda bi ostao prazan. Također, izgradnja potpuno nove zgrade u drugom sjedištu, podrazumijevala bi velika finansijska sredstva za izgradnju zgrade, novih sudnica, IT mreže, te dupliranje mnogih službi. Isto tako bio bi otežan rad tužilaca Tužilaštva BiH koji bi morali putovati na novu lokaciju suda te tako gubiti vrijeme za rad. Pored navedenog ne smiju se zanemariti i finansijski aspekti u smislu dodatnih troškova iz budžeta koji bi se morali izdvojiti za prevoz tužilaca i osoblja do Apelacionog suda. Isto se odnosi i na sudsku policiju koja bi morala biti smještena na dvije lokacije što opet dovodi do povećanja troškova državnog budžeta. Dakle, sjedište Apelacionog suda u drugom mjestu izvan Sarajeva samo bi značilo gradnju potpuno nove infrastrukture, dodatno gomilanje administrativnog aparata i stvaranje većih troškova. O tome nažalost nismo vidjeli da se vode bilo kakve konstruktivne diskusije.

Dalje, najspornije pitanje u svim nacrtima zakona jeste nadležnost. Prije nego što damo osvrt na predloženo rješenje važno je napomenuti da trenutno važeće rješenje pruža širok okvir za zasnivanje nadležnosti Suda BiH za skoro sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona i Brčko distrikta počinjena na području čitave BiH ukoliko bi ta djela bila protiv interesa Bosne i Hercegovine. Iako postoji potreba da se ova odredba iz postojećeg zakona preciznije odredi, smatramo da ista daje bolji okvir za krivičnoppravnu zaštitu interesa Bosne i Hercegovine u odnosu na predložena rješenja.

Naime, predložena rješenja (izuzev krivičnih djela propisanih Krivičnim zakonom Bosne i Hercegovine i drugih zakona BiH) propisuju nadležnost Suda BiH samo za određeni krug krivičnih

djela iz entitetskih krivičnih zakona, iz čega proizilazi da se na taj način značajno sužavaju nadležnosti iz trenutno važećeg zakona, tj. ograničavaju se samo na pojedine oblasti. Kada su u pitanju oblasti, radi se prijedlogu koji se zasniva na pravnoj stečevini Evropske unije – iz člana 83. Ugovora o funkcionisanju EU, koji zapravo odražava međugraničnu saradnju u borbi protiv kriminaliteta. Međutim, ako se ima u vidu da je predloženo rješenje vrlo neprecizno u pogledu ovih djela, sporno je da li se nadležnost Suda BiH može zasnovati samo ukoliko je djelo počinjeno na području dva entiteta i Brčko distrikta, odnosno entiteta i Brčko distrikta, a ne ako je počinjeno i na području jednog entiteta. Ovdje se postavlja pitanje, da li se nešto što održava stečevinu Evropske unije kroz međudržavnu saradnju, kroz predložene nacрте zakona, u Bosnu i Hercegovinu uvodi kao međuentitetska saradnja. Trenutno važeći zakon ne postavlja takva ograničenja prilikom zasnivanja nadležnosti bez obzira na kojem području je počinjeno krivično djelo. Ovakvim prijedlogom nacрте zakona u potpunosti se zanemariло da je u pomenutom članu 83. Ugovora o funkcionisanju EU navedeno da se isti odnosi na utvrđivanje minimalnih pravila o definisanju krivičnih djela i sankcija u području naročito teškog kriminaliteta sa prekograničnim elementima koji proizlaze iz prirode ili učinka takvih krivičnih djela ili iz posebne potrebe njihovog zajedničkog suzbijanja. Međutim, ova lista nije konačna, te se dalje u pomenutom članu navodi, da s obzirom na razvoj kriminaliteta Vijeće može usvojiti i odluku kojom se utvrđuju ostala područja kriminaliteta koja ispunjavaju kriterije definisane u ovom stavu. Dakle, smisao definisanja konkretnih oblasti prema pravu Evropske unije jeste usklađivanje zakona u smislu ujednačavanja normiranja bitnih elemenata ovih krivičnih djela u kojima države imaju zajedničke interese, a ne zasnivanje nadležnosti za takva djela. Ono što je zanemareno nacртima zakona jeste da je Evropska unija dodatno posebnim članom propisala odredbe koje se tiču krivičnih djela koja pogađaju finansijske interese Unije, što znači da se nije ograničila na krivična djela iz člana 83. Ugovora o funkcionisanju EU. Ovo posebno kada se ima u vidu da se navedenim nacртima predviđa i nadležnost Suda BiH za taksativno nabrojane krivičnopravne oblasti iz člana 83. Ugovora o funkcionisanju EU ako je njihovim izvršenjem nastala šteta velikih razmjera za državu Bosnu i Hercegovinu. Dakle, ovi nacрти potpuno zanemaruju da šteta velikih razmjera za BiH može nastati i izvršenjem drugih krivičnih djela, a ne samo iz odabranih oblasti. Također, ovo pitanje štete velikih razmjera je uopšteno postavljeno, što također može predstavljati problem u praksi prilikom zasnivanja nadležnosti Suda BiH. Prema tome, prilikom izrade nacрте zakona zanemariло se da se ovim članom treba regulisati zasnivanja nadležnost Suda BiH za sva krivična djela iz entitetskih krivičnih zakona i Krivičnog zakona Brčko distrikta koja bi ugrozila državu kao zaštitni objekat.

