

УНИВЕРЗИТЕТ У БЕОГРАДУ

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

Жарко М. Синђелић

**ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ -
КРИВИЧНОПРАВНИ,
КРИВИЧНОПРОЦЕСНИ И
КРИМИНАЛИСТИЧКИ АСПЕКТИ**

- Докторска дисертација -

Београд 2012. г.

UNIVERSITY OF BELGRADE

FACULTY OF LAW

Žarko M. Sinđelić

**Right to privacy- criminal, criminal
procedural and criminalistic aspects**

- Doctoral dissertation -

Belgrade 2012

Ментори:

Др Зоран Стојановић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Милан Шкулић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Чланови комисије:

Др Зоран Стојановић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Милан Шкулић

Редовни професор Правног факултета Универзитета у Београду

Др Јован Ћирић

Научни саветник Института за упоредно право у Београду

Посвећено:

Борису, са жељом да превазиђе оца

Право на приватност – кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти

-Резиме-

Циљ докторске дисертације је да из обимног тела права на приватност издвоји оне норме и ставове који су кључни за праћење права на приватност кроз призму кривичних наука, одређење квалитета заштите и ограничења права на приватност са кривичноправног, кривичнопроцесног и криминалистичког аспекта, као и пружање основе за разумевање његовог могућег развоја у будућности. Право на приватност представља изузетно обиман, сложен и динамичан систем, тако да рад тежи да прецизно одреди тачке на којима се заснивају и из којих су настала скорашња гледишта судске праксе, као и да представи и одмери аргументе изнете у стручној правној литератури.

Посебну специфичност за остварење циља дисертације представљала је и анализа Законика о кривичном поступку који тек треба да почне да се примењује а који је анализиран кроз одредбе које су везане за право на приватност. Нови Законик о кривичном поступку објављен је 26.09.2011.г. у «Службеном гласнику» Републике Србије бр.72/11 али ће са применом отпочети тек 15.јануара 2013 године, изузев у поступцима за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењем надлежног суда, у ком случају се примењује од 15. јануара 2012. године.

Истраживање је извршено анализом извора – Устава РС, Законика о кривичном поступку, Кривичног законика, Европске конвенције о људским правима, као и судске праксе Европског суда за људска права и судова држава чланица европских заједница, односно Европске уније. Такође, дисертација представља и анализира мишљења и ставове изнете у релевантној стручној литератури о предметним питањима.

Будући да је анализа досадашњег развоја права на приватност, његове заштите и ограничења, и одговарајућих ставова судске праксе била неопходна за испуњење циља дисертације, била је потребна и примена историјског метода. Синтетичко посматрање праксе Европског суда за људска права, с једне стране, и праксе судова држава чланица с друге стране, условила је и примену упоредног метода. Коришћен је и догматски (формално-правни или формално-логички) метод којим се утврђује право значење правне норме, односно врши њено тумачење.

Динамичност посматраног института права на приватност са аспекта кривичних наука условљена је динамичношћу развоја овог института и са аспекта других наука (нпр. филозофије), што је дисертацији поставило захтев за комбиновање и примену не само метода својствених правној, већ и другим друштвеним наукама.

Резултати истраживања показали су да се код кривичноправне заштите права на приватност, за разлику од неких других заштитних објеката, кривично право не користи као средство за доминацију, за владање елите над осталим члановима друштва, већ се кривичном заштитом права на приватност штите добра која су од значаја за све чланове друштва. Због тога је право на приватност један од ретких заштитних објеката где се нове инкриминације односе на заштиту основних добара свих појединца (као нпр. код кривичног дела неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ), па је стога ради заштите права на приватност оправдано и увођење нових инкриминација.

Истраживањем је утврђено да је кривичноправна заштита права на приватност субсидијарног и фрагментарног карактера. То значи да пре пружања кривичноправне заштите праву на приватност, његову заштиту треба покушати остварити кроз друге гране права, као и да кривично право не штити право на приватност од свих могућих облика његовог повређивања већ само од неких, тежих случајева повреде.

Резултати истраживања указују да је кривичноправна заштита права на приватност оправдана не само у случајевима његове повреде већ и у неким случајевима његовог угрожавања. Такође је утврђено да између права на приватност и кривичноправних наука постоји узајамна двосмерна интеракција, тј. да као што се право на приватност може ограничити у кривичном поступку, тако и право на приватност намеће услове који у кривичном поступку морају бити испуњени да би дошло до његовог ограничења. Право на приватност може довести и до искључења и ограничавања јавности у кривичном поступку, а може ограничити и примену неких општих института кривичног права, као што су мера безбедности протеривања странца из земље и одређивања граница за кажњавање код припремних радњи (као критеријум који забрањује задирање кривичног права у приватну, личну сферу грађана).

Приликом истраживања утврђено је и да већина кривичних дела којима се од повреде штити право на приватност, које је основно право свих људи, гони само по приватној тужби и има блаже запрећене казне него нека кривична дела којима се (чак и због угрожавања) штите добра уског круга људи која се гоне по службеној дужности, са знатно строжијим запрећеним казнама.

Приликом израде дисертације утврђено је и да право на приватност, уз мање изузетке, ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. да право на приватност кривичноправну заштиту не ужива само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца. Право на приватност, загарантовано чланом осам Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.

Резултати научно-истраживачке праксе показали су да је у Републици Србији ,од свих права са којима је право на приватност у конфликту, само право на слободу изражавања, тј. право на слободу медија, остварило апсолутну доминацију у односу на право на приватност. Стога би постојеће тенденција за декриминализацију кривичних дела увреде и клевете довеле до тоталне превласти права на слободу изражавања у односу на право на приватност иако према Резолуцији парламентарне Скупштине Савета европе бр.1165 ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности.

Истраживањем је утврђено и да ограничења права на приватност у кривичном поступку углавном подлежу судској контроли , тј. да од овог правила постоје ретки изузеци (као што је су напр. увид у аудио и видео снимке без судске наредбе и «метеринг»). Такође је утврђено и да право на приватност ужива заштиту и од кривичног поступка (током његовог трајања) и од последица кривичног поступка (у току и након његовог завршетка).

Утврђено је и да у неким случајевима, као што је достављање података из казнене евиденције, може доћи до преплитања општих института кривичног материјалног и кривичног процесног права са правом на приватност, као и да се право на поштовање приватног живота ограничава у мери у којој појединац свој приватни живот сам доведе у додир са јавним животом или у тесну везу са другим заштићеним интересима.

Анализом пресуда Европског суда за људска права утврђено је да се овај суд у одлучивању ослања на већ донете пресуде, али у складу са начелом да је Европска конвенција о људским правима „жив инструмент“. То значи да Суд може другачије да одлучи у неком случају или да пружи заштиту у одређеним случајевима у којима то до тада није чинио.

Резултати научно-истраживачке праксе показали су и да се од две посебне доказне радње којима се ограничава права на приватност, а за које је вршено истраживање судске праксе, тј. 1. надзор и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања и 2. аутоматско рачунарско претраживање личних и других података , у Републици Србији у пракси примењивала само посебна доказна радњања надзора и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања. Истраживањем је показало да разлог због кога аутоматско рачунарско претраживање података није заступљено у Републици Србији није у томе што се ова посебна доказна радња није примењива у пракси, (један од опште познатих примера растер прочешљавања, користи се у раду саобраћајне полиције приликом идентификације моторног возила непознатог извршиоца саобраћајног кривичног дела) већ је разлог у томе што је према важећем ЗКП-у предвиђена само негативна растер потрага, тј. растер потрага која из даље провере искључује одређено лице које није сумњиво, док је за потребе праксе много значајнија потврдна растер потрага , тј растер потрага која се користи за утврђивање круга сумњивих лица, а што ће се показати са почетком примене новог ЗКП-а у којем је могућност примене ове мере предвиђена и за потврдну и за негативну растер потрагу.

У дисертацији је утврђено и да приликом потписивања и ратификовања међународних Конвенција, поготово ако се односе на кривично и кривично процесно право, треба користити институт стављања резерви који је легитимно правно средство. Конкретно, везано за право на приватност, путем стављања резерви приликом потписивања и ратификовања Конвенције о високотехнолошком криминалу могло се избећи да се посебна доказна радње тајног надзора комуникација по новом ЗКП-у не примењују на кривична дела попут неовлашћеног искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права из чл.199 КЗ, тј. да се код оваквих кривичних дела не залази у право на приватност и не троше материјални ресурси.

Кључне речи: заштита, ограничење, субсидијарност, фрагментарност, повреда, угрожавање, приватна тужба, судска контрола

Научна област: Право

Ужа научна област: Кривично право, кривично процесно право, криминалистика

УДК број 342.7:343.2 (043.3); 342.7:341.1(043.3) ; 342.7:343.9 (043.3)

Right to privacy- criminal, criminal procedural and criminalistic aspects

-Resume-

The aim of this doctoral thesis is to single out from the right to privacy, being a rather comprehensive field, those norms and attitudes that are crucial for monitoring the right to privacy from the point of view of criminal sciences, to determine the quality of protection and restriction of the right to privacy from criminal-legal, criminal procedural and criminalistic aspects, as well as to provide basis for understanding its prospective development in the future. Right to privacy presents an extremely comprehensive, complex and dynamic system, therefore the objective of the paper is to define precisely the points on which recent standpoints of case law are based and originate from, as well as to present and measure arguments stated in the scientific legal literature.

The peculiarity relating to the realization of the objective of the thesis is the analysis of the Code on Criminal Proceedings of the Republic of Serbia published on 26 September 2011 in the "Official Gazette of RS" No.72/11. However, its implementation is going to commence on 15 January 2013, except for the proceedings relating to organized crime acts or war crimes conducted before the special department of the competent court, in the case of which it has been implemented as of 15 January 2012.

The research was conducted by analyzing the sources- the Constitution of the Republic of Serbia, Code on Criminal Proceedings of the Republic of Serbia, European Convention on Human Rights, as well as the case law of the European Court of Human Rights and courts of the Member States of European Communities, i.e. European Union. The thesis also presents and analyzes the opinions and attitudes stated in the relevant expert literature on the above-mentioned issues.

Owing to the fact that the analysis of the so far development of the right to privacy, its protection and restrictions, as well as of adequate attitudes of case law was necessary for the fulfillment of the objectives of the dissertation, the application of the historical approach was necessary. Synthetic observation of the case law of the European Court of Human Rights, on the one hand, and the case law of the courts of Member States, on the other hand, conditioned the implementation of the comparative method.

Dogmatic method was also used (formal-legal and formal-logical method) determining the real meaning of legal norm, i.e. its interpretation is performed.

Dynamics of the observed institute of the right to privacy from the point of view of criminal sciences has been conditioned by dynamics of the development of this institute and from the point of view of other sciences (e.g. philosophy). This imposed the requirement on the thesis to combine and implement not only the methods characteristic for legal science, but also for other social sciences.

The results of the research have shown that as for the criminal law protection of the right to privacy, as opposed to other protective objects, criminal law is not used as a means for domination, for the ruling of the elite over other members of the society, but the criminal law protection of the right to privacy implies the protection of the goods having importance for all the members of the society. Owing to this right to privacy is considered as one of the rare protective objects where new incriminations are related to the protection of basic goods of all individuals (e.g. relating to criminal acts dealing with an unauthorized access to protected computer, computer network and electronic data processing referred to in Article 302 of the Criminal Code). Therefore, in order to protect the right to privacy the introduction of new incriminations has been justified.

The research has shown that the criminal law protection of the right to privacy has subsidiary and fragmentary character. It implies that prior to the provision of the criminal law protection to the right to privacy, one should endeavour to realize its protection through other branches of law. It was also shown that the criminal law does not protect the right to privacy from all possible forms of its violation, but only from some, more severe cases of violation.

The results of the research have shown that the criminal law protection of the right to privacy is justified not only in cases of its violation, but also in some cases of its jeopardizing. It has also been concluded that there is a mutual two-way interaction between the right to privacy and criminal law sciences, i.e. the same way the right to privacy may be limited in the criminal proceedings, it also imposes the conditions that may be fulfilled in the criminal proceedings so that it is restricted. The right to privacy may also lead to the exclusion and limitation of the public in the criminal proceedings, and it may also limit implementation of some general institutes of criminal law, including the safety measure relating to expulsion of foreigners from the state and defining limitations for the punishment with regard to preparatory actions (being the criterium prohibiting encroachment of criminal law on the private, personal life of citizens).

During the research it has been concluded that as for the majority of criminal acts protecting the right to privacy, being the fundamental right of all people, from violation, the prosecution is performed only following private suits and penalties are milder compared to some criminal acts protecting (sometimes only due to jeopardizing) goods of narrow group of people prosecuted *ex officio*, with significantly more severe penalties.

During the development of the thesis it has been determined that the right to privacy, including rare exceptions, is subject to criminal law protection having horizontal implementation (*drittwirkung* - third party applicability).i.e. the right to privacy is not subject to criminal law protection only in legal relations between an individual and public authorities but also regarding mutual relations between individuals. The right to privacy guaranteed by Article 8 of the European Convention of Human Rights, enables that an individual is protected from interference of public authorities, but also from interference of other individuals and institutions, inclusive of the mass media.

The results of scientific and research practice in the Republic of Serbia have shown that, out of all the rights the right to privacy is conflicted with, only the right to freedom of expression, i.e. the right to freedom of the media, have realized absolute domination over the right to privacy.

Therefore, the existing tendencies to decriminalize criminal acts of insult and defamation would lead to total domination of the right to freedom of expression over the right to privacy even though according to the Resolution of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe No.1165 neither of these rights is absolute, nor one is larger than another, but those are rights having the same value.

The research has shown that the restrictions of the right to privacy in the criminal proceedings are usually subject to judicial review, i.e. there are rare exceptions to this rule (including e.g. insight into audio and video recordings without court order and “metering”). It has also been concluded that the right to privacy enjoys protection from criminal proceedings (during its conduct) and from the consequences of criminal proceedings (during its conduct and following its completion).

It has been determined that, in some cases, including the submission of data from the criminal records, there may be an overlap between general institutes of criminal substantive and procedural law with the right to privacy. It was also determined that the right to respect for private and family life is restricted only to the extent someone associates their private life with the public life or brings it into tight connection with other protected interests.

Analyzing the decisions of the European Court of Human Rights it has been determined that, when making decisions, this court relies on the decisions already adopted, but in accordance with the principle according to which the European Convention on Human Rights presents a “living instrument”. It implies that the Court may decide differently in some cases or provide protection in certain situations where it was not the case before.

The results of scientific and research practice have also shown that out of two separate investigative measures restricting the right to privacy, and in respect of which the research of case law has been performed, i.e. 1. the surveillance and recording of telephone and other conversations and visual surveillance and 2. automated internet browsing of personal and other data, only covert surveillance and recording of telephone and other conversations and visual surveillance have been performed in practice in the Republic of Serbia. The research has shown that the reason why automated internet browsing of personal and other data is not represented in the Republic of Serbia is not that this special investigative measure is not applicable in practice (one of the wide-known examples of raster search, used in the work of traffic police during the identification of vehicle of an unknown perpetrator of a traffic offence).

The reason lies in the fact that in accordance with the valid Code on Criminal Proceedings only the negative raster search is defined, i.e. raster search excluding an individual not being a suspect from further investigation, whereas in practice confirming raster search is more important, i.e. raster search used for determination of the group of suspects. This will be proved by the implementation of the new Code on Criminal Proceedings stipulating the implementation of both confirming and negative raster searches.

According to the dissertation, when signing and ratifying International Conventions, especially those relating to criminal and criminal procedural law, one should use the institute of making reservations presenting a legitimate legal means. To be more specific, in terms of the right to privacy, it could have been avoided not to implement a special investigative measure of secret surveillance of communications in accordance with the new Code on Criminal Proceedings regarding criminal acts including unauthorised usage of copyright works or the subjects of related law referred to in Article 199 of the Criminal Code, by making reservations when signing and ratifying the Convention on High Technology Crime, i.e. not to encroach on the right to privacy and spend financial resources with regard to those criminal acts.

Key words: protection, restriction, subsidiarity, fragmentary, violation, jeopardizing, private suit, judicial review.

Scientific field: Law

Specific scientific field: Criminal law, criminal procedural law, criminalistic

UDC No. 342.7:343.2 (043.3); 342.7:341.1(043.3) ; 342.7:343.9 (043.3)

С А Д Р Ж А Ј

ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ	1
ОСНОВНЕ ПОЛАЗНЕ ХИПОТЕЗЕ ИСТРАЖИВАЊА.....	2
ОЧЕКИВАНИ РЕЗУЛТАТИ И НАУЧНИ ДОПРИНОС	6
ПРВА ГЛАВА	
I УВОДНА РАЗМАТРАЊА	8
1. Појам права на приватност	8
2. Приватни живот	16
3. Право на приватност породичног живота.....	18
4. Право на поштовање приватности дома (home,domicile)	19
5. Право на приватност преписке.....	21
6. Хоризонтална примена права на приватност и drittwirkung	22
7. Ограничење права на приватност према ЕКЈП.....	29
7.1. Ограничење предвиђено законом	29
7.2. Легитимност циља	31
7.3. Испуњење стандарда « неопходно у демократском друштву »	32
ДРУГА ГЛАВА	
II ОДНОС КРИВИЧНОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА И ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ	34
ТРЕЋА ГЛАВА	
III ОДНОС КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ	60

ЧЕТВРТА ГЛАВА

IV ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У СЛУЧАЈУ ПРЕТРЕСАЊА СТАНА И ЛИЦА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА.....	79
1. Претресање стана и лица	79
1.1. Увод	79
1.2. Материјални услови за претресање стана , просторија и лица	80
1.3. Формални услов за претресање.....	81
2. Претресање стана и лица на основу наредбе	81
2.1. Радње које претходе претресању стана и лица.....	81
2.2. Време,место и начин извршења наредбе о претресању.....	82
2.3. Записник о претресању стана и лица.....	84
3. Претресање стана и лица без наредбе.....	85
3.1. Претресање стана без наредбе.....	85
3.2. Права држаоца стана	85
3.3. Претресање лица без наредбе.....	85
3.4. Посебна дужност органа унутрашњих послова.....	86
3.5. Надлежност за претресање стана и лица.....	86
4. Недоумице у погледу ове радње доказивања	86
5. Нови ЗКП	93
6. Упоредно - правни приказ претресања стана и лица.....	97
7. Пракса европског суда за људска права	100
8. Кривично дело нарушавање неповредивости стана (чл.139 КЗ)	105
9. Кривично дело противзаконито претресање (чл.140 КЗ).....	110
10. Криминалистички аспект претресања и право на приватност	111

ПЕТА ГЛАВА

V ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ НАДЗОРОМ И СНИМАЊЕМ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА ИЛИ КОМУНИКАЦИЈА ДРУГИМ ТЕХНИЧКИМ СРЕДСТВИМА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА	113
1. Увод	113
2. Кривична дела у погледу којих је могућа примена ове посебне доказне радње	114
3. Услови за тајни аудио и видео надзор	115
4. Трајање тајног аудио и видео надзора и извршење наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора или комуникација	118
5. Уништење прикупљеног материјала.....	119
6. Случајеви доказне невалидности прикупљених података	120
7. Узгредни налази.....	121
8. Нови ЗКП	122
8.1. Материјални услови за примену посебних доказних радњи.....	122
8.2. Кривична дела у погледу којих је могућа примена.....	123
посебних доказних радњи.....	123
8.3. Поступање са прикупљеним материјалом	124
8.4. Случајеви доказне невалидности прикупљених података	125
8.5. Случајни налази	126
8.6. Тајност података	127
8.7. Тајни надзор комуникација	127
8.7.1. Материјални и формални услови	127
8.7.2. Трајање мере	128
8.7.3. Органи који су надлежни за примену мере и проширење мере.....	128
8.7.4. Неодстаци мере тајног надзора комуникација према новом ЗКП-у....	129
8.8. Тајно праћење и снимање	133
9. Упоредно- правни приказ надзора и снимања телефонских и других разговора	137
9.1. Сједињене Америчке Државе	137
9.2. Велика Британија.....	139
9.3. Немачка	141
9.4. Италија.....	143
9.5. Француска	144
9.6. Швајцарска	145
9.7. Аустрија.....	146

10. Тајна аудио и видео снимања и сведочење од стране прикривеног иследника	147
10.1. Материјални и формални услови за ангажовање прикривеног иследника	147
10.2. Одређивање лица које ће бити ангажовано као прикривени иследник ...	148
10.3. Трајање ангажмана прикривеног иследника и начин спровођења ове посебне доказне радње	149
10.4. Испитивање прикривеног иследника као сведока и питање «узгредних налаза»	150
10.5. Немогућност (незаконитост) деловања прикривеног иследника у својству «агента провокатора»	151
10.6. Извршење (чињење) кривичног дела од стране прикривеног иследника	151
11. Нови ЗКП	153
11.1. Материјални и формални услови за ангажовање прикривеног иследника	153
11.2. Лице које ће бити ангажовано као прикривени иследник	154
11.3. Трајање ангажмана прикривеног иследника и начин спровођења ове посебне доказне радње	155
11.4. Испитивање прикривеног иследника као сведока	156
11.5. Немогућност (незаконитост) деловања прикривеног иследника у својству «агента провокатора»	157
11.6. Извршење (чињење) кривичног дела од стране прикривеног иследника	158
12. Упоредно – правни приказ ангажовања прикривеног иследника	160
12.1. Сједињене Америчке државе	160
12.2. Енглеска	162
12.3. Немачка	163
12.4. Италија	165
13. Пракса европског суда за људска права	166
14. Кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање (чл.143 КЗ) ...	171
15. Криминалистички аспект снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима	174

ШЕСТА ГЛАВА

VI ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ УВИДОМ У ФОТОГРАФИЈЕ, СЛУШАЊЕМ ЗВУЧНИХ СНИМАКА, УВИДОМ У ЗВУЧНЕ И ВИДЕО СНИМКЕ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА..... 181

1. Увод.....	181
2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање	182
2.1. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај... 182	
2.1.1. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај на основу судске одлуке	182
2.1.2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај без судске одлуке.....	182
2.2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које нема доказни значај. 183	
2.3. Фотографисање, аудио и видео снимање које није тајно и коришћење као доказа дела фотографије или снимка, као и скице или цртежа	184
2.4. Недостаци радње доказивања увида у аудио и видео снимке.....	185
3. Нови ЗКП	186
4. Пракса европског суда за људска права	192
5. Кривично дело неовлашћено фотографисање (чл.144 КЗ).....	196
6. Кривично дело неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка (чл.145 КЗ).....	205
7. Криминалистички аспект увида у фотографије, слушања звучних снимака и увида у звучне и видео снимке.....	207

СЕДМА ГЛАВА

VII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПРАЋЕЊЕМ ЕЛЕКТРОНСКИХ КОМУНИКАЦИЈА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА 215

1. Увод.....	215
2. Тајно праћење електронских комуникација	215
2.1. Тајно праћење електронских комуникација на основу одлуке суда	215
2.2. Тајно праћење електронских комуникација без одлуке суда.....	216
2.3. Праћење електронских комуникација које није тајно	218
3. Метеринг	219

4. Предности и недостаци задржаних података као нове доказне радње	222
5. Уставност или неуставност задржаних података као нове доказне радње	226
6. Неке недоумице у вези ове доказне радње	227
7. Нови ЗКП	229
8. Пракса европског суда за људска права	231
9. Криминалистички аспект метеринга	232
9.1. Криминалистички аспект РФИД технологија	232

ОСМА ГЛАВА

VIII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПРАЋЕЊЕМ КОМУНИКАЦИЈА КОЈЕ СЕ ОДВИЈАЈУ КОРИШЋЕЊЕМ РАЧУНАРА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА.....	237
1. Увод	237
2. Конвенција о високотехнолошком криминалу	241
3. Нови ЗКП	252
4. Упоредно - правни приказ	254
5. Криминалистички аспект	256
5.1. Електронски докази	256
5.2. Релевантност и доказна вредност електронских доказа	257
5.2.1. Аутентичност и промене компјутерског записа	259
5.2.2. Аутентичност и поузданост компјутерског програма	260
5.2.3. Утврђивање аутора компјутерског записа	260
5.3. Правило о најбољем доказу	263
5.4. Е-маил као доказно средство	265
6. Савремене технологије	270
7. Заштита приватности у сајбер простору	271
8. Кривично дело неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи, и електронској обради података (чл.302 КЗ).	274

ДЕВЕТА ГЛАВА

IX ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ВРШЕЊЕМ ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА	276
1. Развој електронског надзора	276
2. Кривични и кривично процесни аспект електронског надзора	277
2.1. Кривичнопроцесни аспект електронског надзора	277
2.2. Нови ЗКП	281
2.3. Кривичноправни аспект електронског надзора	285
3. Упоредно правни приказ електронског надзора	291
3.1. САД	291
3.2. Европске земље	291
3.3. Енглеска , Велс и Шкотска	292
3.4. Шведска	293
3.5. Холандија	293
3.6. Француска	294
3.7. Немачка	294
3.8. Друге европске земље	295
4. Предности електронског надзора	295
5. Недојаци електронског надзора	297
6. Криминалистички аспект електронског надзора	299

ДЕСЕТА ГЛАВА

X ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПИСМА, ТЕЛЕГРАМА И ДРУГИХ ПОШИЉКИ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА	302
1. Задржавање и предаја писама и телеграма и других пошиљки	302
2. Нови ЗКП	305
3. Пракса европског суда за људска права	307
4. Кривично дело повреда тајности писама и других пошиљки (чл.142 КЗ)	316

ЈЕДНАЕСТА ГЛАВА

XI ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА.....	320
1. Аутоматско рачунарско претраживање личних и других података.....	320
2. Нови ЗКП	325
3. Упоредно - правни приказ	327
4. Пракса европског суда за људска права	331
5. Криминалистички аспект растер претрага.....	333
6. Кривично дело неовлашћено прикупљање личних података (чл. 146 КЗ).....	335

ДВАНАЕСТА ГЛАВА

XII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА НА РАЧУНИМА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА.....	339
1. Увод.....	339
2. Ранија законска решења	340
2.1. Контрола рачуна физичких лица према ранијем законском решењу.....	341
2.2. Контрола рачуна правних лица према ранијем законском решењу	344
3. Банкарска тајна	347
4. Важеће право	350
5. Недоумице у примени ове доказне радње	355
6. Нови ЗКП	358
6.1. Прибављање података	358
6.2. Надзор над сумњивим трансакцијама	362
6.3. Привремено обустављање трансакције	363
7. Кривично дело одавање пословне тајне (чл.240 КЗ).	364

ТРИНАЕСТА ГЛАВА

XIII ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА 366

1. Увод 366

2. Право на приватност малолетника према коме се води кривични поступак 367

- 2.1. Увод 367
- 2.2. Заштита права на приватност малолетника у току кривичног поступка и након окончања кривичног поступка од његових последица 369
- 2.3. Посебно поступање органа унутрашњих послова према малолетнику 372
- 2.4. Позивање малолетника и достављање одлука 372
- 2.5. Забрана суђења малолетнику у одсуству и заштита приватности 373
- 2.6. Бранилац малолетника 373
- 2.7. Одлике поступка према малолетницима које се односе на сведочење 373
- 2.8. Учешће органа старатељства 374
- 2.9. Обавеза суда, других органа и установа 374
- 2.10. Давање података из казнене евиденције 375

3. Право на приватност малолетног лица које се појављује као сведок или оштећени у кривичном поступку 375

- 3.1. Увод 375
- 3.2. Начелно правило о минимизирању секундарне виктимизације 377

4. Пракса европског суда за људска права 380

5. Кривично дело повреда тајности поступка чл.337 ст.2 КЗ..... 381

ЧЕТРНАЕСТА ГЛАВА

XIV ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ПРИЛИКОМ СВЕДОЧЕЊА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА 383

1. Ослобођење чланова породице, сродника и лица са којима окривљени живи од дужности сведочења, у циљу заштите права на приватност..... 383

2. Ослобођење дужности сведока од давања одговора на поједина питања у циљу заштите права на приватност 386

3. Посебне мере у циљу заштите права на приватност заштићеног сведока 387

- 3.1. Кривично дело повреда тајности поступка чл.337.ст.3 КЗ..... 391

4. Лица која се у циљу заштите права на приватност не могу испитати као сведоци.....	391
5. Нови ЗКП	393
5.1. Заштићени сведок.....	394
5.2. Посебно сетљиви сведок.....	398
6. Ограничење права на приватност дискредитацијом сведока	400
7. Упоредно законодавство	404
8. Пракса европског суда за људска прва - лекарска тајна	405
9. Кривично дело неовлашћено откривање тајне (чл.141 КЗ).....	408

ПЕТНАЕСТА ГЛАВА

XV ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА О ИМОВИНИ	419
1. Увод.....	419
2. Финансијска истрага	425
3. Упоредно право	428
3.1. Италија.....	428
3.2. Немачка	429
3.3. Швајцарска.....	431
3.4. Сједињене Америчке Државе.....	432
3.5. Колумбија.....	434
3.6. Црна Гора	435
3.6.1. Привремено одузимање имовине.....	435
3.6.2. Трајно одузимање имовине	436
4. Пракса европског суда за људска права	440
5. Криминалистички аспект финансијских истрага	444

ШЕСНАЕСТА ГЛАВА

XVI ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА	446
1. Ослобођење чланова породице, сродника и лица са којима окривљени живи од дужности сведочења, у циљу заштите права на приватност.....	446
2. Ослобођење дужности сведока од давања одговора на поједина питања у циљу заштите права на приватност	449
3. Ограничење мере забране напуштања боравишта у циљу заштите права на поштовање дома и права на приватност породичног живота.....	450
4. Нови ЗКП	451
5. Ограничење мере безбедности протеривања странца из земље у циљу заштите права на приватност породичног живота.....	452
5.1. Мера безбедности	452
5.2. Мера безбедности протеривање странца из земље	454
5.3. Пракса европског суда за људска права	455
5.4. Закључак.....	459
6. Кривично дело изношење личних и породичних прилика (чл.172 КЗ).....	460

СЕДАМНАЕСТА ГЛАВА

XVII ОГРАНИЧЕЊЕ И ЗАШТИТА ПРИВАТНОСТИ У ПРЕТКРИВИЧНОМ И КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА	465
1. Привремено одузимање предмета	465
1.1. Материјални и формални услови за привремено одузимање предмета....	465
1.2. Привремено одузимање предмета и списка и могуће санкције.....	467
1.3. «Судбина» одузетих предмета	468
1.4. Нови ЗКП.....	468
1.4.1. Материјални и формални услови за привремено одузимање предмета	468
1.4.2. Дужности држаоца предмета.....	469
1.4.3. Могуће санкције	470
1.4.4. «Судбина» одузетих предмета	471

2. Телесни преглед осумњиченог и трећих лица	471
3. Нови ЗКП	474
3.1. Узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицински радњи	474
3.2. Узимање узорака за форензичко-генетичку анализу	475
4. Пракса европског суда за људска права	477
5. Фотографисање, узимање отисака прстију и јавно објављивање фотографије осумњиченог	478
5.1. Нови ЗКП.....	480
5.2. Криминалистички аспект фотографисања и узимање отисака прстију (криминалистички аспект биометријских података)	481
6. Оптичка и звучна снимања у истрази и на главном претресу	487
6.1. Нови ЗКП.....	489
7. Обавеза чувања тајне о подацима из истраге у циљу заштите права на приватност	490
7.1. Нови ЗКП.....	491
8. Искључење и ограничење јавности на главном претресу и ускраћивање и условљавање увида у списе у циљу заштите права на приватност.....	492
8.1. Нови ЗКП.....	496
9. Кривично дело повреда тајности поступка - чл.337 КЗ (ст.1 КЗ).....	497
10. Кривично дело одавање службене тајне (чл.369 КЗ)	499

ОСАМНАЕСТА ГЛАВА

ХВИИ КРИВИЧНОПРОЦЕСНА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ЧАСТИ И УГЛЕДА.....

1. Увод.....	501
2. Кривичнопроцесна заштита части и угледа	502
2.1. Заштита части и угледа сведока и оштећеног.....	502
2.2. Заштита части и угледа суда и других учесника у поступку	503
2.3. Дисциплинске мере и дисциплинске казне у истрази.....	505
2.4. Дисциплинске мере и дисциплинске казне на главном претресу.....	506
2.5. Нови ЗКП.....	513

3. Кривичноправна заштита части и угледа	515
3.1. Кривично дело увреде	519
3.2. Кривично дело клевете	523
4. Упоредно-правна пракса.....	527
4.1. САД.....	527
4.2. Немачка	529
5. Пракса европског суда за људска права	531

ДЕВЕТНАЕСТА ГЛАВА

ХИХ КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ РЕЛИГИЈСКИХ УВЕРЕЊА	538
---	------------

Кривично дело повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда (131 КЗ)	538
---	------------

ДВАДЕСЕТА ГЛАВА

ХХ ПОВЕЗАНОСТ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ И ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ СА ПРАВОМ НА ПРИВАТНОСТ	540
--	------------

1. Кривичнопроцесни аспект.....	540
--	------------

2. Нови ЗКП	543
--------------------------	------------

3. Кривичноправни аспект - кривично дело недозвољено јавно коментарисање судских поступака(336а КЗ)	544
--	------------

ДВАДЕСЕТПРВА ГЛАВА

ХХИ НАУЧНО- ИСТРАЖИВАЧКА ПРАКСА.....	547
---	------------

ПРЕДЛОЗИ DE LEGE FERENDE	572
---------------------------------------	------------

Л И Т Е Р А Т У Р А	596
----------------------------------	------------

ПРЕДМЕТ И ЦИЉ ДОКТОРСКЕ ДИСЕРТАЦИЈЕ

Докторска дисертација се бави правом на приватност са кривичноправног, кривичнопроцесног и криминалистичког аспекта. Будући да се ради о специфичном квалитету права на приватност као изузетно динамичне и хибридне правне установе, дисертација ће анализирати право на приватност кроз сва три аспекта који су значајни за његово сагледавање кроз призму кривичних наука у целини.

Основни чиниоци права на приватност су његова уставна, кривичноправна и кривично процесна компонента. Због тога је за разумевање ових чиниоца потребно анализирати ограничења права на приватност у кривичном поступку, његову кривичноправну заштиту, као и праксу Европског суда за заштиту људских права по овим питањима. У случају Европске уније, у овом погледу неопходно је анализирати ставове из праксе европских судова у интеракцији са праксом Европског суда за заштиту људских права и основних слобода.

Српска и ранија југословенска наука кривичног и кривично процесног права по питању права на приватност познају само неколико радова фрагментарног карактера. Ограничења права на приватност у кривичном поступку су честа, многа питања од значаја за судску праксу су нерешена, а импликације кривичноправне заштите права на приватност на укупну оцену криминалне политике су значајне.

Циљ докторске дисертације је издвајање из обимног тела права на приватност оних норми и ставова који су кључни за праћење права на приватност кроз призму кривичних наука, одређење квалитета заштите и ограничења права на приватност са кривичноправног, кривичнопроцесног и криминалистичког аспекта, као и пружање основе за разумевање његовог могућег развоја у будућности.

ОСНОВНЕ ПОЛАЗНЕ ХИПОТЕЗЕ ИСТРАЖИВАЊА

Дисертација је заснована на следећим хипотезама:

- Право на приватност је комплексно право које је у свом досадашњем постојању показало изузетну динамику и чији правац развоја није јасно одређен
- Код кривичноправне заштите права на приватност, за разлику од неких других заштитних објеката, кривично право се не користи као средство за доминацију, за владање елите над осталим чловима друштва, већ се штите добра која су од значаја за све чланове друштва. Због тога је право на приватност је један од ретких заштитних објеката где се нове инкриминације односе на заштиту основних добара свих појединца (као нпр. код кривичног дела неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ) па су ради заштите овог права оправдане нове инкриминације.
- Кривичноправна заштите права на приватност је субсидијарног и фрагментарног карактера. То значи да пре пружања кривичноправне заштите праву на приватност његову заштиту треба покушати остварити кроз друге гране права, као и да кривично право не штити право на приватност од свих могућих облика његовог повређивања већ само од неких, тежих случајева повреде.
- Кривичноправна заштита права на приватност оправдана је не само у случајевима његове повреде већ и у неким случајевима његовог угрожавања.
- Између права на приватност и кривичноправних наука постоји узајамна двосмерна интеракција, тј. као што се право на приватност може ограничити у кривичном поступку, тако и право на приватност намеће услове који у кривичном поступку морају бити испуњени да би дошло до његовог ограничења, а услед овог права може доћи и до искључења и ограничавања јавности у кривичном поступку, и може се ограничити и примена неких општих института кривичног права, као што је мера безбедности протеривања странца из земље и одређивања граница за кажњавање код припремних радњи као критеријум који забрањује задирање кривичног права у приватну, личну сферу грађана.
- Право на поштовање приватног живота ограничава се у мери у којој појединац сам доведе свој приватни живот у додир са јавним животом или у тесну везу са другим заштићеним интересима. Тиме је одређен и обим приватног живота.

- Већина кривичних дела којима се од повреде штити право на приватност, које је основно право свих људи, гони се по приватној тужби и има блаже запрећене казне него нека кривична дела којима се (чак и због угрожавања) штите добра уског круга људи а која се гоне по службеној дужности са знатно строжијим запрећеним казнама.
- Право на приватност, уз мање изузетке, ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability). тј. право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца. Право на приватност, загарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.
- Резултати научно-истраживачке праксе указују да је у Републици Србији од свих права са којима је право на приватност у конфликту, само право на слободу изражавања, тј. право на слободу медија, остварило апсолутну доминацију у односу на право на приватност. Декриминализација кривичних дела увреде и клевете значило би тоталну превласт права на слободу изражавања у односу на право на приватност иако према Резолуцији бр.1165 ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности.
- Ограничење права на приватност у кривичном поступку углавном подлеже судској контроли (постоје ретки изузеци као што су напр. Увид у аудио и видео снимке без судске наредбе и «метеринг»)
- Право на приватност ужива заштиту и од кривичног поступка (током његовог трајања) и од последица кривичног поступка (у току и након његовог завршетка).
- У неким случајевима, као што је достављање података из казнене евиденције, може доћи до преплитања општих института кривичног материјалног и кривичног процесног права са правом на приватност.
- Европски суд за људска права се у одлучивању ослања на већ донете пресуде, али у складу са начелом да је ЕКЉП „жив инструмент“. То значи да Суд може другачије да одлучи у неком случају или да пружи заштиту у одређеним случајевима у којима то до тада није чинио.
- Пресуде судова на нивоу Европске уније, као и њених држава чланица, осим сопственог важења у конкретном случају и снагом установљене праксе, драгоцен су показатељ развоја права на приватност са аспекта кривичноправних наука у будућности

- Резултати научно-истраживачке праксе указују да се од 2 посебне доказне радње којима се ограничава право на приватност за које вршено истраживање, тј. 1. надзор и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања и 2. аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, у Републици Србији у пракси примењивао само надзор и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања. Разлог због кога аутоматско рачунарско претраживање података није нашло примену у пракси у Републици Србији није у томе што ова посебна доказна радња није примењива у пракси, (један од опште познатих примера растер прочешљавања, користи се у раду саобраћајне полиције приликом идентификације моторног возила непознатог извршиоца саобраћајног кривичног дела) већ је разлог у томе што је према важећем ЗКП-у предвиђена *само негативна растер потрага*, тј. растер потрага која из даље провере *искључује одређено лице које није сумњиво*, док је за потребе праксе много значајнија *потврдна растер потрага*, тј растер потрага која се користи за *утврђивање круга сумњивих лица*, а што ће се показати са почетком примене новог ЗКП-а у којем је могућност примене ове мере предвиђена и за потврдну и за негативну растер потрагу.
- Приликом потписивања и ратификовања међународних Конвенција, поготово ако се односе на кривично и кривично процесно право, треба користити институт стављања резерви који је легитимно правно средство. Конкретно, везано за право на приватност, путем стављања резерви приликом потписивања и ратификовања Конвенције о високотехнолошком криминалу могло се избећи да се посебна доказна радња тајног надзора комуникација по новом ЗКП-у не примењују на кривична дела попут неовлашћеног искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права из чл.199 КЗ, тј. да се код оваквих кривичних дела не залази у право на приватност и не троше материјални ресурси
- Већина кривичних дела којима се штити право на приватност **гони се у скраћеном поступку по приватној тужби** (нарушавање неповредивости стана из чл. 139 ст.1 КЗ; повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142.ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено фотографисање из чл. 144 ст.1 КЗ; неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимака из чл.145 ст.1 КЗ; неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 ст.1 и 2 КЗ, увреде из чл 170 КЗ; клевете из чл.171 КЗ; изношење личних и породичних прилика из чл. 172 КЗ). Кад су извршиоци истих кривичних дела (осим увреде, клевете и изношења личних и породичних прилика) службена лица, тада се гоњење предузима такође у скраћеном поступку али по службеној дужности.

МЕТОДЕ КОЈЕ СУ ПРИМЕЊЕНЕ У ИСТРАЖИВАЊУ

Истраживање је извршено анализом извора – Устава РС, Законика о кривичном поступку, Кривичног законика, Европске конвенције о људским правима, као и судске праксе Европског суда за људска права и судова држава чланица европских заједница, односно Европске уније.

Такође, дисертација представља и анализира мишљења и ставове изнете у релевантној стручној литератури о предметним питањима.

Будући да је анализа досадашњег развоја права на приватност, његове заштите и ограничења, и одговарајућих ставова судске праксе неопходна за испуњење циља дисертације, примена историјског метода је била неизбежна. Синтетичко посматрање праксе Европског суда за људска права, с једне стране, и праксе судова држава чланица с друге стране, условила је примену упоредног метода.

Такође, коришћен је и догматски (формално-правни или формално-логички) метод (који не треба мешати са догматизмом) којим се утврђује право значење правне норме односно врши њено тумачење.

Динамичност посматраног института права на приватност са аспекта кривичних наука условљена је динамичношћу развоја овог института и са аспекта других наука (нпр. филозофије) , што је дисертацији поставило захтев за комбиновање и примену не само метода својствених правној, већ и другим друштвеним наукама.

Криминалистички аспект права на приватност приказан је кроз поглавља у којима се разматра примена доказних радњи којима се ограничава право на приватност. С обзиром на множину садржаја коју рад обухвата, нисмо се одлучили да право на приватност у упоредном законодавству представља посебно поглавље, већ су различита решења из упоредног права наведена приликом обраде конкретних питања.

ОЧЕКИВАНИ РЕЗУЛТАТИ И НАУЧНИ ДОПРИНОС

Докторска дисертација има за циљ да пружи ресурс за разумевање кривичноправне ретроспективе права на приватност као једног од основних квалитета садашњег правног система Европске уније.

Једно од централних питања у приступу изабраној теми и њеној научној обради тиче се саме њене ширине. У нашем размишљању о теми докторске дисертације основна промишљања ишла су у два правца: да ли одабрати тему о праву на приватност са кривичног аспекта у целини (кривичноправни, кривичнопроцесни, криминалистички аспект), са ризиком да таква тема *a priori* трпи приговор да као обимна не одговара захтеву дисертације да се потпуно и исцрпно обради изучавано питање са аспекта само једне од две кривичноправне науке (нпр. само са кривичноправног или само са кривичнопроцесног аспекта), или, одлучити се да се право на приватност посматра само са аспекта једне кривичноправне науке, где би право на приватност било «растављено» на најситније делове и где би самостална тема докторске дисертације у наведеном смислу могла бити анализа права на приватност само са кривичноправног или само са кривичнопроцесног аспекта.

Иако други приступ, на први поглед, због ширине прикупљеног садржаја изгледа прихватљивији, и некаквом претпостављеном обиму дисертације доследнији, ми смо се определили за први приступ.

Право на приватност, као институт који све више добија на значају, исправније је, према нашем мишљењу, (мада, разуме се, такође и захтевније) обрадити са кривичноправног аспекта у целини. Ово поготово јер српска правна наука познаје само неколико радова на ову тему фрагментарног карактера, тј. радова који не посматрају право на приватност са кривичноправног аспекта у целини, целовито обрађујући сва питања која овај институт намеће.

Право на приватност представља изузетно обиман, сложен и динамичан систем, тако да ће рад тежити да прецизно одреди тачке на којима се заснивају и из којих су настала скорашња гледишта судске праксе, као и да представи и одмери аргументе изнете у стручној правној литератури.

Практичан значај рада усмерен је на стварање јединствене референце у српској научној литератури за разумевање практичних последица на плану развоја кривичноправних питања везаних за право на приватност на међународном плану, кроз праксу Европског суда за људска права и судова држава чланица, а што ће добити значају како поступак Србије Европској унији буде напредовао, а који је формално започет потписивањем Уговора о стабилизацији и асоцијацији 2008. године и подношењем пријаве за чланство у Европску унију у децембру 2009. г., као и очекиваним добијањем статуса кандидата у децембру 2011. године.

Посебан изазов представљала је анализа одредби новог ЗКП-а које се односе на право на приватност а које тек треба да почну да се примењују. Нови ЗКП је 26.09.2011.г. објављен у «Службеном гласнику» Републике Србије бр.72/11 и примењиваће се од 15.јануара 2013 године, изузев у поступцима за кривична дела организованог криминала или ратних злочина који се воде пред посебним одељењем надлежног суда у ком случају се примењује од 15. јануара 2012. године.

ПРВА ГЛАВА

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА

1. Појам права на приватност

Није лако одредити шта све потпада под појам «приватни живот», пошто граница између приватне и јавне сфере варира од случаја до случаја. Сама реч приватност долази од латинске речи *privare*, што значи лишити. Тако је у раном периоду људске заједнице «приватна личност» означавала особу која је лишена позиције или ранга или је представљала припадника затворене религијске заједнице.¹ Почев од XVI века, израз «приватан» почео је да се користи у контексту независности и сфере интимности, а од XVII века овај појам означава вредност мирног живота и поштовања дома. Једна од првих и најширих дефиниција приватног живота јеста она према којој је право на приватност право појединца да буде остављен на миру.²

Право на приватни живот уобичајено се у правној теорији дефинише као настојање да се искључи могућност да трећа лица сазнају нешто што се односи на одређену личност.³ Други теоретичари иду и даље, па одвајају приватни живот од тајне сфере, при чему право на приватни живот виде у захтеву да се индивидуалитет човека очува у миру и "закључан", како би човек, заштићен од радозналости других људи, могао водити живот какав жели. Тајна сфера захтева јачу правну заштиту, како би се осигурало да се личност у њу може повући ако у потпуности хоће да буде самосвојна.⁴ Под тајном сфером дефинише се нешто што захвата све чињенице у вези са неком личношћу (осим добро познатих) које та личност држи као тајну и које остају тајном док то она жели.⁵

Под правом на приватни живот подразумева се право личности да се трећа лица искључе од сазнавања чињеница везаних за титулара овог права. Ради се о чињеницама које човек жели задржати само за себе.

¹ S. Marks, A. Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, USA, 2005, p. 259.

² S. D. Warren and L. D. Brandeis, *The Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, 1890, p. 193.

³ F. Carnelluti, *Diritto alla vita privata*, Roma, 1955, г. стр. 5.

⁴ H. Hubmann, *Das Persoenlichkeitsrecht*, Koln-Graz, 1976, г., стр. 320-333.

⁵ H. Giesker, *Das Recht des privaten an der eigenen Geheimsphare*, Zurich, 1905, г.

Објекат права на приватност се у упоредном праву схвата у најужем смислу и подразумева заштиту тајне сфере човекове личности. Ово право се развило у Сједињеним Америчким Државама под утицајем либералистичке доктрине о положају појединца у друштву. У другој половини 20.века ово право је прерасло у «права на личну аутономију» и састојало се у гарантовању сфере личне аутономије у оквиру које би сваки појединац имао право да самостално, без уплитања државе помоћу правних прописа уређује своје односе са другим људима. У Француској се оперише јединственим појмом приватног живота, схваћеним уже и са нагласком на тајности. У Немачкој доктрини право на приватност је било врло ограничено све до доношења пресуде Савезног суда 1954.године којом је признато опште лично право, а изричито и право сваког човека на тајну сферу. Швајцарски грађански законик садржи генералну клаузулу о заштити личности⁶ која је законски основ на заштиту права на приватност.

Уже одређено право на приватност је апсолутно субјективно право физичког лица да може самостално да одлучи о упознавању трећих лица са било којом манифестацијом своје егзистенције. Из овог права извиру посебно лична права као што су: право на приватан живот, право на лик, право на глас, право на списе личног карактера.

У оквиру права на приватни живот треба разликовати: интимну сферу у коју ималац права никоме не допушта приступ или допушта само најближим лицима; приватну сферу у коју ималац права допушта приступ одређеном кругу лица (породица, рођаци, пријатељи) и приватно-јавну сферу у коју ималац права допушта већем броју људи да се упознају са одређеним аспектима његовог живота. Практични значај ове поделе огледа се у правно признатом интересу трећих лица да знају активност и стања у којима се налази једно лице (тако нпр. право на приватан живот може бити ограничено интересима државне безбедности, право на приватан живот политичара је ограничено јер јавност има интерес да зна све оне чињенице из његовог живота које утичу на политичку опредељеност гласача). Да ли постоји правно признати интерес да се објави информација из нечијег приватног живота је фактичко питање које цени суд у сваком конкретном случају.

Неки аутори дефинишу унутар права на приватни живот три посебна права: слободу од упадања и посматрања нечијег приватног живота, право очувања контроле над личним информацијама, и слободу деловања без ичијег уплитања.⁷

⁶ Чл.28.

⁷ Kurtland, *The Private*, I, University of Chi. Magazine, 1976.г., бр. 7, стр.8.

Заштита приватног и породичног живота, обухваћена чл.8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама⁸ (у даљем тексту ЕКЉП), производ је застрашујућег искуства доживљеног у време фашизма у Европи, током тридесетих и четрдесетих година прошлог века. У том периоду, власти су се мешале у унутрашњу сферу појединца до те мере да је, чак , прописивана забрана склапања бракова међу припадницима различитих раса или различитог етничког порекла. Посматрано историјски, овакве мере нису спорадичне нити су изузетак, па је зато постојала потреба да се у једном међународном инструменту, који се бави заштитом људских права, нагласи да сваки појединац ужива фундаментално право на поштовање приватности.

У чл.8 ЕКЉП предвиђено је да:

1. *Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.*
2. *Јавне власти неће се мешати у вршење овог права осима ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.*

Формулација из чл.8 ЕКЉП, која каже « да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке», намеће државама уговорницама ове конвенције одређене обавезе. Пре свега, државни органи не смеју да се мешају у приватну сферу појединца, осим уколико не постоји пристанак тог лица или неки важан разлог за такву активност. Оваква негативна обавеза државе, тумачена је од Европске комисије и Европског суда за људска права⁹ (у даљем тексту Суд) у светлу одредбе чл.8, ст.2 ЕКЉП, који каже са се **«јавне власти не могу мешати у вршење овог права».**

⁸ Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*, франц. *La Convention europeenne des Droits de l'Homme*) је правни акт Савета Европе (1949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4.новембра 1950.године. Оригинална верзија, састављана на енглеском и француском језику објављена је под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3.септембра 1953.године. У периоду од 1950. до 2004.године, Конвенцију је потписало 46 земаља. Потписивање је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признање надлежности Европског суда за људска права. Текст је званично преведен и објављен на 30 језика а ратификација је извршена у свим државама Савета Европе. Конвенција се састоји из преамбуле, основног текста и 13 протокола.

⁹ Европски суд за људска права - ECHR (engl. *European Court of Human Rights*, fr. *Cour europeenne des Droits de l'Homme*) је судска институција Савета Европе, основана 1959.године, за заштиту права и слобода гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (1950). Суд је постао стална институција заштите људских права у Европи 1.новембра 1998.године, када је ступио на снагу Протокол 11 Европске конвенције о људским правима. **Пре увођења овог протокола, судску функцију је , поред Суда, обављала и Европска комисија за људска права (1954). Протокол је укинуо Комисију, али је она наставила са радом до 31.октобра 1999.године ради окончања текућих поступака.** У прве три године самосталног постојања Европског суда за људска права, број спорова је увећан за око 130%. Током 1998.године било је евидентирано 5.979 предмета, а 2001.године 13.858. Питање реформе судског ситета отворено је 2.000 године, па је Протокол 14 предложен као механизам растерећења Суда и унапређења његове ефикасности. Протокол предвиђа пренос надлежности са већа на судије појединце, смањење броја чланова већа,

Међутим, право на приватност значи и обезбеђење права на успостављање и развој емотивних веза са другим људима. Због тога, право на приватност не може се посматрати само као негативна обавеза државе у смислу права појединца да буде остављен на миру, већ оно представља и обавезу државе да законодавством и другим општим мерама омогући стварно уживање приватног и породичног живота.¹⁰ Суд је закључио у случају *Airey против Ирске*¹¹ из 1979 године»поред првенствено негативне обавезе, могу постојати позитивне обавезе садржане у стварном поштовању приватног и породичног живота».

Према чл.17 Пакта о грађанским и политичким правима право на приватност јесте збирни назив за право на поштовање приватног живота, породичног живота, непроведивост дома и преписке, части и угледа појединца. Остали међународни извори на сличан начин формулишу право на приватност, осим Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода¹² која у цитираном чл.8 не наводи повреде части и угледа.

Ипак, част и углед заштићени су и признати јуриспруденцијом Европског Суда за људска права и потврђени Резолуцијом Парламентарне скупштине Савета Европе.¹³

У најширем смислу право на приватност обухвата све аспекте људског живота који доприносе његовом слободном развоју. Наиме, све што се тиче личног здравља, филозофских, моралних, религијских уверења, породичног и емотивног живота, пријатељства и осталих социјалних веза спада у приватан живот.¹⁴

поштрвање услова покретања међународних спорова. За ступање на правну снагу, потребна је ратификација свих држава чланица Савета Европе. Критичари новог Протокола 14 тврде да ће овакава решења неповољно утицати на индивидуалну заштиту људских права. Седиште Суда налази се у Стразбуру у Француској. Површина здања износи 280.000 квм. Изградња је започета 1991, а довршена 1994.године.

¹⁰ *Marckx v. Belgium* (No.6833/74),1979.

¹¹ Суд је сматрао да се повреда права из чл.8 Конвенције састоји у недостацима у легислативи Републике Ирске која је допуштала раставу од стола и постеље само оним лицима која су била у стању да сnose енормно високе судске трошкове – *Пресуда од 09.10.1979.Series A,no.45,br.49.*

¹² Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*, франц. *La Convention europeenne des Droits de l'Homme*) је правни акт Савета Европе (!949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4.новембра 1950.године. Оригинална верзија, састављана на енглеском и француском језику објављена је под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3.септембра 1953.године. У периоду од 1950. до 2004.године, Конвенцију је потписало 46 земаља. Потписивање је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признање надлежности Европског суда за људска права. Текст је званично преведен и објављен на 30 језика а ратификација је извршена у свим државама Савета Европе. Конвенција се састоји из преамбуле, основног текста и 13 протокола.

¹³ Резолуција Парламентарне скупштине Савета Европе бр.428 из 1970.г.

¹⁴ Cohen-Johnatan, *Respect for private and family life*, in MacDanald/Mastcher/Petzold,str 407.

Право на приватност дефинисано је и другим актима Савета Европе. Тако, према резолуцији Скупштине Савета Европе¹⁵, која се односи на мас-медије и људска права и приватни живот појединца¹⁶ стоји:

« Право на приватност се суштински састоји из права појединца да живи са минимумом утицаја са стране. Ово право се тиче приватног, породичног живота у дому, физичког и моралног интегритета, части и угледа, недопуштености клеветања, недопуштености изношења нерелевантних и изненађујућих чињеница, неовлашћеног објављивања приватних фотографија, заштите од објављивања информација које су као тајне саопштене појединцима.»¹⁷

Резолуција парламентарне скупштине Савета европе бр.1165 о праву на приватност¹⁸, имајући у виду нове комуникационе технологије које омогућавају прикупљање и употребу личних података, препоручује проширење дефиниције права на приватност тако да укључи и **право личности да има контролу над подацима који се на њу односе.**

Приватност је право појединца, група или институција да сами одреде када, како и у којој мери ће другима саопштавати информације о себи.¹⁹

Права приватности се тешко могу дефинисати и зато Суд избегава да утврди специфична правила њиховог тумачења. То значи да Суд у сваком конкретном случају утврђује да ли је дошло до повреде, имајући у виду околности сваког случаја понаособ. Овакав приступ даје суду одређени степен флексибилности, а тиме и могућност да овај орган адекватно одговори на све друштвене промене, које су превасходно условљене технолошким развојем.

¹⁵ Савет Европе - CoE (engl. Council of Europe, fr. Conseil de l Europe) је регионална међународна организација европских земаља, чије се седиште налази у Палати Европе (fr. Palais de l Europe), у Стразбуру, на граници Француске и Немачке. Сврха Света Европе огледа се у остваривању основних личних и демократских права и слобода у Европи, а најважнији акти су доношење Европске конвенције о људским правима (1950) и успостављање Европског суда за људска права (1998), као сталног система правне заштите (Протокол бр.11 Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима. Иако је организација наднационалног и европског карактера, Савет Европе не припада институцијама Европске уније, није Европски савет ни Савет Европске уније. Чланство у Савету Европе није условљено чланством у Европској унији, мада је свих 27 земаља Европске уније, учлањено у Савет Европе. Поред чланица, Савет Европе и Европску унију повезује идеја о уједињеној Европи, а у Нацрту Европског устава је наглашено да права и слобода Европске конвенције о људским правима чине саставни део највишег европског правног акта (Европски устав, чл.9).

¹⁶ Резолуција парламентарне скупштине Савета Европе о средствима масовних комуникација и људским правима која је део резолуције бр.428(1970).

¹⁷ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, 908.

¹⁸ Резолуција парламентарне скупштине Савета европе из 1998.године.

¹⁹ A. Westin, *Privacy and Freedom*, New York, 1967, стр.7.

Суд је у многим случајевима био у прилици да испитује повреде чл.8 ЕКЉП у контексту процесног обезбеђења, које се чешће штити од материјалног аспекта права на приватност. Зато је суд нагласио да поступак доношења одлуке о мерама којима се држава меша у приватни и породични живот мора бити правичан, уз поштовање интереса који се штите чл.8.²⁰

Код сваког човека, каже јунак *Забележака из подземља*, постоје ствари које открива само пријатељима, потом ствари које неће открити ни пријатељима већ само себи, и најзад, ствари за које се боји да их самом себи открије. « Уколико је човек пристојнији – закључује – утолико тих ствари има више.»²¹

Али, човек није *приватан* само због тога што у њему има пристојности. Приватност је *право*. Када говоримо о приватности мислимо на *право* које припада и оним непристојним, као што почесто недостаје и оним сасвим пристојним.

Лична ствар, признаје право на одбијање јавности. Право да нешто затајимо није нам признато зато што се право руководи захтевима пристојности, тј. екстерним захтевима јавног интереса да некога поштедимо нелагодности суделовања у туђем животу, већ зато што успоставља границу јавне знатижеље и признаје подручје интерне слободе, независно од моралности или неморалности њеног садржаја. Приватност је изабрани део човекове природе и окружења који жели и који има право да затаји. Приватност је одречни одговор туђем опажању и интересовању, залиха интуиције, основа за формирање личности и самосвести, за ауторитет самосвојности, који чине људско достојанство и без кога нема грађанског друштва.²² Нема друштвености без приватности.²³

Право на приватност има улогу и код одређивања граница за кажњавање код припремних радњи као критеријум који забрањује задирање кривичног права у приватну, личну сферу грађана. Право на неповредивост приватне сфере појединца обухвата и саопштвање својих мисли у приватном кругу, или право на «гласно размишљање» односно писмено или на други начин бележење својих мисли. Кажњавање за припремне радње које не излазе ван приватне сфере појединца не може имати своје оправдање.²⁴ Не сме се кривичноправна заштита поставити тако да се неке инкриминације, у првом реду, односе на учиниоца као извор опасности по заштитни објект и где се већ најранији спољни знаци његове опасности по заштићено добро обухватају криминалном зоном.²⁵ Јер, то би делимично значило и посредно увођење одавно компромитованих и одбачених пределиктних мера. Мора се поћи од права грађана на једну личну, од контроле слободну сферу.²⁶

²⁰ *McMichael v. the United Kingdom* (No.16424/90),1994,par.87,91.

²¹ Ф.Д.Достојевски, *Забелешке из подземља*, Изабрана дела, Београд,1933, књ.XVI, стр.65.

²² С. Бељански, *Право на приватност*, Бранич бр.1, 2000.г., стр.12

²³ Ибид

²⁴ З. Стојановић, Кривично право општи део, пето измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2002.г., стр.223.

²⁵ Ибид

²⁶ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.754-755. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

Критеријум за одређивање круга радњи које спадају у личну сферу не може бити околност да ли се ради о односу са другим лицем или не. Код одређивања сфере приватности пресудан критеријум је **однос према јавности**, односно моменат када понашање појединца постаје релевантно и за друге, а не само за оне који то понашање предузимају.²⁷ **Значи у домен права на приватност спадају све оне активности појединце које нису релевантне за друге већ само за њега, где грађани имају право на једну личну, од контроле слободну сферу.**

Тако Јакобс појам субјекта кривичног дела дефинише у ширем смислу уносећи у тај појам и приватну сферу, односно „интерну“ субјекта како је он назива.²⁸ Тако се и помоћу правно-догматског аргумента, односно кроз другачије одређивање појма субјекта у систему кривичног права, може искључити оправданост кажњавања онога што је обухваћено приватном сфером, јер кривично дело може бити само нешто што се предузима ван сфере субјекта кривичног дела, што прелази границе те сфере.

Једно понашање, истиче Јакобс, које тек онда пада у очи кад се зна интерна учиниоца, не сме никада бити проглашено деликтом, јер би основ кажњавања у том случају била искључиво интерна учиниоца.²⁹

Ако се неко објективно неутрално понашање узме као разлог за испитивање нечије намере онда то представља повреду приватне сфере. Повреду приватне сфере представља не само инкримисање оних радњи које не излазе из те сфере, него и инкримисање радњи које су саме по себи неутралне, које су (неоправдани повод) да се уђе у приватну сферу, да се тек помоћу намере, односно мисли учиниоца радњи да криминални карактер.³⁰ Према Јакобсу то представља само лако прикривену повреду принципа да не треба кажњавати за мисли, већ за понашање.³¹

Изражавајући жаљење за све већом пролиферацијом података, научни радници тврде да је приватност *de facto* укинута, мада *de iure* још постоји.

²⁷ З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

²⁸ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.753. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

²⁹ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.762. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

³⁰ З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

³¹ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.762. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

Иако је њена ерозија одавно почела, то ипак не значи да је потребно дићи руке од борбе за оно што је од тих права остало.³² Пролиферација личних података проблематична је због чињенице да што је већи опсег информација о грађанима доступан одређеним инстанцама, то је већи степен контроле коју оне имају, што може имати директни утицај на грађанске слободе.³³ Професор Зелман Ковен (Zelman Cowen) истиче да је човек без приватности једнак човеку без достојанства; страх да Велики брат посматра и слуша угрожава слободу појединца једнако као затворске решетке.

Оног тренутка када информација више није под контролом онога на кога се односи, нико не може гарантовати да ће бити уклоњена или да ће бити лојално коришћена.

У том смислу, уколико је приватност података изгубљена, тешко (или готово никако) може бити повраћена.³⁴ Битно је истаћи да губљење приватности података није споредна ствар, већ се тиме директно угрожава безбедност грађана.³⁵

Има стручних институција које тврде да је друштво тоталитарног надзора већ постало реалност.³⁶

³² J.Ashbourn, The Societal Implications of the Wide Scale Intoduction of Biometrics and Identity Management, под поднасловом «Dispelling popular myths around technology, студија представљена на Конференцији «Euroscience Open Forum ESOF 2006» , у Минхену 26.јула 2006.г.

³³ M. Crompton, «Biometrics and Privacy: The End of The World We Know It or The White Knight of Privacy?» ауторизована и публикована верзија излагања аустралијанског комесара за приватност на конференцији «Biometrics – Security and Authentication», одржаној у Сиднеју 20 марта 2002, стр.4. Документ је преузет са адресе: <http://www.privacy.gov.au/news/speches/sp80notes.pdf> – Аутор наводи да је француски полицајац Алфонс Бертиљон (Alphonse Bertillion) први искористио биометријски отисак за полицијске сврхе. То је било 1879. године. Бертиљон је тада сугерисао да се за прецизну идентификацију људи могу користити мере различитих делова тела.

³⁴ C. Diaz, “ Privacy risk scenario”, D2.6: *Identity ina a Network World – Use Cases and Scenarios*, FIDIS, август 2006, стр.11. Адреса:<https://prof.hti.bfh.ch/arb1/FIDIS/fidis.pdf>.

³⁵ R.Clarke, « Interview with Dr Ted Dunstone, Director, Biometrix Consulting» од 16. септембра 2000.г. Адрес: <http://www.enu.edu.au/people/Roger.Clarke/dv/BiometrixIview.html>

³⁶ K.Ball, D. Lyon, D. M. Wood, C. Norris, C. Raab, *A Report of the Surveillance Society*, Full Report, 2006, стр.24 Извештај је преузет са адресе: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/surveillance_society_full_report_2006.pdf. Упитању је извештај сачињен за британског комесара за информације септембра 2006.године, скр.RSSстр.1.«Ми живимо у друштву сталног надзора. Беспредметно је говорити о таквом друштву у смислу будућег времена.»

2. Приватни живот

Суд је више пута нагласио да «приватни живот» представља широк појам који обухвата велики спектар активности, па га зато и није могуће исцрпно дефинисати.³⁷ До данашњих дана, повреде права на приватност лакше је препознати у пракси, него их исцрпно дефинисати. Међутим, органи Савета Европе морали су ближе одредити права предвиђена чл.8 ЕКЉП, како би имали одређене смернице у одлучивању по овом питању. Тако је Европска комисија у свом извештају поводом предмета *Van Oosterwijk против Белгије* из 1979.године, ближе одредила домен приватног живота речима да «права на поштовање приватног живота јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности,» а «до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности.»

Приватни живот се односи на ону сферу појединчевог живота у којој се он слободно развија и остварује као личност. Међутим, приватни живот односи се и на развијање односа са другим људима и на одржавање везе са спољним светом. Тако је Суд 1992.године закључио да би било превише рестриктивно уколико би се приватни живот односио само на унутрашњи живот појединца, који би био у потпуности изолован од спољашњих утицаја и односа. Зато «поштовање приватног живота мора обухватити и право да се до одређеног степена успоставе и развијају односи са другим људским бићима».³⁸

Европска комисија утврдила је и ограничење права на приватан живот у свом извештају о предмету *Bruggemann i Scheuten против СР Немачке* из 1977. године. На пример, »захтев за поштовање приватног живота аутоматски се ограничава у мери у којој појединац сам доведе свој приватни живот у додир са јавним животом, или у тесну везу са другим заштићеним интересима». Међутим, Суд је истакао да сваки појединац, а тиме и јавна личност, мора имати «оправдано очекивање» да ће његов приватни и породични живот бити поштован.³⁹

Право на приватност признаје се и затвореницима, код којих је право на удруживање са другим појединцима, битан фактор у спречавању њихове потпуне друштвене изолације.⁴⁰

³⁷ *Costello-Roberts v. the United Kingdom* (No.13134/87),1993,par 36, *Niemietz v. Germany* (No.13710/88)1992,par 29.

³⁸ *Niemietz v. Germany* (No.13710/88)1992

³⁹ *Von Hannover v. Germanu* (No.59320/00),2004, где су медији више пута објавили слике најстарије ћерке принца Ренијеа III, које су настале без њеног знања. На њима се види како сама или у друштву излази из куће, или обавља друге послове. Суд је закључио да су слике настале како би задовољиле знатижељу јавности, а не како би подстакле дебату о општим интересима друштва.

⁴⁰ *McFeeley v. the United Kingdom*, одлука Европске комисије (No.8317/78),1980.

Такође, ефикасно уживање социјалног живота као аспекта приватног живота посебно је наглашено у имиграционим случајевима, где културна и језичка блискост представља битан фактор одржавања социјалних веза са другим људима.⁴¹

Врло је важно напоменути да се приватним односима подразумевају и они односи који се не сматрају породичним односима, а који су и даље обухваћени заштитом која се пружа чл.8 ЕКЉП. На основу јуриспруденције Суда, утврђено је да ти односи обухватају:

- односе детета и хранитељске породице која о њему брине
- односе између невенчаног пара
- односе између ванбрачног детета и биолошког оца

Такође, битно је идентификовати активности које се могу подвести под појам «приватни живот» појединца. На основу опсежног истраживања праксе Суда, утврђено је да те активности чине:

- Успостављање и развијање односа са другим појединцима
- Прикупљање,држање и употреба тајних података
- Коришћење имена
- Поштовање личног интегритета

⁴¹ *Ahmut v. The Netherlands* (No.21702/93),1996.

3. Право на приватност породичног живота

Концепт породичног живота прилично је еволуирао у последњих двадесет година, а Суд има позамашан број пресуда у односу на ово питање. Заштита породице, као основне друштвене ћелије, односи се на заштиту њеног интегритета.

Поштовање права на приватност породичног живота штити чл.8 ЕКЉП, као и „вршење овог права“ без мешања јавних власти, ако то није „неопходно у демократском друштву“. Да би се та заштита пружила, мора се поћи од дефиниције породице и утврдити који се све односи могу сматрати породичним односима. Као и код дефинисања приватног живота, Суд примењује флексибилан прилаз тумачењу породичног живота, узимајући у обзир модерне институције породице, последице развода и напредак у медицини. Суд на основу чињеница сваког случаја понаособ одлучује о томе да ли постоји породични живот, или не.

Право на породични живот значи право чланова породице на заједнички живот и на развијање међусобних односа. Како је то Суд поменуо више пута, уживање у узајамном друштву између родитеља и деце представља основни елемент породичног живота.⁴²

Међутим, то не значи да је заједнички живот неопходан услов постојања породичног живота, јер он може постојати и међу члановима породице који живе одвојено. Заједнички или, пак, још неуспостављени фактички заједнички живот није нужан услов да би се заједница сматрала породицом.⁴³

Основно питање је ко чини породицу, с обзиром на то да право на породични живот претпоставља да породица постоји.⁴⁴ Суд узима породицу за аутономан појам, независан од дефиниције коју пружа домаће право неке државе чланице Савета Европе. Европска комисија и Суд тумачили су породичан живот тако да обухвата у «најмању руку везе између блиских сродника».⁴⁵ Суд сматра да породични живот чине брачни другови и њихова малолетна деца, укључујући ванбрачну и усвојену децу. Заштита се пружа и невенчаном пару који живи заједно и њиховој малолетној деци. Суд не прави разлику између брака и ванбрачне заједнице.⁴⁶

Односи између браће и сестара, такође, су укључени под заштиту чл.8, а породични односи могу постојати и између баке и деке и унука, па чак изузетно и између стрица и нећака. Ипак, у начелу се даје предност «вертикалним породичним односима» (малолетна деца, родитељи, деде и бабе), у односу на «хоризонталне породичне односе» (браћа и сестре, тетке, стричеви и сестрићи или братанци).

⁴² *W. V the United Kingdom* (No.9749/82),par.59; *Margaret and Roger Andersson v. Sweden* (No.12963/87),1992,par.72.

⁴³ *Berrehab*, пресуда од 21.06.1988. Series A,no.138,br.21.

⁴⁴ *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. The United Kingdom* (1985),par62.

⁴⁵ *Marckx v. Belgium* (1979).

⁴⁶ *Marcks*, пресуда од 13.06.1979.. Series A,no.31,br.31; *Elsholz*, пресуда од 13.07.2000.,бр.43

Веридба сама по себи не значи аутоматски да ће постојати породични однос међу вереницима, али успостављен однос између затвореника и његове веренице потпада под приватан живот.⁴⁷

Да ли се једна заједница сматра породицом утврђује се *in concreto* на основу оцене чињеница, као што је заједничко живљење и дужина његовог трајања, врста односа, интереси који повезују два лица (деца) и слично.⁴⁸

Породични односи постоје и након смрти једног од чланова породице. Тако у оквирима чл.8 ЕКЈП, чланови породице имају право да захтевају тело преминулог ради његове сахране.⁴⁹ Такође, чланови породице имају право да присуствују сахрани преминулог члана породице.⁵⁰

Проблеми у примени Конвенције нарочито се јављају у вези са правом странаца на породични живот. Наиме, у ситуацијама када један члан породице живи у држави чланици Конвенције, а други у трећој земљи, поставља се питање на право чланова породице да живе заједно.

4. Право на поштовање приватности дома (home,domicile)

Право на неповредивост дома представља једно од основних права човека, чији је смисао заштита једног од најважнијих елемената приватне сфере, у којој нике не сме бити узнемираван.

Из праксе Суда може се закључити да је "дом" аутономан појам који се тумачи независно од дефиниције дате у домаћем праву. Под домом, у смислу чл.8 ЕКЈП сматра се објекат у коме појединац живи, било да је у његовом власништву или, пак да је узет у закуп. У случају да с ради о кући, заштитни објекат члана 8 чине, такође и помоћне просторије, као што су гаража, радионица, али и башта.⁵¹

Такође, под станом, у смислу чл.8 ЕКЈП сматрају се и приколице и пловила за становање⁵², као и пословни простор⁵³.

⁴⁷ *Wakeford v. The United Kingdom* (1990).

⁴⁸ *Kroon*, пресуда од 27.10.1994.г, Series A,но.297-C,бр.30 (породични живот постоји између супружника, упркос томе што не живе заједно,али имају заједничку децу); X., Y. And Z, пресуда од 22.04.1997, РЈД,1997-II, бр.36 (X. је живео са мушкарцем, Y.Z. је добила дете са X вештачком

оплодњом. Суд је сматрао да и даље постоји породица између X. и Z.

⁴⁹ *Panullo and Forte*, пресуда од 30.10.2001., бр.36.

⁵⁰ *Ploski*, пресуда од 12.11.2002, бр.36 (подносилац представке је био затвореник).

⁵¹ *Frowein/Peukert*, бр.28 за чл.8

⁵² *Buckley*, пресуда од 25.09.1996, РЈД, 1996-IV,бр.54; *Beard*, пресуда од 18.01.2001.бр.84.

⁵³ *Stes Colas*, пресуда од 16.04.2002,бр.41.

Викендица и коначиште или други привремени смештај може у том смислу бити изузетак када се сматра другим домом. Тако је у случају *Demades против Турске* из 2003.године,⁵⁴ Суд истакао да је у неким ситуацијама могуће да појединац борави у две куће и да гаји јаке емоционалне везе и са тим другим домом. Суд узима у обзир фактичку ситуацију, односно постојање довољно јаке везе у односу на одређену зграду или просторију, да би се могло говорити о нечијем дому.

Постоји неколико пресуда Суда у којима се изражава став да и ромски караван, који се налази на одређеној локацији неко одређено време, може бити сматран домом у смислу чл.8 ЕКЉП.⁵⁵ Суд је пронашао да је живот у караванима интегрални део етничког идентитета Рома који рефлектује дугу традицију путујућег живота ове мањине.⁵⁶

Потребно је истаћи да је Суд утврдио да је породица која 19 година није живела у својој кући због ангажмана у разним међународним организацијама широм света, и даље своју кућу може сматрати домом у смислу чл.8. Суд је овом приликом узео у обзир да је породица у питању одувек намеравала да се врати у свој дом и тиме задржала довољно трајну везу са имовином, да би је и даље могла сматрати својим домом.⁵⁷ Такође, Суд је узео у обзир и то да породица у питању никада није успоставила породични дом негде другде широм Уједињеног Краљевства, чиме је посебно истакнут елемент трајне намере о повратку у овај дом.

Суд је, још 1992.године, проширио значење дома и на неке пословне просторије у контексту њиховог претреса. То се обично дешава у оним ситуацијама у којим је тешко одвојити пословне просторије од просторија за становање. Овај став истакнут је у случају *Roemen i Schmidt против Луксембурга* из 2003 године⁵⁸, где је познати новинар написао чланак о криминалним радњама једног од министара у влади. После објављивања поменутог чланка, дошло је до претреса новинаревог стана, али и до претреса канцеларије његовог адвоката. Суд је сматрао да је претрес и преглед документације у канцеларији адвоката довео до повреде чл.8, у смислу повреде права на дом.

Право на поштовање стана забрањује насилно исељавање и протеривање лица, као и физичко уништење стана⁵⁹. Повреда права на поштовање стана постоји и када је стан изложен буци⁶⁰ или штетним имисијама, укључујући и неподношљиве мирисе.⁶¹

⁵⁴ *Demades v. Turkey* (No.16219/90),2003.

⁵⁵ *Buckley v. the United Kingdom* (No.20348/92), 1996, *Chapman v. the United Kingdom* (No.66746/01),2001,*Connors v. the United Kingdom* (No.66746/01),2004, *Velossa Barretto v. Portugal* (No.18072/91),1995.

⁵⁶ *Chapman v. the United Kingdom* (2001),par.73,74.

⁵⁷ *Gillow v. the United Kingdom* (2004.).

⁵⁸ *Roemenand Schmidt v. Luxembourg* (No.51772/99),2003.

⁵⁹ Одлука ЕСЉП против Турске због акција против Курда, *Akvidar*, пресуда од 16.09.1996.ПЈД,1996-IV,br.88.

⁶⁰ *Hatton*, пресуда од 02.10.2001,бр.34.

⁶¹ *Lopez Ostra*, пресуда од 09.12.1994.г.Series, No.303-C,br.97.

У најостељивија питања права на заштиту стана спада, свакако, повреда права на поштовање стана у преткривичном и кривичном поступку, као што је претрес стана⁶², улазак у стан ради хапшења осумњиченог или окривљеног, па чак и у ситуацијама када по националном законодавству не постоје основи сумње који оправдавају ограничење права на поштовање стана.

У групу случајева повреде права на поштовање стана спадају и мере прислушкивања стана и телефонских разговора који се воде из стана⁶³, без обзира на то да ли се разговор води у фиксној или мобилној телефонској мрежи.⁶⁴

5. Право на приватност преписке

Право на поштовање приватности преписке представља право на непрекинуту и нецензурисану комуникацију са другим лицима. "Преписка" у смислу чл.8 ЕКЉП се тумачи екстензивно, тако да обухвата читав поступак комуникације, почев од одашиљање писмена, средство саме комуникације, пријем писмена, као и његову садржину. Под преписком се подразумева свака врста саопштења која потиче од појединца, било да је она упућена другом појединцу или, пак, државним органима.⁶⁵ Преписка се односи на писма која су послата или примљена, али укључује и телефонски разговор⁶⁶ као и слање и примање телеграфа.⁶⁷

У облике преписке спадају и сви начини саопштавања који се не чине писмено *stricto sensu*, као што су е-маил, пејџер, мобилни телефон, друге врсте интернет комуникација⁶⁸ и слично.

Поштовање преписке подразумева сваку забрану контроле, цензуре, задржавања писама и других саопштења, њиховог отварања и читања, коју би вршили државни органи.⁶⁹ У принципу, свако цензурисање кореспонденције представља повреду из чл.8,ст.1 Конвенције и захтева посебно оправдање базирано на разлозима наведеним у ставу 2 истог члана. У цензурисање би спадало копирање саопштења⁷⁰, брисање појединих делова и слично.

⁶² *Niemitz*, пресуда од 16.12.1992, Series A, No 251-B, br.30

⁶³ *Klass*, пресуда од 06.09.1978, Series A, No.28, br.41.

⁶⁴ *PG and JH*, пресуда од 25.09.2001., бр.37.

⁶⁵ *Niemitz*, пресуда од 16.12.1992., Series A, No.251-B, br.32.

⁶⁶ *Klass v. Germany* (No.5029/71), 1978; *Margaret and Roger Anderson v. Sweden*, (1992).

⁶⁷ *Campbell Christie v. the United Kingdom* (No.13590/88), 1992; *Guzzardi v. Italy* (No.7367/76), 1980.

⁶⁸ *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, пресуда од 22.10.2002, бр.18

⁶⁹ *Silver*, пресуда од 25.03.1983. series A, No.61, br.83

⁷⁰ *Foxley*, пресуда од 20.06.2000, бр.30.

Такође, у повреди права на преписку спадају и мере државних органа које се односе на претресање стана и одузимање преписке и докумената⁷¹, затим разни облици аудио и визуелног прислушкивања и снимања.⁷² Код прислушкивања је небитно да ли такве мере врше непосредно државни органи или, пак, други појединци, по налогу државних органа.⁷³ Заштићена је и приватна и пословна телефонска комуникација⁷⁴, а релевантно је и између кога се та комуникација одвија. Најшира заштита пружа се комуникацији оствареној између адвоката и клијента који је лишен слободе. Ово право мора бити заштићено и у ситуацији када клијент још није ангажовао адвоката али путем писмене комуникације ради на томе да дође до заснивања клијентског односа.⁷⁵

6. Хоризонтална примена права на приватност и *drittwirkung*

Када се транспортује на терен међународног права *Drittwirkung* доктрина би требало да обухвати бар две компоненте⁷⁶: хоризонтално дејство међународног уговора значи, првенствено, да се одредбе о људским правима примењују на међусобне правне односе између лица приватног права, а не само на правне односе између појединаца и јавних власти; друго схватање користи термин "хоризонтална примена" међународног уговора као овлашћење да се врши своје људско право у односу на другог појединца.

У ствари, постоји неколико правнополитичких разлога који изискују транспозицију *Drittwirkung* доктрине у међународно право о људским правима. Прво, повреда људских права не мора нужно да потиче из аката и радњи за које је директно одговорна држава. Напротив, распрострањене су и оне повреде људских права које чине појединци, правна лица и други ентитети који не врше класичне функције јавне власти.⁷⁷ Такође, држава може да делегира вршење јавних функција на лица приватног права.⁷⁸ Ако би се у тим случајевима примена ЕКЉП ограничила на однос појединац-јавна власт, међународна заштита људских права би изгубила на својој универзалности и ефикасности.⁷⁹

⁷¹ *Niemitz*, пресуда од 16.12.1992., Series A, No. 251-B, br.32.

⁷² *PG and JH*, пресуда од 25.09.2001, бр.59.

⁷³ *Lambert*, пресуда од 24.08.1998, ПЈД, 1998-V, br.21.

⁷⁴ *Halford v the United Kingdom* (1997); *Mialhe v. France* (No.12661/87), 1993.

⁷⁵ *Schonenberger and Durmaz v. Switzerland* (No.37471/97), 2002.

⁷⁶ Leigh, Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lesson from the Commonwealth, ICLQ 1999, str.58, Clapham, The "Drittwirkung" of the Convention, str.165; Alkema, The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of EHRC, str 38; Von Munch, Die Drittwirkung von Grundrechten in Deutschland, str 16,30.

⁷⁷ Clapham, The "Drittwirkung" of the Convention, str.200; Meron, Customary Law, str.162; Velu/Ergec br.89.

⁷⁸ Alkema, The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of EHRC, str 34.

⁷⁹ Meron, Customary Law, str.169.

Хоризонтална примена права на приватност значи да право на приватност, загарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.⁸⁰ Израз „поштовање“ покрива заштиту појединца од самовољног мешања јавних власти у његову приватност, али и обавезује државу да активно зчествује у обезбеђивању овог права.

Домашај хоризонталног дејства норми о људским правима у смислу који је напред одређен (одредбе ЕКЉП се директно примењују и на међусобне односе између лица приватног права) значајно је ублажен, и то на тај начин што ЕКЉП не креира право индивидуе које би обухватало и овлашћења да она пред Судом у Стразбуру може да захтева и заштиту за своје повређено људско право, ако повреду причини други појединац или, пак, било које лице приватног права. Према одредбама Конвенције, ЕСЉП не може да расправља о представкама које би упутили појединци против других појединаца.⁸¹

Представку може да поднесе само појединац против државе, и то у погледу повреде права гарантованих Конвенцијом. ЕКЉП нема директно хоризонтално дејство у смислу могућности да појединац може да уложи правно средство због повреда хоризонталног дејства Конвенције.

Међутим, овакав став не значи и нужно да ЕКЉП искључује директну нормативну и материјалноправну хоризонталну примену.⁸² Као што је речено, **појединац може да се позове на своја људска права у приватноправном односу са другим лицем приватног права.** Пракса Суда у Стразбуру је током година еволуирала у смислу да се признају директно нормативно и материјално хоризонтално дејство одредби ЕКЉП.

Најважнија одлука Суда у Стразбуру којом је признато хоризонтално дејство норми Конвенције⁸³ донета је у оквиру забране тортуре. Представка је била управљена против државе, са тврдњом да је она одговорна за радње које су се догодиле у приватној школи. ЕСЉП стао је на становиште да је повреду људског права починио појединац, али није нашао да је за радње и акте појединца одговорна држава због недостатка у својој легислативи. Напротив, одлучујући фактор и основ за одговорност државе била је конкретна радња директора приватне школе којом је повређено људско право ђака.⁸⁴

⁸⁰ Резолуција праламентарне скупштине Савета европе бр.1165 из 1998.године.

⁸¹ *Argumentum ad* чланова 34 и 35 ЕКЉП; чланова 1 и 3 Првог факултативног протокола.

⁸² Leigh, *Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lesson from the Commonwealth*, ICLQ 1999, str.75

⁸³ ECHR, *Costello-Roberts*, пресуда од 25.03.1993.г. Series A, No.247-C.

⁸⁴ Ibid, пара.26... «суд је сматрао да постоји одговорност државе, ако је повреда права настала као резултат непоштовања обавеза државе, по чл.1, да обезбеди уживање тих права и слобода у унутрашњем праву свима у оквиру своје надлежности» (са позивањем на ECHR, Young, James and

Webster, пресуда од 13.08.1981, Серија А, no.44,br.49..br.27,.. «суд се слаже са подносиоцем представке да држава не може да се ослободи одговорности тако што делегира обавезе приватним телима или појединцима».