Ono što je vrlo važno spomenuti jeste da se u odredbi koja se odnosi na nadležnosti spominje i određena terminologija koju ne poznaje naš krivični zakon (kriminalne grupe), a što može dovesti također do problema prilikom zasnivanja nadležnosti. Dakle, pored prethodno navedenih spornih pitanja, javlja se i problem neusklađenosti predloženih nacрте s Krivičnim zakonom BiH.

Pored ova tri, najvažnija pitanja, postoji i još čitav niz drugih pitanja, također vrlo značajnih za funkcionisanje suda, odnosno sudova. Tako se npr. uvode određene nadležnosti Ministarstva pravde koje prema sadašnjim zakonskim rješenjima obavlja VSTV, a što eventualno može dovesti do dupliranja nadležnosti ovih institucija. Sporno je i to što prema predloženim rješenjima, predsjednik Suda, odnosno predsjednik Apelacionog vijeća izvještavaju Parlamentarnu skupštinu Bosne i Hercegovine o izvršavanju budžeta, a što može dovesti do miješanja zakonodavne vlasti u sudsku.

Isto tako, pojedine odredbe o kontinuitetu Suda BiH nisu najpreciznije, što može dovesti do problema u pogledu funkcionisanja i kadrovskih popunjavanja, pa time i početka rada i rješavanja drugostepenih predmeta Apelacionog suda/vijeća. Također, stupanjem na snagu ovako predloženih zakonskih rješenja, morao bi se mijenjati čitav niz zakona (Zakon o VSTV, Zakon o krivičnom postupku, Zakon o parničnom postupku pred sudom BiH, Krivični zakon BiH, Zakon o upravnom sporu, Izborni zakon, Zakon o Tužilaštvu BiH, Zakon o platama i sl.). U suprotnom, moglo bi doći do problema u funkcionisanju suda.

Dakle, sva ova pitanja, nameću obavezu potrebe za širom diskusijom i dubinskom analizom predloženih rješenja. Također, sa ovakvim predloženim rješenjima, postavlja se pitanje, šta se zapravo želi postići? Jačanje vladavine prava ili forsiranje lošijih rješenja na štetu postojećih, te razgradnja Suda Bosne i Hercegovine? Indikativno je da je Sud Bosne i Hercegovine do sada više neformalno, nego formalno bio uključen u proces izrade nacrtu ovog zakona, iako je Sud BiH najpozvaniji da aktivno u tome učestvuje, jer sudije ovog Suda primjenjuju navedeni zakon u praksi.

Na kraju, očito je da se novim nacrtima Zakona o Sudu/sudovima ne ispunjavaju zadaci postavljeni u navedenim prioritetima, te da nije namjera da se istim *osigura dosljedno tumačenje prava u cijeloj Bosni i Hercegovini* već se pitanje EU integracija vješto koristi kako bi se redefinisale nadležnosti i položaj Suda BiH u pravosudnom sistemu Bosne i Hercegovine.