У мноштву случајева ЕСЉП потврдио је хоризонталну примену одредаба Конвенције из члана 8, односно, права на поштовање личног и породичног живота. Супротно случајевима који су поменути раније, ЕСЉП је⁸⁵, приликом примене члана 8, изричито изводио обавезу хоризонталне примене ове одредбе из обавезе државе да предузме одговарајуће позитивне мере како би обезбедила уживање свих права признатих Конвенцијом.⁸⁶

Тако, Суд истиче да чл.8 ЕКЉП не значи само приморавање државе да се уздржи од мешања: поред ове примарне негативне обавезе, могу постојати позитивне обавезе које су својствене стварном поштовању приватног или породичног живота. **Предузети кораци могу обухватити усвајање мера које су донете како би обезбедиле поштовање приватног живота чак и у сфери односа коју појединци остварују између себе.**⁸⁷ Свака држава има широка дискрециона овлашћења у погледу избора мера којима се остварује компитабилност са захтевима из ЕКЉП и праксе Суда, имајући на уму интересе појединаца и заједнице у целини.⁸⁸

Када се говори о позитивним обавезама државе, треба разликовати две различите ситуације. Прва ситуација постоји тамо где држава мора да предузме одређене мере како би обезбедила остварење права предвиђених чл.8 ЕКЉП. На пример, држава мора променити или донети нове законе којима ће признати одређена права трансексуалцима, или дозволити имигрантима да бораве на њеној територији. **Друга група ситуација постоји онда када држава мора да пружи заштиту појединцу од напада који долазе од других приватних лица.** Типичан пример за ову групу случајева јесте обавеза државе да донесе и спроводи законе којима се забрањује породично насиље.⁸⁹

Важне одлуке којима се потврђује постојање позитивних обавеза државе ЕСЉП је донео у области заштите података, као и заштите човекове околине. Тако, на држави је да у свом законодавству предвиди мере којима ће штити **приватност** грађана од буке⁹⁰, загађења⁹¹, разних штетних имисија и слично.

⁸⁵ ECHR, *XY v Netherlands*, пресуда од 26.03.1985. Серија А, no.91.бр.23.

⁸⁶ ECHR, *Botta*, пресуда од 24.02.1998, РДЈ,1998-1,бр.33

⁸⁷ *X. and Y. v. the Netherlands* (No.8978/80),1985.

⁸⁸ *Stubbings v. The United Kingdom* (No.22083/93;22095/93),1996.par.62.

⁸⁹ *X. and Y. v. the Netherlands*,1985.

⁹⁰ ECHR, *Powell and Rayner*, пресуда од 21.02.1991.Series A,No.172,бр. 41,45 (Суд је пресудио да бука са аеродрома Heatrow не представља кршење чл.8 ЕКЉП. Суд је имао у виду економску вредност аеродрома, као и чињеницу да је држава предузела све разумне мере да се бука смањи. Ипак, у овом случају први пут је експлицитно призната колерација између животне средине и самог квалитета живота. Суд је усвојио дводелни тест како би утврдио да ли је ометање од стране

државе било извињавајуће или оправдано. Прво,Суд је испитао да ли држава има позитивну обавезу да обезбеди право на приватност. Потом је Суд поставио балансни тест, истакавши да мора постојати правична равнотежа између супростављених интереса појединца и заједнице као целине.

⁹¹ ECHR, *Lopez Ostra*, пресуда од 09.12.1994.г. Series A, No 303-C,бр.51.

Такође, у позитивне обавезе државе спада и дужност да податке о лицима чува у тајности, те да заинтересованим лицима омогући увид.⁹² Нарочито је важна обавеза државе да предвиди могућност да се појединци обавештавају о опасностима које могу да утичу на вршење њиховог права на приватност, као што су претећа загађења, радиоактивне имисије и слично.⁹³

Позитивна обавеза државе може да постоји и у домену концепције кривичних дела ради заштите права садржаних у члану 8. Тако, у случају *X i Y v. the Netherlands*⁹⁴, шеснаестогодишња ментално неспособна девојка није могла да се жали на одлуку јавног тужиоца да се не подиже оптужница против лица које ју је силовало. Она је тврдила да је прекршено њено право из чл. 8 ЕКЉП, а Суд је закључио да **држава мора предузети позитивне обавезе и усвојити мере којима ће заштитити физички и морални интегритет појединаца, чак и у њиховим међусобним односима.** У овом случају, пронађено је да грађански правни лекови нису на задовољавајући начин пружали заштиту од напада који су озбиљне и насилне природе.⁹⁵

Кршење права на приватност не мора да потиче само од државних органа. Напротив, **могуће је да било појединци, било институције приватног права наруше право на приватност индивидуе, и то, на пример, неовлашћеним фотографисањем, тонским и аудио снимањем, објављивањем података или фотографије и сл., чак и када особа у питању вољно саопштава другој податке и фотографије.**⁹⁶ Овоме може да се дода и објављивање фотографија осумњичених и оптужених лица у штампи, противно сагласности ових лица.

С обзиром на то да појединац нема *locus standi* у поступку пред Судом у Стразбуру, за повреду права на приватност коју чини појединац одговара она држава под чијом се јурисдикцијом десило кршење права, и то због пропуста да изврши позитивне обавезе из Конвенције, односно, да легислативним актом спречи и санкционише сваки уплив у приватну сферу индивидуе.

У првој фази примене Конвенције њени контролни органи подвлачили су да је првенствена функција члана 8 заштита појединца од неовлашћеног задирања државе у приватну сферу.⁹⁷ Доцније, међутим, Суд⁹⁸ је подвукао да је држава чланица Конвенције дужна да обезбеди права на приватност у свим његовим аспектима, тако да се приближио схватању да права из члана 8 Конвенције производе и тзв. хоризонтално дејство.

⁹² ECHR, *Gasikin*, пресуда од 07.07.1989., Series A, no.160,br49 (обавеза да се детету без родитеља ставе на увид подаци о његовом пореклу).

⁹³ ECHR, *Guerra and others v Italy*, пресуда од 19.02.1998. РЈД,1998-1, бр.60 (достављање грађанима података о загађењу околине које може да има утицај на њихову одлуку да промене место живљења).

⁹⁴ *X. and Y. v. the Netherlands*,1985

⁹⁵ *X. and Y. v. the Netherlands*,1985

⁹⁶ Loucaides, *Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights*, BYIL,1990, str.175

⁹⁷ ECHR, *Belgian Linguistic case*, пресуда од 23.07.1968, Series A,No.6 br.7.

⁹⁸ ECHR, *Van Oosterwijk*, пресуда од 06.11.1980., Series A,No.40, br.45.

Свака незаконита повреда права на приватност кривично је санкционисана. Право на приватност, уз мање изузетке, ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability).тј. право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца. Право на приватност, загарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти (ако је право на приватност незаконито нарушено од стране службених лица у вршењу службе, тј. од стране власти то је често квалификовани облик кривичног дела) већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.

Тако је код: кривичног дела којим се штити право на приватност веровања и исповедања вере (повреда слободe исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност дома (нарушавање неповредивости стана из чл.139 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на заштиту података о личности (неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ, неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 КЗ, одавање пословне тајне из чл.240 КЗ, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ, недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ, повреда тајности поступка из чл.337 КЗ и одавање службене тајне из чл. 369 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност писама и других поштиљки(повреда тајности писма и других поштиљки из чл. чл.142 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност разговора (неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на приватност лика и личног живота (неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ и неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл. 145 КЗ); код кривичних дела којима се штите право на част и углед (увреда из чл.170 и клевета 171 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност породичног живота (изношење личних и породичних прилика чл.172 КЗ).

Узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, у једном случају је у материјалном а у другом у кривичном процесном праву.

Случај у коме је материјално кривично право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, је у чл. 140 КЗ који одређује кривично дело противзаконитог претресања. Извршилац овог кривичног дела **може бити само службено лице** које врши противзаконито претресање у вршењу своје службе.

С тим вези поставља се питање, како квалификовати случај када службено лице изврши противзаконито претресање али не у вршењу службе, већ из нпр. приватних разлога. Сматрамо да би у том случају поред кривичног дела противзаконитог претресања из чл.140 КЗ, постојало и кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359 ст.1 КЗ, јер би таквим актом дошло до теже повреде права на приватност оштећеног лица (а у зависности од околности конкретног случаја могло би се радити и о кривичном делу из става 2 или 3 истог члана).

У сваком случају, пошто извршилац овог кривичног дела може бити само службено лице (без обзира да ли је противзаконито претресање извршило у вршењу службе или не) а не и било које друго лице које нема својство службеног лица, кривично дело противзаконито претресање представља изузетак од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, јер противзаконито претресање извршено од стране лица које нема својство службеног лица није кривично санкционисано.

Случај у коме је кривично процесно право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, је у чл.138 новог ЗКП-а, у коме је предвиђено да се доказивање исправом врши читањем, гледањем, слушањем или увидом у **садржај исправе** на други начин. Оваквим дефинисањем доказивања исправама, несумњиво је предвиђено да у исправе спадају и аудио и видео записи, као и фотографије, односно да се доказивање може вршити аудио и видео записима, као и фотографијама.

У чл.2 ст.1 тачка 26 новог ЗКП-а дата је дефиниција исправе по којој је „исправа“ сваки предмет или рачунарски **податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку** (члан 83 ст.1 и 2).

Дакле, за утврђивање у које доказне сврхе се могу користити исправе законик упућује на чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а где је предвиђено да предмет доказивања *алтернативно* могу бити:

- 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Овако широка дефиниција исправе која сврху исправе доводи у везу са чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може послужити као оправдање односно искључивање противправности у случају аудио или видео снимања неке особе **без њеног знања и пристанка и без судске наредбе**.

Наиме, потенцијални извршилац кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ или неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ, захваљујући чл.83 и 138 новог ЗКП-а, може се позвати на то да је разговор у коме не учествује снимао без знања и пристанка лица чији се разговор снима како би прикупио доказе за неко кривично дело, тј. чињенице које чине обележје кривичног дела. Изговори могу бити разни, напр. да су нека лица снимана јер причају о припремању неког кривичног дела или о већ извршеном кривичном делу. Чак и кад би то било тачно, морају постојати стриктна правила о томе ко у сврхе откривања и доказивања кривичних дела може аудио и видео снимати нека лица без њиховог знања и сагласности (ОСЈ на основу наредбе суда).

Овако дефинисање исправе из чл. 83 и 138 новог ЗКП-а, тј. без посебних правила за увид у фотографије, аудио и видео записе, као врсту специфичних исправа, може свакоме да послужи као основ за искључивање противправности у случају тајног снимања без судске наредбе. Лице које је направило снимак може се позвати на то да је снимак направљен да би се прикупили докази за кривично дело, тј. у складу са чл 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а, тј. за доказивање чињенице које чине обележје кривичног дела.

Дефинисање аудио и видео снимака као обичних исправа у чл.138 новог ЗКП-а представља узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung - third party applicability*).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца.

Наиме, на основу чл.83 и 138 новог ЗКП-а, за тајно начињен аудио и видео снимак, тј. за аудио и видео снимак сачињен без судске наредбе и сагласности лица које је на њему, за кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ кривично би била одговорна само службена лица (припадници полиције) а не и обични грађани. То значи да би у овом случају разлог што право на приватност ужива кривичноправну заштиту само у правним односима између појединаца и јавних власти а не и у међусобним односима између појединаца, био у кривичном процесном праву а не у кривичном материјалном праву, тј. разлог би био у чл.83 и 138 новог ЗКП-а.

Стриктним тумачењем чл.83 и 139 новог ЗКП-а ни службена лица (припадници полиције) не би требала да тражи сагласност лица која је на снимку и наредбу суда за прављење аудио и видео снимака у циљу доказивања чињеница које чине обележје кривичног дела, али то би било контрадикторно са чл.167 и 168 односно са чл. 172 и 173 новог ЗКП-а, којима је предвиђено да посебне доказне радње тајног надзора комуникације и тајног праћења и снимања на основу обрзложене наредбе судије за претходни поступак спроводе припадници полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције.

7. Ограничење права на приватност према ЕКЉП

У чл.8 ЕКЉП предвиђено је да:

1. *Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.*

2. *Јавне власти неће се мешати у вршење овог права осима ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.*

Права дефинисана у чл.8 ст.1 ЕКЉП могу да се ограниче само ако је то у складу са законом и ако је то неопходно у демократском друштву. Циљеви који треба да се постигну ограничењем права, односно сврха ограничења јесте интерес националне безбедности, јавног реда и мира, економска добробит земље, спречавање нереда или криминала, заштита здравља и морала и заштита права и слобода других лица.

7.1. Ограничење предвиђено законом

Овде се мисли на домаћи правни систем и на све врсте прописа (уставне, законодавне, управне, писане, неписане⁹⁹), те значи да свако ограничење мора имати основ у домаћем праву. Израз « у складу са законом» значи да мера мора имати свој правни основ, да закон мора бити довољно прецизан и да мора садржавати правне лекове којима се појединац може заштитити од произвољности јавних власти. Закон мора имати одговарајући квалитет, односно, мора бити доступан свима и формулисан довољно прецизно и јасно. То значи да пропис мора бити у складу са владавином права, принципом који је изричито поменут у преамбули ЕКЉП и мора садржати јасна и детаљна правила.¹⁰⁰ Квалитет закона мора бити такав да омогући лицима предвиђање последица до којих нека активност може довести, и то до степена који је разуман у односу на околности случаја.¹⁰¹

Поменути стандард « у складу са законом» најбоље је описан у предмету *Malone*¹⁰², где је Суд истакао:

⁹⁹За континентални правни систем важи правило да ограничења морају да буду регулисана законом.

Насупрот томе, у англосаксонском правном систему под појмом закон (law) подразумева се неписано право (common law), ECHR, *Sunday Times*, пресуда од 26.04.1979.г. Series A, No.30, br.47

¹⁰⁰ *Malone v. the United Kingdom* (1984), par.67.

¹⁰¹ *Andersson v. Sweden* (1992); *G.K v. Poland* (No.38816/97); 20/01/2004),2004

¹⁰² *Malone v. the United Kingdom* (1984), par.67.

« Било би супротно владавини права када би се дискрециона слобода, дата извршној власти, изражавала као необуздана моћ. Следи да закон мора довољно јасно указивати на границе такве дискреционе слободе дате надлежним органима и на начин њеног коришћења, имајући у виду законити циљ одређене мере, да би се појединцу пружила одговарајућа заштита од самовољног мешања.»

Проблем увек може настати када мера није изричито предвиђена законом, већ проистиче из праксе или неког необавезујућег упутства.¹⁰³ Ово је битно јер се наведени стандард односи на писана и неписана правила¹⁰⁴, као и на јуриспруденцију судских органа.¹⁰⁵

Како је то Суд посебно нагласио, « неопходно је имати јасна, детаљна правила..., посебно стога што доступна технологија постаје све софистициранија.»¹⁰⁶

Суд је такође нагласио да је ризик од произвољности посебно велики тамо, где се снага извршне власти огледа у њеној тајности.¹⁰⁷ Тако Суд закључује да би било супротно владавини права када би дискреционо овлашћење извршне власти било изражено у виду неконтролисане силе. Зато, закон мора јасно назначити домашај дискреционог права, имајући у виду легитимни циљ мере која се предузима, како би се појединцу пружила довољна заштита од ометања његовог права.¹⁰⁸ То би значило да закон мора бити довољно јасан како би грађани били свесни ситуација у којима власт има овлашћење да прислушкује средства комуникације.¹⁰⁹

Повреда чл. 8 ст.2 ЕКЉП постојаће и у случају када је ограничење права на приватност примењено супротно одредбама постојећег закона. Такође, повреда ће постојати и уколико не постоји домаћи пропис који регулише одређени тип ограничења овог права. Ово правило истакнуто је у случају *Taylor Sabori v the United Kingdom* из 2002.г., када се упутилац поднеска жалио да му је надзиран пејџер, иако у то време није постојао релевантан пропис који је омогућавао прислушкивање овог средства комуникације.¹¹⁰ Коначно, повреда ће постојати и уколико је првобитно надзирање комуникације било законито, али је протеком времена изгубило такав карактер. Ово ће углавном постојати онда кад се дозволи надгледање нечије комуникације у тачно одређеном периоду, па се са прислушкивањем настави и после истека тог рока. Тада ће Суд обично испитивати да ли је овакво продужење мере било неопходно у демократском друштву.

¹⁰³ *Khan v. the United Kingdom* (2000).

¹⁰⁴ *Valenzuela Contreras v. Spain* (1998).

¹⁰⁵ *Huvig v. France* (1990).

¹⁰⁶ *Kruslin v. France* (1990); *Huvig v. France*, (1990).

¹⁰⁷ *Rotaru v. Romania* (2000).

¹⁰⁸ *Malone v. the United Kingdom* (1984) пар 67; *Andersson v. Sweden* (1992); *Rotaru v. Romania* (2000)

¹⁰⁹ *Doerga v. the Netherlands* (No.50210/99,2004).

¹¹⁰ Такође и , *Olsson v. Sweden* (1992); *Hewitson v. the United Kingdom* (2003).

Закон је довољно прецизан, предвидив, ако правна норма садржи јасан начин примене ограничења, његово трајање, круг лица према коме оно може да се предузме, као и материјалноправне услове због којих ограничење у вршењу права из чл.8 Конвенције може да се уведе.¹¹¹

Ограничење права из чл.8 ст.1 ЕКЉП неће бити у складу са законом, у смислу чл.8 ст.2 Конвенције, ако закон кумулативно не садржи:

- а) Категорије лица на које се ограничење може применити,
- б) Природу кривичних дела због којих ограничење може да се одреди¹¹²,
- в) Временско ограничење трајања мера¹¹³,
- г) Начин и поступак уништења података до којих се дошло применом ограничења
- д) Поступак преслушавања записа до којих се дошло применом ограничења
- ђ) Мере којим асе спречава могућност злоупотребе и арбитрарности¹¹⁴.

7.2. Легитимност циља

На почетку овог одељка наведено је да ограничења права на приватност према чл.8 ст.2 ЕКЉП могу бити постављена у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Држава је дужна да образложи зашто је предузела одговарајуће мере, којима се меша у приватни живот појединца. У већини случајева, Суд ће прихватити аргументацију државе и разлоге предузимања њених мера у циљу остварења неког законитог циља, или више њих истовремено. Државе се, на пример, може бранити тиме да се прикупљање и чување података врши у интересу јавне безбедности, да се контрола над затвореничком преписком врши како би се спречили нереда или криминал у затвору, издвајање деце из породице у којој су изложена занемаривању и злостављању ради очувања здравља и морала, док се протеривање лица чини у интересу заштите економског благостања земље.

Један од разлога за ограничење права на дом у случају *Gillow v the United Kingdom* из 1986.године била је контрола популације на острву, због остварења економских, привредних и туристичких интереса. Зато је било законито дати предност лицима која су привржена острву, због остварења економских, привредних и туристичких интереса. Спречавање нереда или криминала углавном се јавља у контексту тајног надзора, ометања затвореничке преписке и депортације.¹¹⁵

¹¹¹ ECHR, *Malone*, пресуда од 02.08.1984.г. Series A, No.82,br.67; ECHR, *Halford*, пресуда од 25.06.1997, РЈД, 1997-3,бр.48.

¹¹² ECHR, *Huvig*, пресуда од 24.04.1990, Series A, No.176-B,br.30; ECHR, *Kruslin*, пресуда од 24.04.1990., Series A, No 176-A,br.30

¹¹³ ECHR, *Haford*, пресуда од 25.06.1997,РЈД,1997-III,br.49.

¹¹⁴ ECHR, *Malone*, пресуда од 02.08.1984., Series A,No 82, br.67.

¹¹⁵ *Moustaqium v Belgium* (1991); *Beljoudi v France* (1992); *Campbell v the United Kingdom* (1992);

Последњи разлог за постављање законитог циља јесте заштита права и слобода других. Овај основ углавном је прихваћен у односу на децу која се стављају под старатељство државе у односу на права њихових родитеља, ограничење слања извештаја кредиторима о нечијој имовини и кредитној способности лица у питању, као и у оним случајевима у којима Ромима није дозвољено да поставе караван на неком месту применом Закона о планирању. Такође, одузимање филма који вређа религијска осећања одређене религијске заједнице може да се правда спречавањем нереди или, пак, заштитом права и слобода других лица.¹¹⁶ Даље, држава ће, по правилу, с успехом моћи да се позива на члан 8 ст.2 ЕКЉП када жели да изрицањем кривичних санкција спречи хомосексуалне активности и склоности малолетних лица.¹¹⁷

7.3. Испуњење стандарда « неопходно у демократском друштву »

Овај израз свакако представља једну од најбитнијих одредби ЕКЉП, пошто Суду даје најширу могућу слободу одлучивања да ли је нека држава чланица прекршила право на приватност. Ипак, Суд сматра да није надлежан да врши политичку или практичну контролу поступања државе у њиховој унутрашњој сфери и зато оставља државама изванредан степен слобоне оцене сагласности мера са захтевима из ЕКЉП. Како је то Суд истакао у предмету *Handyside v United Kingdom*, « на основу непосредног и сталног додира са стварношћу својих земаља, власти могу боље него међународни судија дати мишљење о тачном садржају ових захтева », као и томе « да ли постоји неопходност за неко ограничење или казну да би се ти захтеви задовољили ». ¹¹⁸

Ипак, држава мора објаснити зашто је неки пропис или мера « неопходна у демократском друштву » ¹¹⁹, а Суд даје тумачење израза « неопходан », који није синоним за « нужан », нити има флексибилност израза попут « прихватљив », « уобичајен », « користан », « разуман », или « пожељан ». ¹²⁰ Појам « неопходан » значи да је у питању « нужна друштвена потреба » и да је « сразмерна жељеном законитом циљу ». ¹²¹

Суд није дао дефиницију демократског друштва, али у неким случајевима помиње да су његове карактеристике толеранција и слободоумност, владавина права и спречавање самовољног мешања у права гарантована ЕКЉП. ¹²² Не треба изгубити из вида да Конвенција и јесте дизајнирана тако да очува и унапреди идеје и вредности у демократском друштву. ¹²³

¹¹⁶ ECHR, *Otto Preminger Institute*, пресуда од 20.09.1994, Series A, No.28, br.48.

¹¹⁷ ECHR, *Dungeon*, пресуда од 22.10.1981, Series A, No.45, br.49.

¹¹⁸ ECHR, *Handyside v the United Kingdom* (1976).

¹¹⁹ ECHR, *Shofman v Russia* (No.74826/01), 2005, где Суд није прихватио аргумент државе да је потребно прописати рок од само годину дана за оспоравање очинства детета.

¹²⁰ ECHR, *Handyside v the United Kingdom* (1976).

¹²¹ ECHR, *Olsson v Sweden* (1988).

¹²² ECHR, *Dungeon*, 1981, par.53.

¹²³ ECHR, *Soering v the United Kingdom*

У односу на чл.8 ЕКЈП, битно је да постоји пропорционалност у остваривању појединчевих права и интереса заједнице. Принцип пропорционалности полази од тога да нису сва људска права апсолутна и да нека права могу бити ограничена у име ширег јавног интереса. Да би ово ограничење било правилно постављено, мора постојати равнотежа, односно пропорционалност између појединчевих основних права и јавног интереса заједнице у целини.¹²⁴

Коначно, Суд утврђује да ли у конкретном случају власти имају «важан и довољан разлог» да предузму одређене мере.¹²⁵ Да би одговорио на то питање, Суд мора да упореди значај права које се штити, озбиљност мере којом се ограничава то право и нужну друштвену потребу коју држава жели да оствари у конкретном случају.

Када испитује да ли је одређено ограничење права неопходно у демократском друштву, Суд, првенствено има у виду који је циљ и значај ограничења, каква је природа средства којим жељени циљ треба да се постигне, и најзад, да ли мером ограничења може да се хармонизује потреба за заштитом права на приватност и потреба за заштитом општијих друштвених интереса.¹²⁶

¹²⁴ ECHR, *Soering v the United Kingdom*(1989); *Golder v the United Kingdom* (1975); *Berrehab v the Netherlands*(1988); *Eriksson v Sweden* (1989); *Moustaquim v Belgium* (1991); *Boughanemi v France* (1996); *Buckley v the United Kingdom* (1996); *Jakupović v Austria* (2003); *Radovanović v Austria*(2004).

¹²⁵ ECHR,*Olsson v Sweden* (1988); *Schonemberger and Durmaz v Switzerland* (1988); *Buckley v the United Kingdom*(1996); *Johansen v Norway* (1996); *Haase v Germany* (2004).

¹²⁶ ECHR, *Dungeon* (1981); *X, Y and Z*(1997); *Stjerna* (1994).

ДРУГА ГЛАВА

II ОДНОС КРИВИЧНОГ МАТЕРИЈАЛНОГ ПРАВА И ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ

1. Код кривичноправне заштите права на приватност, за разлику од неких других заштитних објеката, кривично право се не користи као средство за доминацију, за владање елите над осталим чловима друштва, већ се штите добра која су од значаја за све чланове друштва. Стога легитимност кривичноправне заштите права на приватност није спорна, већ је код кривичне заштите права на приватност централно питање питање мере у којој ће кривично право штити право на приватност.

Код права на приватност поставља се питање у којим случајевима и од којих напада тј. којим «фрагментима» права на приватност је потребно пружити кривичну заштиту. Пошто се ради о једном од основних добара човека оправдано је да границе кривичноправне заштите буду широко постављене, што је случај и КЗ-у Републике Србије где се право на приватност штити са 17 различитих кривичних дела. Право на приватност обухвата већи број посебних права почев од права на поштовање дома, права на поштовање преписке, права на поштовање породичног живота, па до права контроле над личним информацијама и части и угледа.

Иако законодавац право на приватност у КЗ-у није одредио као посебно право, сва кривична дела која се обрађују у дисертацији (њих 17) имају заједничку заштитни објект – право на приватност. Код ових кривичних дела различит је објект радње извршења (стан ,просторије, лице, писмо, пошиљка, спис, портрет, снимак, рачунар...) али је оно што повезује ова иначе хетерогена кривична њихов заштитини објект. Напад на право на приватност може се извршити врло различитим радњама, па се за ових 17 кривичних дела не може говорити о једном типу, тј. врсти противправног понашања, њима је заједничко то што могу произвести последице на истом заштитном објекту.

Приликом одређивања граница кривичноправне заштите права на приватност у обзир се морају узети циљеви те заштите.

Општи заштитни објект ,право на приватност, КЗ конкретизује одређивањем појединих добара која долазе у обзир за пружање кривичноправне заштите. КЗ конкретизацију тих добара врши на: право на приватност веровања и исповедања вере (чл.131) право на приватност дома (чл.139 и 140 КЗ), право на заштиту података о личности (чл.141, чл.146, чл.240, чл. 302, чл.336а, чл.337 и 369 КЗ), право на приватност писама и других пошиљки(чл.142 КЗ), право на приватност разговора (чл.143 КЗ), право на приватност лика и личног живота (чл.144 и 145 КЗ), право на част и углед (чл.170 и 171 КЗ), право на приватност породичног живота (чл.172 КЗ).

Следећа фаза јесте утврђивање оних аспеката неког добра које од одређених напада треба штити. Ту је важна вредност неког добра. Што је неко добро вредније, оправданија је и заштита слабијих и удаљенијих облика напада на њега.¹²⁷ Овде долази до изражаја фрагментарни карактер кривичноправне заштите права на приватност. Штите се само неки «фрагменти» заштићеног добра, тј. право на приватност се штити само од одређених облика напада.

И у случају када се полазећи од општег заштитног објекта, права на приватност, одреди круг добара којима је потребна заштита и утврде они њихови фрагменти где та заштита долази у обзир, то још не значи да то мора бити кривичноправна заштита. Као коначно треба решити и питање да ли је кривичноправна заштита права на приватност нужна, има ли оправдања уместо ње користити неку другу врсту заштите, тј треба применити принцип кривично право као *ultima ratio* (субсидијарност кривичноправне заштите права на приватност).

Кривичноправна заштита права на приватност је субсидијарног и фрагментарног карактера. То значи да пре пружања кривичноправне заштите праву на приватност његову заштиту треба покушати остварити кроз друге гране права, као и да кривично право не штити право на приватност од свих облика повређивања, већ само од неких, тежих случајева повреде.

На пример, **субсидијарност и фрагментарност** кривичноправне заштите права на приватност може се сагледати на примеру кривичног дела нарушавање неповредивости стана из члана 139 КЗ. Кривично право не пружа заштиту у свим ситуацијама у којима неко лице уласком и активностима у стану односно затвореним просторима повређује право на приватност држаоца стана. Имајући у виду смисао ове инкриминације и њен заштитни објект (право на поштовање приватности дома), треба узети да објект радње извршења могу бити и они затворени простори који служе становању а немају карактер стана (нпр. хотелска соба, камп приколица), као и они затворени простори који су у функцији коришћења стана (нпр. подрум, остава и сл.), што значи да и хотелска соба може бити објект радње извршења овог кривичног дела. У том смислу поставља се питање да ли би постојало ово или неко друго кривично дело уколико собарица приликом распремања собе претура по личним стварима госта хотела и том приликом дође до сазнања **о лековима које гост користи**, коме гост пише писма, какав доњи веш носи..., дакле несумњиво повреди његово право на приватност.

Иако би наведеним радњама собарице било повређено право на приватност госта хотела, и иако је и хотелска соба објект радње извршења овог кривичног дела, ипак не би постојало ни ово ни било које друго кривично дело, што показује **фрагментрани карактер** кривичноправне заштите права на приватност.

¹²⁷ З. Стојановић « Границе, могућност и легитимност кривичноправне заштите» Савремена администрација, Београд 1987, стр. 79-80..

Пошто је радња извршења овог кривичног дела **неовлашћено** продирање у туђ стан или туђе затворене просторе или неудаљавање из туђег стана или простора на захтев овлашћеног лица, у наведеном случају не би била испуњена обележја бића овог кривичног дела јер улазак собарице у хотелску собу не би био неовлашћен. Наиме, улазак у собе хотела и њихово распремање јесу у опису радног места собарице, тј. њен улазак у собу хотела није неовлашћен, а њене остале активности које јесу неовлашћене а повређују приватност госта хотела (претурање по његовим личним стварима) нису инкриминисане као радње извршења ни овим ни неким другим кривичним делом. То значи да кривично право не штити право на приватност од свих облика повређивања, већ само од неких, тежих случајева повреде (фрагментарност кривичноправне заштите права на приватност).

У наведеном примеру гост хотела, пошто се хотелска соба налази у његовој државини све док хотелу плаћа за боравак у соби, на основу чл. 75 и 77 Закона о основама својинскоправних односа, собарицу може тужити због ометања државине (субсидијарност кривичноправне заштите права на приватност).

Наведени пример показује да кривичноправна заштита права на приватност није примарна и целовита већ **субсидијарна и фрагментарна**, односно да пре пружања заштите праву на приватност кривичним правом његову заштиту треба покушати остварити кроз друге гране права, као и да кривично право не штити право на приватност од свих облика његовог повређивања већ само од неких, тежих случајева повреде. Ипак, тежину повреде права на приватност требало би узети условно, јер за неког највећи удар на приватност може бити нпр. ако се сазна за лекове које користи, односно од које болести болује, а што у наведеном примеру не би било кривично санкционисано.

Још један пример **субсидијарног и фрагментарног карактера кривичноправне заштите права на приватност** је случај нпр. неовлашћеног уласка у туђ посед и затицање власника како са гостима у дворишту прави роштиљ или се сунча у купаћем костиму.

Иако се и у овом случају ради о повреди права на приватност, не само због неовлашћеног сазнавања са киме се власник поседа дружи већ и због неовлашћеног затицања и гледања власника поседа у купаћем костиму (или без њега), и у овом случају није предвиђена кривичноправна заштита због повреде права на приватност. Као што је наведено кривично право не штити право на приватност од свих облика његовог повређивања већ само од неких, тежих случајева повреде. Тако кривично право штити право на приватност ако је нападни објект стан или друге затворене просторије али не и ако је нападни објекат двориште, тј. посед. Власник поседа (као и гост хотела у претходном случају) може само да лице које је неовлашћено ушло у његов посед, у складу са чл. 75 и 77 Закона о основама својинскоправних односа, тужи због узнемиравања државине.¹²⁸

¹²⁸ У неким државама, као што је САД, и неовлашћен улазак на туђ посед представља

Кривичноправна заштита повреде права на приватност није пружена ни у случајевима тзв. *војеризма*¹²⁹, тј. у случајевима када неко лице без сагласности посматра друга лица приликом пресвлачења или других интимних ствари. У овом случају посматрана лица би евентуално могла да остваре заштиту права на приватност на основу чл.12 *Закона о јавном реду и миру* уколико би се понашање војера окарактерисало као *дрско и безобзирно понашање које угрожава спокојство грађана или ремети јавни ред и мир*, али не и кривичним правом, што је још један пример субсидијарног и фрагментарног карактера кривичноправне заштите права на приватност.

Следећи пример у коме се може видети субсидијарност и фрагментарност кривичноправне заштите права на приватност је случај кад неко на столу у канцеларији на послу заборави лични дневник, у коме су написане најинтимније ствари, а неко од запослених то искористи и без сагласности власника прочита или фотокопира његов дневник. Иако се овде, без сумње, ради о повреди права на приватност, ни у овом случају није предвиђена кривична заштита права на приватност али ни заштита неке друге гране права.

Наиме, код кривичног дела повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ, објекат радње је туђе писмо, телеграм, затворено писмено, пошиљка, или рачунар тј. електронска пошта. У погледу објекта радње овог кривичног дела прихваћено је схватање да сви наведени предмети морају бити **затворени**, што у наведеном случају не би био дневник који је заборављен на столу у канцеларији.

У вези с тим, спорно је питање да ли ово кривично дело постоји ако се ради о предметима који нису затворени, и преовлађујући је став да у том случају ово кривично дело не постоји. То значи да у и овом случају повреда права на приватност није кривично санкционисана и да и у овом случају (неовлашћено читање и фотокопирање туђег дневника) у односу на кривичноправну заштиту долази до изражаја фрагментарност права на приватност.

С друге стране, на пример, ако неко у свом личном дневнику за неког напише увредљива тврђења, па то стицајем околности неко сазна, неће постојати кривично дело увреде јер недостаје умишљај да увредљива изјава буде сазната од некога.¹³⁰

То значи да је у овом случају заштићено право на приватност лица које је писало дневник, јер ако је то лице писало нешто из својих личних разлога и само за своје потребе, без намере да то прикаже трећим лицима, онда писац дневника неће одговарати за кривично дело увреде уколико то стицајем околности неко ипак сазна (на пример ако неко без пишчеве сагласности прочита и фотокопира његов дневник).

кривично дело

¹²⁹ Постизање полног ужитка посматрањем голог људског тела, полних органа или полних активности других људи

¹³⁰ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.426.

Али исто тако, на овом примеру види се и **фрагментарност кривичноправне заштите права на приватност** јер ни писац дневника не ужива кривичноправну заштиту уколико би неко без његове сагласности прочитао или фотокопирао његов дневник и тиме сазнао његове најинтимније мисли, дакле без икакве сумње повредио право на приватност.

У вези са напред наведеним, поставља се и питање да ли кривично дело повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ постоји у случају кад неко искористи одсутност неког лица да неовлашћено са стола или другог места узме мобилни телефон одсутног лица и прегледа његове смс поруке. С обзиром да је објекат радње овог кривичног дела туђе писмо, телеграм или какво друго затворено писмено или пошиљка, сматрамо да се смс поруке у мобилном телефону могу подвести под појам „писмо или пошиљка“ и да овај облик повреде права на приватност за разлику од случаја неовлашћеног читања туђег дневника може доћи под заштиту кривичног дела повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ. Други је проблем што би у овом случају ово кривично дело било тешко доказиво.

Свакодневно угрожавање и повреду права на приватност врше и различите телевизијске куће које користе камере које су инсталирне на локацијама које су непознате пролазницима на улици. За разлику од саобраћајних камера, као и камера обезбеђења,¹³¹ које се фокусирају на један сегмент околине у којој се налазе, и које имају друштвено користан циљ и самим тим оправдање свог постојања, камере до којих се може доћи и преко многобројних интернет сајтова, као и оне које се користе у телевизијским програмима, омогућавају веће задирање у приватност људи него што имају корисну сврху.

Наравно, особе на улици нису заштићене правом на приватност, али се могу запитати да ли је могуће да неко свакодневно прати њихово кретање путем ових камера, као и да ли је могуће да снимци направљени овим камерама буду доступни практично сваком појединцу који за њих буде заинтересован. Чак и уколико ови снимци не буду употребљени за вршење кривичних дела или других недозвољених радњи, чини се да преовладава мишљење да људи не желе да живе "у кући великог брата", у свету у коме сваког тренутка постоји могућност да буду снимљени и праћени. Један од проблематичних аспеката овакве ситуације се јасно показује и кроз контроверзни програм који је лансирала компанија *Google - Google Street View*, који може показати слике из различитих улица већих градова широм света.

Овај програм се заснива на реалним сликама улица "уживо", на којима се налазе људи, аутомобили и сл. Међутим, питање је колико се дубоко на овај начин задира у право на приватност, тј. да ли се тиме осетно задира у **лични живот** конкретног појединца.

¹³¹ Чија су услови примене детаљније објашњена приликом анализе чл.132аЗКП

Везано за ово интересантан је случај супруге из Велике Британије која је покренула бракоразводну парницу након што је случајно на снимку једне од улица видела паркиран аутомобил свог мужа испред непознате куће, у време када је он наводно био на службеном путу.¹³²

Када би се сличан случај десио код нас, иако би се несумњиво радило о осетном задирању у лични живот, питање је да ли би била испуњена обележја кривичног дела неовлашћеног фотографисања из чл.144 КЗ јер је код овог кривичног дела спорно да ли умишљај мора да обухвати и услов да се снимком осетно задире у лични живот снимљеног лица. У овом случају умишљај то не би обухватао, што значи да се и поред повреде права на приватност не би радило о кривичном делу, па би фрагментрани карактер кривичноправне заштите права на приватност дошао до изражаја и у овом случају.

Ипак, и поред **субсидијарног и фрагментарног** карактера кривичноправне заштите права на приватност, може се закључити да се у КЗ-у Републике Србије праву на приватност оправдано пружа доста широка кривична заштита (јер се ради о једном од основних добара човека) пошто се оно у КЗ-у Републике Србије штити са **17 различитих кривичних дела**.

Пошто је оправдана кривичноправна заштита само најважнијих, тј. основних права човека, проширивање кривичноправне заштите неких других заштитних објеката, који нису у функцији остваривања основних права човека, са аспекта начела *ultima ratio* није оправдана. С друге стране, право на приватност спада у једно од основних човекових права јер је чак и Уставом Републике Србије у чл.40 зајемчено право на приватност дома, у чл.41 право на приватност писама и других средстава комуницирања, у чл.42 право на приватност података о личности, што су све посебна права у оквиру права на приватност. Дакле, право на приватност је један од ретких заштитних објеката где се нове инкриминације односе на заштиту основних добара свих појединца (као нпр. код кривичног дела неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ) па су ради заштите овог права оправдане нове инкриминације.

Као што је наведено, кривичном праву је инхерентно да буде *ultima ratio*, односно да законодавац не прибегава кривичноправној заштити све док му на располагању стоје друга средства заштите. Иако се тај принцип примњује и код кривичноправне заштите права на приватност, у неким ситуацијама право на приватност могуће је заштити само кривичним правом јер заштита кроз неку другу грану права или не постоји или не би била адекватна.

¹³² Извор: Blic online, Преко Гугла открила прељубу, <http://www.blic.rs/zanimljivosti.php?id=86407>

Стога, кривичноправна заштита права на приватност у неким случајевима може бити не само *ultima* већ и *prima ratio*. Такав је случај код кривичних дела повреда слободе исповедања вере из чл.131 КЗ, повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ, противзаконито претресање из чл. 140 КЗ и неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ. У наведеним случајевима право на приватност могуће је заштити само кривичним правом, тј. праву на приватност осим кривичноправне на располагању не стоје друга средства заштите.

2. Још једно од важних питања које се могу поставити у односу кривичног права према праву на приватност је питање којег интензитета мора бити напад на право на приватност, односно колико он сме бити удаљен од његове повреде, а да се потреба и оправданост кривичноправне заштите не доведе у питање, односно да ли кривично право треба да штити право на приватност само у случајевима његове повреде, или је кривичноправна заштита права на приватност оправдана и у неким случајевима његовог **угрожавања**. Облици угрожавања су далеко бројнији и неодређенији од облика повреде права на приватност. Што је неко добро вредније а интензитет угрожавања више изражен, утолико има више оправдања за кривичноправну заштиту. Основни критеријум за пружање кривичноправне заштите у случају угрожавања права на приватност је степен опасности да се угрожавање претвори у повреду права на приватност.

Кривичним правом се заштита одређеним добрима пружа не само од напада који доводе до њихове повреде, него и до оних напада који их само угрожавају. Анализом наведених 17 кривичних дела којима се штити право на приватност може се закључити да је кривичноправна заштита праву на приватност пружена само у случају његове повреде, иако има ситуација у којима је кривичноправну заштиту праву на приватност оправдано пружити и у случају његовог угрожавања.

Пошто је право на приватност једно од основних права човека, сматрамо да постоје неки случајеви у којима би пружање кривичноправне заштите праву на приватност било оправдано и случају његовог угрожавања, дакле и пре него што је дошло до његове повреде, како би се напад зауставио већ у том ранијем стадијуму.

Таква ситуација постоји у случају коришћења хардвера или софтвера тј. тзв. «пресретача» комуникације преко мобилних телефона, ради неовлашћеног сазнавања садржине комуникације другог лица. Ови уређаји су у многим државама легални, укључујући и Србију. То је пре свега зато што законодавство не може да испрати све технолошке новитете који се појављују на тржишту. Уређаји о којима је реч на очигледан начин нарушавају право на приватност – једни «сакупљају» разговоре и поруке послате са мобилних телефона особа које су у непосредној близини онога ко поседује уређај.

Други «уређаји» су заправо софтвери који се инсталирају на телефоне прислушкиваних особа. Ови софтвери шаљу податке о свим активностима које власник има на телефону, а у зависности од њиховог подешавања, могу и директно преносити све разговоре власника телефона.

Очигледно је да оваква опрема не може бити легална, али је то још један од проблема који су специфични за развој ВТК- законодавци по правилу заостају за маштом починилаца и иноватора. Тек кад се наведени «пресретачи» употребе радиће се о кривичном делу неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ, дакле у наведеним ситуацијама законодавац делује репресивно. То значи да се трговина, тј. куповина и продаја ове робе несметано одвија, и да се у поље кривичног права залази тек ако се ова опрема употреби, тј. ако дође до повреде права на приватност.

У оваквим ситуацијама законодавац би морао да делује и превентивно, тј. пре него што дође до повреде права на приватност, тј. у случају његовог угрожавања, тако што би Законом о електронским комуникацијама или неким другим законом забранио слободну продају наведене опреме и софтвера (сем у изузецима за потребе полиције, БИЕ и Војнобезбедносне службе), па би и продавци и купци овакве опреме били кривично одговорни за кривично дело недозвољене трговине из чл.243 ст.3 КЗ. **У том случају би кривична заштита права на приватност постојала и у случају његовог угрожавања, дакле пре него што дође до његове повреде, тј. пре него што се наведена опрема употреби.**

С обзиром да се трговина, тј. куповина и продаја, илегалних хардвера и софтвера којима се може доћи до садржине туђе комуникације несметано одвија, и да се у поље кривичног права залази тек ако се та опрема употреби, тј. тек кад дође до повреде права на приватност, док његово угрожавање није кривично санкционисано, поред тога што је ово пример случаја у коме кривичну заштиту праву на приватност треба пружити и у случају његовог угрожавања, ово је истовремено и још један пример фрагментарног карактера кривичноправне заштите права на приватност.

Још један случај у коме би било оправдано санкционисати не само повреду већ и угрожавање права на приватност је случај употребе уређаја за утврђивање степена стреса у гласу.

Наиме, стручњаци су седамдесетих година у САД конструисали уређај за утврђивање степена присутног стреса у гласу, сматрајући да глас може да буде поуздан индикатор стреса који настаје приликом лагања. Полазна теоријска основа за конструисање оваквих апарата била је заснована на постулатима психофизиологије, према којима је могуће дешифровати емоције на основу говора.

Тако су поједини научници закључили да лагање изазива извештан *стрес*, који се огледа и у променама гласа. *Апарати за процењивање стреса у гласу* (PSE – «Psychological stress evaluator»), као и VSA («Voice stress analyzer»), конструисани су тако да региструју сва већа одступања у говору од нивоа основне говорне фреквенције. Нови апарати су били широко рекламирани и веома брзо су постали веома популарни, и то не само у полицијским и сигурносним службама, већ и међу пословним људима, директорима моћних привредних и финансијских корпорација који су желели да употребљавањем таквих уређаја, на несумњив начин, проверавају лојалност својих службеника, али истовремено угрожавајући и њихово право на приватност.

Испитаник не мора ни да буде физички присутан током анализе његовог гласа, јер се анализа може вршити и на основу аудио снимка, **тј. и без знања испитаника**. Поред тога, овакви апарати могу да анализирају читаве реченице, а не само потврдне или одречне реченице, као код полиграфа.

Почетна еуфорија око примене нових апарата за откривање лажи, на основу процењивања (евалуације) стреса у гласу, је брзо спласнула, под утицајем веома аргументованих критика новог метода за «процењивање истинољубивости».

Стрес који се јавља у гласу може да буде проузрокован низом других околности, а не само и искључиво осећањем страха и кривице због лагања. Поред тога, није дефинисана нека посебна врста стреса која настаје приликом лагања, а који би испољавао изразите специфичности у односу на стресно реаговање из неких других узрока. Без дилеме се може тврдити да стрес може да буде индуциран и када није присутно лагање.¹³³ Коначно, нека експериментална истраживања су указала на велику непоузданост уређаја за анализу стреса у гласу.¹³⁴

Не само што је инструментално откривање лажи на основу процењивања стреса у гласу у техничком смислу непрецизно и крајње непоуздано, већ је и његова дозвољеност, а нарочито широка примена, са правно-етичке стране, сасвим дискутабилна.

Наиме, овакви уређаји су често злоупотребљавани, те коришћени од стране нестручних лица, нпр. за процењивање искрености службеника компаније, уговорних страна приликом закључивања правних послова, у многим сферама **личног и јавног живота, а при том испитиване особе нису упозоравне, тј. нису знале, да су предмет анализирања**, чиме је повређивано њихово право на приватност.

¹³³ Ж.Алексић, М. Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.191.

¹³⁴ Н.Holien, L.Gjeison i J.W.Hicks, *Voice Stress Evaluators and Lie Detection*, Journal of Forensic Sciences, бр. 22, Colorado Springs, 1987,стр. 409-411.

Ово је утицало на озбиљну компромитацију апарата за откривање лажи на основу анализе стреса у гласу, те јачање става да се слобода и права људи, у овом случају права на приватност, не смеју доводити у питање, тако што ће се без њиховог знања употребљавати наведени инструменти чија поузданост није утврђена са сигурношћу.

Стога би Законом о електронским комуникацијама, или неким другим законом, требало забранити слободну трговину уређајима за утврђивање и анализу степена стреса у гласу (сем у изузетима за потребе полције, БИА-е, Војнобезбедносне службе) и на тај начин спречити да директори привредних и финансијских корпорација без знања и сагласности запослених задиру у њихову приватност. На овај начин би и продавци и купци уређаја за откривање и анализу стреса у гласу били кривично одговорни за кривично дело недозвољене трговине из чл.243 ст.3 КЗ и пре него што би дошло до повреде права на приватност. И у овом примеру била би оправдана кривичноправна заштита права на приватност и у случају његовог угрожавања, дакле пре него што је дошло до његове повреде, тј. пре него што се наведени уређаји употребе.

Поред наведених примера, у пракси су се јавили и случајеви да власници трговинских радњи, посебно кад су у питању радње за продају одеће, у кабинама за пресвлачење без знања купаца постављају камере. Овакво поступање представља драстично кршење права на приватност и не може се правдати основом из члана 132а ст.7 ЗКП, тј. да су камере постављене као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и **других просторија**, у циљу безбедности људи и имовине.

С правом се може поставити питање које су то безбедносне мере које налажу постављање камера у кабинама за пресвлачење јер ако се имовина (роба) жели заштити од крађе, камере треба да буду уперене на полице са робом а не у кабине у којима се купци пресвлаче и пробају одевну робу, јер у кабинама не постоји опасност од крађе (пошто се у кабинама не налази роба) а продавци добро знају који су одевни предмет купцу дали да проба у кабини и купац тај предмет без знања продавца не може изнети из продајног објекта.

Пошто у овом случају разлози за постављања скривених камера у кабини за пресвлачење не могу бити разлози безбедности већ су у питању неки други мотиви (међу којима је и војеризам), сматрамо да би се у овом случају радило о кривичном делу неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ. Међутим, ово кривично дело праву на приватност заштиту пружа тек након његове повреде, тј. тек после сачињавања фотографског, филмског или видео снимка неког лица којим се осетно задире у његов лични живот.

Сматрамо да је и у овом случају оправдано пружање кривичноправне заштите праву на приватност пре његове повреде, дакле у случају његовог угрожавања. То би се могло постићи тиме што би се посебним законом који уређује трговину (нпр. Законом о трговини) у великопродајним и малопродајним објектима за трговину конфекцијском робом, забранило постављање камера у кабинама за пресвлачење и за непоштовање те забране предвидело кривично дело. Тако би право на приватност у овом случају уживало кривичноправну заштиту и у случају угрожавања тј. и пре него што је дошло до његове повреде (тј. пре сачињавања снимка којим се осетно задире у нечији лични живот).

На наведени начин надлежни органи (тржишна инспекција) били би овлашћени да (приликом спорадичних прегледа малопродајних и великопродајних објеката конфекцијске робе) налагањем уклањања камера из кабина за пресвлачење и подношењем кривичних пријава против одговорних лица, право на приватност купаца заштите и пре него што је дошло до његове повреде.

У свим наведеним случајевима био би јако висок степен опасности да се угрожавање права на приватност претвори у његову повреду , тј. био би испуњен основни критеријум за пружање кривичноправне заштите праву на приватност и у случају његовог угрожавања, тј. пре наступања повреде.

На први поглед чини се да у КЗ-у Републике Србије ипак постоји један пример кривичног дела које санкционише не само повреду већ и угрожавања права на приватност. Најтежи облик кривичног дела изношења личних и породичних прилика из чл.172 став 3 КЗ постоји у случају ако је оно што се износи или проноси из личног или породичног живота неког лица довело или *могло довести* до тешких последица за оштећеног, тј. на први поглед чини се да је инкримисано угрожавање права на приватност. Ипак, и у овом случају не ради се о угрожавању већ о повреди права на приватност која је довела или могла довести, тј. угрозила, неко друго добро (живот, здравље, брак).

За разлику од кривичног дела клевете, да би се радило о кривичном делу изношења личних и породичних прилика из чл.172 став 3 КЗ-а, довољно је да је **постајала могућност да до тешких последица дође**, тј. да су наведена добра (која нису право на приватност) угрожена. Због тога није сасвим јасна правна природа квалификаторне околности.

Док се код клевете ради о кривичном делу квалификованом тежом последицом, овде то може бити спорно. Решење би се могло наћи у томе што ако је наступила тежа последица, онда би се радило о кривичном делу квалификованом тежом последицом, што значи да би у односу на тежу последицу морао да постоји нехат, а у случају ако је постојала могућност наступања те последице онда би то требало теритирати као околност у односу на коју би онда морао постојати умишљај.¹³⁵

¹³⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.432.

У сваком случају, код овог кривичног дела санкционише се **повреда права на приватност**, тј. изношење или проношење нечега из личног или породичног живота неког лица што је довело или могло довести до тешких последица, тј. **угрожавање неког другог добра** (живот, здравље, брак).

3. Иако заштита права на приватност у многоме зависи од кривичног права, у смислу да ли ће кривично право заштиту праву на приватност пружити само у случајевима повреде или и у неким случајевима угрожавања, и право на приватност није без утицаја на кривично право.

У кривичном праву право на приватност има улогу код одређивања граница за кажњавање код припремних радњи као критеријум који забрањује задирање кривичног права у приватну, личну сферу грађана. Право на неповредивост приватне сфере појединца обухвата и саопштвање својих мисли у приватном кругу, или право на «гласно размишљање» односно писмено или на други начин бележење својих мисли. Кажњавање за припремне радње које не излазе ван приватне сфере појединца не може имати своје оправдање.¹³⁶

Не сме се кривичноправна заштита поставити тако да се неке инкриминације, у првом реду, односе на учиниоца као извор опасности по заштитни објект и где се већ најранији спољни знаци његове опасности по заштићено добро обухватају криминалном зоном.¹³⁷ Јер, то би делимично значило и посредно увођење одавно компромитованих и одбачених пределиктних мера. Мора се поћи од права грађана на једну личну, од контроле слободну сферу.¹³⁸

Критеријум за одређивање круга радњи које спадају у личну сферу не може бити околност да ли се ради о односу са другим лицем или не. Код одређивања сфере приватности пресудан критеријум је **однос према јавности**, односно моменат када понашање појединца постаје релевантно и за друге, а не само за оне који то понашање предузимају.¹³⁹

Значи у домен права на приватност спадају све оне активности појединца које нису релевантне за друге већ само за њега, где грађани имају право на једну личну, од контроле слободну сферу.

¹³⁶ З. Стојановић, Кривично право општи део, седамнаесто издање, Правна књига, Београд 2010.г., стр.188.

¹³⁷ Ибид

¹³⁸ G.Jakobs, Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 1985/4, стр.754-755. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

¹³⁹ З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

Значај припремних радњи се не сме оцењивати искључиво на основу **намере** учиниоца јер би се у противном учинилац кажњавао за своју намеру односно своје мисли, а предузето понашање било би само знак, и то не претерано поуздан, његове намере. Тај однос мора бити обрнут, не сме само намера одређивати карактер неке радње. Једно понашање, истиче Јакобс, које тек онда пада у очи кад се зна интерна учиниоца, не сме никада бити проглашено деликтом, јер би основ кажњавања у том случају била искључиво интерна учиниоца.¹⁴⁰ Радње морају објективно представљати извесну опасност по заштитни објект да би се уопште смело поставити питање намере учиниоца. Само оно понашање које објективно представља штетно или опасно понашање по заштитни објект дозвољава испитивање субјективне стране понашања учиниоца, а не понашање које само по себи, иако се предузима ван приватне сфере учиниоца, не значи никакво ометање, тј. које је само по себи социјално адекватно.

Тако Јакобс појам субјекта кривичног дела дефинише у ширем смислу уносећи у тај појам и приватну сферу, односно „интерну“ субјекта како је он назива.¹⁴¹ Тако се и помоћу правно-догматског аргумента, односно кроз другачије одређивање појма субјекта у систему кривичног права, може искључити оправданост кажњавања онога што је обухваћено приватном сфером, јер кривично дело може бити само нешто што се предузима ван сфере субјекта кривичног дела, што прелази границе те сфере.

Ако се неко објективно неутрално понашање узме као разлог за испитивање нечије **намере** онда то представља повреду приватне сфере.

Повреду приватне сфере представља не само инкримисање оних радњи које не излазе из те сфере, него и инкримисање радњи које су саме по себи неутралне, које су (неоправдани повод) да се уђе у приватну сферу, да се тек помоћу намере, односно мисли учиниоца радњи да криминални карактер.¹⁴² Према Јакобсу то представља само лако прикривену повреду принципа да не треба кажњавати за мисли, већ за понашање.¹⁴³

¹⁴⁰ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.762. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

¹⁴¹ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.753. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.83.

¹⁴² З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

¹⁴³ G.Jakobs, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, ZStW, 1985/4, стр.762. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.85.

Још један пример да право на приватност може ограничити и наметнути услове за примену неких општих института кривичног права је мера безбедности протеривања странца из земље, тј. пракса Суда за људска права у погледу легитимности ове мере у односу на право на породични живот као посебног права у оквиру права на приватност.

У случају *Nasri против Француске*¹⁴⁴, Суд је пронашао да би протеривање алжирског држављанина, који је неписмен, глувонем од рођења и који скоро цео свој живот живи у Француској са родитељима и осморо браће и сестара, довело до кршења чл. 8 ЕКЉП, без обзира на чињеницу да је ово лице учествовало у групном силовању. Имајући у виду стицај посебних околности, нарочито његов положај као глуве и неме особе, која је у стању да успостави психолошку и друштвену равнотежу само у оквиру своје породице, од којих су већина француски држављани без неких већих веза са Алжиром, одлука да се предлагач протера, уколико буде спроведена, не би била сразмерна легитимном циљу коме се тежи. Тиме би се **повредило право на поштовање породичног живота** и стога би то представљало кршење чл.8 ЕКЉП.

У случају *Boultif против Швајцарске*,¹⁴⁵ од Суда се тражило да размотри одбијање да се продужи стална дозвола боравка човеку ожењеном швајцарском држављанком, који је извршио кривично дело. Околности су биле у мањој мери изузетне него у случају *Nasri* против Француске. Ипак, Суд је напоменуо следеће:

Суд је прво разматрао да ли предлагач и његова жена могу заједно живети у Алжиру. Предлагачева жена је швајцарска држављанка. Тачно је да предлагачева жена уме да говори француски и да је телефоном разговарала са својом свекрвом у Алжиру. Међутим, предлагачева жена никада није живела у Алжиру, нема било какве друге везе са том земљом, и зиста не говори арапски. Од ње се у овим околностима не може очекивати, по мишљењу суда, да пође са својим мужем, предлагачем, у Алжир.

Остаје онда питање да се породични живот настави на другом месту, конкретно у Италији. У том погледу Суд напомиње да је предлагач после Швајцарске легално живео у Италији од 1989. до 1992.г., и чини се да сада поново с пријатељима борави у Италији, иако нерегуларно. По мишљењу Суда, није установљено да ли предлагач и његова жена могу добити дозволу законитог пребивалишта, и сходно томе, водити породични живот у Италији.

У том смислу, Суд је напоменуо да је влада тврдила како је кретање предлагача небитно у погледу природе кривичног дела које је он починио.

Суд сматра да се предлагач суочио с великим препрекама за успостављање породичног живота, пошто је практично немогуће да породични живот води ван Швајцарске.

¹⁴⁴ *Nasri v France* (No. 19465/92), 1995.

¹⁴⁵ *Boultif v Švajcarska*, Пресуда од 02.августа 2001.г., поднесак бр.54273/2000, ставови 53-56.

С друге стране, када су швајцарске власти одбиле да му продуже стални боравак у Швајцарској, предлагач је представљао само незнатну опасност по јавни поредак. Суд је стога мишљења да мешање у његов породични живот није било сразмерно циљу којем се тежило. Према томе, прекршен је чл. 8 ЕКЈП.

У случају *Радовановић*¹⁴⁶ упутилац поднеска рођен је у Аустрији, али је до десете године живео са бабом и дедом у Србији, док су му родитељи наставили живот у Аустрији. После смрти бабе и деде, са навршених десет година живота, он се придружио родитељима у Аустрији, где је завршио средњу школу и стекао стручно образовање. У међувремену, осуђен је за тешку крађу, због чега му је изречена мера забране боравка у Аустрији на неодређено време.

Испитујући чињенице овог случаја, Суд је узео у обзир да је Радовановић кривично дело починио као малолетник, да пре тога није имао никакав кривични досије, па да такво његово понашање није довело до стварања озбиљне опасности за јавни ред и мир, чиме би се оправдала временски неодређена мера. Такође, Суд је узео у обзир да је лице рођено у Аустрији, где му и даље легално живе родитељи, док после смрти бабе и деде нема ближе рођаке у Србији. Стога, ово лице има јаче породичне и социјалне везе у Аустрији него у Србији, па је изрицање мере забране боравка неодређеног трајања свакако довело до повреде чл.8 ЕКЈП.

Када одлучује о предметима о протеривању странаца, Суд увек узима у обзир опсег веза које појединац ужива у односу на државу домаћина и на земљу порекла, тако да води рачуна о факторима, као што су:

1. дужина времена проведеног у земљи домаћина и познавање језика и културе обе државе
2. постојање породичних веза и социјалног круга у обе државе
3. утицај на односе са члановима који остају у тој земљи
4. било које друге личне околности, попут здравствених и психолошких фактора који протеривање могу учинити изразито тешком мером

Суд прави и разлику између странаца тзв. прве и друге, односно треће генерације. Код ових последњих мале су могућности да се протерају, те да им се на тај начин ограничи право на породични живот, јер ова лица практично немају никакве везе са државом чији су држављани, укључујући и незнање матерњег језика. Тако, код протеривања странаца из друге и даљих генерација одлучујући критеријуми су њихова доб, језик, дужина боравка у држави чланици Конвенције, па тек онда тежина кривичног дела, могућност интеграције у *societas* земље чије држављанство има и сл.

¹⁴⁶ *Radovanović v Austria* (No.42703/98), 2004.

Обрнуто, код странаца прве генерације, основни критеријуми који служе за утврђење да ли протеривање представља и легитимно ограничење права на поштовање породичног живота јесу тежина кривичног дела, здравствено стање странца, дужина трајања његовог боравка, степен интегрисаности у друштво државе чланице Конвенције и слично.

Наведени фактори биће узети у обзир и Суд ће их упоредити са разлозима за протеривање лица, како би утврдио да ли је донета мера пропорционална. Разлози за протеривање неког лица најчешће се правдају превенцијом криминала и нереда.

У већини случајева у којима се поставило питање протеривања лица и његово одвајање од осталих чланова породице, Суд је нашао кршење чл. 8 ЕКЉП, посебно уколико је лице на тој територији провело већи део свог живота и тамо остварило важне породичне и социјалне везе.¹⁴⁷ У супротном, када је лице задржало неке везе са земљом порекла, онда је тужба по правилу мање успешна.¹⁴⁸ Посебно се узима у обзир пропорционалност протеривања и утицај ове мере на породични живот појединца, који је највећи када је у питању дете раног узраста које има изузетан интерес да очува контакт са родитељем.¹⁴⁹

У нашим приликама, овакава пракса Суда може имати значај приликом изрицања мере безбедности протеривања странца из земље нпр. кинеским држављанима друге генерације, тј. лицима која су рођена у Србији, којима су дата српска имена (нпр. Зоран, Младен...) која су се школовала у Србији, и којима је у Србији сва ужа родбина (родитељи, браћа и сестре, супружници, деца...).

С тим у вези, тј. у складу са праксом европског суда за људска права у Стразбуру, у члану 88 ст.2 КЗ требало би додати да суд приликом оцене да ли ће изрећи меру безбедности протеривања странца из земље, поред већ постојећих околности (природа и тежина кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела) треба да узме у обзир и да ли се ради о странцу прве или друге генерације, тј. да ли је реч о лицима који су рођени у Србији, да ли су се школовали у Србији, да ли им је ужа родбина у Србији... Иако се ове околности можда и могу подвести под термин "друге околности" које указују на непожељност даљег боравка странца у земљи (иако је овде реч о околности за останак странца у земљи) које се помињу у чл.88 ст.2 КЗ, с, у складу са праксом европског суда за људска права у члану 88 ст.2 КЗ требало би конкретизовати и наведену околност, тако да чл. 88 ст.2 КЗ гласи:

" При оцени да ли ће изрећи меру из става 1 овог члана суд ће узети у обзир природу и тежину учињеног кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела, **породичне и социјалне везе странца у Србији** и друге околности које указује на непожељност даљег боравка странца у Србији."

¹⁴⁷ *Moustaquim v Belgium* (1991), *Mehmi v France* (1997).

¹⁴⁸ *Boughanemi v France* (1996).

¹⁴⁹ *Berrehab v the Netherlands* (1998), *Ciliz v the Netherlands* (No.29192/95),2000.

4. Потреба за кривичноправном заштитом одређених добара јача је од права на приватност и права да се слободно располаже својим добром.

Право на приватност, тј. лична самосталност појединца, не може бити основ за искључење кривичноправне заштите ако се неким понашањем угрожавају неки други заштитни објект (нпр. физички интегритет или здравље). Ни право на приватност као ни пристанак повређеног не могу бити основи који искључују кривичноправну заштиту у случају озбиљнијих повреда или наношења рана, које се не могу сматрати безначајним или пролазним, тј. ако је у питању јавно здравље и генерална превенција, тј. одвраћајуће дејство кривичног закона. Друштвени значај добара појединаца које треба штити кривичним правом у принципу не дозвољава појединцима да њима слободно располажу. Ако се пође од основних права човека као заштитног објекта, њихов прворазредни значај не дозвољава да се позивањем на право на приватност или на пристанак повређеног искључи њихова кривичноправна заштита.

Јакобс легитимни заштитни објекат види и у оним случајевима када се не ради о заштити неког добра, него и онда када су у питању понашања која изазивају различите врсте страха у друштву и тиме ремете социјални мир, без обзира што се таква реакција може заснивати на неинформисаности и непросвећености. Јер, непросвећено друштво и просвећено кривично право, сматра он, не иду заједно.¹⁵⁰

По питању легитимности кривичноправне заштите не можемо се сложити са наведеном тезом да се у овим случајевима не ради о заштити неког добра већ да легитимност кривичноправне заштите произилази из понашања која изазивају различите врсте страха у друштву и тиме ремете социјални мир, легитимност кривичноправне заштите у овим случајевима произилази управо из потребе да се одређена добра заштите без позивања на право на приватност и пристанак повређеног.

Потреба за кривичноправном заштитом одређених добара јача је од права на приватност и права да се слободно располаже својим добром.

У случају *Laskey, Jaggard i Brown v United Kingdom*¹⁵¹ подносиоци представке су били осуђени у Енглеској због садо-мазохистичке праксе вођене у потпуно приватном амбијенту. Суд је напоменуо да свака сексуална активност, која се обавља иза затворених врата, нужно не улази у подручје примене чл.8 ЕКЉП.

¹⁵⁰ G.Jakobs, Strafrecht, AT, Berlin, 1983, стр.27-28. Цитирано према З.Стојановић, *Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите*, Савремена администрација, Београд, 1987.година, стр.71.

¹⁵¹ Пресуда Суда за људска права од 19.02.1997.г., RJD, 1997-I, бр.36

У предметном случају предлагачи су се упустили у сагласне садомазохистичке активности ради сексуалног задовољавања. Нема сумње да се сексуално одређење и активност тичу интимног аспекта приватног живота.¹⁵² Међутим, знатан број људи учествовао је у тим активностима које су укључивале, поред осталог, и регрутовање нових "чланова" неколико посебно опремљених "просторија" и *снимање многих видео филмова који су подељени "члановима"*.

Суд наводи да се стога може поставити питање да ли сексуалне активности предлагача у потпуности потпадају под појам "приватан живот" у посебним околностима овог случаја. Предлагачи су сматрали да се мешање државе у овом случају не може сматрати "неопходним у демократском друштву".

Да би поткрепили своје мишљење, предлагачи су тврдили да су сви учесници садомазохистичких сеанси одрасле особе које су на то пристале; да је учешће у овим инкриминисаним активностима било пажљиво и ограничено и контролисано и да су у њима учествовале само особе сличних садомазохистичких склоности; да тим актима није присуствовала шира јавност и да није било опасности или вероватноће да ће она томе икада присуствовати; да никада није претрпљена ниједна или трајна повреда, да се никада није појавила инфекција на ранама, и да никада није затражена медицинска помоћ.

Сем тога, никада није било ниједне притужбе полицији, која је о активностима предлагача сазнала случајно. **Предлагачи су сматрали да је могућност озбиљних повреда или моралне искварености само ствар нагађања.**

Сходно устаљеној пракси Суда, појам неопходности подразумева да мешање мора бити мотивисано хитном друштвеном потребом и, нарочито, да је сразмерно неком легитимном циљу, при утврђивању да ли је неко мешање у приватан живот "неопходно у демократском друштву".

Суд сматра да једна од улога државе јесте њена несумњива обавеза да уреди, *крз примену кривичног закона, оне активности које повлаче наношење физичких повреда*. То се односи на све активности, а не само на оне везане за сексуалне или друге односе. Утврђивање тежине законом допуштених повреда у ситуацијама у којима *жртва даје свој пристанак* пре свега је дужност заинтересоване државе, јер оно што је овде битно јесте, с једне стране, питање јавног здравља и дејства одвраћања кривичног закона и , с друге, питање личне самосталности појединца.

Предлагачи су тврдили да је, у околностима овог случаја, конкретно понашање било део приватних моралних ставова које држава не треба да регулише. По њиховом мишљењу, дела због којих је подигнута оптужница и за која су осуђени тичу се само приватног сексуалног понашања. Суд није убеђен у исправност овог става.

¹⁵² *Dudgeon v the United Kingdom*, пресуда од 22.октобра 1981, серија А, бр.45.

Очевидно је, на основу чињеница које су установили домаћи судови, да је у садомазохистичким активностима предлагача дошло до **озбиљнијих повреда или наношења рана, које се не могу сматрати безначајним или пролазним.**

То је само по себи довољно да се овај случај сматра другачијим од оних које је Суд раније разматрао, а који се тичу приватног хомосексуалног односа међу *одраслим особама* уз међусобни пристанак где таквих појава није било.

Суд не прихвата став предлагача да против њих није потребно кривично гоњење пошто њихове повреде нису биле толико озбиљне нити су захтевале медицинско лечење. **Одлучујући да ли да покрену кривични поступак, државни органи су били у праву што су имали у виду не само стварну озбиљност нанетих повреда - које су, као што је претходнио речено, сматране безначајним, већ и могућност настанка повреда¹⁵³ које су саставни део радњи у питању.** Суд је у том случају одлучио да није прекршен чл. 8 ЕКЉП, и напоменуо је следеће. Оптужбе за наношење телесних повреда биле су бројне и односиле су се на законом недозвољене активности које су се одвијале више од десет година. Ипак, одабране су само неке ради обухватања оптужницом.

У складу са наведеном одлуком Суда, можда би у кривичном законнику Републике Србије као кривично дело требало инкриминисати садомазохистичке активности којима се наносе телесне повреде, без обзира на право на приватност и на пристанак повређеног лица, јер како је Суд истакао, приликом покретања кривичног поступка треба имати у виду не само стварну озбиљност нанетих повреда већ и могућност њиховог настанка, и да нарушавање физичког интегритета и здравља, чак и у време вршења сексуалног односа, не мора да ужива заштиту члана 8 ЕКЉП. Као што је наведено потреба за кривичноправном заштитом одређених добара (у овом случају физичког интегритета и здравља) јача је од права на приватност и права да се слободно располаже својим добром, па ни право на приватност ни пристанак повређеног не могу искључити њихову кривичноправну заштиту.

¹⁵³ Дакле суд је узео у обзир и могућност угрожавања одређених добара човека, као што су живот и здравље

5. За повреду права на приватност, као основног права човека, прописане су блаже казне него за повреду па и угрожавање неких других добара.

Већина кривичних дела којима се штити право на приватност гони се у скраћеном поступку **по приватној тужби** (нарушавање неповредивости стана из чл. 139 ст.1 КЗ; повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142.ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено фотографисање из чл. 144 ст.1 КЗ; неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимака из чл.145 ст.1 КЗ; неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 ст.1 и 2 КЗ, увреде из чл 170 КЗ; клевете из чл.171 КЗ; изношење личних и породичних прилика из чл. 172 КЗ). Такође, код ових кривичних дела, у зависности од тога да ли је кривично дело извршено од стране службеног лица у вршењу службе или не, запрећене казне су **од једне до три године затвора** (осим код кривичног дела увреде из чл. 170 КЗ и клевете из члана 171 КЗ где су запрећене новчане казне и кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 ст.3 КЗ где је запрећена казна до пет година затвора ако је дело извршено од стране службеног лица).

Насупрот томе, код кривичног дела издавање чека и коришћење платних картица без покрића из чл.228 КЗ (чији је заштитни објекат само формално привреда земље, дакле доборо свих грађана државе, али су суштински заштитни објекат овог кривичног дела добра власника банака, дакле за разлику од права на приватност интереси уског круга људи) у ставу 3 је предвиђено да ако је овим делом прибављена имовинска корист у износу који прелази **сто хиљада динара**, да је запрећена казна од једне **до десет година затвора**. Иста ситуација је и код кривичних дела: фалсификовање и злоупотреба платних картица из чл. 225 ст.2 и 3 КЗ, неовлашћена употреба туђег пословног имена и друге посебне ознаке робе или услуга из чл.233 ст.3 КЗ, оштећење повериоца из чл.237 ст.3 КЗ.

Слична ситуација је и код кривичног дела одавање пословне тајне из чл.240 ст.2 КЗ где је предвиђено да ако је кривично дело учињено из користољубља или у погледу нарочито поверљивих података да ће се учинилац казнити затвором од две **до десет година** и новчаном казном.

Иако се овим кривичним делом формално штити право на приватност клијената банке (јер је у чл.46. *Закона о банкама* предвиђено да је банкарска тајна **пословна тајна**, као и да банкарску тајну чине подаци који се односе на финансијско стање и трансакције као и подаци о стању и промету **на индивидуалним депозитним рачунима**, дакле формално се штити право на приватност клијената банке), чињеницу да се и овим кривичним делом у суштини штите добра власника банака или власника другог субјекта привредног пословања разоткрива став 4 у коме је предвиђено да се пословном тајном сматрају подаци и документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа донесеним на основу закона проглашени пословном тајном чије би одвање **проузроковало или би могло да проузрокује штетне последице за предузеће или други субјект привредног пословања**.

Значи код овог кривичног дела је и за угрожавање добара ужег круга људи прописана строжија казна него код свих кривичних дела која штите повреду права на приватност.

Дакле, имамо ситуацију да се већина кривичних дела којима се штити право на приватност, које је основно право свих људи, гони по приватној тужби са блаже запрећеним казнама, него кривична дела којима се (чак и због угрожавања) штите добра уског круга људи, која се гоне по службеној дужности са знатно строжијим запрећеним казнама.

То је и разлог што су у нашој судској пракси, сем кривичног дела увреде из чл.170 КЗ и кривичног дела клевете из чл.171 КЗ, остала кривична дела којима се штити право на приватност врло мало заступљена.¹⁵⁴ То не значи да се друга кривична дела којима се штити право на приватност у пракси не дешавају, већ то значи да за остала кривична дела којима се штити право на приватност, **од којих се највећи број гони по приватној тужби**, оштећена лица под притиском права на слободу медија, не покрећу кривичне поступке.

Наиме, медији (дневне новине, ТВ станице) свакодневно неовлашћено праве фотографије или филмске и видео снимке (тзв «папараци») којима осетно задиру у лични живот неких лица или објављују фотографије или филмске и видео снимке без пристанка лица која су приказана на фотографији или снимку.

Такође, иако не објављују имена, медији објављују друге податке из којих се може сазнати ко су малолетници према којима се води или је вођен кривични поступак.

Наведени случајеви представљају радње којима се остварују обележја бића кривичних дела неовлашћено фотографисање из чл.144 ст.1КЗ, неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл.145 ст.1 КЗ, као и повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ итд.

Међутим, пресуда за ова кривична дела, која се очигледно дешавају а која се већином гоне по приватној тужби, нема или скоро да нема, зато што оштећени, под притиском свакодневне пропаганде о слободи медија ни не покрећу кривичне поступке, а јавно тужилаштво их не гони јер се не гоне *ex officio*.

Због тога је од свих права са којима је право на приватност у конфликту (право на правичност, начело истине) само право на слободу изражавања, тј. права на слободу медија, остварило апсолутну доминацију у односу на право на приватност.

¹⁵⁴ Да су остала кривична дела којима се штити право на приватност врло мало заступљена показују резултати научно-истраживачке праксе која је спроведена у 10 основних судова Републике Србије а чији резултати су приказани у делу под називом «Научно-истраживачка пракса».

То потврђују подаци добијени након спроведене научно- истраживачке праксе, према којима Први општински суд у Београду (где је пропаганда а тиме и свест о слободи медија највиша), иако је и територијално и по броју становника највећи суд у Републици Србији, није на првом месту ни по броју ни по разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност, већ су броју и разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност испред Првог општинског суда у Београду неки други судови (основни судови у Шапцу, Краљеву, Нишу).

6. Свака незаконита повреда права на приватност кривично је санкционисана. Право на приватност, уз мање изузетке, ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца. Право на приватност, загарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти (ако је право на приватност незаконито нарушено од стране службених лица у вршењу службе, тј. од стране власти то је често квалификовани облик кривичног дела) већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.

Тако је код: кривичног дела којим се штити право на приватност веровања и исповедања вере (повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност дома (нарушавање неповредивости стана из чл.139 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на заштиту података о личности (неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ, неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 КЗ, одавање пословне тајне из чл.240 КЗ, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ, недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ, повреда тајности поступка из чл.337 КЗ и одавање службене тајне из чл. 369 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност писама и других пошиљки(повреда тајности писма и других пошиљки из чл. чл.142 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност разговора (неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на приватност лика и личног живота (неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ и неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл. 145 КЗ); код кривичних дела којима се штите право на част и углед (увреда из чл.170 и клевета 171 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност породичног живота (изношење личних и породичних прилика чл.172 КЗ).

Узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, у једном случају је у материјалном а у другом у кривичном процесном праву.

Случај у коме је материјално кривично право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, је у чл. 140 КЗ који одређује кривично дело противзаконитог претресања. Извршилац овог кривичног дела **може бити само службено лице** које врши противзаконито претресање у вршењу своје службе.

С тим вези поставља се питање, како квалификовати случај када службено лице изврши противзаконито претресање али не у вршењу службе, већ из нпр. приватних разлога.Сматрамо да би у том случају поред кривичног дела противзаконитог претресања из чл.140 КЗ, постојало и кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359 ст.1 КЗ, јер би таквим актом дошло до теже повреде права на приватност оштећеног лица (а у зависности од околности конкретног случаја могло би се радити и о кривичном делу из става 2 или 3 истог члана).

У сваком случају, пошто извршилац овог кривичног дела може бити само службено лице (без обзира да ли је противзаконито претресање извршило у вршењу службе или не) а не и било које друго лице које нема својство службеног лица, кривично дело противзаконито претресање представља изузетак од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, јер противзаконито претресање извршено од стране лица које нема својство службеног лица није кривично санкционисано.

Случај у коме је кривично процесно право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (drittwirkung - third party applicability), је у чл.138 новог ЗКП-а, у коме је предвиђено да се доказивање исправом врши читањем, **гледањем, слушањем** или увидом **у садржај исправе** на други начин, о чему ће бити речи приликом анализе односа кривичног процесног права са правом на приватност.

7. На основу чл.17 Пакта о грађанским и политичким правима, право на приватност јесте збирни назив за право на поштовање приватног живота, породичног живота, непроведивост дома и преписке, *части и угледа појединца*. Остали међународни извори на сличан начин формулишу право на приватност, осим Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода која у чл.8 не наводи повреде части и угледа. Ипак, част и углед заштићени су и признати јуриспруденцијом Европског Суда за људска права и потврђени Резолуцијом Парламентарне скупштине Савета Европе.

Тако, према резолуцији Скупштине Савета Европе¹⁵⁵, која се односи на *мас-медије и људска права и приватни живот појединца* стоји:

« **Право на приватност** се суштински састоји из права појединца да живи са минимумом утицаја са стране. Ово право се тиче приватног, породичног живота у дому, физичког и моралног интегритета, **части и угледа, недопуштености клеветања, недопуштености изношења нерелевантних и изненађујућих чињеница**, неовлашћеног објављивања приватних фотографија, заштите од објављивања информација које су као тајне саопштене појединцима.»
156

У Резолуцији о праву на приватност бр.1165, парламентарна скупштина Савета Европе констатовала је да медији врло често угрожавају право на приватност заклањајући се иза једностраног тумачења права на слободу изражавања, загарантованог чланом 10 Европске конвенције о људским правима. Стога је потребно наћи начин да се ускладе та два основна права – право да на нечији приватан живот буде заштићен и право на слободу изражавања – оба загарантована ЕКЉП.

¹⁵⁵ Савет Европе - CoE (engl. Council of Europe, fr. Conseil de l'Europe) јер регионална међународна организација европских земаља, чије се седиште налази у Палати Европе (fr. Palais de l'Europe), у Стразбуру, на граници Француске и Немачке. Сврха Света Европе огледа се у остваривању основних личних и демократских права и слобода у Европи, а најважнији акти су доношење Европске конвенције о људским правима (1950) и успостављање Европског суда за људска права (1998), као сталног система правне заштите (Протокол бр.11 Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима. Иако је организација наднационалног и европског карактера, Савет Европе не припада институцијама Европске уније, није Европски савет ни Савет Европске уније. Чланство у Савету Европе није условљено чланством у Европској унији, мада је свих 27 земаља Европске уније, учлањено у Савет Европе. Поред чланица, Савет Европе и Европску унију повезује идеја о уједињеној Европи, а у Нацрту Европског устава је наглашено да права и слободе Европске конвенције о људским правима чине саставни део највишег европског правног акта (Европски устав, чл.9).

¹⁵⁶ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, 908.

Поставља се питање да ли се кривичним делима увреде и клевете штити право на приватност, тј. да ли част и углед спадају у посебна права у оквиру права на приватност или не. Узимајући у обзир наведене дефиниције права на приватност из *Пакта о грађанским и политичким правима* и Резолуције Скупштине света европе која се односи на мас-медије и људска права и приватни живот појединца, као и да се кривичним делима увреде и клевете поред части и угледа бар делимично штити и право на приватност, сматрамо да увреда и клевета спадају у тзв. **вишеобјектна кривична дела**¹⁵⁷, тј. да и ова кривична дела спадају у кривична дела којима се штити право на приватност.

Заштита права на приватност посебно долази до изражаја код квалификованих облика увреде и клевете, тј. ако се вређање или клеветање врши путем штампе, радија, телевизије, сличних средстава или на јавном скупу, јер чим се кривичноправна заштита пружа нечијем право да се не помиње у јавности (па макар то непомињање било и у контексту спречавања увреде или клевете) тиме се истовремено штити и његово право на приватност.

Веза и конфликт између права на приватност и права на слободу изражавања најбоље се огледа код кривичних дела увреде и клевете.

У скорије време у нашем праву појављују се мишљења и иницијативе да кривична дела увреде и клевете треба **декриминализовати**. **Ако се ова иницијатива прихвати то ће значити да ће част и углед изгубити право на кривичноправну заштиту, иако су посебна права у оквиру права на приватност**, тј. овај сегмент права на приватност ће остати без кривичноправне заштите.

С обзиром да Резолуција бр.1165 о праву на приватност позива све владе држава чланица, да уколико у њиховим земљама такви закони не постоје, усвоје законе који ће гарантовати право на приватност или да постојеће законе допуне између осталог и тако да **уредници и новинари могу бити тужени за повреду права на приватност, под истим условима као и за клевету**¹⁵⁸, као и да увреда и клевета постоје у упоредном праву, није јасан *ratio legis* иницијативе о декриминализацији кривичних дела увреде и клевете.

Декриминализација кривичних дела увреде и клевете значило би тоталну превласт права на слободу изражавања у односу на право на приватност иако према Резолуцији бр.1165 **ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности, а према резултатима научно истраживачке праксе увреда и клевета су нека од ретких кривичних дела која штите право на приватност а примењују се у пракси.**

¹⁵⁷ З.Стојановић, Кривично право посебни део, тринаесто измењено издање, Београд,2009.г.,стр.3.

¹⁵⁸ Да би уредници и новинари били тужени под истим условима као и за клевету то значи да кривично дело клевете мора егзистирати, тј. Да не може бити декриминализовано.

Уколико би дошло до декриманализације кривичних дела увреде и клевете, тј. уколико би се ова кривична дела уклонила из КЗ-а Републике Србије, право на приватност би остало без оног сегмента кривичноправне заштите који је у нашој пракси имао највећу примену.

ТРЕЋА ГЛАВА

III ОДНОС КРИВИЧНОГ ПРОЦЕСНОГ ПРАВА И ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ

1. Ограничење права на приватност у кривичном поступку углавном подлеже судској контроли.

Тако, на основу чл.78 ст.1 важећег и чл.155 новог ЗКП-а формални услов за претресање стана и лица је постојање **писмено образложене наредбе, коју доноси суд**. Претресање стана без наредбе суда могуће је само изузетно, под условима из чл.81 ст.1 важећег односно чл.158 новог ЗКП-а, а претресање лица под условима из 81 ст.4 важећег односно чл.159 новог ЗКП-а.

Даље, на основу чл.504е ст.1 важећег односно члана 167 ст.1 новог ЗКП-а, формални услов за тајни надзор комуникација је **наредба суда**. Такође, на основу чл. 136 ст.10 важећег односно чл.190 ст.1 новог ЗКП-а, формални услов за примену електронског надзора је **одлука тј.решење суда**.

На основу чл. 85 ст.1 важећег односно чл.166 новог ЗКП-а, формални услов за заплону писама и других пошиљки је **наредба суда**. На основу чл. 504љ ст.4 односно чл.179 новог ЗКП-а, формални услов за рачунарско претраживање података је **наредба суда**.

На основу чл. 55 ст.1 ЗМ без **дозволе суда** не сме се објавити ток кривичног поступка према малолетнику, ни одлука донесена у том поступку. У случају да је дата дозвола, може се објавити само део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али и у том случају не смеју се навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч(чл.55 ЗМ).

На основу чл.131 ст.3 важећег ЗКП телесни преглед и узимање узорака крви осумњиченог предузимају се само по **наредби суда** (осим у случајевима за кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година када за наведене радње полицији није потребна наредбу суда). Узимање узорака биолошког порекла односно узорака за форензичко- генетичку анализу из чл.141 и 142 новог ЗКП-а врши се по **наредби јавног тужиоца или суда**. Јавно објављивање фотографије осумњиченог на основу чл.231 ст.2 важећег односно чл.140 ст.2 новог ЗКП-а врши се на основу **одобрења суда**.

На основу чл.179.ст.1 важећег ЗКП истражни судија може одредити да се извођење истражне радње снимом помоћу уређаја за звучно или оптичко снимање. Звучно снимање тока главног претреса регулисано је у члану 312 ст.2 важећегЗКП, према коме се на то снимање примењују одредбе овог члана (179 ЗКП), а **одобрава га председник већа**. На основу чл.236 ст.1 новог ЗКП-а орган поступка(тужилаштво или суд) може одредити да се извођење доказне или друге радње снимом помоћу уређаја за тонско или оптичко снимање. Саслушање окривљеног и испитивање сведока и вештака у поступку за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине) обавезно се тонски снима.

Тонско или оптичко снимање се може вршити на главном претресу само ако за поједини главни претрес то **одобри председник већа**. Главни претрес на којем се расправља о делима за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине) обавезно се тонски снима.(чл.236 ст.3 новог ЗКП-а).

Изузеци од правила да ограничење права на приватност у кривичном поступку подлеже судској контроли постоји у случају увида у аудио и видео снимке без судске наредбе и метеринга.

Према чл.132а ст.4 ЗКП, фотографије, звучни односно звучни и видео снимци **са чијим се прављењем није сагласио осумњичени, односно окривљени**, ако се он или његов глас налазе на фотографији, односно снимку, **могу и без судске одлуке да се користе као доказ у кривичном поступку**, ако се на фотографији, звучном и видео снимку истовремено налази и неко друго лице, односно његов глас, које се изричито или прећутно сагласило са прављењем фотографије или звучног, односно звучног и видео снимка.

Према чл. 132а ст.6 ЗКП , фотографије, аудио и видео снимци који су настали као вид општих безбедносних мера на јавним површинама (аеродроми, железничке станице, метро станице, банке) увек могу послужити као доказ. Претпоставка је да сваки просечан човек има свест да се такви објекти снимају или могу снимати, али чак и да је таква претпоставка погрешна, тј. да неко није знао да се неки објекат снима (нпр.нека болница), **односно да је сниман без свог знања и сагласности, тј. тајно, такви снимци, иако су начињени без одлуке суда, могу се као доказ користити у кривичном поступку.**

Ratio legis таквог правила утемељен је ради заштите људи и имовине, а наорочито због опасности од терористичких напада.

Даље, према чл.132а ст.7 ЗКП фотографије, аудио и видео снимци могу послужити као доказ у кривичном поступку и ако су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и других просторија, што се односи и на дворишне и друге сличне отворене просторе. Да би овакви снимци **могли да се користе као доказ у кривичном поступку** битно је да се ради о општим безбедносним мерама, без обзира да ли је уређај за снимање видљив или **скривен, тј. дозвољено је тајно снимање без одлуке суда.** *Ratio legis* овог правила мотивисан је потребом заштите личне безбедности и имовине.

У чл.138 новог ЗКП-а предвиђено је да се доказивање исправом врши читањем, **гледањем, слушањем** или увидом **у садржај исправе** на други начин. Оваквим дефинисањем доказивања исправама, несумњиво је предвиђено да у исправе спадају и аудио и видео записи, као и фотографије, односно да се доказивање може вршити аудио и видео записима, као и фотографијама.

У чл.2 ст.1 тачка 26 новог ЗКП-а дата је дефиниција исправе по којој је „исправа“ сваки предмет или рачунарски **податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку** (члан 83 ст.1 и 2). Дакле, за утврђивање у које доказне сврхе се могу користити исправе законик упућује на чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а где је предвиђено да предмет доказивања *алтернативно* могу бити:

- 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Овако широка дефиниција исправе која сврху исправе доводи у везу са чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може послужити као оправдање односно искључивање противправности у случају аудио или видео снимања неке особе **без њеног знања и пристанка и без судске наредбе**.

Мера прикупљања података путем криминалистичко-аналитичког тумачења и истраживања листинга одлазно долазних позива са одређеног телефонског претплатничког броја у великом броју земаља у свету познатија је као «метеринг», тј. прибављање листинга телефонских позива којом приликом се не улази у садржај комуникације (*енг. Metering, meter check printer – евидентирање телефонских бројева са којих се позива и бројева који се позивају, време позивања и трајања позива, али не и евидентирање садржаја разговора*).

Ову меру многи сматрају «револуцијом у откривању и расветљавању кривичних дела и кривичном прогону, с обзиром на техничке могућности и на обим њене примене».¹⁵⁹

У члану 128 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да задржи податке о електронским комуникацијама **за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка**, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова.

У чл.128 ст.4 *Закон о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да задржане податке **чува 12 месеци** од дана обављене комуникације, а у ставу 5 да је **оператер дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно без одлагања могу доставити на захтев надлежног државног органа** у складу са ставом 1 истог члана.

¹⁵⁹ T.Weigard , *The criminal justice systems facing the challenge of organized crime – General report*, 68 *Revue international de droit penal*, 1997,p.4.

У члану 129 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* дефинишу се **задржани подаци** као подаци који су потребни за:

- 1) Праћење и утврђивање извора комуникације
- 2) Утврђивање одредишта комуникације
- 3) Утврђивање почетка, трајања и завршетка комуникације
- 4) Утврђивање врсте комуникације
- 5) Идентификацију терминалне опреме корисника
- 6) Утврђивање локације мобилне терминалне опреме корисника

У ставу 3 истог члана (129) предвиђено је да је **забрањено задржавање података који откривају садржај комуникација**. Овај став и изричито потврђује да је **тајно праћење електронских комуникација без одлуке суда могуће само уколико се том приликом не остварује увид у њихов садржај**.

Метеринг је, као овлашћење полиције по налогу јавног тужиоца, предвиђен и на основу чл.286 ст.3 **новог ЗКП-а али само кад се ради о телефонској комуникацији, али не и комуникацији путем рачунара**.

2. Право на приватност ужива заштиту и од кривичног поступка (током његовог трајања) и од последица кривичног поступка (у току и након његовог завршетка).

Тако, с обзиром на одредбе ЗМ о искључењу јавности увек када се суди малолетнику (чл.75 ст.1 ЗМ) као и да се без судске дозволе не сме објавити ток кривичног поступка према малолетнику, нити одлука донесена у том поступку, те да се у случају да је судска дозвола дата може објавити само део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али се и у том случају **не смеју навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч (чл.55 ЗМ)**, као и из става судске праксе да постоји повреда одредбе кривичног поступка којом се забрањује јавност суђења малолетнику, уколико се у пресуди која је донета у општем кривичном поступку у погледу кривичног дела пунолетног оптуженог, **наведу пуна имена и презимена малолетних саучесника**, с обзиром да се и на тај начин проузрокују штетне последице по малолетнике, што и представља *ratio legis* забране јавног суђења малолетницима¹⁶⁰, **произилази да је право на приватност малолетника заштићено како у току самог кривичног поступка тако и након окончања кривичног поступка од његових последица**.

¹⁶⁰ Врховни суд Србије Кж.бр.2857/64 од 28.12.1964.г. - Према З.Јекић: *Кривично процесно право*, Београд, 1994., стр.427-428.

Искључењем јавности са суђења малолетнику и забраном да се без судске дозволе не сме објавити ток поступка према малолетнику, тј. да се ни у којем случају не сме објавити име малолетника нити други подаци помоћу којих се малолетник може идентификовати, малолетник се штити од непријатности које би могао да доживи у току самог поступка, као и од стигматизације односно осуде околине и „жигосања“ као деликвента након окончања поступка, тј. на овај начин малолетник се штити од последица које би могао да доживи након окончања кривичног поступка. **То значи да малолетници уживају заштиту права на приватност како у току самог кривичног поступка тако и након окончања кривичног поступка, од његових последица.**

Одредбама чл.98 важећег односно чл.94 новог ЗКП-а о ослобођењу дужности сведочења чланова породице , блиских сродника и других лица са којима окривљени живи , умногоме се штити како право на приватност окривљеног тако и право на приватност наведених лица, јер по природи ствари, ова категорија лица зна највише ствари из приватног живота окривљеног, па би без привилегије¹⁶¹ да се уздрже од сведочења, ова лица под претњом законске санкције била у обавези да изнесу све што знају о чињеницама које су у питању, тј. податке којима би се врло често повредило како право на приватност окривљеног, тако и њихова лична приватност , будући да се ради о лицима која су у најинтимнијим односу са окривљеним.

Например, ако од дужности сведочења не би било ослобођено лице које са окривљеним живи у ванбрачној заједници, а које је истог пола као и окривљени , самим појављивањем тог лица у суду уколико оно не жели да сведочи, дошло би до повреде права на приватност како окривљеног тако и лица које сведочи, јер би оно морало да објасни природу свог односа са окривљеним.

¹⁶¹ Понекад се лица која су ослобођена од дужности сведочења, означавају као «привилеговани сведоци», јер законодавац тим лицима признаје «бенефицију» да не сведоче због одређених односа, нарочито брачних и сродничких између њих и окривљених, који код њих могу изазвати тешке моралне дилеме између дужности казивања и заинтересованости за судбину окривљеног (О.Цвијовић и Д.Поповић, Закон о кривичном поступку са коментаром, објашњењима и упутствима за практичну примену, Привредна штампа, Београд, 1981., стр.193). Објашњени *ratio legis* ослобађана појединих лица од дужности сведочења се може прихватити, али није могуће да се прихвати израз «привилеговани сведоци» јер те категорије лица, уколико се користе својом законском могућношћу несведочења уопште и не постају сведоци, а уколико се супротно томе, ипак одлуче да сведоче, они тада не поседују никакве привилегије, већ имају сва она права и дужности које и иначе поседују други сведоци у кривичном поступку. Уколико би се ипак инсистирало на употреби атрибута «привилеговани», он би се могао односити само на одређена «лица» (поједине категорије особа), која су због свог односа са окривљеним ослобођени дужности сведочења, тако да могу одбити да сведоче без икаквих законских последица које би иначе наступиле, али ако они то своје право не искористе, тада постају сведоци и уз њих се у том случају не може користити атрибут «привилеговани», јер они тада више ни не поседују никакве посебне привилегије. (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.210).

Дакле, **лицима која су ослобођена од дужности сведочења индиректно се штити и право на приватност у току кривичног поступка** (јер се ослобођењем од дужности сведочења овим лицима индиректно штити и право на приватност тј. ова лица су заштићена од могућности да током сведочења себе или окривљеног изложе непријатности и моралној осуди околине).

Одредбама чл.100 важећег односно чл.95 ст.2 новог ЗКП о ослобођену дужности сведока од давања одговора на поједина питања индиректно се штити њихово и њима блиских лица право на приватност у току поступка (јер нису дужни да дају одговоре на питања која њих или њима блиска лица могу изложити тешкој срамоти) али и након окончања поступка од последица њиховог сведочења (јер су ослобођени од давања одговара на питања која њих или њима блиска лица могу изложити кривичном гоњењу, тј. у кривичном поступку у којем се појављују као сведоци, заштићени су од могућих последица у неком другом кривичном поступку, јер би се због исказа датог у поступку у коме су се појавили у својству сведока, у неком наредном поступку могли појавити у својству окривљених).

Одредбама чл.261 важећег односно чл.304 новог ЗКП које предвиђају да ће службено лице, односно орган поступка, које предузима истражну (доказну) радњу наредити лицима која се саслушавају односно испитују или која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да чувају одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело, ако између осталог то захтевају и **интереси приватног живота учесника у поступку, у ствари се индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања**. Последица покретања кривичног поступка може бити управо нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка. (нпр. ако се у току истражног поступка сазна да је окривљени хомосексуалац, заштита његовог права на приватност које је угрожено услед покретања кривичног поступка била би управо у наредби истражног судије лицима која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да у интересу заштите приватног живота окривљеног ову чињеницу чувају као тајну).

Одредбе чл.292 ЗКП важећег односно чл.363 новог ЗКП-а које предвиђају да од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може у свако доба, по службеној дужности или по предлогу странака, али увек по узимању њихових изјава, **искључити јавност за цео главни претрес или један његов део, ако то између осталог захтевају и интереси приватног живота учесника у поступку**¹⁶², **индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања**.

¹⁶² У првом реду оштећеног

Последица покретања кривичног поступка може бити нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка. Овом одредбом ЗКП-а спроводи се уставно начело о могућности искључења јавности са главног претреса између осталог и ради заштите приватног живота учесника у поступку.

Одредбе чл.170 ст.3 важећег односно чл.250 ст.3 новог ЗКП које предвиђају да кад је јавност била искључена са главног претреса **или би се грубо кршило право на приватност**, сваком ко има оправдани интерес; разматрање, преписивање, копирање или снимање појединих кривичних списа, **може се ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника поступка, такође се индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања.** Последица покретања кривичног поступка може бити управо нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка.

Одредбама чл.109 ст.1 и 2 важећег односно чл.102 ст.1 и 2 новог ЗКП-а које предвиђају да је суд дужан да сведока и оштећеног **заштити од увреде, претње и сваког другог напада као и да учесника поступка или друго лице које пред судом вређа сведока или оштећеног**, прети му или угрожава његову безбедност, опомене или новчано казни, **пошто част и углед припадају корпусу добара које штити право на приватност, такође је одредба која у кривичном поступку штити право на приватност сведока и оштећеног.**

Одредбама чл.173 ст.1 и 2 важећег односно чл.231 ст.1 и 2 новог ЗКП којом је предвиђено да је суд, односно орган поступка, дужан да **свој углед и углед странака и других учесника у поступку заштити од увреде, претње и сваког другог напада као и да новчаном казном казни браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца који у поднеску вређа орган или лице које учествује у поступку, пошто част и углед припадају корпусу добара које штити право на приватност, уствари је одредба која у кривичном поступку штити право на приватност судија и других учесника у поступку.**

3. Као што је наведено приликом анализе односа кривичног права и права на приватност, свака незаконита повреда права на приватност кривично је санкционисана. Право на приватност, уз мање изузетке, ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца. Право на приватност, загарантовано чланом 8 Европске конвенције о људским правима, омогућава једној особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти (ако је право на приватност незаконито нарушено од стране службених лица у вршењу службе, тј. од стране власти то је често квалификовани облик кривичног дела) већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.

Тако је код: кривичног дела којим се штити право на приватност веровања и исповедања вере (повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност дома (нарушавање неповредивости стана из чл.139 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на заштиту података о личности (неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ, неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 КЗ, одавање пословне тајне из чл.240 КЗ, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл. 302 КЗ, недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ, повреда тајности поступка из чл.337 КЗ и одавање службене тајне из чл. 369 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност писама и других пошиљки(повреда тајности писма и других пошиљки из чл. чл.142 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност разговора (неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ); код кривичних дела којима се штити право на приватност лика и личног живота (неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ и неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл. 145 КЗ); код кривичних дела којима се штите право на част и углед (увреда из чл.170 и клевета 171 КЗ); код кривичног дела којим се штити право на приватност породичног живота (изношење личних и породичних прилика чл.172 КЗ).

Узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, у једном случају је у материјалном а у другом у кривичном процесном праву.

Као што је наведено, случај у коме је материјално кривично право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, је у чл. 140 КЗ који одређује кривично дело противзаконитог претресања. Извршилац овог кривичног дела **може бити само службено лице** које врши противзаконито претресање у вршењу своје службе.

Случај у коме је кривично процесно право разлог изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*). тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца, је у чл.138 новог ЗКП-а, у коме је предвиђено да се доказивање исправом врши читањем, **гледањем, слушањем** или увидом **у садржај исправе** на други начин. Оваквим дефинисањем доказивања исправама, несумњиво је предвиђено да у исправе спадају и аудио и видео записи, као и фотографије, односно да се доказивање може вршити аудио и видео записима, као и фотографијама.

У чл.2 ст.1 тачка 26 новог ЗКП-а дата је дефиниција исправе по којој је „исправа“ сваки предмет или рачунарски **податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку** (члан 83 ст.1 и 2).

Дакле, за утврђивање у које доказне сврхе се могу користити исправе законик упућује на чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а где је предвиђено да предмет доказивања *алтернативно* могу бити:

- 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Овако широка дефиниција исправе која сврху исправе доводи у везу са чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може послужити као оправдање односно искључивање противправности у случају аудио или видео снимања неке особе **без њеног знања и пристанка и без судске наредбе**.

Наиме, потенцијални извршилац кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ или неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ, захваљујући чл.83 и 138 новог ЗКП-а, може се позвати на то да је разговор у коме не учествује снимао без знања и пристанка лица чији се разговор снима како би прикупио доказе за неко кривично дело, тј. чињенице које чине обележје кривичног дела. Изговори могу бити разни, напр. да су нека лица снимана јер причају о припремању неког кривичног дела или о већ извршеном кривичном делу. Чак и кад би то било тачно, морају постојати стриктна правила о томе ко у сврхе откривања и доказивања кривичних дела може аудио и видео снимати нека лица без њиховог знања и сагласности (ОСЈ на основу наредбе суда).

Овако дефинисање исправе из чл. 83 и 138 новог ЗКП-а, тј. без посебних правила за увид у фотографије, аудио и видео записе, као врсту специфичних исправа, може свакоме да послужи као основ за искључивање противправности у случају тајног снимања без судске наредбе.

Лице које је направило снимак може се позивати на то да је снимак направљен да би се прикупили докази за кривично дело, тј. у складу са чл 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а, тј. за доказивање чињенице које чине обележје кривичног дела.

Дефинисање аудио и видео снимака као обичних исправа у чл.138 новог ЗКП-а представља узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца.

Наиме, на основу чл.83 и 138 новог ЗКП-а, за тајно начињен аудио и видео снимак, тј. за аудио и видео снимак сачињен без судске наредбе и сагласности лица које је на њему, за кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ кривично би била одговорна само службена лица (припадници полиције) а не и обични грађани. То значи да би у овом случају разлог што право на приватност ужива кривичноправну заштиту само у правним односима између појединаца и јавних власти а не и у међусобним односима између појединаца, био у кривичном процесном праву а не у кривичном материјалном праву, тј. разлог би био у чл.83 и 138 новог ЗКП-а.

Стриктним тумачењем чл.83 и 139 новог ЗКП-а ни службена лица (припадници полиције) не би требала да тражи сагласност лица која је на снимку и наредбу суда за прављење аудио и видео снимака у циљу доказивања чињеница које чине обележје кривичног дела, али то би било контрадикторно са чл.167 и 168 односно са чл. 172 и 173 новог ЗКП-а, којима је предвиђено да посебне доказне радње тајног надзора комуникације и тајног праћења и снимања на основу обрзложене наредбе судије за претходни поступак спроводе припадници полиције, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције.

4. Између права на приватност и кривичнопроцесног права постоји узајамна двосмерна интеракција, тј. као што се право на приватност може ограничити у кривичном поступку (право на приватност дома, право на приватност разговора, право на приватност преписке...) тако и право на приватност намеће услове који у кривичном поступку морају бити испуњени да би дошло до његовог ограничења, а услед овог права може доћи и до искључења или ограничавања неких општих института кривично процесног права, као што је нпр. начело јавности.

Тако на пример, критеријуми Европског суда за људска права који морају бити испуњени приликом ограничавања права на приватност дома (претресање) су да:

- претресање се може извршити само на основу писменог налога
- мора га извршити посебно обучено и непристрасно особље
- претресање може бити извршено само у месту становања и само уколико се лице тамо крије, или је могуће наћи предмете који су доказ о извршењу неког кривичног дела
- до претресања не може доћи недељом, у време државних празника или ноћу, осим у важним ситуацијама и онда када прети непосредна опасност
- на почетку претресања, особље мора пружити доказ свог идентитета и обавестити лице о разлозима претреса
- требало би обезбедити присуство државног службеника који ће осигурати да претресање не одступи од разлога из којих се изводи
- записник са претресања биће написан одмах и у присуству особе, а биће обезбеђена копија налога и записа
- преглед докумената биће подложен специјалним ограничењима
- осумњичени је овлашћен да има заступника без обзира на околности случаја
- лице мора имати могућност жалбе суду због предузете мере претреса
- у случају грешке, мора постојати право на накнаду штете.

Пошто *Конвенција* не налаже постојање судског налога за улажање у стан, већину наведених стандарда Суд је утврдио у пресуди *Camenzind v Швајцарска*¹⁶³.

Исто, тако **Стандарди Европског суда за људска права** за ограничавање права на приватност разговора, тј. за примену мере надзора телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима, установљени су на основу одлуке од 24.априла 1990.г.у случају *Kruslin и Huvig против Француске*.¹⁶⁴

¹⁶³ *Camenzind v Швајцарска*, пресуда од 16.12.1997., ПЈД, 1999- VIII, бр.45

¹⁶⁴ *Huvig*, пресуда од 24.04.1990.г., Series A, no 176-B, br.30; *Kruslin*, пресуда од 24.04.1990.г., Series A, no 176-A, br.30.

Према овој одлуци, за примену мере тајног надзора и снимања у закону мора бити одређен:

- 1.Круг лица која могу бити надзирана
- 2.Природа кривичних дела
- 3.Временске границе трајања надзора и снимања
- 4.Услови за састављање записника о снимљеној комуникацији и начин њихове контроле
- 5.Разлози за брисање и уништавање снимака

Даље, критеријуми за ограничење права на приватност преписке притвореника и затвореника са спољним светом, посебно кад су у питању браниоци, одређени су трипартитним тестом који је установљен у предмету *Rinzivillo v Италија*¹⁶⁵.

Први услов је да контрола преписке мора бити предвиђена законом. Суд је изнео мишљење да таква законска мера мора бити у довољној мери прецизна.

Други услов је да до ометања преписке може доћи само ради заштите националне безбедности, и ради превенције нереда или криминала.

Треће, оваква мера мора бити неопходна, односно морају постојати чињенице или информације које би објективном посматрачу указале на постојање злоупотребе привилегованих канала комуникације.¹⁶⁶

Као што је наведено, право на приватност може искључити или ограничити и неке од општих института кривично процесног права, као што је нпр. начело јавности.

Принцип јавности претреса је у исто време уставни и процесни принцип. На основу члана 142 ст.3 Устава Републике Србије "расправљање пред судом је јавно и може се ограничити само у складу са Уставом". На основу чл. 32 ст.3 Устава Републике Србије "Јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или **приватности учесника у поступку**, у складу са законом". Могућност искључења јавности из поступка ради, између осталог, и заштите приватности учесника у поступку, значи да је **заштита права на приватност дигнута на ранг уставног начела**.

¹⁶⁵ Пресуда од 21.децембара 2000 (No.31543/96),

¹⁶⁶ *Fox, Campbell and Hartley v the United Kingdom* (No.12244/86;12245/86;12383/86), 1990, пар.32.

Према чл.291 ст.1 важећег односно 362 ст.1 новог ЗКП главни претрес је јаван. Јавност главног претреса означава право странака, оштећеног, њихових заступника и бранилаца (страначка јавност) и право трећих за исход кривичног поступка непосредно незаинтересованих лица (општа јавност) да присуствују главном претресу и објављивању пресуде.

Међутим, од овог правила постоје и изузеци. У чл.292 важећег односно чл.363 новог ЗКП предвиђено је да од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може у свако доба, по службеној дужности или по предлогу странака, али увек по узимању њихових изјава, искључити јавност **за цео главни претрес или један његов део**, ако то захтевају интереси заштите морала, заштите јавног поретка, заштите националне безбедности, заштите малолетника или **заштите приватног живота учесника у поступку**¹⁶⁷, или када је то, по мишљењу суда, неопходно с обзиром на посебне околности због којих би јавност могла да повреди интересе правде. **Овом одредбом ЗКП-а спроводи се уставно начело о могућности искључења јавности са главног претреса између осталог и ради заштите приватног живота учесника у поступку, тј. право на приватност на овај начин искључује односно ограничава начело јавности као општи институт кривичног процесног права.**

¹⁶⁷ У првом реду оштећеног

5. У неким случајевима, као што је достављање података из казнене евиденције, може доћи до преплитања општих института кривичног материјалног и кривичног процесног права са правом на приватност.

Прибављање података из казнене евиденције није спорно када те податке треба прибавити за окривљеног али поставља се питање да ли се у неким случајевима могу пробављати и подаци из казнене евиденције за оштећеног као сведока или за сведока очевидца.

Према чл.102 ст.2 КЗ предвиђено је да се подаци из казнене евиденције могу доставити само суду, јавном тужиоцу и полицији **у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено, органу за извршење кривичних санкција и органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде, као и органима стрателства, када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности и да се подаци из казнене евиденције могу дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела, када је то посебним законом прописано. У чл.102 ст.3 КЗ предвиђено је да се подаци из казнене евиденције могу на образложен захтев дати и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде или мере безбедности и **ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону**.

Пошто је у чл. 102 ст.2 КЗ предвиђено да се подаци из казнене евиденције достављају **у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено, дакле пошто КЗ не ограничава да се подаци из казнене евиденције достављају само за лице против кога се води поступак (окривљеног) већ предвиђа да се подаци из казнене евиденције **достављају у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено (а ранија осуђиваност сведока као оштећеног или сведока очевидца је свакако је у вези са поступком који се води), нема законске препреке да суд изведе доказ и **прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећеног као сведока или сведока очевидца**.

У сваком случају, на основу чл.102.ст.3 КЗ подаци из казнене евиденције могу се, на образложени захтев дати државном органу (**што су свакако суд и тужилаштво**), предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде или мере безбедности и **ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону**. **Постојање оправданог интереса заснованог на закону** је доста широк и флексибилан услов. Оправдани интерес заснован на закону би постојао уколико су подаци из казнене евиденције неопходни ради остварења начела истине у кривичном поступку или начела правичног суђења окривљеном.

Наиме у чл.17 важећег ЗКП-а предвиђено је да су суд и други државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, и оно што је посебно важно, да су суд и државни органи дужни да с једнаком пажњом испитују и утврде како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист. Слично је предвиђено и члану 6 ст.3 новог ЗКП-а где је предвиђено да су јавни тужилац и полиција дужни да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист, односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а где је предвиђено да је суд дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном.

Извођење доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције за оштећеног као сведока или сведока очевидца понекад може бити значајно али не сме бити и одлучујуће за заснивање слободног судијског уверења.

Нпр. Поставља се питање како поступити у случају уколико се неком лицу суди за кривично дело силовања па одбрана изнесе да има сазнања да је оштећена правоснажно осуђивана за кривично дело лажног пријављивања из чл.334 КЗ јер је раније лажно пријављивала да је силована, или да је осуђивана за кривично дело давање лажног исказа из чл.335 КЗ јер је у неком другом поступку дала лажни исказ. У овом случају, постојао би **конфликт између права на приватност оштећене, с једне стране, и начела истине и права на правично суђење окривљеном, с друге стране.**

Наиме, уколико би се подаци из казнене евиденције оштећене извели као доказ, могло би да дође до њене накнадне стигматизације односно повреде права на приватност јер је она казну за раније лажно пријављивање, односно за ранији лажно дати исказ, већ издржала, тј. извршена је њена ресоцијализација. С друге стране подаци о ранијој осуђиваности оштећене за кривично дело лажног пријављивања односно давања лажног исказа свакако *јесу чињенице које окривљеном иду у корист* и суд је на основу чл.17 ст.2 важећег односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а дужан да утврди ове чињенице, како би окривљени остварио **право на правично суђење**. Начело истине и права на правично суђење су „оправдани интерес заснован на закону“ из чл.104.ст.3 КЗ који омогућују и извођење доказа увидом у казнену евиденцију оштећене или неког другог сведока.

По питању достављања података из казнене евиденције за оштећеног као сведока или сведока очевидца не може се поставити неко генерално правило већ би суд узимајући у обзир околности конкретног случаја требао да цени да ли ће допустити извођење ових доказа.

Нпр. уколико би поред исказа оштећене било и других доказа који би указивали да је извршено кривично дело силовања (нпр. исказ сведока очевидца који је видео силовање или чуо како оштећена зове помоћ) у циљу заштите права на приватност и спречавања накнадне стигматизације оштећене суд не би требало да дозволи извођење доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећене.

С друге стране, уколико би окривљеног за кривично дело силовања теретио само исказ оштећене тј. уколико би окривљени тврдио да је однос са оштећеном био добровољан и да нема никаквих других доказа који би указивали да је реч о кривичном делу силовања, онда би **у складу са начелом истине и правичности суђења** требало дозволити извођење доказа читањем извештаја из казнене евиденције оштећене јер околност да је оштећена већ раније била осуђивана због кривичног дела лажног пријављивања и то баш за кривично дело силовања јесте чињеница која окривљеном иде у корист, и у том случају **суд је, на основу чл.17 ст.2 важећег односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а, дужан да ову чињеницу утврђује по службеној дужности.**

Ипак, околност да је оштећена раније већ осуђивана због лажног пријављивања истог кривичног дела не може бити и одлучујућа, већ суд, на основу чл.18 ст.1 и чл.352 важећег ЗКП-а, односно чл.16 ст.3 и чл.419 новог ЗКП-а, на основу слободног судијског уверења и слободне оцене доказа одлучује да ли ће веру поклонити исказу окривљеног или оштећене, ценећи сваки доказ појединачно и у вези са осталим доказима.

Након извођења доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећене као сведока, суд би, **у циљу заштите њеног права на приватност**, на основу чл.261 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац на основу чл.304 новог ЗКП-а, требао да донесу наредбу о чувању тајности података из истраге који се односе на извештај из казнене евиденције оштећене, или да суд на основу чл.170 ст.3 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац или суд на основу чл.250 ст.3 новог ЗКП-а, **ускрати или услови забраном јавне употребе имена оштећене** разматрање, преписивање, копирање или снимање **кривичних списа који се односе на извештај из казнене евиденције оштећене.**

Из наведеног произилази да се у случају достављање података из казнене евиденције ради о преплитању 3 правна института, тј. да долази до преплитања општих института кривичног материјалног и кривичног процесног права са правом на приватност.

6. Већина кривичних дела којима се штити право на приватност **гони се у скраћеном поступку по приватној тужби** (нарушавање неповредивости стана из чл. 139 ст.1 КЗ; повреда тајности писама и других поштиљки из чл.142.ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 ст.1 и 2 КЗ; неовлашћено фотографисање из чл. 144 ст.1 КЗ; неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимака из чл.145 ст.1 КЗ; неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 ст.1 и 2 КЗ, увреде из чл 170 КЗ; клевете из чл.171 КЗ; изношење личних и породичних прилика из чл. 172 КЗ). Кад су извршиоци истих кривичних дела (осим увреде, клевете и изношења личних и породичних прилика) службена лица, тада се гоњење предузима такође у скраћеном поступку али по службеној дужности .

Међутим, када су извршиоци службена лица, она имају погодност што код ових кривичних дела (нарушавање неповредивости стана из чл. 139 ст.2 КЗ; противзаконито претресање из чл. 140 КЗ; неовлашћено откривање тајне из чл. 141 ст.1 КЗ; повреда тајности писама и других поштиљки из чл.142.ст.3 КЗ; неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 ст.3 КЗ; неовлашћено фотографисање из чл. 144 ст.2 КЗ; неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимака из чл.145 ст.2 КЗ; неовлашћено прикупљање личних података из чл.146 ст.3 КЗ) јавни тужилац може предложити судији да донесе решење о кажњавању (по важећем ЗКП-у) односно да одржи рочиште за изрицање кривичне санкције (по новом ЗКП-у) и без одржавања главног претреса, јер је кажњавање без одржавања главног претреса према чл. 449 ст.1 и 2 важећег односно чл.512 новог ЗКП могуће када су у питању кривична дела која се гоне по службеној дужности а за која је прописана новчана казна као главна или казна затвора до три године (по важећем ЗКП-у) односно казна затвора до пет година (по новом ЗКП-у).

То није могуће када су у питању извршиоци истих кривичних дела који немају својство службених лица, тј. када за ова дела гони приватни тужилац јер се тада за ова дела гоњење предузима по приватној тужби, а у члану 449 ст.1 важећег односно чл.512 ст.1 новог ЗКП-а изричито је предвиђено да судија решење о кажњавању (по важећем ЗКП-у), односно рочиште за изрицање кривичне санкције (по новом ЗКП-у) без одржавања главног претреса **може донети само на предлог јавног тужиоца** (дакле не и на предлог оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца).¹⁶⁸

¹⁶⁸ Кад су у питању кривична дела за која се може изрећи новчана казна као главна или казна затвора до три године судија може, на предлог јавног тужиоца, донети решење о кажњавању и без одржавања главног претреса (чл.449 ст.1 важећег ЗКП).

Приватни тужилац и оштећени као тужилац и немају интерес за избегавање главног претреса јер се имовинскоправни захтев може расправити и усвојити само на претресу. Кажњавање без главног претреса могуће је и у случају неких других кривичних дела којима се штити право на приватност а која се гоне по службеној дужности (повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл.302 КЗ; недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ; повреда тајности поступка из чл.337 ст.1 , 2 КЗ).

Исти принцип важи и када је у питању кажњавање од стране истражног судије, тј. овај институт се у највећем броју случајева може применити само кад су извршиоци кривичних дела којима се штити право на приватност службена лица, јер је примена овог института према чл. 455 ст.1 важећег ЗКП-а могућа само на предлог јавног тужиоца¹⁶⁹, тј. када су у питању кривична дела која се гоне по службеној дужности а за која је прописана новчана казна као главна или казна затвора до пет година.

Кажњавање од стране истражног судије могуће је и у случају неких других кривичних дела којима се штити право на приватност а која се гоне по службеној дужности (повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ, одавање пословне тајне из чл.240 КЗ, неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл.302 КЗ; недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ; повреда тајности поступка из чл.337 ст.1 , 2 и 3 КЗ; одавање службене тајне из чл.369 ст.1 и 3 КЗ).

Дакле, имамо ситуацију да се већина кривичних дела којима се штити право на приватност, које је основно право свих људи, гони по приватној тужби са блаже запрећеним казнама, него кривична дела којима се (чак и због угрожавања) штите добра уског круга људи, која се гоне по службеној дужности са знатно строжијим запрећеним казнама.

То је и разлог што су у нашој судској пракси, сем кривичног дела увреде из чл.170 КЗ и кривичног дела клевете из чл.171 КЗ, остала кривична дела којима се штити право на приватност врло мало заступљена.¹⁷⁰

¹⁶⁹ У случају потпуног признањ окривљеног, односно осумњиченог, датог у присуству браниоца истражном судији, односно органу унутрашњих послова у смислу чл.226 ст.9 ЗКП, поткрепљеног и другим доказима прикупљеним у истрази, *јавни тужилац* може одмах након завршене истраге, а најкасније у року од осам дана, у подигнутој оптужници преложити да се уместо главног претреса закаже посебно јавно рочиште пред истражним судијом, на коме се, након саслушања странака и уз изричит пристанак окривљеног, може донети пресуда. Наведени поступак се може применити код кривичних дела за која је прописана новчана казна као главна или казна затвора до пет година (чл.455 ст.1 и 2 ЗКП).

¹⁷⁰ Да су остала кривична дела којима се штити право на приватност врло мало заступљена показују резултати научно-истраживачке праксе која је спроведена у 10 основних судова Републике Србије а чији резултати су приказани у делу под називом «Научно-истраживачка пракса».

То не значи да се друга кривична дела којима се штити право на приватност у пракси не дешавају, већ то значи да за остала кривична дела којима се штити право на приватност, **од којих се највећи број гони по приватној тужби**, оштећена лица под притиском права на слободу медија, не покрећу кривичне поступке.

Наиме, медији (дневне новине, ТВ станице) свакодневно неовлашћено праве фотографије или филмске и видео снимке (тзв «папараци») којима осетно задиру у лични живот неких лица или објављују фотографије или филмске и видео снимке без пристанка лица која су приказана на фотографији или снимку.

Такође, иако не објављују имена, медији објављују друге податке из којих се може сазнати ко су малолетници према којима се води или је вођен кривични поступак.

Наведени случајеви представљају радње којима се остварују обележја бића кривичних дела неовлашћено фотографисање из чл.144 ст.1КЗ, неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл.145 ст.1 КЗ, као и повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ итд.

Међутим, пресуда за ова кривична дела, која се очигледно дешавају а која се већином гоне по приватној тужби, нема или скоро да нема, зато што оштећени, под притиском свакодневне пропаганде о слободи медија ни не покрећу кривичне поступке, а јавно тужилаштво их не гони јер се не гоне *ex officio*.

Због тога је од свих права са којима је право на приватност у конфликту (право на правичност, начело истине) само право на слободу изражавања, тј. права на слободу медија, остварило апсолутну доминацију у односу на право на приватност. То потврђују подаци добијени након спроведене научно-истраживачке праксе, према којима Први општински суд у Београду (где је пропаганда а тиме и свест о слободи медија највиша), иако је и територијално и по броју становника највећи суд у Републици Србији, није на првом месту ни по броју ни по разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност, већ су броју и разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност испред Првог општинског суда у Београду неки други судови (основни судови у Шапцу, Краљеву, Нишу).

ЧЕТВРТА ГЛАВА

IV ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У СЛУЧАЈУ ПРЕТРЕСАЊА СТАНА И ЛИЦА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Претресање стана и лица

1.1. Увод

У чл.40. Устава Републике Србије предвиђено је:

« Стан је неповредив.

Нико не може без писмене одлуке суда ући у туђи стан или друге просторије против воље њиховог држаоца, нити у њима вршити претрес. Држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању. Ако држалац стана или његов заступник нису присутни, претресање је допуштено у присуству два пунолетна сведока.

Без одлуке суда, улазак у туђи стан или друге просторије, изузетно и претресање без присуства сведока, дозвољени су ако је то неопходно ради непосредног лишења слободe учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину, на начин предвиђен законом.»

У садржинском смислу претресање стана и других просторија представља систематско претраживање одређених затворених простора, или отворених површина које су у функционалној вези са њима (као на пример претраживање врта или баште куће), ради хватања учиниоца или прибављања доказа о кривичном делу и учиниоцу, док је претраживање лица планско претраживање одређене особе, у циљу проналажења трагова и предмета кривичног дела, који се налазе у одећи тог лица, односно које он има код себе или при себи.¹⁷¹ Претресање је материјално истраживање на лицима или стварима у циљу проналажења трагова кривичног дела, или предмета важних за кривични поступак (подразумевајући ту и леш) или у циљу хватања окривљеног.¹⁷² Правно регулисање ове радње доказивања у оквиру Законика о кривичном поступку обухвата услове њеног вршења (материјалне и формалне, као и фактичке) и надлежност, док је тактика и техника њеног спровођења решена правилима криминалистике.

¹⁷¹ М.Шукулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г. стр.247

¹⁷² Т.Васиљевић, *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, друго измењено и допуњено издање, Београд, 1970.год., стр.390.

Треба рећи да се претресање стана и лица не спроводи код свих кривичних дела (напр. код увреде, клевете и др.). За предузимање ове истражне радње потребно је испуњење материјалних и формалних услова. За претресање се у теорији истиче да је оно по својој природи «једна врста увиђаја», а да се од њега разликује једино по свом циљу, јер је циљ увиђаја лично опажање извесних околности, док је циљ претресања њихово проналажење.¹⁷³

1.2. Материјални услови за претресање стана , просторија и лица

Материјални услови указују на основ предузимања ове радње с обзиром на то шта се од ње може очекивати, односно шта се њоме може постићи у погледу кривичног дела, учиниоца и доказа. **Материјални услов за претресање стана и осталих просторија** окривљеног или других лица своди се на процену надлежног органа (што је и иначе типично за сваки материјални услов), **да је вероватно**¹⁷⁴ да ће се захваљујући претресању остварити један или оба од алтернативно прописаних циљева: (1) да ће окривљени бити ухваћен, или (2) да ће се пронаћи трагови кривичног дела или предметни важни за поступак.

У односу на овако формулисан општи материјални услов за претресање просторија, изузетак постоји у односу на одређене просторије. Претресање адвокатске канцеларије може се предузети само у погледу одређеног предмета, списка или исправе. *Ratio legis* овог изузетка односно једног особеног сужавања материјалног услова за претресање адвокатске канцеларије, темељи се на потреби заштите адвокатске тајне, односно тежњи за спречавањем евентуалних злоупотреба до којих би евентуално могло доћи арбитражним процењивањем потребе за таквим претресањем.¹⁷⁵

Материјални услов за претресање лица своди се на постојање вероватноће да ће се претресањем пронаћи трагови и предмети важни за кривични поступак, што се као и на претходно објашњени материјални услов за претресање стана, своди на одговарајућу процену надлежног органа, а што у пракси увек представља *questi facti*.

¹⁷³ М.П.Чубински, *Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Краљевине Југославије*, Издавачка књижарница Геце Кона, Београд, 1933.год.,стр.290.

¹⁷⁴ Вероватноћа да ће се претресањем постићи одређени резултати мора да претходи основана сумња да је извршено кривично дело. Не може се предузети претресање да би се пронашли основи сумње. у том случају могло би се претресати свако место и свако лице. Момчило Губач - *Коментар Законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник 2010, стр.183.

¹⁷⁵ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд,2006.год.,стр.262.

1.3. Формални услов за претресање

Формални услов за претресање стана и лица је постојање писмено образложене наредбе, коју доноси суд. Тиме је остварено уставно начело да се без судске одлуке не може вршити претрес стана. Као и иначе, и ова наредба је правоснажна и извршна већ моментом њеног доношења, с обзиром да се ради о врсти судске одлуке, против које се не може изјавити жалба, што иначе и одговара природи претресања, које по логици ствари, спада у хитне доказне радње. Међутим док материјални услов мора увек бити испуњен, у погледу формалног услова постоје и одређени изузеци. Због тога ће бити одвојено размотрено претресање на основу наредбе и без ње.

Предмети који се траже претресањем могу бити:

- средства за извршење кривичног дела, као што су разна оружја, оруђа, експлозив за вршење диверзија, разне врсте пропагандног материјала, средства за фалсификовање новца и др.
- предмети који су настали извршењем кривичног дела као што су: фалсификовани новац, лажни чекови и платне картице, разне фалсификоване исправе (сведочанства, возачке дозволе, тестаменти, менице, банкарске гаранције).
- предмети прибављени извршењем кривичног дела као нпр. роба прибављена на кривичним делом недозвољене трговине или разбојништва, поклони код кривичних дела примања и давања мита и др.
- предмети на којима се налазе трагови кривичног дела као што су разноврсни предмети на којима се могу наћи трагови крви (нож, пиштољ, секира) или отисци папиларних линија, затим предмети на којима су пронађени трагови других материја које указују да је извршено одређено кривично дело.

2. Претресање стана и лица на основу наредбе

2.1. Радње које претходе претресању стана и лица

Пре почетка претресања предаје се наредба о претресању лицу код кога ће се или на коме ће се претресање извршити. Пре претресања, позваће се лице на које се односи наредба о претресању да добровољно изда лице, односно предмете које се траже.

То лице ће бити поучено на право да узме адвоката, односно браниоца који може присуствовати претресу. Ако лице на које се односи наредба о претресу захтева присуство адвоката, односно браниоца, почетак претреса ће бити одложен до његовог доласка, а најдуже за три сата. Претресању се може приступити и без претходне предаје наредбе, као и без претходног позива на предају лица или ставри и поуке о праву на браниоца, односно адвоката, ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља, или се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за кривични поступак.

2.2. Време, место и начин извршења наредбе о претресању

Претресање се по правилу врши дању. Претресање с може вршити и ноћу, ако је дању започето па није довршено или ако постоје законски разлози за претресање без наредбе.

Држалац стана и других просторија¹⁷⁶ позваће се да присуствује претресању, ако је он одсутан, позваће се његов заступник или неко од одраслих укућана или суседа. Претресању стана или лица присусутвују два пунолетна грађанина као сведоци. Лице које спроводи претресање и присутни сведоци могу бити само лица истог пола, као и лице које се претреса. За разлику од класичних сведока, који се у кривичном поступку испитују, јер поседују релевантна сазнања у односу на предмет кривичног поступка, а при том, та сазнања потичу из прошлости, сведоци претресања не поседују никаква посебна сазнања, већ их стичу тек у будућности у односу на време започињања претресања, те моменат када добијају статус таквих сведока, а при том се та њихова сазнања, односно опажања, искључиво односе на начин вршења претресања.¹⁷⁷ Као сведоци при претресању стана или лица, не могу се појавити лица која не могу бити сведоци из чл.97 ЗКП (бранилац окривљеног, адвокат, верски исповедник, лекар..), односно лица која су ослобођена дужности сведочења из чл. 98 ЗКП (брачни и ванбрачни друг окривљеног, сродници, усвојилац и усвојеник окривљеног...)..Сведоци ће се пре почетка претресања упозорити да пазе на ток претресања, као и да имају право да пре потписивања записника о претресању ставе своје приговоре, ако сматрају да садржина записника није тачна. Треба истаћи да присуство два пунолетна лица као сведока није њихова законска обавеза, већ је то обавеза грађанског карактера, такозвана грађанска дужност, те као таква не подлеже санкцијама било које врсте.

У пракси се дешавало да се не могу обезбедити (на време) два пунолетна лица као сведоци, било због хитности поступка или због тога што су у питању нека удаљена, забачена места, која су ретко насељена, или пуста. У таквом случају намеће се и питање шта ако не могу да се обезбеде два сведока па је као сведок на претресу био присутан само један пунолетан грађанин.

¹⁷⁶ Под просторијама се подразумевају станови и остале просторије (викендице, радње, подруми и др.), јавне просторије (хотели, кафане, мотели, барови), просторије и објекти државних органа, просторије и објекти других правних лица. Слободан простор, као што су: паркови, њиве, воћњаци, ливаде, шуме, виногради, пашњаци као и економска дворишта такође могу да буду објекат претресања у оним случајевима када је вероватно да се њиховим претресањем могу пронаћи трагови и предмети кривичног дела, лица за којима се трага, као и закопани и сакривени лешеве или њихови делови.

¹⁷⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009. год., стр.250.

У том смислу у једној пресуди заузет је став да када претресању нису присуствовала два сведока, већ само један, који је потписао записник, не постоји битна повреда одредаба кривичног поступка, ако је коришћење овог доказа било без утицаја на законито и правилно доношење пресуде.¹⁷⁸

Када се претресају просторије државних органа, предузећа или других правних лица, позваће се њихов старешина да присуствује претресању. Уколико се претреса адвокатска канцеларија, а њен корисник неће добровољно да је отвори или је адвокат коме она припада одсутан, позваће се представник надлежне адвокатске коморе, а ако то није могуће, онда ће се позвати други адвокат који је члан исте адвокатске коморе. Закључане просторије, намештај или друге ствари отвориће се силом само ако њихов држалац није присутан или неће добровољно да их отвори. Приликом отварања избегаваће се непотребно оштећење.

Исто тако, претресање стана и лица треба спровести обазриво, уз **поштовање** достојанства личности и **права на интимност** и без непотребног ремећења кућног реда. Ова одредба ЗКП-а (чл.79 ст.7), која предвиђа да претресање треба спровести обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност, у ствари **штити право на приватност** лица чији се стан претреса. То значи да приликом претреса треба водити рачуна да се не привуче непотребна пажња и интересовање окружења (комшија) и да се, сем уколико то заиста није неопходно, тј. уколико нису у вези са кривичним делом, неће претресати неке интимне ствари (као што су писма личне саджине, личне белешке, личне фотографије доњи веш, прибор за личну хигијену).

Код претреса лица, без обзира што то чини лице истог пола и пред сведоцима истог пола, право на интимност тј. приватност односило би се на то да се претрес тог лица врши тако да се лице што мање доводи у непријатну ситуацију. Овде се пре свега мисли на претресање интимних делова тела које би могло да обухвати и могућност скидања одеће лица које се претреса. У таквим ситуацијама се право на интимност тј. приватност претресаног лица мора заштити колико год је могуће.

¹⁷⁸ У образложењу пресуде наводи се да "Врховни суд налази да се основано у жалби браниоца оптуженог указује на чињеницу да приликом претресања куће и дворишта оптуженог нису присуствовала два пунолетна грађанина као сведоци, а како је то прописано одредбом члана 79 ст.3 ЗКП и да за то нису постојали разлози из члана 81 став 4 ЗКП. Наиме, из записника о претресању стана и других просторија МУП-а, Секретаријата у К. од 06.04.2004.године, јасно произилази да је присуствовао као сведок само Ж.К. који је и потписао записник, а нема потписа другог грађанина, односно није ни назначено да је претресу присуствовао други пунолетни грађанин као сведок. Стога, по оцини Врховног суда, предметни записник о претресању стана и других просторија је састављен противно одредби члана 79 став 3 ЗКП, а на шта се основано у жалби браниоца оптуженог указује, али у конкретном случају и без овог доказа била би донета иста пресуда. Стога неправилна примена одредбе члана 79 став 3 ЗКП приликом састављања записника о претресању стана и других просторија оптуженог у конкретном случају је била без утицаја на законито и правилно доношење пресуде. (Пресуда Врховног суда Србије, Кж. I 57/05 од 21.02.2005.године).

Наиме, поред тога што се претреса, претрес лица који се врши ,нарочито по интимним деловима тела, може код претресаног лица да изазове додатну непријатност, нарочито ако се та радња на основу чл.79 ст.9 ЗКП истовремено и снима. Осећај непријатности може бити још више изражен ако је неопходно да се претресано лице приликом претреса који се снима мора и скинути. Сходно томе, иако би се у овој ситуациј у складу са чл.292 ЗКП, због заштите приватног живота учесника у поступку могла искључити јавност са главног претреса, указујемо да би ради потпуније заштите права на приватност у оваквој ситуацији, у чл.79 ст.9 ЗКП ипак требало предвидети да уколико се тонски и визуелно снима претресање лица, којом приликом се претресаном лицу скида одећа ,да приликом извођења овог снимка као доказа на главном претресу треба искључити јавност.

2.3. Записник о претресању стана и лица

О сваком претресању стана или лица саставиће се записник, који потписује лице код кога се или на коме се спроводи претресање и лице чије је присуство обавезно. Приликом претресања, одузеће се привремено само они предмети и исправе које су у вези са сврхом претресања. У записник ће се унети и тачно назначити предмети и исправе који се одузимају, а то ће се унети и у потврду која ће се одмах издати лицу коме су предмети, односно и исправе одузете.

Ако се приликом претресања стана или лица нађу предмети који немају везе са кривичним делом због кога је претресање наређено, али који указују на друго кривично дело за које се гони по службеној дужности, они ће се описати у записнику и привремено одузети, о одузимању ће се одмах издати потврда.О томе ће се одмах обавестити јавни тужилац ради покретања кривичног поступка(чл.80 ЗКП).

Овакво обавештење има значај кривичне пријаве *sui generis*, али наравно, пошто се не ради о правој кривичној пријави, јавни тужилац не може такво обавештење одбацити, већ само може да по њему активно поступа, односно да покрене кривично гоњење подношењем одговарајућег оптужног акта, или једноставно, може да се од тога уздржи, онда када иначе, постоје разлози за одбацивање кривичне пријаве, односно, према општем правилу,да сам, или посредством органа унутрашњих послова прикупља додатна обавештења.¹⁷⁹

Ови предмети ће одмах бити враћени ако јавни тужилац нађе да нема основа за покретање кривичног поступка, а не постоји неки други законски основ по коме би се ти предмети имали одузети.

¹⁷⁹ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2006.год.,стр.265.

3. Претресање стана и лица без наредбе

3.1. Претресање стана без наредбе

Овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу и без наредбе суда ући у туђи стан или друге просторије и по потреби спровести претресање у следећим случајевима:

- 1) изричито изражена воља држаоца стана - ако држалац стана то тражи
- 2) потреба пружања ургентне помоћи - уколико неко зове у помоћ
- 3) у циљу спровођења одређених процесних мера принуде - ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног
- 4) ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела за које се гони по службеној дужности (флагрантни осумњичени)
- 5) ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе и имовину.

У свим овим случајевима неће се састављати записник, него ће се држаоцу стана одмах издати потврда у којој ће се назначити разлог улажења у стан, односно друге просторије и примедбе држаоца стана. Међутим, ако је у туђим просторијама извршено и претресање, овлашћена службена лица органа унутрашњих послова дужна су да се придржавају правила о присуству два сведока, обазривом поступању, *као и поштовању достојанства личности и права на интимност*, без непотребног ремећења кућног реда.

Претресање се може спровести и без присуства сведока ако није могуће да се одмах обезбеди њихово присуство а постоји опасност од одлагања. Разлози за претресање без присуства сведока морају се назначити у записнику.

3.2. Права држаоца стана

Држалац стана који присуствује претресању, има право да изјави приговор против претходно наведеног поступка овлашћеног службеног лица органа унутрашњих послова. Овај орган је дужан да држаоце стана обавести о поменутом праву и да његов приговор унесе у потврду о уласку у стан, односно записник о претресању стана.

3.3. Претресање лица без наредбе

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

3.4. Посебна дужност органа унутрашњих послова

Када овлашћена службена лица органа унутрашњих послова спроводе претресање без наредбе о претресању, дужна су да о томе одмах поднесу извештај истражном судији, ако се поступак још не води – надлежном јавном тужиоцу.(чл.81.ст.6 ЗКП).

3.5. Надлежност за претресање стана и лица

Претресање стана и лица је , онда када се оно врши уз испуњење формалног услова, тј.постојање наредбе о претресању, примарно судска радња, али с обзиром на карактер претресања, у пракси се она често поверава органима унутрашњих послова, тј. полицији. Истражни судија може поверити органу унутрашњих послова извршење наредбе о претресању стана или лица, на начин предвиђен Закоником о кривичном поступку (чл.246.ст.3).

Поред тога, органи унутрашњих послова врше претресање стана и лица без наредбе, што чине без посебног формалног поверавања, већ једино на основу процене да је испуњен тражени материјални услов за претресање, те да уз тај услов, постоји и неки од разлога за одступање од потребе постојања и формалног услова, што све представља фактичко питање (*questio facti*), директно зависно од конкретних околности.

4. Недоумице у погледу ове радње доказивања

Право на присуство адвоката или браниоца при претресању (чл.78 ст.2 ЗКП) супротно је самој природи претресања, тј. као хитној радњи доказивања, која се најчешће предузима у преткривичном поступку, ради обезбеђивања доказа за кривични поступак. Уколико се осврнемо на упоредно-правна искуства уочоћемо да поједина законодавства не познају ову могућност. Тако, енглеско процесно право не предвиђа ангажовање адвоката, односно браниоца приликом предузимања ове радње. У Хрватском закону о казненом поступку ово право је предвиђено, али је искључена могућност да претресања буде одложено због његове реализације.Уколико сагледамо вршење ове радње у покренутом кривичном поступку према нашем ЗКП-у уочићемо да ни истражни судија нема обавезу да одложи предузимање радње претресања ако није обезбеђена стручна правна помоћ. Истражни судија има обавезу само да обавести одређена лица која имају право да присистују предузимању ове радње доказивања, а то су овлашћени тужилац и бранилац (чл.251 ЗКП).

У погледу могућности одлагања претресања до доласка адвоката или браниоца, мишљења смо да овакво решење нема оправдања. Одлагање претресања може довести у питање саму сврху претресања, јер лице може уништити предмете које од њега треба одузети као доказ или на други начин осујетити остваривање легитимног циља, који се предузимањем ове радње жели остварити.

Коначно, нејасна је позиција полиције у овој ситуацији, **само спровођење се продужава**, а тиме се **продужава и нарушавање права на неповредивост стана, односно продужава се нарушавање права на приватност**.

Ефикаснију заштиту грађанима од незаконитог претресања нуди конституисање права на изјављивање одређеног правног средства против поступака полиције приликом претресања. Према домаћем процесном праву то је засада предвиђено једино код претресања стана без наредбе, кроз институт приговора, који се уноси у потврду о уласку у стан и/или записник о претресању. Пракса Европског суда за људска права указује на потребу да се **грађанима обезбеди ефикасна судска заштита од незаконитог нарушавања права на приватност**. Тако је у случају *Camenzind v Швајцарска*¹⁸⁰ Суд констатовао да је швајцарско законодавство гарантовало одређена права својим грађанима који су изложени претресању, тако што им је признало право на жалбу, која се подноси истражном одељењу Федералног суда, а осумњиченом, за којег се установи да није одговоран, признато је право на накнаду штете. Мишљења смо да овакве одредбе, уз конституисање права на изјављивање правног средства, о којем би у кратком временском року одлучивао истражни судија, имају значајнији ефекат у заштити права на приватност.

Слично је и са испуњењем другог законског захтева, којим се од полиције тражи да обезбеди присуство два пунолетна сведока при претресању стана, других просторија и лица (чл.79.ст.3 ЗКП)¹⁸¹, јер Устав не намеће ову обавезу. Наиме Устав предвиђа да « држалац стана и друге просторије **има право** да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању», тако да **обезбеђење присуства два сведока приликом претресања по Уставу није обавеза полиције већ дискреционо право власника стана**. Мада већи број савремених закона познаје ову обавезу на страни полиције, мишљења смо да је овде у питању једна формалност која нема стварног и жељеног ефекта. Наиме, обавеза обезбеђивања присуства сведока данас представља озбиљну потешкоћу, с обзиром да већина грађана није заинтересована за преузимање овакве улоге, а законом није предвиђена санкција за непоступање по овој обавези. Због тога се извршење ове радње често непотребно компликује и одуговлачи.¹⁸² У пракси се дешавало да се не могу обезбедити (на време) два пунолетна лица као сведоци, било због хитности поступка или пак због тога ако су у питању нека удаљена, забачена места, која су ретко насељена или пушта.

¹⁸⁰ *Camenzind v Швајцарска*, пресуда од 16.12.1997., РЈД, 1999- VIII, бр.45

¹⁸¹ Изузетак је предвиђен код претресања на основу законског овлашћења, приликом извршења решења о привиђењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да лице које треба претрести поседује оружје или оруђе за напад, или ако постоји сумња да ће утицати на предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку (чл.81 ст. 4 и 5 ЗКП).

¹⁸² Разлози за незаинтересованост могу бити различити: недостатак времена, одсуство жеље да се појаве пред судом као сведоци, страх од освете, неповерење у полицију, и сл.

С друге стране, само присуство сведока не значи озбиљну заштиту од злоупотреба приликом предузимања претресања. Сведоци претресања се у пракси најчешће налазе у једној просторији у којој чекају окончање претресања и потписивање записника о претресању. Управо зато што су лаици и не познају рад полиције, а врло често се и стављају на њену страну, њихова улога је бескорисна. Чак и када бисмо замислили најидеалније сведоке, могућност злоупотребе не би била искључена, јер два сведока не могу бити присутна у свим просторијама у којима се врши претресање, нити се пак ради задовољења овог захтева претресање може у недоглед продужавати, како би сведоци учествовали у сваком сегменту претресања. Коначно, поставља се и питање њихове безбедности, нарочито у савременим условима у којима криминалитет поприма све теже и насилније облике. Заштита ових лица представља додатно оптерећење за полицију. Не мање значајним сматрамо и **питање заштите права на приватност**, које је свакако угрожено обавезним присуством већег броја лица приликом претресања. Каква је корист од сведока лаика који присуствују претресању покретних ствари у стану које обухвата и претресање рачунара и уређаја за аутоматску обраду података, мобилних телефона и сличних уређаја.¹⁸³ Уопште, присуство сведока при предузимању претресања је реликт из прошлог времена. У старом српском процесном праву, претресању стана су поред домаћина, морала да присуствују два сведока. Ако се претресање вршило ноћу, њему је морао присуствовати **председник општине** или два грађанина, осим у случају призивања у помоћ.¹⁸⁴ Данас се ни не размишља о решењу према којем би председник општине присуствовао било којој радњи доказивања, па ни претресању.

Из ових разлога, сматрамо да је примереније решење које је предвиђено у енглеском процесном праву, којим с реализација права на присуство трећих лица при претресању ставља на терет држаоца просторија. Избор ових лица и контакт са њима су обавеза за особу код које се претресање спроводи. Полиција има једино обавезу да то лице упозна са овим правом, а изузетно може ускратити његову реализацију ако има разумну основу за уверење да би се тиме озбиљно угрозила сврха претресања или безбедност полиције или других људи.

Напомињемо да је ефикасна заштита од незаконитог поступања полиције приликом претресања и без присуства сведока обезбеђена у чл. 79.ст.9 ЗКП, у ком је предвиђено **да се ток претресања може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати**. Једино би можда још требало предвидети да се претресање **по правилу** звучно и видео снима и право лица да одмах након претресања прегледа снимљени материјал и добије његову копију.

¹⁸³ Т.Кесић, М.Жарковић, *Поступак претресања стана, других просторија и лица*, Правни живот бр.10/2009, стр.544.

¹⁸⁴ Б.Марковић, *Уџбеник српског кривичног поступка с обзиром на Пројекат кривичног поступка за Краљевину СХС*, Београд, 1926, стр.250.

Са аспекта **права на приватност** посебно значајно питање је питање **права увида у садржину мобилних телефона и рачунара**, који су пронађени приликом претресања стана или лица. Према чл. 41 Устава Републике Србије предвиђено је да је :*«Тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива.*

Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.»

Сматрамо да приликом тумачења члана 41 Устава Републике Србије, треба правити разлику између прегледа средстава комуницирања којима се остварује увид у њихов садржај, у ком би случају судска одлука била неопходна, од прегледа средстава комуникација којима се не остварује увид у њихов садржај, у ком случају судска одлука не би била неопходна.

Уколико се приликом претреса стана пронађе мобилни телефон, пошто је формални услов за претресање стана постојање писмено образложене **наредбе суда**, сматрамо да је у овом случају испуњено уставно начело из чл.41 Устава да се од тајности писама и *других средстава комуницирања* (где спадају мобилни телефон и рачунар) може одступити на основу *одлуке суда* (јер наредба свакако спада у судску одлуку). То значи да ако се претрес стана врши на основу судске наредбе и ако се приликом тог претреса у стану пронађе мобилни телефон или рачунар у исте је могуће остварити увид, и то како по питању листинга именика и одлазних и долазних позива, тако и по питању **садржаја смс или е-маил порука**. Исто важи и ако се при **претресу лица на основу судске наредбе** код истог пронађе мобилни телефон или рачунар, тј. у тој ситуацији могуће је остварити увид у садржај смс порука или е-маил поште.

Међутим, другачије би било ако се приликом претреса лица без судске одлуке¹⁸⁵ код истог пронађе мобилни телефон или лап топ рачунар. У том случају полиција би могла да оствари увид у листинг одлазних и долазних позива на мобилном телефону или садржај хард диска на рачунару, али **не би могла да оствари увид и у садржај смс или е-маил порука**, јер би тад без судске одлуке остваривала увид у **садржај комуницирања**. Сматрамо да тада не би било остварено уставно начело из чл.41 Устава да се од тајности писама и *других средстава комуницирања* може одступити само на основу *одлуке суда*.

¹⁸⁵ Овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу без наредбе о претресању и без присуства сведока спровести претресање лица приликом извршења решења о привођењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да то лице поседује оружје или оруђе за напад или ако постоји сумња да ће одбацити, сакрити или уништити предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку.

У оваковој ситуацији, тј. ако су до мобилног телефона или лап топа дошли на основу одредби ЗКП-а о претресу лица без судске одлуке, уколико сматрају да је неопходно да изврше увид у садржај смс или е-маил порука, без обзира на одредбе ЗКП-а о претресању лица без судске наредбе, припадници полиције на основу чл.41 Устава за увид у садржај смс или е-маил порука у оваквој ситуацији накнадно морају тражити наредбу истражног судије. Исто би било и у случају кад би приликом претреса стана без судске наредбе¹⁸⁶ припадници полиције у стану пронашли мобилни телефон или рачунар.

Поставља се питање шта ако припадници полиције приликом претреса стана или лица без судске наредбе у стану или код лица пронађу мобилни телефон или рачунар па исте на основу чл. 238 ст.1 и чл.82 ЗКП привремено одузму, и потом без претходног увида у садржај смс или е-маил порука мобилни телефон или рачунар предају истражном судији или председнику већа (ако је лице од кога је одузет телефон окривљени у кривичном поступку у којем је отпочео главни претрес) . Сматрамо да би у том случају истражни судија или председник већа могли да оставари увид у садржај смс или е-маил порука, тј. то би била једна врста увиђаја на ствари предузета од стране истражног судије или председника већа, чиме би било остварено уставно начело да се од тајности писама и *других средстава комуницирања* може одступити само на основу *одлуке суда*¹⁸⁷ јер би одлуку да се увиђај на ствари изврши донео истражни судија или председник већа, тј. у том случају би се радило о *судској одлуци*.

Наравно, уколико би припадници полиције пре него што мобилни телефон или рачунар предају истражном судији или председнику већа, без судске наредбе извршили увид у садржај смс или е-маил порука, без обзира на одредбе ЗКП-а о претресу стана или лица без судске одлуке, на основу чл.41 Устава Републике Србије као и чл.18 ст.2 ЗКП¹⁸⁸ тако прикупљени докази не би били правно ваљани, тј. радило би се о нелегалним доказима.

¹⁸⁶ Овалашћена службена лица органа унутрашњих послова могу и без наредбе суда ући у туђи стан или друге просторије и по потреби спровести претресање у следећим случајевима:

- 1) изричито изражена воља држаоца стана - ако држалац стана то тражи
- 2) потреба пружања ургентне помоћи - уколико неко зове у помоћ
- 3) у циљу спровођења одређених процесних мера принуде - ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног
- 4) ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела за које се гони по службеној дужности (флагрантни осумњичени)
- 5) ради отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе и имовину.

¹⁸⁷ Увиђај на основу чл. 110 ЗКП по правилу предузима суд али према чл.238 ст.3 ЗКП за кривична дела за која је прописана казна затвора до десет година увиђај и вештачења могу обавити и органи унутрашњих послова, осим обдукције и ексхумације леша, ако истражни судија није у могућности да одмах изађе на лице места. Ако истражни судија стигне на лице места у току увиђаја, он може преузети ове радње.

¹⁸⁸ Одредбом чл.18.ст.2 ЗКП-а предвиђено је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су сами по себи или **према начину прибављања** у супротности са Уставом или **потврђеним међународним уговором**, или су овим закоником или другим законом изричито забрањени. На овај начин утврђен је функционални појам нелегалног доказа, који се дефинише као *забрањени основ* за доношење судских одлука.

Према Законику о кривичном поступку од 25.маја 2006.године, који практично није заживео у пракси, у чл. 77.ст.1. осим станова и других просторија било је предвиђено и претресање покретних ствари које се налазе у стану и осталим просторијама. Иако су се и до сада приликом претресања стана фактички претресали и сефови, ормани и слично, то није било законски уређено. Ова одредба би она посебно добила на значају у контексту прављења разлике између претресања и прегледања мобилних телефона и рачунара. Преглед компјутера представљао би увид у сајтове, фајлове или е-маил адресе којима је корисник компјутера приступао без увида у садржај комуникације. Насупрот томе, претрес компјутера представљао би увид у садржај послатих и примљених е-мејлова, тј. увид у садржај комуникације. У нашој процесној теорији постоји мишљење да се на објекте чије претресање није регулисано Законом о кривичном поступку, као што су дворишта, стогови сена на ливади, возила, ствари на путу и слично, примењују одредбе о увиђају, јер се уставом гарантује само неповредивост стана¹⁸⁹, што је само делимично тачно, јер као што смо видели Устав осим неповредивости стана гарантује и неповредивост садржаја комуникације.

Према наведеном Законику о кривичном поступку од 25 маја 2006.г., који никада није заживео, полиција је на основу чл.81 ст.1. тачка б.поред постојећих имала још један основ за улазак у стан и друге просторије и спровођење претресања без наредбе суда. Наиме, претресање стана и других просторија без наредбе суда било је дозвољено ради обезбеђења доказа важних за кривични поступак, ако је очигледно да је у стану или другим просторијама отпочело или непосредно предстоји уништавање трагова или предмета кривичног дела.

Ова одредба би била веома значајна јер се често дешава да се многи докази униште док полиција у суду чека на издавање наредбе за претрес, поготово што овакво решење није страна ни у упоредном праву.¹⁹⁰ Ипак, није јасно зашто се у чл. 81.ст.1. Законика о кривичном поступку од 25.маја 2006.године одступило од решења из члана 77.ст.1., односно зашто у чл. 81.ст.1. није изричито прецизирано да претресање без наредбе важи и за покретне ствари а не само за стан и друге просторије.

¹⁸⁹ Т.Васиљевић, М.Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник РС, Београд 2010, стр.183.

¹⁹⁰ У америчком процесном праву између осталог основ за претрес стана без наредбе суда је и очувања доказа који могу бити изгубљени или уништени (тзв. *preservation of evidence*), или тзв. хитна претресања (ако је добијена информација да је учињено кривично дело или нанета повреда, у случају дејства ватрогасаца, истраживања о дојави да је постављена експлозивна направа и сл.).

Сагледавајући обрађену проблематику, у циљу пружања конкретније и ефикасније заштите права на приватност, можемо закључити следеће: претресање, као мера процесне принуде мора бити прецизно законом регулисана. Кроз законске одредбе морају се јасно диференцирати све врсте претресања према њиховом објекту, где посебну пажњу заслужује потреба да се законски определи претресање мобилних телефона, компјутера и уређаја за аутоматску обраду података који су с њима повезани. Поред тога, значајно би било прописати судски систем заштите права лица код кога или на коме је извршено претресање, кроз прописивање могућности улагања одређеног правног средства истражном судији надлежног суда¹⁹¹ (нпр. приговора или притужбе), којим би се могла оспорити законитост претресања, његови резултати и подигао захтев за накнаду штете због повреда које су проузроковане овом радњом. Присуство трећих лица (адвокат или бранилац, пријатељ, комшија, или друго лице у својству сведока) треба рестриктивно предвидети, а за њихово ангажовање обавезати лице код кога се или на коме се претресање спроводи.

¹⁹¹ Као што је случај у Швајцарском праву

5. Нови ЗКП

Дана 26.09.2011.г. у „Службеном гласнику“ Републике Србије бр.72/11 објављен је нови Законик о кривичном поступку. Према чл.608 прелазних и завршних одредби овај Законик ступа на снагу осмог дана од дана објављивања у „Службеном гласнику Републике Србије”, а **примењује се од 15. јануара 2013. године**, изузев у поступцима за кривична дела организованог криминала или **ратних злочина** који се воде пред посебним одељењем надлежног суда у ком случају се примењује од **15. јануара 2012. године**.

Према чл. 152 новог ЗКП **материјални услови** за претресање стана, других просторија и лица исти су као и у важећем ЗКП-у (процена надлежног органа **да је вероватно**¹⁹² да ће се захваљујући претресању остварити један или оба од алтернативно прописаних циљева: (1) да ће окривљени бити ухваћен, или (2) да ће се пронаћи трагови кривичног дела или предметни важни за поступак.).

Формални услов за претресање стана, других просторија и лица према чл. 155 новог ЗКП-а такође је исти као и у важећем ЗКП-у (постојање писмено образложене наредбе суда) с тим што је прецизиран садржај ове наредбе (назив суда који је наредио претресање, означање предмета претресања, разлог претресања, назив органа који ће предузети претресање и друге податке од значаја за претресање) као и рок у коме ће најкасније започети претресање (**8 дана од дана издавања наредбе**) а што је значајно са становишта правне сигурности.

Новина у чл.155 ст.1 новог ЗКП-а је да суд наредбу о претресању доноси на основу образложеног захтева јавног тужиоца, док тај услов у чл.78 ст.1 важећег ЗКП-а није био предвиђен, тј. суд је наредбу о претресању доносио на основу писменог захтева полиције. Иако је ова новина у склопу концепта тужилачке истраге, она доводи до непотребног застоја и одуговлачења у предузимању претресања која је хитна процесна радња. Према новом решењу полиција ће са предлогом за претрес морати прво да се обрати тужилаштву а да затим тужилаштво судији претходни поступак поднесе захтев за доношење наредбе о претресању како би на крају судија за претходни поступак донео наредбу о претресању. Према важећем ЗКП-у полиција се за издавање наредбе за претрес директно обраћала истражном судији што је штедило време које би се губило на дописки између државних органа у кривичном поступку (полиција-тужилаштво, тужилаштво-суд).

¹⁹² Вероватноћа да ће се претресањем постићи одређени резултати мора да претходи основана сумња да је извршено кривично дело. Не може се предузети претресање да би се пронашли основни сумње. У том случају могло би се претресати свако место и свако лице. Момчило Губач - *Коментар Законика о кривичном поступку*, једнаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник 2010, стр.183.

Пошто претресање није лака процесна радња, сматрамо да тужилаштво није требало оптерећивати обавезом подношења захтева за издавање наредбе за претрес јер је мала вероватноћа да би полиција ову доказну радњу злоупотребила, тј. да би од истражног односно судије за претходни поступак неосновано тражила издавање наредбе за претрес, па контрола тужилаштва да ли су испуњени материјални услови за претрес (који и нису тако тешки) и није неопходна јер ту контролу врши судија за претходни поступак, а и полиција не би себи стварала оптерећење да предузима ову процесну радњу која није лака сем уколико то није неопходно.

Новина је и да је у чл.152 ст.3 новог ЗКП-а као формални услов за претресање уређаја за аутоматску обраду података (компјутери) и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи предвиђено постојање судске наредбе као и да се ово претресање по потребе може извршити уз помоћ стручног лица. У чл.157 ст.3 новог ЗКП предвиђено је да је код претресања ових уређаја и опреме држалац предмета или присутно лице (неко од пунолетних чланова његово домаћинства), **осим окривљеног**, дужан да омогући приступ и пружи обавештења за њихову употребу, изузев ако не постоји неки од разлога из члана 93(искључење од дужности сведочења), члана 94 став 1 (ослобођење од дужности сведочења) и члана 95 став 2 новог ЗКП-а (ослобођење од давања одговара на поједина питања).

На нешто другачији начин ова одредба је предвиђена и у чл.82 ст.2 важећег ЗКП-а који регулише привремено одузимање предмета тј. да је **лице** (дакле то може бити и окривљени) *које се користи овим уређајима и опремом дужно да органу који води поступак, на захтев суда, омогући приступ и да пружи обавештења потребна за њихову употребу.*

Изузимање окривљеног и лица из чл. 93 и 94.ст.1 новог ЗКП-а од дужности пружања обавештења за употребу уређаја за аутоматску обраду података (компјутери) и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи, у чл. 157 ст.3 новог ЗКП-а, сматрамо оправданим решењем јер **окривљени** на основу чл.68 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а, слично као и у чл.4 ст.2 тачка 2 важећег ЗКП-а, **има право да ништа не изјави или да ускрати одговор на поједино питање**, па би дужности пружања обавештења за употребу уређаја за аутоматску обраду података (компјутери) и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи уколико уређаји и опрема припадају окривљеном, значило повреду његових права да ништа не изјави или ускрати одговор на поједино питање.

Слично је и са лицима из чл.93 односно чл. 94 новог ЗКП-а која су искључена односно ослобођена од дужности сведочења.

Међутим, с друге стране, проблем код ове одредбе је што не прави разлику између прегледа, којим се **не остварује увид у садржај комуникације**, и претреса уређаја за аутоматску обраду података, којим се остварује увид у садржај комуникације.

Преглед компјутера представљао би увид у сајтове, фајлове или е-маил адресе којима је корисник компјутера приступао **без увида у садржај комуникације**. Насупрот томе, претрес компјутера представљао би увид у садржај послатих и примљених е-мејлова, тј. **увид у садржај комуникације**. Према наведеном решењу, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао лап топ, на основу чл.152 ст.3. новог ЗКП-а припадници полиције би морали да од суда траже наредбу ако желе да приступе фајловима у којима је корисник водио евиденције о пословању предузећа или писао свој дневник. Насупрот томе, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао роковник у коме је то лице водило евиденцију о пословању предузећа или писало дневник, за увид у садржај те евиденције или дневника не би требала наредба суда.

То значи да је наведеним решењем одређеној категорији грађана дата превага у заштити права на приватност (тј.грађанима који су технички писменији и имућнији тј. који знају да користе и могу да купе рачунар) од оних који то не могу, што може довести у питање равноправност грађана приликом заштите права на приватност.

Стога сматрамо да је у одредби 152 ст.3 новог ЗКП свакако требало предвидети претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи али на нешто другачији начин, тј. у смислу да се **претресање којим се остварује увид у садржај комуникације која се налази на уређајима за аутоматску обраду података** и опреми на којој се чувају или се могу чувати електронски записи **предузима на основу наредбе суда**. На тај начин би истовремено било остварено и уставно начело из чл.41 Устава да се од тајности писама и *других средстава комуницирања* може одступити само на основу *одлуке суда*, и начело равноправности грађана приликом заштите права на приватност. Поред тога, тако би претресање мобилних телефона, компјутера и уређаја за аутоматску обраду података који су с њима повезани, на исти начин било регулисано и у ЗКП-у и у чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама*. Наиме, у чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено да пресретање електронских комуникација којима се открива **садржај комуникације** није допуштено осим на одређено време и на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Исто тако у чл.286 новог ЗКП-а, који регулише овлашћења полиције, требало би изричито предвидети да је полиција овлашћена да у смислу предузимања радњи у предистражном поступку **без увида у садржај комуницирања** може вршити **преглед** уређаја за аутоматску обраду података и опрему на којој се чувају или се могу чувати електронски записи. Овакво решење не би било спорно јер податке којима се нарушава право на приватност, а до којих дођу органи откривања и кривичног гоњења у преткривичном поступку или истрази, они свакако морају чувати као службену тајну, и не смеју их користити ни у какве друге сврхе осим за потребе кривичног поступка.

Приликом доношења новог ЗКП пропуштено је и да се у чл.152 ст.3, који се односи на претресање уређаја за аутоматску обраду података, предвиди да се претресање компјутера може вршити „клонирањем“ хард диск рачунара, иако се ова техника најчешће користи за претрес рачунара.

Новина је и да се према чл.156 ст.7 новог ЗКП претресање може предузети и без присуства сведока под истим условима када се претресању може приступити и без претходне предаје наредбе, тј. ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља или ако се припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за поступак или је држалац стана или других просторија недоступан, али претресање без присуства сведока требало би да буде правило а не изузетак.

Мада већи број савремених закона познаје ову обавезу на страни полиције, мишљења смо да је овде у питању једна формалност која нема стварног и жељеног ефекта. Наиме, обавеза обезбеђивања присуства сведока данас представља озбиљну потешкоћу, с обзиром да већина грађана није заинтересована за преузимање овакве улоге, а законом није предвиђена санкција за непоступање по овој обавези. Због тога се извршење ове радње често непотребно компликује и одуговлачи. С друге стране, само присуство сведока не значи озбиљну заштиту од злоупотреба приликом предузимања претресања а не мање значајним сматрамо и **питање заштите права на приватност** које је свакако угрожено законским наметањем обавезног присуства већег броја лица приликом претресања.

Устав Републике Србије не намеће обавезу присуства два сведока приликом претресања. Наиме Устав Републике Србије у члану 40 ст.2 предвиђа да «држалац стана и друге просторије **има право** да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању», тако да **обезбеђење присуства два сведока приликом претресања по Уставу није обавеза полиције већ дискреционо право власника стана.**

Из ових разлога, сматрамо да је примереније решење које је предвиђено у упоредном праву (нпр. енглеском процесном праву) којим с реализација права на присуство трећих лица при претресању ставља на терет држаоца просторија.

Избор ових лица и контакт са њима су обавеза за особу код које се претресање спроводи. Полиција има једино обавезу да то лице упозна са овим правом, а изузетно може ускратити његову реализацију ако има разумну основу за уверење да би се тиме озбиљно угрозила сврха претресања или безбедност полиције или других људи.

Ефикасна заштита од незаконитог поступања полиције приликом претресања и без присуства сведока обезбеђена је у чл. 79.ст.9 важећег ЗКП односно чл.157 ст.5 новог ЗКП-а, у ком је предвиђено да **се ток претресања може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати.** Новина у чл.157 ст.5 новог ЗКП-а је и обавезност снимања и фотографисања у случају претресања без присуства сведока (члан 156 ст.7 новог ЗКП) или без представника адвокатске коморе (чл.156 став 6 ЗКП).

Једино је можда још требало предвидети да се остало претресање **по правилу** звучно и видео снима и право лица да одмах након претресања прегледа снимљени материјал и добије његову копију.

У новом ЗКП-у у чл. 157.ст.1 прецизирано је шта се сматра за ноћ, тј. да је то време између 22 и 06 часова. Такође, код претресање стана и других просторија без наредбе суда(чл.158 ст.1 новог ЗКП-а) предвиђено је да осим овлашћених службених лица полиције **претресање може извршити и јавни тужилац**. Код претресања војних објеката, просторија државних органа, предузећа или других правних лица предвиђено је да ће се претресање обавити и без присуства руководиоца или одговорних лица ако та лице не дођу у року од 3 часа од пријема позива.

6. Упоредно - правни приказ претресања стана и лица

Правни основ за улазак у просторије и њихово претресање у **енглеском** праву је разумна основа за уверење или разборити разлог (*reasonable grounds for belief*) да ће се претресањем остварити жељени циљеви. Према **америчком** праву, основ за претресање мора бити потврђен постојањем вероватног основа (*probable cause*), којим се ствара уверење да ће се претресање доћи до доказа о кривичном делу. У одређеним случајевима полиција може спроводити ограничена претресања заснована на разумној сумњи (*reasonable suspicion*). То је тзв. *Stop - and - Frisk* који представља рутинску полицијску технику којом полиција зауставља, испитује и понекад претреса сумњиве особе.¹⁹³ Врховни суд САД заузео је мишљење да вероватан основ (*probable cause*), судови треба да одређују као здраво-разумско, практично питање, о којем мора бити одлучено у светлу укупних околности датог случаја.¹⁹⁴ У **француској** процесној теорији, претресање просторија (*la perquisition*) одређује се као потрага, у стану или другом затвореном месту, за индицијама или предметима кривичног дела, док претресање лица и ствари (*la fouille*) представља потрагу за траговима на свим другим местима (на лицу, возилу, покретним предметима).

Према одредбама **немачког** кривичног процесног законодавства, претресање стана и осталих просторија осумњиченог, може се предузети ако се претпоставља да ће се претресањем пронаћи доказни материјал или ухватити учинилац кривичног дела. Претресање просторија других лица, ради хватања окривљеног, проналажења трагова кривичног дела и заплене тачно одређених ствари, дозвољено је само ако постоје чињенице из којих се може закључити да се тражено лице, трагови или ствари налазе у просторијама у којима се претрес врши.

¹⁹³ M.J.Scheb,J.D.,Scheb,II, *Criminal Law and Procedure*, fifth edition, Thomson Wadsworth,Belmont,CA,USA,2005, page 393-396.

¹⁹⁴ Пресуда *Illinois v. Gates*, 462 U.S. 213, 230, 103, S.Ct. 2317,2328, 76 L.Ed.2nd 527, 543, 1983.

Претресање засновано на сагласности власника или држаоца стана и других просторија посебно се предвиђа у **енглеском и америчком процесном праву**. У Енглеској, полиција може тражити сагласност за претресање од лица које има право да дозволи улазак у просторије. Пре него што затражи сагласност полицајац ће навести сврху намераваног претресања и његов распон. Ово саопштење мора бити што прецизније, нарочито у вези са предметима или лицима која се траже, као и у вези са деловима просторија које се намеравају претресати. Лице мора бити јасно обавештено да није обавезно да да сагласност, као и да све што се привремено одузме може бити приложено као доказ. Сагласност за претресање мора бити дата у писменој форми и не сме бити дата под притиском, ако буде повучена, полицајац не сме ући у просторије и вршити претресање, односно наставити са претресањем.

У САД претресање које се базира на датој сагласности подразумева, такође да сагласност мора бити добровољна¹⁹⁵, а може бити дата од власника, односно држаоца одређене просторије или од треће особе, у случају претресања просторија у којима неколико особа живи. Посебно је регулисана ситуација у којој је лице позвало полицију у свој стан ради истраживања кривичног дела које се ту догодило. У том случају важи претпоставка да позив у себи садржи и сагласност за претресање. Полицајац том приликом може одузети доказе који говоре у прилог извршеног кривичног дела, иако према тим доказима, особа која је позвала полицију да изврши претресање може бити кривично гоњена.¹⁹⁶

У Енглеској захтев за издавање налога за улазак у просторије и њихово претресање подноси полиција. У захтеву морају бити наведене информације које указују на правну основаност претресања, на просторије које треба да буду претресане и предмет претресања, као и разлоге који оправдавају издавање налога (напр. да ли је разлог у прикупљању доказа за учињени деликт и од каквог је значаја за истрагу).

Судија магистарског суда издаје налог за улазак у просторије и њихово претресање (*search warrant*) ако је убеђен у разумну основаност уверења: да ће претресањем бити откривено неко од кривичних дела на основу којих је могуће хапшење (*arrestable offences*),¹⁹⁷ да су предмети наведени у захтеву такви да, сами по себи или заједно са другим предметима, могу бити од суштинског значаја за истрагу или релевантан доказ на суђењу, те да се не ради о стварима које су правом привилеговане, изузете или се за њих уређује специјални поступак, као и да је вероватно да држалац просторије не би допустио улазак без налога.

¹⁹⁵ Врховни суд САД стао је на становиште да полиција није дужна да претходно упозна осумњиченог са правом да одбије сагласност за претресање. Пресуда *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218,93 S.Ct. 2041, 36 L.Ed2d 854, 1973.

¹⁹⁶ Пресуда *Schneckloth v. Bustamonte*, 412 U.S. 218,93 S.Ct. 2041, 36 L.Ed2d 854, 1973.

¹⁹⁷ *Arrestable offences* су кривична дела за која је одређена било фиксна мера казне, било казна затвора преко пет година.

Налог овлашћује само за један случај уласка у просторије, а може се извршити током једног календарског месеца рачунајући од дана издавања налога и садржи идентификационе податке полицајца који ће налог извршити, датум издавања, пропис на основу којег је налог издат и податке о просторијама које треба претрести.¹⁹⁸

У САД, издавању налога за претресање претходи, поред постојања материјалног услова (*probable cause*), подношење захтева за претресање, поткрепљеног писменом изјавом, датом под заклетвом. Писмену изјаву (*affidavit*) подноси полиција судији или магистрату, а она мора садржати: име и презиме подносиоца захтева и службу на којој се налази, датум, опис извора и чињеница којима је поклонио веру, а које упућују на потребу претресања, објашњење вероватног основа, тачан опис и предмета које треба одузети, име и презиме лица код кога или на коме треба извршити претресање и тачну адресу на којој треба извршити претресање. На крају се налази потпис лица и констатација о положеној заклетви пред судом.

У енглеском процесном праву предвиђена је могућност да се уђе у просторије и у њима изврши претресање без сагласности држаоца просторија и без налога у следећим случајевима:

- ради извршења налога за хапшење;
- ради хапшења лица код *arrestable offences* ;
- ради хватања лица које је противправно на слободи и које се тражи;
- ради спасавања живота или превенције због озбиљне имовинске штете

У САД су судови заузели став да је апсолутно инсистирање на налогу за претресање непрактично, те се може дозволити претресање без налога ако то захтевају хитне околности (*exigent circumstances*). Ипак, полиција је дужна да обезбеди налог за претресање кадгод је то могуће. Претресање без наредбе мора задовољити материјални услов, односно мора постојати вероватан основ за веровање да ће се претресањем доћи до доказа о учињеном делу.

Разлози за претресање без налога суда су следећи:

- ако су докази већ опажени од полицајца (*in plain view*);
- у случајевима хитних претресања (ако је добијена информација да је учињено кривично дело или нанета повреда, у случају дејства ватрогасаца, истраживања о дојави да је постављена експлозивна направа и сл.);
- ради очувања доказа који могу бити изгубљени или уништени (*preservation of evidence*);
- ради законитог хапшења (у циљу разоружања и хапшења, те очувања доказа);

¹⁹⁸ Пре издавања налога судија може о овим чињеницама, под заклетвом, испитати полицијског службеника који је потписао захтев за издавање налога за улазак у просторије и њихово претресање.

- ради гоњења одбеглог осумњиченог (*hot pursuit*) и
- ради заустављања аутомобила и привременог задржавања возача док постоји вероватан основ за веровање да је у току извршење кривичног дела или да су повређена правила којима се регулише безбедност саобраћаја и претресања моторног возила на путу (*automobile stops and roadside searches of motor vehicles*).¹⁹⁹

7. Пракса европског суда за људска права

Да би оценио да ли је дошло до повреде чл.8 ЕКЉП у случају претресања, Суд испитује околности случаја, водећи рачуна да:

- претрес може постојати само на основу писменог налога
- мора га извршити посебно обучено и непристрасно особље
- претрес може бити учињен само у месту становања и само уколико се лице тамо крије, или је могуће наћи предмете који су доказ о извршењу неког кривичног дела
- до претреса не може доћи недељом, у време државних празника или ноћу, осим у важним ситуацијама и онда када прети непосредна опасност
- на почетку претреса, особље мора пружити доказ свог идентитета и обавестити лице о разлозима претреса
- требало би обезбедити присуство државног службеника који ће осигурати да претрес не одступи од разлога из којих се изводи
- записник са претреса биће написан одмах и у присуству особе, а биће обезбеђена копија налога и записа
- преглед докумената биће подложен специјалним ограничењима
- осумњичени је овлашћен да има заступника без обзира на околности случаја
- лице мора имати могућност жалбе суду због предузете мере претреса
- у случају грешке, мора постојати право на накнаду штете.

Пошто *Конвенција* не налаже постојање судског налога за улажање у стан, већину наведених стандарда Суд је утврдио у пресуди *Camenzind v Швајцарска*²⁰⁰, јер се у случајевима када не постоји судски налог, повреда права на поштовање приватности стана мора подврћи посебно ригорозној контроли. Тако је у случају *Camenzind v Швајцарска* (који нам даје и леп упоредноправни приказ Швајцарског кривично- процесног законодавства) Суд заузео следећи став:

¹⁹⁹ M.J.Scheb, J.D., Scheb, II, *Criminal Law and Procedure*, fifth edition, Thomson Wadsworth, Belmont, CA, USA, 2005, page 387 - 392.

²⁰⁰ *Camenzind v Швајцарска*, пресуда од 16.12.1997., ПЈД, 1999- VIII, бр.45

Државе уговорнице могу сматрати неопходним да прибегну мерама, као што су претреси боравишног простора и заплена имовине да би се дошло до физичких доказа о извршеним кривичним делима. Суд процењује да ли су разлози, изнети како би се оправдале те мере, били релевантни и довољни и да ли се поштовало начело сразмерности.

Што се тиче заплене имовине, Суд се мора прво уверити да ли релевантни законски прописи и пракса пружају појединцима «адекватну и стварну заштиту против злоупотребе»; и поред извесне дозе разумевања коју показује према државама уговорницама у овој области, **Суд мора бити опрезан када су органи власти, као у овом случају, по закону овлашћени да нареде и изврше претрес без судског налога.**

Ако појединца треба заштити од самовољног мешања власти у права која су зајемчена по члану 8, неопходно је да постоји законски оквир и стриктна ограничења таквих овлашћења. Друго, Суд мора размотрити посебне околности сваког случаја како би одлучио да ли је, у конкретном случају, мешање у питању било сразмерно циљу којем се тежило.

У овом случају **циљ претреса** био је да се заплени неовлашћено држани бежични телефон, који је, како се сумња, користио г. *Camenzind* супротно члану 42. Федералног закона из 1922. »који уређује телеграфске и телефонске везе«. Органи власти су несумњиво већ имали неке доказе о овом кривичном делу, јер је служба за праћење разговора ПТТ централе снимала предлагачеве разговоре, с тим што је и г. *Camenzind* признао да је користио телефон. И поред свега, **Суд прихвата да су надлежни органи имали право када су сматрали да су заплена доказних предмета – и следствено томе претрес – били неопходни како би се обезбедили докази о релевантном кривичном делу.**

Што се тиче јемства која пружа швајцарски закон, Суд напомиње да се по допуњеном Федералном управно-кривичноправном закону од 22.марта 1974, претрес у изузетним случајевима може извршити уз писмени налог који може издати само мали број за то одређених виших државних службеника, а обављају га за то посебно обучена службена лица; сваки од њих је обавезан да се повуче уколико би околности могле утицати на њихову непристрасност. Претреси се могу вршити само у «местима пребивалишта и у другим зградама»... уколико је вероватно да се у њима скрива осумњичени или ако су у питању објекти или драгоцености који подлежу заплени, или докази везани за извршење кривичног дела, који се тамо могу наћи; они се не могу вршити недељом, празницима или ноћу «сем у важним случајевима или у случају непосредне опасности». На почетку претреса истражно лице се мора идентификовати и обавестити лице које се налази у објекту о циљу претреса. То лице или, у случају његовог одсуства, рођак или члан домаћинства, мора се замолити да буде присутно.

У начелу, присутно ће бити и службено лице које води рачуна да « претрес не одступа од циља у коме се врши». Записник са претреса одмах се саставља у присуству лица која су се ту налазила; на њихов захтев, њима се мора дати копија налога за претрес и записник о извршеном претресу. Надаље, претрес ради проналажења докумената подлеже посебним ограничењима. Поред тога, осумњичени имају право, без обзира на околности, на заступника; свако ко је обухваћен «истражном мером» а у чијем је интересу да се та мера «обустави или промени» може уложити жалбу истражном одељењу Федералног суда, а «осумњичени» за којег се установи да није одговоран може тражити накнаду за штете које је претрпео.

Што се тиче начина на који је извршен претрес, Суд напомиње да је управо г. *Samenzind* тражио да претрес изврши само једно службено лице. Претрес је извршен у присуству предлагача након што му је било дозвољено да прегледа предмет и телефонира адвокату. Претрес је додуше трајао готово два сата у целој кући али је иследник само преконтролисао телефоне и телевизијске апарате; није претресао намештај, прегледао било какве документе или било шта запленио.

Имајући у виду јемства која пружа швајцарско законодавство као и ограничени претрес, Суд се слаже да се може сматрати како је мешање у право предлагача на поштовање његовог дома било сразмерно циљу којем се тежило и тиме «неопходно у демократском друштву» у смислу члана 8. Следствено томе, та одредба није прекршена.

У случају *Chappell v United Kingdom*²⁰¹ Суд је сматрао да је пружено довољно заштите уколико постоји писмени налог суда, или неки елемент судског надзора над извршеном мером. Тако је у наведеном случају Суд нашао да је ограничење права на поштовање стана **оправдано** у оквирима члана 8 став 2 ЕКЉП, јер је *in casu* постојао налог истражног судије, основана сумња да се у стану налазе предмети који се траже, као и да је судским налогом који је био поткрепљен доказима, био ограничен обим претреса.

Суд је заузео став да до кршења члана 8 ЕКЉП неће доћи само уколико правни прописи који се односе на претрес садрже довољно заштите од самовољног поступања власти. Тако је у случају *Funke v France*²⁰² Суд оценио да је претрес стана, које су извршиле француске власти без наредбе истражног судије и без јасних ограничења која би спречавала злоупотребу права, противан члану 8 став 1 ЕКЉП.

Међутим, то не значи да у случају постојања судског налога не може доћи до повреде члана 8 ЕКЉП,²⁰³ посебно уколико је налог формулисан тако да даје широка овлашћења службеницима који врше претрес.²⁰⁴

²⁰¹ *Chappell v United Kingdom* (1989).

²⁰² *Funke v France* (No. 10828/84), 1993.

²⁰³ *Niemetz v Germany* (1992).

²⁰⁴ *Buck v Germany* (No.41604/98), 2005.

Тако је у случају *Niemietz v Немачке*²⁰⁵ из 1992. године, дозвола за претрес дата у односу на адвокатску канцеларију. У овом случају претрес адвокатске канцеларије уследио је на основу налога истражног судије, али у вези прикупљања доказа за кривично дело увреде. Суд је узео у обзир да је налог за претрес у овом случају био врло широк и да је обухватао претрес и заплону докумената без икаквог ограничења, како би се открио идентитет аутора увредљивог писма. Немачко право није пружало одговарајућу процедуралну заштиту у овој ситуацији, као што је обавезно присуство независног сведока.

Суд је сматрао да је ограничење права на поштовање стана предузето у циљу остварења легитимног циља (спречавање криминала), *али да мера није пропорционална циљу*, јер је претресање адвокатске канцеларије вршено ради проналазке доказа за кривично дело увреде, а претресање адвокатске канцеларије у демократском друштву је врло осетљиво питање због потребе за поштовањем кореспонденције адвоката и његових клијената. Такође, Суд је пронашао да морају постојати одређене законске гаранције да ће у случају претреса адвокатске канцеларије бити предузете мере прегледа и заплене само у односу на одређени предмет, спис или исправу. То значи да је Суд, као што је напред наведено, заузео став да **и у случају постојања судског налога може доћи до повреде члана 8 ЕКЉП**, посебно уколико је налог формулисан тако да даје широка овлашћења службеницима који врше претрес.

Као што је изнето Суд је, још 1992.г., **проширио значење дома и на неке пословне просторије** у контексту њиховог **претреса**. То се обично дешава у оним ситуацијама у којима је тешко одвојити пословне просторије од просторија за становање. Овај став истакнут је и у случају у *Roemenand Schmidt v Луксембург*²⁰⁶ из 2003. године, где је познати новинар написао чланак о криминалним радњама једног од министара у влади. После објављивања поменутог чланка, дошло је до претреса новинаревог стана, али и до претреса канцеларије његовог адвоката. Суд је сматрао да је претрес и преглед документације у канцеларији адвоката довео до повреде члана 8 ЕКЉП, у смислу повреде права на дом.

У случају *McLeod v Уједињено Краљевство*²⁰⁷ Суд је истакао да је упад полицајца у дом мешање у право на поштовање дома. Такав упад може по закону бити оправдан уколико је сразмеран циљу којем се тежи и ако је извршен у околностима назначеним у ставу 2 члана 8 ЕКЉП. У овом случају полиција је пратила бившег супруга предлагача, који је желео да пронађе неке своје ствари. Суд је заузео следећи став:

Суд надаље сматра, пошто је обавештен да предлагач није био присутан, како полиција није требало да уђе у њену кућу јер је требало да им буде јасно како је било мале или никакве опасности од избијања нереда или извршења злочина.

²⁰⁵ Пресуда од 16.12.1992.г., Series A, no.251-B, бр .37.

²⁰⁶ *Roemenand Schmidt v Луксембург* (No.51772/99), 2003

²⁰⁷ Пресуда од 23.септембра 1998, поднесак бр.24755/94, Извештаји 1998 -VII , ставови 36 и 57.

У том смислу, Суд истиче да је полиција неко време остала ван поседа, што је указивало на то да је била уверена да вероватно неће бити ремећења јавног реда у одсуству предлагача. Чињеница да је по њеном повратку дошло до свађе по мишљењу Стда није битно за процену да ли је полиција у почетку оправдано ушла на посед.

Из горе наведених разлога, Суд сматра да су мере које је предузела полиција биле несразмерне легитимном циљу којем се тежило. Према томе, прекршен је члан 8 Конвенције.

8. Кривично дело нарушавање неповредивости стана (чл.139 КЗ)

Кривично дело нарушавање неповредивости стана из чл.139 КЗ штити право на поштовање приватности дома. Законодавац је нарушавање неповредивости стана предвидео као кривично дело полазећи не само од одредбе чл. 40.ст.1 Устава републике Србије,²⁰⁸ већ и од криминално-политичке потребе да се и кривичним правом заштити право на поштовање приватности дома.

Кривично дело има основни и тежи облик. Код основног облика из става 1. радња извршења састоји се у продирању у туђ стан или затворене просторије за које не постоји на закону или прописима засновано овлашћење, или пак у неудаљавању из стана или затворених просторија на захтев овлашћеног лица. Овлашћено лице је лице које станује у стану,²⁰⁹ односно другим затвореним просторијама.

Продирање, по правилу, подразумева употребу физичке снаге у циљу отклањања физичких препрека да се у стан, односно у затворене просторије уђе, односно савлађивање отпора овлашћеног лица²¹⁰ (у ком случају могу бити остварени и елементи неког другог кривичног дела). Но, то није нужно јер се продирање може извршити и на други начин (на пример, оригиналним кључем до којег се дошло на преваран начин и сл.). Спорно је када је радња продирања довршена, тј. да ли је за свршено кривично дело неопходно да учинилац уђе у стан, односно затворене просторе, или је продирање већ довршено онда када се неки део његовог тела нашао у туђем стану (нпр. нога којом спречава онога ко станује у стану да затвори врата). Имајући у виду објект кривичноправне заштите, тј. да до нарушавања права на поштовање *приватности* дома долази врло лако, тј. да се спокојство лица које у њему станује врло лако може нарушити, треба узети да је до продирања дошло и онда када је извршилац само једним делом ушао у просторије које служе становању, те да за довршено кривично дело није неопходно да је извршилац ушао у стан. Неовлашћено продирање, а тиме и кривично дело, искључено је у случају пристанка овлашћеног лица, тј. лица које стан или затворене просторије користи за становање.

Код другог облика радње извршења подразумева се да је извршилац ушао у стан, или затворне просторије уз претходно одобрење или сагласност овлашћеног лица, али да касније на његов захтев није хтео да се удаљи. Ако неко не жели да се удаљи из нечијег стана на захтев власника или држаоца стана, тј. ако се у стану или другим затвореним просторијама задржава против воље власника или држаоца, иако је првобитно тамо ушао уз његову сагласност, тиме нарушава право власника на поштовање приватности дома, па је због тога инкримисан и други облик радње извршења. Код неудаљавања, без значаја је да ли је учинилац изјавио да одбија да се удаљи или се само пасивним понашањем задржао.

²⁰⁸ "Стан је неповредив", уз изузетке у ст. 2 и 3 истог члана.

²⁰⁹ Дакле то може бити власник или држаоц стана или других затворених просторија

²¹⁰ З.Стојановић, Коментар кривичног законика, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.387.

Објекат радње извршења јесу туђ стан и други туђи затворни простори који служе становању. Појам "туђ стан", односно "туђи затворени простори" у смислу ове инкриминације не треба схватити у имовинско-правном смислу већ у смислу да одређеном лицу стан или затворени простори служе за становање. То значи да оштећени овим кривичним делом сем власника може бити и држалац стана (нпр. закупац). Може се десити чак и случај да извршилац овог кривичног дела буде власник стана а држалац оштећени (на пример ако је власник на основу уговора о закупу издао стан на годину дана и унапред наплатио закуп, а онда пре истека закупа неовлашћено продре у стан или се не удаљи на захтев закупаца).

Када се не ради о стану, као спорно јавља се питање да ли објекат радње извршења могу бити било какви затворени простори, или само они који служе за становање, али немају карактер стана. Имајући у виду смисао ове инкриминације и њен заштитни објект (право на поштовање приватности дома), сматрамо да је исправно узети да објекат радње извршења могу бити само само они затворени простори који служе становању (нпр. хотелска соба, камп приколица) а немају карактер стана, као и они затворени простори који су у функцији коришћења стана (нпр. подрум, остава и сл.). У случају да се ради о кући, објекат радње извршења члана 8 ЕКЈП чине, такође и помоћне просторије, као што су гаража, радионица, али и башта.²¹¹ Постоји неколико пресуда Суда у којима се изражава став да и ромски караван, који се налази на одређеној локацији неко одређено време, може бити сматран домом у смислу чл.8 ЕКЈП.²¹² Суд је пронашао да је живот у караванима интегрални део етничког идентитета Рома који рефлектује дугу традицију путујућег живота ове мањине.²¹³

Викендица и коначиште или други привремени смештај може у том смислу бити изузетак када се сматра другим домом. Тако је у случају *Demades protiv Турске* из 2003. године,²¹⁴ Суд истакао да је у неким ситуацијама могуће да појединац борави у две куће и да гаји јаке емоционалне везе и са тим другим домом.

Суд узима у обзир фактичку ситуацију, односно постојање довољно јаке везе у односу на одређену зграду или просторију, да би се могло говорити о нечијем дому.

Такође, под станом, у смислу чл.8 ЕКЈП сматрају се и приколице и пловила за становање²¹⁵.

²¹¹ *Frowein/Peukert*, br.28 за чл.8

²¹² *Buckley v. the United Kingdom* (No.20348/92), 1996, *Chapman v. the United Kingdom* (No.66746/01),2001, *Connors v. the United Kingdom* (No.66746/01),2004, *Velossa Barretto v. Portugal* (No.18072/91),1995.

²¹³ *Chapman v. the United Kingdom* (2001),par.73,74.

²¹⁴ *Demades v. Turkey* (No.16219/90),2003.

²¹⁵ *Buckley*, пресуда од 25.09.1996, РЈД, 1996-IV,br.54; *Beard*, пресуда од 18.01.2001.бр.84.

Пословни простор се не би могао сматрати објектом радње, што значи да неовлашћено продирање у просторије које представљају пословни простор не представља ово кривично дело. Изузетно, ако пословни простор у конкретном случају служи становању, ако је његова намена фактички промењена, и он би се могао сматрати објектом кривичног дела. То значи да је пресудан фактички, а не формални статус одређених затворених простора. Ипак, не могу се сви затворени простори које неко користи и за становање сматрати објектом овог кривичног дела.²¹⁶ Објектом радње не могу се сматрати јавне, односно службене просторије.

Спорно је да ли објекат радње може бити празан стан, односно стан у коме нико не станује. У судској пракси постоје два супротна мишљења: да у том случају нема обележја овог кривичног дела²¹⁷, и друго мишљење, да је та околност небитна за постојање овог кривичног дела.²¹⁸ Наравно, овде је реч о ситуацији када је стан празан, тј. када се уопште не користи, док је ситуација када се стан повремено користи неспорна у смислу да кривично дело постоји. И овде би, ако се пође од заштитног објекта инкриминације, тј. да се штити право на поштовање приватности дома, дакле простора у коме неко станује, требало узети да нема овог кривичног дела јер нема ни нарушавања приватности у дому, али и ово треба узети условно. На пример, у ситуацији када се неко усели у туђи **празан** стан (док је власник нпр. у иностранству), обележја овог кривичног дела ће се испунити уколико се испуни други облик радње извршења, тј. уколико лице које се уселило у туђи стан на захтев власника стан не напусти, мада ће у овој ситуацији власник стана због тежине запрећене казне и начина кривичног гоњења кривичну пријаву вероватно поднети за кривично дело противправно уселење из чл.219 ст.1 КЗ.²¹⁹ То не искључује евентуално постојање и неког другог кривичног дела у зависности од начина на који је неко продро и уселио се у туђи стан.²²⁰

Као спорна се у пракси јавља и ситуација онда када се врши неовлашћено продирање у стан који неко користи без правног основа. Овде би, у начелу, требало узети да кривично дело постоји, али је у неким ситуацијама спорно да ли је продирање било неовлашћено. На пример, ако то учини власник стана непосредно после бесправног уселења другог лица, тешко да би се могло радити о овом кривичном делу, у зависности од начина продирања и околности конкретного случаја.

Кривично дело постоји само онда када је извршено са умишљајем.

²¹⁶ З.Стојановић, Коментар кривичног законика, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.388.

²¹⁷ ВСС, Кзз. 7/77.

²¹⁸ ОСБ, Кж.1557/92.

²¹⁹ За кривично дело нарушавања неповредивости стана из чл. 139 ст. 1 КЗ запрећена је новчана казна или казна затвора до једне године и гоњење се предузима по приватној тужби (што значи да кривично гоњење не предузима јавни тужилац већ само оштећени) а за кривично дело Противправно уселење из чл.219 ст.1 КЗ запрећена је новчана казна или казна затвора до две године и гоњење се предузима по предлогу оштећеног (што значи да на предлог оштећеног кривично гоњење предузима јавни тужилац - чл.54.ст.1 ЗКП).

²²⁰ Напр.крив. дело уништења и оштећења туђе ствари из чл.212 ст.1КЗ,ако су оштећена улазна врата

Тежи облик из става 2 постоји онда када дело чини службено лице²²¹ у вршењу своје службе. С обзиром да овлашћена службена лица, као што је у ранијим излагањима наведено, под одређеним условима и у одређеним случајевима предвиђеним законом, имају право да уђу у туђ стан и да се у њему задрже,²²² проблем може представљати утврђење да ли је у конкретном случају постојало овлашћење службеног лица.

С обзиром на то да ово кривично дело често остаје у покушају с једне стране, а с друге стране да и покушај у довољној мери угрожава заштитини објект (право на поштовање приватности дома), прописано је кажњавање и за покушај који према општим правилима не би био кажњив ни код тежег облика.

Кривично гоњење за основни облик овог кривичног дела (став 1) предузима се по приватној тужби (члан 153 ст.1 КЗ).

На примеру овог кривичног дела може се сагледати **субсидијарност и фрагментарност** кривичноправне заштите права на приватност. Кривично право, тј. ово кривично дело не пружа заштиту у неким ситуацијама у којима неко лице уласком и активностима у туђем стану односно туђим затвореним просторима повређује право на приватност држаоца стана. Пошто смо већ навели да имајући у виду смисао ове инкриминације и њен заштитни објект (право на поштовање приватности дома), треба узети да објект радње извршења могу бити и они затворени простори који служе становању а немају карактер стана (нпр. хотелска соба, камп приколица), као и они затворени простори који су у функцији коришћења стана (нпр. подрум, остава и сл.) то значи да и хотелска соба може бити објект радње извршења овог кривичног дела. У том смислу поставља се питање да ли би постојала кривична одговорност собарице хотела за ово или неко друго кривично дело уколико приликом спремања собе без сагласности госта хотела претура по његовим личним стварима и том приликом дође до сазнања о лековима које гост користи, коме пише писма, какав доњи веш носи..., дакле несумњиво повреди његово право на приватност.

Иако би наведеним радњама собарице било повређено право на приватност госта хотела, и иако је и хотелска соба објект радње извршења овог кривичног дела, ипак не би постојала кривична одговорност собарице ни за ово ни за било које друго кривично дело, што показује фрагментрани карактер кривичноправне заштите права на приватност.

²²¹ Ко се сматра службеним лицем регулисано је чл.112 ст.3 КЗ.

²²² На основу чл. 81 ст.1 ЗКП, као што је већ наведено, овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу и без одлуке суда ући у стан или друге просторије (са или без претресања) ако држалац стана то тражи или ако неко зове у помоћ, или ради извршења одлуке суда о притварању или довођењу окривљеног, или ради непосредног лишења слободе учиниоца кривичног дела или отклањања непосредне и озбиљне опасности за људе или имовину.

Наиме, пошто основни облик овог дела постоји ако неко **неовлашћено** продре у туђ стан или туђе затворене просторе или се на захтев овлашћеног лица из тог стана или простора не удаљи, не би била испуњена обележја овог кривичног дела јер улазак собарице у хотелску собу не би био неовлашћен пошто јер то у опису њеног радног места, а остале њене активности (претурање по туђим стварима) нису инкриминисане неким другим кривичним делом.

У наведеном случају гост хотела собарицу може само у складу са чл. 75 и 77 Закона о основама својинскоправних односа да тужи због сметања државине.

Наведени пример доказује постављену тезу да кривичноправна заштита права на приватност није примарна и целовита већ **субсидијарна и фрагментарна**, односно да пре пружања заштите праву на приватност у кривичном праву његову заштиту треба покушати остварити кроз друге гране права, као и да кривично право не штити право на приватност од свих могућих облика његовог повређивања већ само од неких, тежих случајеваповреде. Ипак и ти теже случајеве повреде права на приватност треба узети условно јер за неког највећи удар на његову приватност може бити нпр. ако се сазна које лекове пије.

Још један пример **субсидијарног и фрагментарног карактера кривичноправне заштите права на приватност** је случај нпр. неовлашћеног уласка у туђ посед и затицање власника како се са гостима купа у дворишном базену. Иако се и у овом случају ради о повреди права на приватност, не само због неовлашћеног сазнавања са киме се власник поседа дружи већ и због неовлашћеног затицања власника поседа у купаћем костиму (или без њега), и у овом случају није предвиђена кривичноправна заштита због повреде права на приватност. Власник поседа (као и гост хотела у претходном случају) може само да лице које је неовлашћено ушло у његов посед, у складу са чл. 75 и 77 Закона о основама својинскоправних односа, да тужи због узнемиравања државине.

Кривичноправна заштита повреде права на приватност није пружена ни у случајевима тзв. *воајеризма*²²³, тј. у случајевима када неко лице без сагласности посматра друга лица приликом пресвлачења или других интимних ствари. У овом случају посматрана лица би евентуално могла да остваре заштиту права на приватност на основу чл.12 Закона о јавном реду и миру уколико би се понашање воајера окарактерисало као *дрско и безобзирно понашање које угрожава спокојство грађана или ремети јавни ред и мир*, што је још један пример **субсидијарног и фрагментарног карактера кривичноправне заштите права на приватност**.

²²³ Постизање полног ужитка посматрањем голог људског тела, полних органа или полних активности других људи

9. Кривично дело противзаконито претресање (чл.140 КЗ)

Код овог кривичног дела објект кривичноправне заштите је поред права на поштовање приватности стана и других просторија и *право на поштовање приватности лица*, тј. *право на поштовање приватног живота*. Радња кривичног дела састоји се у противзаконитом вршењу претресања стана, просторија или лица. Као што смо већ навели, у садржинском смислу *претресање стана и других просторија* представља систематско претраживање одређених затворених простора, или отворених површина које су у функционалној вези са њима (као на пример претраживање врта или баште куће), ради хватања учиниоца или прибављања доказа о кривичном делу и учиниоцу, док је *претресање лица* планско претраживање одређене особе, у циљу проналажења трагова и предмета кривичног дела, који се налазе у одећи тог лица, односно које он има код себе или при себи.²²⁴

Објекат радње су стан, просторије или лице. Појам стана је исти као код кривичног дела нарушавања неповредивости стана, с тим што је Суд још 1992.године, **проширио значење стана и на неке пословне просторије у контексту њиховог претреса**. То се обично дешава у оним ситуацијама у којима је тешко одвојити пословне просторије од просторија за становање.

Овај став истакнут је у случају *Roemen i Schmidt против Луксембурга* из 2003 године²²⁵, где је познати новинар написао чланак о криминалним радњама једног од министара у влади. После објављивања поменутог чланка, дошло је до претреса новинаревог стана, али до претреса канцеларије његовог адвоката. Суд је сматрао да је претрес и преглед документације у канцеларији адвоката довео до повреде чл.8, у смислу повреде права на дом. Да је Суд појам стана проширио и на неке пословне просторије потврђено је и у пресуди *Stes Colas*.²²⁶

Појам просторија треба схватити најшире, тј. он обухвата све просторије без обзира на њихову намену. Дакле, за разлику од кривичног дела нарушавања неповредивости стана где објекат радње извршења могу бити само оне просторије који служе становању или су у функцији коришћења стана, код кривичног дела противзаконитог претресања објекат радње извршења су све просторије без обзира да ли су у функцији коришћења стана или не.

Претресање мора бити незаконито, тј. противно чл.40 Устава Републике Србије и противно члановима 77-81 ЗКП, што је раније објашњено. Извршилац кривичног дела **може бити само службено лице** које врши противзаконито претресање у вршењу своје службе. С тим вези поставља се питање, како квалификовати случај када службено лице изврши противзаконито претресање али не у вршењу службе, већ из нпр. приватних разлога.

²²⁴ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г. стр.247

²²⁵ *Roemenand Schmidt v. Luxembourg* (No.51772/99), 2003.

²²⁶ *Stes Colas*, пресуда од 16.04.2002, бр.41.

Сматрамо да ће у том случају поред кривичног дела противзаконитог претресања из чл.140 КЗ, постојати и кривично дело злоупотребе службеног положаја из чл. 359 ст.1 КЗ, јер би таквим актом дошло до теже повреде права на приватност оштећеног лица (а у зависности од околности конкретног случаја могло би се радити и о кривичном делу из става 2 или 3 истог члана).

Умишљај мора обухватити свест о противправности, тј. да се претресање врши противзаконито.

Поставља се питање да ли се претресање стана и лица може сматрати противправним уколико је дошло до неких пропуста у предузимању ове доказне радње у кривичном поступку. Сматрамо да ситнији пропусти који не доводе у питање правни основ претресања, не морају да значе да је претресање противправно. На пример, постоји судска наредба за претресање стана али је претресање започето пре доласка браниоца, у року краћем од 3 сата од предаје наредбе за претрес , иако је лице којем је наредба за претрес предата захтевало присуство браниоца (чл.78 ст. 1 и 2 ЗКП). У овом случају сматрамо да претресање не би било противправно, тј. да не би постојало кривично дело противзаконитог претресања, али би се због одсуства браниоца приликом претресања (по нашем мишљењу неоправдано) могло поставити питање *валидности* тако прикупљених доказа.

10. Криминалистички аспект претресања и право на приватност

Иако се у право на приватност задире код свих врста претресања (претресање стана и других просторија, претресање превозних средстава, поновљено претресање, групно претресање), то је најочигледније приликом **претресања лица**. Претресање се обавља према одређеном редоследу. Уколико претресани има капу, или шешир, капа или шешир се скидају и претражују, а потом се **претресани пажљиво опипава**, и то најпре рамена, затим плећке, пазух, леђа до појаса, обе руке, врат, груди, око појаса, између ногу и обе ноге до стопала.²²⁷ Некада ће бити потребно погледати шта има у устима, а увек шта има у стиснутим шакама, Након тога **прегледају се цепови, изувају се и прегледају ципеле**, а редослед претресања се може изменити ако је очигледно да се у неком делу одеће крије оружје или друго средство за напад или одбрану.

Уколико се, на пример, пронађе пиштољ, претресање се не прекида, већ се изводи до краја. Пронађени пиштољ не значи да претресани нема други пиштољ, или неко друго средство за напад. Пртљаг или други предмети, који поседује претресани (кофер, кишобран, радио, транзистор итд.), се такође обавезно претресају. Ако је претраживање пртљага отежано на месту лишења слободе, пртљаг и предмети се одузимају, па се накнадно претражују.

²²⁷Ж.Алексић,М.Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.73.

Претресање одеће врши се тако што се **део по део скида са претресаног и претражује.**²²⁸ Почиње се од главе односно капе, шешира, мараме итд., према стопалима. Шешир се претражује споља и изнутра, а прегледа се испод траке, између поставе, пажљиво се прегледа зимски капут, мантил, кишни огртач, виндијакна, сако, џемпер, прслук, пуловер, **панталоне, хаљине, сукње, женске блузе** итд. Прегледају се џепови, шавови, ревери, каиш, поставе, дугмад, украсни предмети, шнале, закрпе и сл. Шавови се у случају потребе парају, што се врши пажљиво, тако да се не нанесу непотребна оштећења.

Прегледају се и проверавају сви предмети који су нађени у џеповима или на другим местима одеће (прибор за пушење, новчаник, налив перо и сл.). У лули, цигарети, упаљачу, прстену, оловци и слично, могу се скривати предмети одговарајућих димензија. Обућа је врло погодна за скривање различитих предмета. Шверцери су склони да у обући сакривају девизе, наркомани дрогу, фалсификатори лажни новац и сл. Због тога се обућа претражује споља и изнутра, између поставе и ђонова, у шупљинама потпетица, између коже и поставе. Разне шнале, каишеви и други украсни предмети на обући, такође се прегледају.

Рубље се прегледа као и обућа, а посебно се претражују стезници, заштитни појасеви, брусхалтери. Пошто су пажљиво претражени одећа, обућа и рубље, обавља се и **претраживање тела**, које започиње од главе ка стопалима.

Пажљиво се прегледа коса, нарочито дуга коса и тако редом. На појединим деловима тела – **испод пазуха, између ногу**, могу се налепити предмети важни за кривични поступак, а такође се могу сакрити и у **шупљинама тела**. Места под завојима, фластерима, треба увек прегледати, а у те сврхе користе се услуге лекара, исто као и **када се сумња да је предмет сакривен у телесним шупљинама**. Потребно је обратити пажњу и на евентуалне повреде (огреботине, трагови ударца, слуз, длацице итд.) које се приликом претресања запажају на телу.

О сваком претресању стана и других просторија се прави записник који потписује лице код кога се или на коме се врши претресање, као и лица чије је присуство обавезно (сведоци). Ако се приликом претресања открију посебна скровишта или већа количина ствари, поред тога што ће се то констатовати у записнику, **ствари и скровишта треба фотографисати, или снимити видео-камером. Фотографије, односно видео касета се у виду криминалистичко-техничких прилога прикључују записнику о претресању.**

²²⁸ Ж.Алексић, М.Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.73

ПЕТА ГЛАВА

V ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ НАДЗОРОМ И СНИМАЊЕМ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА ИЛИ КОМУНИКАЦИЈА ДРУГИМ ТЕХНИЧКИМ СРЕДСТВИМА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

Ова мера спада у посебне доказне радње које се често означавају као *специјалне доказне*, односно *истражне технике* и представљају одређене начине прикупљања доказа који су по свом карактеру атипични, те се примењују само у односу на нека кривична дела, која су *с једне стране*, веома тешка, односно озбиљна, како у фактичком погледу с обзиром на последице које проузрокују у једном општем животном смислу, тако и у кривичноправном погледу, с обзиром на казну која је за њих прописана, док се *с друге стране*, таква дела захваљујући неким њиховим феноменолошким карактеристикама, те психолошким и другим особинама њихових учинилаца, веома тешко откривају, разјашњавају и доказују коришћењем уобичајених, односно редовних доказних метода.²²⁹ То је и довело до потребе да се у савремена кривичнопроцесна законодавства уведе тзв. специјалне истражне технике, те да се у односу на таква кривична дела модификује употреба неких иначе класичних доказних средстава.

Посебне доказне радње, односно специфичне технике прикупљања доказа, су пре свега, карактеристичне за *преткривични поступак* и због тога се уз њих често користи атрибут «истражне», који у већини законодавстава упућује на оно што је у нашем законодавству преткривични поступак. С друге стране, њихови *доказни резултати се користе у кривичном поступку* (ако дође до његовог покретања), па због тога користимо и термин «доказне технике».

²²⁹ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г, стр.265.

2. Кривична дела у погледу којих је могућа примена ове посебне доказне радње

Поље примене ове посебне доказне технике је сада *прилично широко*. Круг кривичних дела у односу на која је могућа примена посебних доказних радњи, након последњих измена и допуна Законика о кривичном поступку²³⁰, значајно је проширен у оквиру Главе XXIXа Законика о кривичном поступку.

У кривична дела у погледу којих је могуће применити ову доказну радњу спадају: 1) Кривична дела организованог криминала; 2) Кривична дела корупције 3) Друга изузетно тешка кривична дела 4) Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, те 5) друга таксативно набројана кривична дела, односно њихови поједини облици, ако су извршена у вези са кривичним делима организованог криминала, односно кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом

Организовани криминал представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе или њених припадника. Под организованом криминалном групом подразумева се група у односу на коју су кумулативно испуњени следећи услови: 1) бројчани састав – групу чине *три или више лица*, 2) одговарајући континуитет постојања – група мора постојати *одређено време* и 3) одговарајућа организована и усмерена криминална активност – група *делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна*, ради стицања, посредно или непосредно, финансијске или друге користи

У кривична дела *корупције* у погледу којих се и ако нису резултат деловања органозоване криминалне групе, може применити ова посебна доказна радња, спадају и кривична дела: злоупотреба службеног положаја (чл.359 КЗ), трговина утицајем (чл.366 КЗ), примање мита (чл.367 КЗ) и давање мита (чл.368 КЗ).

У *друга изузетно тешка кривична дела* у односу на која се и онда, када она нису резултат деловања организоване криминалне групе, може користити ова ова посебна доказна радња, спада низ класичних кривичних дела, односно одређених њихових облика, као што су начелно најтежа кривична дела против живота и тела – убиство и тешко убиство; једно кривично дело против личне слободе- отмица; нека кривична дела против имовине као што су разбојништво и изнуда; те још један број таксативно набројаних кривичних дела, односно одређених њихових облика, где спадају: фалсификовање новца; прање новца; неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога; кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије; недозвољена производња, ношење, држање и промет оружја и експлозивних материја; недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи; трговина људима; трговина малолетним лицима ради усвојења, међународни тероризам, узимање талаца и финансирање тероризма.

²³⁰ «Службени гласник»бр.72/09

Ова доказна радња примењује се и у односу на *кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом* (чл.370.до 384. и чл.385. и 386. КЗ), као и у погледу кривичних дела извршених на територији бивше СФРЈ од 1.јануара 1991., која су наведена у статуту Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

У кривична дела у односу на која се може применити ова посебна доказна радња спадају још и нека *друга таксативно набројана кривична дела*, која су у *одговарајућој функционалној вези* са неким специфичним посебним кривичним делима. Ту се сврставају одређена кривична дела када су извршена у вези са кривичним делима организованог криминала, као и једно кривично дело уколико је извршено у вези са кривичним делом против човечности и других добара заштићених међународним правом. У круг кривичних дела, која представљају «посебна» кривична дела, ако су на одговарајући начин повезана са кривичним делима организованог криминала спадају: спречавање службеног лица у вршењу службене радње, ако је учињено према носиоцу правосудне функције, полицајцу итд., напад на службено лице учињен у односу на носиоца правосудне функције итд, давање лажног исказа, спречавање и ометање доказивања ,ометање правде,повреда тајности поступка,бекство и омогућавање бекства лица лишеног слободе. У посебно кривично дело које такав статус стиче захваљујући функционалној вези са неким кривичним делом из сфере организованог криминала или кривичним делом против човечности и међународног права, спада кривично дело из чл.333 КЗ – помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела.²³¹

3. Услови за тајни аудио и видео надзор

Формални услов (чл.504е ст.1 ЗКП) за спровођење посебне доказне радње тајног аудио и видео надзора огледа се у неопходности кумулативног постојања два услова:

- 1) Одговарајућа процесна иницијатива у виду писменог и образложеног предлога јавног тужиоца
- 2) Доношење одлуке (наредбе) истражног судије којом се наређује надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима и оптичка снимања лица у односу на које постоје **основи сумње** у погледу конкретног кривичног дела које спада у категорију «посебних кривичних дела», **ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.**

²³¹ Тзв.»јатаковање»

У правној литератури сматра се да *основи сумње* постоје ако је *могућност да је окривљени извршио кривично дело*, које се заснива на одређеним чињеницама и околностима, мања од могућности да он то није учинио. Уколико је та могућност *једнака*, постојала би *основана сумња*, а уколико би чињенице и околности само наговештавале, наслућивале или указивале на неверицу, радило би се о *обичној сумњи*.²³² Уколико је могућност да је окривљени извршио кривично дело већа од могућности да он то није учинио, постојала би вероватноћа.²³³

Мере се изузетно могу наредити и ако постоје основи сумње да се припрема неко од кривичних дела из чл 504а ЗКП, а околности случаја указују да се на други начин кривично дело не би могло открити, спречити или доказати, или би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Наведене мере одређује истражни судија образложеном наредбом.²³⁴ У наредби се наводе подаци о лицу против којег се мера примењује, основи сумње, начин спровођења, обим и трајање мере.

Чл.504е ст.1 ЗКП-а предвиђа примену ове мере у и случају **„других разговора“**, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима већ **непосредном вербалном комуникацијом**.

Сматра се да се у практичном раду на спречавању и сузбијању криминалитета, нарочито организованог, **знатно бољи резултати постижу надзором непосредне вербалне комуникације, озвучењем просторија или лица**, у односу на опсервацију и снимање разговора који се обављају телефонима или другим техничким уређајима за комуницирање на даљину.

То потврђује и извештај Комисије за прислушкивање телефонских разговора (*Wiretap Commission*) у САД,²³⁵ који истиче да примена микрофона, односно **озвучење лица или простора даје неупоредиво боље резултате од надзора телефонских разговора**, из простог разлога што су и сами преступници свесни да њихови телефонски разговори могу бити надзирани. Зато су у таквом начину комуницирања они веома опрезни и шкрти, а служе се и разним шифрама, односно достигнућима крипто-технологије. На тај начин њихови телефони и факсови постају заштићени и у већини случајева веома их је тешко, а некада и немогуће надзирати. Стога је **надзор непосредне вербалне комуникације много ефикаснији**.

²³² Ђ. Лазин, *In dubio pro reo*, Научна књига, Београд, 1985, стр.27.

²³³ Ibid

²³⁴ Резултат примене ове мере јесте исправа која се може користити као доказно средство у поступку.

²³⁵ Lutzner, a: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK in USA*, наведено према :Gropp,W: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993,p.771.

У Немачкој процесној теорији се случајеви опсервације непосредне вербалне комуникације у приватним становима диференцирају на тзв. „велики напад прислушкивањем“, који подразумева опсервацију у овим објектима када у њима није присутан прикривени иследник (озвучењем самих просторија), и тзв. „мали напад прислушкивањем“, који означава снимање разговора у приватном стану помоћу „озвученог“ полицијског иследника, који непосредно суделује у таквом разговору.

Када је реч о снимањима, било да су аудио или видео, и било да је у питању «озвучење лица» или «озвучење простора» снимања се по важећем ЗКП-у на основу наредбе истражног судије могу обавити и на јавним местима и у **просторијама које нису станови**. (чл.504 е и чл.504 ж ст.3 ЗКП).

Према чл.5042 ст.1 ЗКП-а, примена микрофона и других уређаја за озвучење просторија (тзв."бубе" - енгл. *bug*, прислушкивање - *bugging*),могућа је уколико се снимање не врши у становима, већ у другим просторијама (јавни објекти, хотели, ресторани). Оваква могућност , тј. могућност „озвучења простора“ без коришћења прикривеног иследника може бити врло значајна уколико се дође до сазнања у ком се ресторану или било ком другом објекту који није стан (пословни простор, складиште, фризерски салон, кафић) одређена криминална група састаје, **или приликом озвучења превозних средстава осумњичених**, што такође спада у „озвучење простора“ , а чијом применом се може доћи до драгоцених доказа.

Према чл.13. *Закона о безбедносно-информативној агенцији*. директор Агенције може, ако је то потребно из разлог безбедности Републике Србије, својим ршењем, а н основу претходне одлуке суда, одредити да се према одређеним физичким и правним лицима предузму одређене мере којима се одступа од начела неповредивости тајне писама и других средстава општења, у поступку утврђеног овим законом.

Дакле *материјални разлог* за спровођење посебне доказне радње тајног аудио и видео надзора од стране Безбедносно-информативне агенције огледа се у угрожавању безбедности Републике Србије.

Према чл.14 *Закона о безбедносно-информативној агенцији*, одступање од начела неповредивости тајности писама и других средстава општења, на предлог директора Агенције одобрава одлуком председник Врховног суда Србије, односно судија тог суда који је одређен да по овим предлозима одлучује у случају одсуства председника суда (овлашћени судија), у року од 72 часа од подношења предлога. Наведени предлог и одлука сачињавају се у писменом облику. Предлог садржи податке и чињенице које су од значаја за одлучивање о примени мере.

Према чл.15. *Закона о безбедносно-информативној агенцији*, кад разлози хитности то захтевају, а посебно у случајевима унутрашњег и међународног тероризма, одступање од наведене процедура за примену ове мере може својим решењем наложити директор Агенције, уз претходно прибављену писмену сагласност за почетак примене одговарајућих мера председника Врховног суда Србије, односно овлашћеног судије. У том случају писмени предлог за примену ових мера доставља се у року од 24 часа од добијања сагласности, а одлука о наставку њихове примене, односно њиховој обустави доноси се у року од 72 часа од подношења предлога. Одлука о обустави одговарајућих мера мора бити писмено образложена.

У случају неприхватања предлога, председник Врховног суда Србије, односно овлашћени судија у обрзложењу одлуке наводи разлоге одбијања.

Дакле *формални услов* за спровођење посебне доказне радње тајног аудио и видео надзора од стране Безбедносно-информативне агенције огледа се у неопходности кумулативног постојања 3 услова:

- 1) Одговарајућа процесна иницијатива у виду писменог и образложеног предлога директора Безбедносно-информативне Агенције
- 2) Доношење одлуке од стране председника Врховног суда Србије или овлашћеног судије у року од 72 часа од подношења предлога директора БИА-е
- 3) Решење директора БИА-е

4. Трајање тајног аудио и видео надзора и извршење наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора или комуникација

Тајни аудио и видео надзор може трајати **најдуже 6 месеци**, а због важних разлога могу бити продужене **још највише два пута у трајању од по 3 месеца**.²³⁶ Извођење мере се прекида чим престану разлози за њихову примену (чл.504е ст.3 ЗКП). Према чл.14.ст.3 *Закона о безбедносно-информативној агенцији* примена ове мере од стране БИА-е може трајати **најдуже 6 месеци**, а на основу новог предлога могу се **продужити** још једанпут најдуже **на још 6 месеци**.²³⁷

Наредбу истражног судије извршавају органи унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војно-безбедносне агенције, а постоји обавеза одређених институција да им то омогуће (чл.504 ж ст.1 и 2 ЗКП)

Наиме, ЗКП прописује да су поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за преношење информација дужна да органима унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војно-безбедносне агенције омогуће извршење мера које нареди истражни судија. По њиховом извршењу, ови органи ће доставити истражном судији тражене извештаје и снимке.

Док траје тајни аудио и видео надзор, наредба истражног судије и поступак њеног извршења сматрају се *службеном тајном* (чл.504 ж ст.4 ЗКП).

²³⁶ Значи да је максимално трајање ове мере према ЗКП-у 12 месеци

²³⁷ Значи да је према *Закоњу о безбедносно-информативној агенцији* максимално трајање ове мере 12 месеци (чл.14.ст.3), дакле постоји компатибилност са максималним роком из ЗКП-а (чл.504.е ст.3).

По извршењу тајног аудио и видео надзора, надлежни органи који су посебну доказну радњу спроводили, достављају истражном судији снимке и посебан извештај који садржи: време почетка и завршетка мере, податке о службеном лицу које је мере спровело, опис техничких средстава која су примењена, број и идентитет лица обухваћених мером и оцену о сврсисходностима и резултатима примењене мере(чл.504 з ст.1 ЗКП).

Када добије тражене податке, истражни судија може одредити да се снимци добијени употребом техничких средстава у целини или делимично препишу и опишу. Истражни судија, затим, јавном тужиоцу доставља сав материјал добијан спровођењем ове доказне радње.

5. Уништење прикупљеног материјала

Истражни судија доноси решење о уништењу прикупљеног материјала, када се алтернативно ради о некој од следећих ситуација: 1) неокретање кривичног поступка у одређеном року – кад јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом који је прикупљен тајним аудио и видео надзором, 2) када јавни тужилац изјави да прикупљени материјал неће користити у поступку, те 3) када јавни тужилац изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка. О доношењу решења истражни судија мооже обавестити лице према коме су спровођене мере, уколико је у току спровођења мера утврђен његов идентитет.Материјал се уништава под надзором истражног судије о чему истражни судија саставља записник (чл.504 з ст.2 и 3).

Уништење прикупљеног материјала под наведеним условима **веома је значајно ради заштите права на приватност**, тј. представља гаранцију да подаци који су прикупљени применом ове мере након њеног окончања неће бити злоупотребљени, тј. да прикупљени лични подаци и информације неће бити искоришћени у незаконите сврхе у којем би случају дошло до повреде права на приватност лица према којима је ова мера употребљена.

6. Случајеви доказне невалидности прикупљених података

У Законнику су предвиђене посебне процесне последице ако је у примени наведених мера поступљено супротно одредбама ЗКП или супротно наредби истражног судије, тј. ако је применом ових мера **дошло до повреде људских права**. На тако прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука, а ако се у било којој фази поступка то утврди, поступиће се сходно одредбама које се односе на издвајање записника. (чл.504 з ст.4 ЗКП).

Овим су у наш законик уведени елементи познате доказне концепције о «плодовима отровног дрвета» - *Fruit of thr poisonous tree doctrine – fruchte des vergiftenes Baumes*.

Ова теорија је веома утицајна у англо-америчком кривичнопроцесном праву, где се додуше много више везује за концепцију о правној неваљаности доказа до којих се дошло **након испитивања осумњиченог** које није обављено у складу са законским и уставно-правним прописима – познати случај «Миранда».

У нашој теорији постоји и став према коме наше законодавство не прихвата доказну теорију »плодова отровног дрвета», што се илуструје неким примерима који се односе на прибављање иначе законитих доказа, али до којих се дошло неком претходном незаконитом радњом. Као на пример, осумњичени за кривично дело убиства, призна под принудом, па на основу тог признања полиција пронађе леш, тада се према концепцији «плодова отровног дрвета» сматра да «за суд не постоји ни признање ни леш», али се у нашој теорији истиче да овакав став представља чистуност које које је очигледно претерано, те као такво није прихватљиво за наше кривично процесно право.²³⁸

Међутим, чини се да је сада у светлу промена наше кривичне процедуре, овај проблем решен на битно дугачији начин, тако да се више ни не поставља питање тумачења да ли би искључење доказа који су сами по себи доказно ваљани, али се до њих дошло начином на који је забрањен или није у доказном смислу дозвољен, већ је то питање решено самим Закоником о кривичном поступку.²³⁹

Основ за став да наш законодавац ипак прихвата теорију о «воћу отровног дрвета», или «плодовима отровне воћке», може се наћи у општим одредбама ЗКП-а. Одредбом чл.18.ст.2 ЗКП-а предвиђено је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима који су сами по себи или **према начину прибављања** у супротности са Уставом или **потврђеним међународним уговором**, или су овим закоником или другим законом изричито забрањени. На овај начин утврђен је функционални појам нелегалног доказа, који се дефинише као *забрањени основ* за доношење судских одлука. Појам незаконитог доказа се одређује функционално у два смисла:

²³⁸ М. Грубач, *Кривично процесно право- Увод у општи део*, друго измењено и допуњено издање, «Службени гласник», Београд, 2002.год., стр.296.

²³⁹ М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Досије, Београд 2003.год.,стр.253

Прво – с обзиром на квалитет и порекло његове доказне не кредибилности, што постоји у две ситуације; 1) ако је такав доказ сам по себи супротан одговарајућим правилима и 2) уколико супротност тог доказа у односу на одговарајућа правила произилази из начина на који је прибављен.

Друго – с обзиром на супротност у односу на правила садржана у неколико алтернативно наведених извора права, тако да доказ сам по себи, или према начину прибављања, може да буде у супротности са одредбама: 1) Устава РС 2) Потврђеним међународним уговором ; 3) Законика о кривичном поступку; 4) Другог закона.

Из овога произилази да се у нашем кривичном процесном праву прихвата доказна концепција о «плодовима отровног дрвета», са свим њеним консеквенцама у односу на незаконито прибављене доказе, који би иначе, сами по себи, били ваљани. Наравно, пракса се о ово правило не може, односно не сме оглушавати, уколико је потпуно јасно да се до неког по себи иначе ваљаног доказа, дошло на забрањен, односно незаконит начин, тј. начин који је у супротности са одредбама Устава, потврђеног међународног уговора, ЗКП-а или другог закона.

Што се тиче законског решења, неспорно је да неће бити кривичнопроцесно валидан онај доказ који је иначе сам по себи доказно веродостојан, уколико се до њега дошло неким забрањеним начином, који се своди на његово прибављање супротно Уставу, потврђеном међународном уговору, ЗКП-у, и другом закону.²⁴⁰

7. Узгредни налази

Још једно од значајних питања која се, са становишта људских права, могу појавити у пракси приликом примене ове мере је и како поступити у случају тзв. случајних налаза тајног надзора и снимања, тј. како поступити у случају да се применом мера тајног надзора и снимања не прибаве докази за кривично дело ради чијег је доказивања примењена ова мера, већ се прибаве докази за неко друго кривично дело, односно како поступити ако се применом ове мере поред доказа за кривично дело ради којег је мера примењена прибаве и докази за још неко кривично дело. У упоредном праву постоје различита решења, од тога да се докази који су прибављени овом мером, осим кривичног дела ради којег је мера примењена не могу користити и за доказивање неког другог дела, преко тога да се овако прибављени докази могу користити и за доказивање неког другог дела ако се ради о кривичном делу које спада у круг таксативно набројаних кривичних дела за које је предвиђена примена ове мере, до тога да се овако прибављени докази могу користити за доказивање било ког кривичног дела.

Наш ЗКП (чл.504з ст.5) прихвата став да се докази прибављени овом мером, осим кривичног дела због којег је мера примењена могу користити и за доказивање неког другог кривичног дела ако се ради о кривичном делу из круга таксативно набројаних кривичних дела ради чијег је доказивања предвиђена употреба ове мере. Пре доношења оваквог решења у Закону о изменама и допунама законика о кривичном поступку («Службени гласник» бр.72/2009) сличан став заузела је и домаћа судска пракса.²⁴¹

²⁴⁰ М. Шкулић, *Организовани криминалитет*, Досије, Београд, 2003.год.,стр.254.

²⁴¹ Одлука Округног суда у Београду, Кж.2349/04 од 27.09.2004.г.

8. Нови ЗКП

8.1. Материјални услови за примену посебних доказних радњи

У чл.161 новог ЗКП-а предвиђени су *материјални услови* за примену посебних доказних радњи:

1) услов који се односи на врсту кривичног дела – неопходно је да постоје **основи сумње** да је учињено кривично дело из чл.162 новог ЗКП-а, и

2) услов који се односи на доказне тешкоће из којих произилази да су ове посебне доказне радње својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Посебне доказне радње изузетно се могу одредити и ако постоје **основи сумње** да се припрема неко кривично дело из чл. 162 новог ЗКП-а, а околности случаја указују да се такво кривично дело на други начин:

- 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би
- 2) то изазвало несразмерне тешкоће, односно велику опасност.

Материјални услови за примену посебних доказних радњи из чл.161 новог ЗКП-а готово су идентични материјалним условима за примену посебних доказних радњи из важећег ЗКП-а, тј. основни критеријум за примену ових мера и у важећем и у новом ЗКП-у је **постојање основа сумње** да је учињено или да се припрема неко од кривичних дела за која је примена ових мера могућа.

Из угла законодавне технике свакако је боље решење што су материјални услови дати генерално у једном члану, него како је то раније било решено понављањем набрајања услова приликом регулисања сваке од доказних радњи понаособ. Као добро решење може се оценити и постављање као генералног услова оцену органа поступка да ли се исти резултат може постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана чиме се остварују начела супсидијарности и сразмерности у примени ове мере.

Приметна је и терминолошка измена у односу на раније решење, где је истражни судија имао водећу улогу код примене ових мера, а сада оцену врши орган поступка, што је резултат поделе надлежности између јавног тужиоца, који сада преузима водећу улогу у поступку, и судије за претходни поступак, који поседује мање прерогативе него истражни судија по важећем ЗКП-у.

8.2. Кривична дела у погледу којих је могућа примена посебних доказних радњи

Према чл.162 **новог** ЗКП-а, (што је случај и са важећим ЗКП-ом), поље примене о посебних доказних радњи *прилично је широко*. Круг кривичних дела у односу на која је могућа примена посебних доказних радњи, након последњих измена и допуна Законика о кривичном поступку²⁴², као и у **новом** ЗКП-у значајно је проширен.

Према чл.162 **новог** ЗКП-а у кривична дела у погледу којих је могуће применити посебне доказне радње спадају:

- 1) кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа Тужилаштво за организовани криминал или Тужилаштво за ратне злочине и
- 2) друга таксативно набројана кривична дела

Кривична дела за које је надлежно Тужилаштво за организовани криминал предвиђена су у чл. 2 *Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела*, а кривична дела за које је надлежно Тужилаштво за ратне злочине предвиђена су у чл.2 *Закона о организацији и надлежности државних органа у поступку за ратне злочине*.

Што се тиче таксативно набројаних кривичних дела, у члану 162 ст.1 тачка 2 **новог** ЗКП-а **уведена су** нека нова кривична дела за које према важећем ЗКП-у није могућа примена посебних доказних радњи, као што је кривично дело приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185 ст.2 и 3 КЗ), а нека кривична дела за које је према важећем ЗКП-у примена ових радњи могућа (као што је разбојништво из чл.206 ст.2 КЗ) **изостављена су** из **новог** ЗКП-а.

Према чл.162 ст.3 **новог** ЗКП-а **примена посебне доказне радње тајног надзор комуникација** у односу на важећи ЗКП **проширује се** на кривична дела као што су неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (чл.199 КЗ) и нека кривична дела против безбедности рачунарских података (чл. 298, чл. 299, чл.301 ст.3, чл.302 КЗ).

²⁴² «Службени гласник»бр.72/09

8.3. Поступање са прикупљеним материјалом

Према чл. 163 ст.1 **новог** ЗКП судија за претходни поступак доноси решење о уништењу прикупљеног материјала, када се алтернативно ради о некој о следећих ситуација:

- 1) непокретање кривичног поступка у одређеном року – кад јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом који је прикупљен коришћењем посебних доказних радњи ,
- 2) када јавни тужилац изјави да прикупљени материјал неће користити у поступку,
- 3) када јавни тужилац изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка.

Према чл.163 ст.2 **новог** ЗКП-а о доношењу решења судија за претходни поступак може обавестити лице према коме су спровођене посебне доказне радње уколико су испуњена два *кумулятивна* услова:

1. уколико је у току спровођења мера утврђен његова истоветност и
2. ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка.

Да би се лице према коме су спроведене посебне доказне радње о томе и обавестило, у чл.163 ст.2 **новог** ЗКП-а поред услова да је утврђена истоветност лица, што постоји и у важећем ЗКП-у, **уводи се још један услов**. Тај услов је да обавештавање лица о предузетим посебним доказним радњама не угорожава могућност вођења кривичног поступка. *Ratio legis* увођења додатног услова који мора бити испуњен да би се неко лице обавестило о мерама које су против њега предузете је очување ефикасности кривичног поступка и предузетих посебних доказних радњи, па је у том смислу овакво решење **новог** ЗКП-а оправдано.

8.4. Случајеви доказне невалидности прикупљених података

У чл.163 ст.3 **новог ЗКП-а** предвиђене су посебне процесне последице ако је у примени наведених мера поступљено супротно одредбама ЗКП или супротно наредби органа поступка, **на тако прикупљеним подацима се не може заснивати судска одлука.**

Овим су у нацрту **новог ЗКП-а**, као и у важећем ЗКП-у, уведени елементи познате доказне концепције о «плодовима отровног дрвета» - *Fruit of the poisonous tree doctrine – fruchte des vergiftenes Baumes.*

Основ за став да наш законодавац прихвата теорију о «воћу отровног дрвета», или «плодовима отровне воћке», може се наћи у општим одредбама и важећег и **новог ЗКП-а**. Одредбом чл.18.ст.2 важећег ЗКП-а односно чл.16 ст.1 **новог ЗКП-а** предвиђено је да се судске одлуке не могу заснивати на доказима **који су сами по себи** или **према начину прибављања** у супротности са Уставом или потврђеним међународним уговором, или су овим закоником или другим законом изричито забрањени.

Из наведеног произилази да се у нашем кривичном процесном праву, тј. и у важећем и **новом ЗКП-у**, прихвата доказна концепција о «плодовима отровног дрвета», са свим њеним консеквенцама у односу на незаконито прибављене доказе, који би иначе, сами по себи, били ваљани.

Према чл. 163 ст. 3 **новог ЗКП-а** као **новина** у односу на важећи ЗКП предвиђено је да се докази који су прикупљени на незаконит начин **чувају до правоснажног окончања поступка који се води због прибављања таквих доказа.** На овај начин онемогућено је уништавање доказа који настају евентуалном незаконитом применом посебних доказних радњи, тј. омогућава очување доказа који би се евентуално употребили у каснијем кривичном поступку, па је у том смислу ова новина основано решење.

На крају, треба и овде истаћи да са становишта законодавне технике сматрамо бољим ово решење по коме је поступање са прикупљеним материјалом уређено једним чланом генерално за све посебне доказне радње, него актуелно по коме се код сваке доказне радње посебно описује поступање са прикупљеним материјалом.

8.5. Случајни налази

Још једно од значајних питања која се са становишта људских права могу појавити у пракси приликом примене посебних доказних радњи је и питање како поступити у случају тзв. случајних налаза, тј. како поступити у случају да се применом мера посебних доказних радњи не прибаве докази за кривично дело ради чијег су доказивања мере примењене, већ се прибаве докази за неко друго кривично дело, односно како поступити ако се применом ових мера поред доказа за кривично дело ради којег су мере примењена прибаве и докази за још неко кривично дело.

У упоредном праву постоје различита решења, од тога да се докази који су прибављени овим мерама, осим кривичног дела ради којег је мера примењена не могу користити и за доказивање неког другог дела, преко тога да се овако прибављени докази могу користити и за доказивање неког другог дела ако се ради о кривичном делу које спада у круг таксативно набројаних кривичних дела за које је предвиђена примена ове мере, до тога да се овако прибављени докази могу користити за доказивање било ког кривичног дела.

У чл164 **новог** ЗКП-а прихвата се став да се докази прибављени посебним доказним радњама, осим кривичног дела због којег је мера примењена могу користити и за доказивање неког другог кривичног дела ако се ради о кривичном делу из круга таксативно набројаних кривичних дела ради чијег је доказивања предвиђена употреба ове мере.

Јасно је да је овим чланом законодавац само задржао континуитет са актуелним решењем, а једину измену представља могућност примене случајних налаза **не само ако се односе на друго кривично дело, већ и ако се односе на другог учиниоца**, што сматрамо основаним решењем. Са становишта кривичног прогона, нема разлога омеђити примену прикупљеног материјала само на нова дела истог учиниоца, а не проширити их и на нове учиниоце кривичних дела из чл. 162 ЗКП. Важе претходно изнета запажања везана за генерализацију ове одредбе на све посебне доказне радње.

8.6. Тајност података

Прописивање тајности резултата добијених применом посебних доказних радњи нужан је услов да би примена ових мера уопште могла да буде делотворна. Пропуст законодавца је што је у чл.165 новог ЗКП-а **изоставио обавезу службеног лица да упозори свако лице које сазна ове податке у било ком својству на дужност чувања службене тајне**, како је то предвиђено у чл.504в ст.1 важећег ЗКП. Наиме, није спорно да је та дужност експлицитно прописана у закону, али не сме се заборавити да нису сви учесници у поступку правно едуковани и не мора им бити позната ова законска обавеза.

Услед постојања заиста великог броја прописа данас, примена начела *Ignoratio legis nocet*, свакако не може наћи своју примену на начин како је то било у римском праву, када је овај диктум настао и имао своју пуну примену. Прописивањем обавезе надлежног органа да упозори сваког од актера поступка на ову обавезу, брише се свака могућност да се неко позове на непознавање овог прописа и самим тим се боље обезбеђује тајност примене посебних доказних радњи. Из наведених разлога требало је задржати ову обавезу која је прописана у чл.504в ст.1 важећег ЗКП-а и у чл. 165 новог ЗКП-а.

8.7. Тајни надзор комуникација

У новом ЗКП-у актуелна мера надзора и снимања телефонских и других разговора и комуникација из чл.504е-з подељена је на две мере, од којих је једна тајни надзор комуникација.

8.7.1. Материјални и формални услови

У чл.166 **новог** ЗКП-а предвиђено је да ако су испуњени *материјални услови* из чл. 161 ст.1 и 2 на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплену писама и других поштиљки.

Формални услови за спровођење посебне доказне радње тајног надзора комуникација према чл.166 и 167 **новог** ЗКП-а исти су као и у чл.504е важећег ЗКП-а и огледају се у неопходности кумулативног постојања два услова:

- 1) Одговарајуће процесне иницијативе у виду образложеног предлога јавног тужиоца
- 2) Доношење одлуке (наредбе) судије за претходни поступак (у важећем ЗКП-у то је истражни судија) којом се наређује тајни надзор комуникација

8.7.2. Трајање мере

Према чл.167 **новог** ЗКП-а тајни надзор комуникација може трајати **3 месеца**, а због важних разлога може бити продужен **још за три месеца**. Ако је реч о кривичним делима за која је посебним законом одређено да поступа Тужилаштво за организовани криминал или Тужилаштво за ратне злочине тајни надзор се може изузетно продужити још **највише два пута у трајању од по 3 месеца**. То значи да је максимално трајање ове мере и по важећем и по новом ЗКП- **12 месеци**.

Из овог члана произилази да је давање наредбе за примену ове посебне доказне радње и даље у надлежности суда, сада судије за претходни поступак. За разлику од актуелног решења, нема општег рока за примену ове радње код свих кривичних дела, већ је **рок подељен на две целине**. До шест месеци мера се може примењивати на сва кривична дела из чл. 162 ЗКП, а до годину дана код кривичних дела за која су надлежни Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине. Приметна је и измена којом је као услов за продужење ове посебне доказне радње законодавац уместо термина „важни разлози“ предвидео термин „неопходност даљег прикупљања доказа“.

8.7.3. Органи који су надлежни за примену мере и проширење мере

Према чл.168 новог ЗКП-а органи који су надлежни за примену ове мере исти су као и органи из чл.504ж ст.1 важећег ЗКП-а, **уз предвиђање додатне обавезе да се овим органима предају писма и друге пошиљке**.

Проширење тајног надзора комуникације није регулисано важећим ЗКП-ом.

Према чл.169 новог ЗКП-а предвиђено је да уколико у току спровођења ове мере надлежни органи сазнају да осумњичени користи други телефонски број или адресу, орган који спроводи тајни надзор ће проширити тајни надзор и на тај телефон или адресу, и о томе одмах обавестити јавног тужиоца. Одмах по обавештавању, јавни тужилац дужан је да поднесе предлог за проширење тајног надзора комуникације, о коме одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати од пријема предлога. Ако судија за претходни поступак предлог прихвати, накнадно ће одобрити проширење тајног надзора комуникације, а ако одбије, материјал прикупљен на овај начин се уништава.

8.7.4. Неодстаци мере тајног надзора комуникација према новом ЗКП-у

За разлику од чл.504е ст.1 важећег ЗКП-а према чл. 166. **новог ЗКП-а** примена ове мере предвиђена је само кад су у питању комуникације које се обављају путем телефона или других техничких средстава, што значи да **нови ЗКП за разлику од важећег не предвиђа могућност примене ове мере у случају „других разговора“²⁴³**, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима већ **непосредном вербалном комуникацијом**.

Формулацијом из чл.166 новог ЗКП-а да се ова мера може одредити само у случају надзора и снимања **комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзора електронске или друге адресе осумњиченог**, без навођења и могућности снимања “других разговора”, **искључује примену ове мере ради снимања и надзора непосредних вербалних разговора**, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима (рачунари, факсови, сателитске везе).

Сматра се да се у практичном раду на спречавању и сузбијању криминалитета, нарочито организованог, **знатно бољи резултати постижу надзором непосредне вербалне комуникације, озвучењем просторија или лица**, у односу на опсервацију и снимање разговора који се обављају телефонима или другим техничким уређајима за комуницирање на даљину.

То потврђује и извештај Комисије за прислушкивање телефонских разговора (*Wiretap Commission*) у САД,²⁴⁴ који истиче да примена микрофона, односно **озвучење лица или простора даје неупоредиво боље резултате од надзора телефонских разговора**, из простог разлога што су и сами преступници свесни да њихови телефонски разговори могу бити надзирани. Зато су у таквом начину комуницирања они веома опрезни и шкрти, а служе се и разним шифрама, односно достигнућима крипто-технологије. На тај начин њихови телефони и факсови постају заштићени и у већини случајева веома их је тешко, а некада и немогуће надзирати. Стога је **надзор непосредне вербалне комуникације много ефикаснији**.

Искључивање могућности за примену ове мере када су у питању разговори који се не обављају путем телефона или других техничких средстава, тј. кад су питању обични разговори, односно непосредна вербална комуникација, може довести у питање ефикасност ове мере и **може бити велики пропуст новог ЗКП-а**, јер је питање да ли је по новом ЗКП-у могуће тзв. „озвучавање простора“ или само „озвучавање лица“ применом одредби о прикривеном иследнику из чл. 184 ст.2 новог ЗКП-а.

²⁴³ Термин из чл.504 е ст.1 важећег ЗКП

²⁴⁴ Lutzner, a: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK in USA*, наведено према :Gropp,W: *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993,p.771.

За разлику од чл.166 у чл. 184 ст.2 а **новог ЗКП** исправно је наведено да у наредби (суда) може бити предвиђено да **прикривени иследник** може употребити техничка средства за снимање **разговора...**, дакле **код одредби о прикривеном иследнику не прави се ограничење да снимање може да се врши само кад су у питању телефонски или други разговори коришћењем техничких средстава**. То значи да је „озвучење лица“ тј. прикривеног иследника могуће и ради снимања непосредних вербалних комуникација. **То такође значи да прикривени иследник може применити мере и ради „озвучења простора“ који је стан.**

Када је реч о снимањима, било да су аудио или видео, и било да је у питању «озвучење лица» или «озвучење простора» снимања се по важећем ЗКП-у на основу наредбе истражног судије могу обавити и на јавним местима и у **просторијама које нису станови**. (чл.504 е и чл.504 ж ст.3 ЗКП).

Према чл.166 **новог ЗКП-а, снимање није могуће** кад је у питању тзв. „озвучење простора“, тј. снимање непосредне вербалне комуникације у одређеном простору без коришћења прикривеног иследника, односно акустично снимање активности које се у надзираном простору одвијају.

То могу да буду простори, односно објекти где се обавља неовлашћени промет опојним дрогама, затим простори или објекти где се састају извршиоци кривичних дела и њихови саучесници, или где се припремају нова кривична дела, као и друга криминална жаришта, односно криминалне средине.²⁴⁵

Према важећем ЗКП-у, примена микрофона и других уређаја за озвучење просторија (тзв."бубе" - енгл. *bug*, прислушкивање - *bugging*), **могућа је уколико се снимање не врши у становима**, већ у другим просторијама (јавни објекти, хотели, ресторани). Оваква могућност, тј. могућност „озвучења простора“ без коришћења прикривеног иследника може бити врло значајна уколико се дође до сазнања у ком се ресторану или било ком другом објекту који није стан (пословни простор, складиште, фризерски салон, кафић) одређена криминална група састаје, **или приликом озвучења превозних средстава осумњичених**, што такође спада у „озвучење простора“, а чијом применом се може доћи до драгоцених доказа. Према чл.166 **новог ЗКП-а**, без коришћења прикривеног иследника „озвучење простора“ **неће бити могуће** јер је у овом члану изостављено снимање непосредне вербалне комуникације, дакле комуникације која се не обавља коришћењем телефона или других техничких средстава (факса, е-мејла, пејцера...).

²⁴⁵ *Криминална средина* је облик деликвентске средине, социјалног миљеа у коме делује мања или већа, неформална, полуорганизована или организована група чија је професионална оријентација вршење кривичних дела. У вези је са *криминалном зајеницом*, као социјалним типом деликвентске заједнице више лица криминалне оријентације, која је неформалног карактера, а коју карактерише групно понашање, међусобно поверење, зависност, солидарност и подређеност групном ауторитету. У: Бошковић, М., *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 1999.стр, 159, 163.

У Немачкој процесној теорији се случајеви опсервације непосредне вербалне комуникације диференцирају се на тзв. „велики напад прислушкивањем“, који подразумева озвучење самих просторија, и тзв. „мали напад прислушкивањем“, који означава снимање телефонских разговора или снимање помоћу „озвученог“ полицијског иследника који непосредно суделује у разговору.

Према чл.237. ст.1 тачка 1 ЗКП Црне Горе у посебне мере спада тајни надзор и техничко снимање телефонских разговора, односно средстава за техничку комуникацију на даљину **и приватних разговора који се обављају у приватним или јавним просторијама или на отвореном**. Црногорски ЗКП дакле не ограничава снимања само на телефонске или неке друге разговоре средствима техничке комуникације већ омогућава и снимање директних вербалних разговора.

Хрватски ЗКП у чл. 332 ст.1 тачка 1 као посебну меру предвиђа надзор и снимање **телефонских разговора, односно средстава за техничко комуницирање на даљину**, али у истом члану (чл.332 ст.1 тачка 3) предвиђа још једну доказну радњу која не постоји у нашем ЗКП-у а која омогућава и озвучење простора, односно снимање непосредних вербалних разговора, тј. хрватски ЗКП као посебну доказну радњу предвиђа и **улазак у просторије ради спровођења надзора** и техничко снимање просторија.

У чл.166 новог ЗКП-а не прецизира се о којој врсти снимања је реч, тј. не спомињу се и оптичка (видео) снимања док је у чл.504е ст.1 вежећег ЗКП изричито предвиђена и ова врста снимања. Ипак, пошто чл.166 новог ЗКП-а наводи да се тајни надзор комуникације односи на надзор и **снимање комуникација**, може се закључити да је **код посебне доказне радње тајног надзора комуникација реч о тонском снимању**.

Такође, у чл. 166 **новог** ЗКП-а прецизира се да је могућ надзор «електронске или друге адресе осумњиченог», мада се то могло подвести и под израз „комуникације другим техничким средством“ који постоји у чл.504 е ст.1 важећег ЗКП.

Код ове посебне доказне радње, као што је раније наведено, на први поглед није јасан *ratio legis* због кога се на основу чл.162 ст.3 новог ЗКП њена примена **проширује** на кривична кривичним дела као што су неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (чл.199 КЗ) и нека кривична дела против безбедности рачунарских података (чл. 298, чл. 299, чл.301 ст.3, чл.302 КЗ).

Ratio legis за примену ове посебне доказне радње на кривична дела неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (чл.199 КЗ) нека кривична дела против безбедности рачунарских података (чл. 298, чл. 299, чл.301 ст.3, чл.302 КЗ) као и на кривично дело приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185 ст.2 и 3 КЗ) постоји у Конвенцији чији је оригинални назив

Convention on Cybercrime а коју је Република Србија Законом о потврђивању Конвенције превела као Конвенцију о високотехнолошком криминалу, иако би прецизнији превод био Конвенција о рачунарском криминалу што је учињено у Црној Гори.

Разлика између сајбер (који се ограничава само на рачунаре) и високотехнолошког криминала (који укључује сва савремена техничка средства) није само термиолошке већ и практичне природе. Тако на пример, у зависности од тога, зависиће и да ли се одредбе Конвенције о високотехнолошком криминалу могу применити само кад су у питању кривична дела која се врше (зло)употребом рачунара и рачунарских система или када су у питању и кривична дела која се врше (зло)употребом било које друге телекомуникационе технологије (телефонском, сателитском и сл; жичаним или бежичним путем, свеједно).

Наведеном Конвенцијом поред кривичних дела против безбедности рачунарских података (чл.2-8), санкционисана су и кривична дела везана за дечију порнографију (чл.9) као и дела која се односе на кршење ауторских и њима сличних права (чл.10). Такође у чл. 14 ст.2 Конвенције предвиђено је да ће свака чланица усвојити такве легислативне и остале неопходне мере као и овлашћења и процедуре које су предвиђене Конвенцијом а које ће се примењивати у истрагама и поступцима за кривична дела која су установљена Конвенцијом. Између осталих овлашћења која ће се примењивати у истрагама и поступцима за ова кривична дела Конвенција у чл.20 предвиђа и **„прикупљање информација о промету података у моменту њиховог настајања“** (реалном времену) а у чл.21 предвиђа и **„пресретање података који се налазе у садржају електронских комуникација“.**

Из наведеног произилази да ипак **постоји** *ratio legis* за примену посебне доказне радње тајног надзора комуникација на кривична дела неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права (чл.199 КЗ) као и на нека кривична дела против безбедности рачунарских података (чл. 298, чл. 299, чл.301 ст.3, чл.302 КЗ).

Међутим, у чл. 15 Конвенције предвиђено је и да свака чланица треба да обезбеди да успостављање, имплементирање и примена овлашћења и поступака наведених у Конвенцији, између осталог подлеже условима и ограничењима предвиђеним **националним правом**, које мора омогућити адекватну заштиту људских права и слобода, и које ће поштовати принцип **пропорционалности**. Иако је националним правом, тј. Кривичним закоником, предвиђено да је друштвена опасност кривичних дела која су новим ЗКП-ом изостављена из примене ове мере (нпр.разбојништво из чл.206 ст.2 КЗ) већа од друштвене опасности кривичних дела којима се ова мера проширује (нпр. кривично дело неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права из чл.199 КЗ) што није у складу са принципом пропорционалности, изгледа да је интенција Конвенције на процесној а не материјалној пропорционалности, тј. да се примена ових мера сматра **пропорционалном у процесном смислу**, односно да је њихова примена могућа ако се докази за наведена кривична дела на други начин не могу прибавити.

Иако *ratio legis* за проширење ове мере на нова кривична дела ипак постоји и своју основу налази у Конвенцији о високотехнолошком криминалу, и даље остаје отворено питање зашто приликом потписивања Конвенције на одређене одредбе нису стављене резерве које су легитимно правно средство, и на тај начин избећи да се „врапци гађају топовима“, тј. да се посебне доказне радње а поготову тајни надзор комуникација не примењује за кривична дела попут неовлашћено искоришћавање ауторског дела или предмета сродног права из чл.199 КЗ.

Нови ЗКП као и важећи не садржи одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене ове мере. **Најзначајније ограничење које познаје упоредно право (САД) које приликом примене ове мере штити право на приватност су такозвана «правила о минимализацији»** којим се органи обавезују на редукцију мере само на оне разговоре који су правно релевантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља ван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу, **што је у практичној примени тешко изводљиво**. Надаље, ако се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о злочину, такав разговор се не сме надzirати осим повремено како би се та чињеница потврдила, што је у пракси изводљиво.

8.8. Тајно праћење и снимање

За разлику од важећег ЗКП-а, према **новом** ЗКП-у аудио и видео односно тонска и оптичка снимања више неће бити регулисана истим чланом, тј. према новом ЗКП-у за видео односно оптичко снимање важиће посебна правила прописана у члановима од 171 до 173 новог ЗКП-а и представљаће посебну доказну радњу.

У чл.171 а **новог** ЗКП-а предвиђено је да ако су испуњени материјални услови из чл. 161 ст.1 и 2 на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог ради:

- 1) откривања контаката или комуникације осумњиченог на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану;
- 2) лоцирања лица или ствари

Израз из чл.171 ст.1 новог ЗКП-а да суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог није баш најјаснији у погледу прецизирања **о којој врсти снимања је реч**, тј. да ли се и овде као и у претходној доказној радњи ради о тонском или је реч оптичком снимању. Иако чл. 2 ст. новог ЗКП-а у тачкама 27 и 28 даје дефиниције оптичког и тонског снимања, у чл.171 ст.1 новог ЗКП-а, који регулише тајно праћење и снимање, не помиње се ни тонско ни оптичко снимање, тј. не прецизира се о ком је снимању реч.

Тонско и оптичко снимање помињу се једино у чл.236 новог ЗКП који регулише тонско или оптичко снимање извођења доказних радњи, с тим да се у овим случајевима не ради о тајном снимању јер је орган поступка у обавези да о снимању радње претходно обавести лице које учествује у радњи (чл.236 ст.2 новог ЗКП-а).

Пошто је у чл.171 новог ЗКП-а реч о *тајној доказној радњи*, према стандардима Суда за људска права, грађани, *из разлога правне сигурности*, унапред морају знати под којим условима могу бити тајно оптички или тонски снимани, што у чл. 171 ст.1 новог ЗКП-а није случај. Наиме, **законом се мора прецизирати о којој врсти снимања је реч** да би грађани унапред могли знати када без свог знања и одобрења могу бити снимани тонски а када оптички.

Према пракси Суда, није довољно да је примена тајних мера надзора и снимања регулисана законом, већ је потребно и да тај **закон има одговарајући квалитет**.

Тако је у случају *Malone v Уједињено Краљевство*²⁴⁶ из 1984.г., подносилац представке тврдио да је његов телефон незаконито прислушкиван. Држава није оспоравала ову тврдњу, али је истакла да је то учињено по налогу полиције. Међутим, Суд је утврдио да за оправдање повреде права из чл. 8 ЕКЉП није довољно да се држава позове на постојање свог националног законодавства које регулише прислушкивање, већ, напротив да то **законодавство мора да буде у складу са принципом владавине права**. Суд је пронашао да је пропис који регулише прислушкивање телефонских разговора *исувише нејасан* да би одговарао стандарду «у складу са законом», тако да је дошло до ометања права на приватност. **На основу анализе закона којим се утврђује прислушкивање телефонских разговора, Суд је закључио да су његове одредбе врло нејасне да би одговарале општем захтеву законитости из чл. 8 ст.2 ЕКЉП**. Закључено је да би било супротно владавини права када би се дискрециона слобода, дата извршној власти, изражавала као необузdana моћ и да закон мора јасно да успостави границе слободне процене дате извршним властима и пружити адекватну заштиту појединцу од самовољног мешања.

Суд је овај став потврдио у у пресуди *Doerga v Холандија*²⁴⁷ где је сматрао да снимања телефонских разговора које обавља полиција представља озбиљну сметњу приватном животу и преписци, те да **снимање мора бити засновано на закону који је посебно прецизан**. Како је Суд то посебно нагласио, «неопходно је имати јасна, детаљна правила ..., посебно стога што доступна технологија постаје све софистициранија».²⁴⁸

²⁴⁶ *Malone v Уједињено Краљевство*, пресуда од 02. августа 1984.г, Series A, no 82, бр. .67.

²⁴⁷ *Doerga v Холандија* (No.50210/99),2004, par. 50.

²⁴⁸ *Kruslin v. France* (1990), *Huvig v France*, (1990).

Пошто ова посебна доказна радња носи назив тајно праћење и снимање, а ни у наслову а ни касније у тексту **члана 171 који је регулише није употребљен израз тајно праћење и снимање комуникација**, већ само тајно праћење и снимање *осумњиченог* (дакле не спомиње се снимање комуникације осумњиченог већ снимање осумњиченог као физичке појаве, тј. снимање његовог кретања) граматичким и логичким тумачењем произилази да се код посебне доказне радње тајног праћења и снимања не ради о тонском већ о оптичким снимању.

Ово произилази и из *системског тумачења* тј. из тумачења норме која регулише аудио односно тонско снимање код посебне доказне радње тајног надзора комуникација, где је у члану 166 новог ЗКП-а предвиђено да се тајни надзор комуникација односи на надзор и *снимање комуникација*. Дакле, кад се радио о аудио снимању нови ЗКП употребљава термин *снимање комуникација* а не термин *снимање осумњиченог* или термин *откривање комуникација* као што је учињено у чл.171 новог ЗКП-а који регулише посебну доказну радњу тајно праћење и снимање, јер снимање и откривање комуникације није исто.

Наиме, реч комуникације помиње се у чл.171 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а, али не у контексту снимања комуникација већ у контексту појашњења једног од два алтернативна циља ове доказне радње, тј. ради **откривања** (а не снимања) **комуникације осумњиченог** на јавним местима и местима на којима је приступ ограничен или у просторијама, осим у стану. Исто тако, предвиђено је да се ова доказна радња може применити ради **лоцирања** лица и ствари, **али не и ради снимања комуникације лица** (нпр. ради снимања комуникације у аутомобилу).

Пошто се за разлику од чл.166 у тексту чл.171 новог ЗКП-а не спомиње термин снимање комуникација већ термин снимање осумњиченог или термин откривање комуникације (што није исто што и снимање комуникације), из тога произилази да се **оптичким снимањем мере тајног праћења и снимања не може снимати садржај комуникације осумњиченог**. То би даље значило да се **снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог не може остварити ни применом мере тајног надзора комуникације ни применом мере тајног праћења и снимања, што може бити велики пропуст новог ЗКП-а.**

Примена оптичких снимања код посебне доказне радње тајног праћења и снимања у чл. 171 новог ЗКП-а сужена је у односу на важећи члан 504е ст.1 ЗКП-а, тј. примена ове мере сужена је само на:

1. откривање контакта или комуникације осумњиченог ,односно
2. лоцирање лица или ствари.

Наведена формулација могла би да отвори и питање да ли би се снимци прибављени мером тајног праћења и снимања могли искористити као доказ ако би се применом ове мере **директно снимило извршење кривичног дела**, нпр. неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из чл.246 КЗ или недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из чл.350 КЗ, јер се ту онда не би радило о откривању контакта или комуникације осумњичених односно лоцирању лица или ствари, већ о директном извршењу кривичног дела.

Сматрамо да се коришћење снимака прибављених мером тајног праћења и снимања као доказа уколико је применом ове мере **директно снимљено извршење кривичног дела**, може бранити материјалним условима за примену посебних доказних радњи из чл.161 новог ЗКП-а, где је предвиђено да се посебне доказне радње између осталог примењују **ако се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење**, или би њихово прикупљање било знатно отежано. Важећи чл. 504е ЗКП-а, који у себи интегрише и тонско и оптичко снимање, **не оставља простор за овакве дилеме**.

Тајно праћење и снимање као посебна доказна радња постоји и у **словеначком ЗКП-у**, тј. у словеначком Закону о казенском постопку. Словеначки ЗКП приликом дефинисања тајног посматрања као посебне доказне радње предвидео је да се тајно посматрање изводи непрекинутим или понављајућим посматрањем или праћењем уз употребу техничких средстава за утврђивање положаја кретања те **техничких средстава за пренос и снимање гласа**, фотографисање те видео снимање, које је усмерено на праћење положаја кретања и **активности** одређене особе.²⁴⁹

Дакле, словеначки ЗКП за разлику од нашег новог ЗКП-а изричито предвиђа да се приликом тајног посматрања **могу снимати и гласови** као и да снимање може да се односи на **све активности** одређеног лица а не само на откривање контакта односно комуникације осумњиченог или лоцирање лица и ствари.

Из наведеног произилази да доказна радња тајно праћење и снимање има 3 недостатка:

1. У чл.171 новог ЗКП-а није прецирано о којој врсти снимања је реч
2. На основу формулације у чл.171 новог ЗКП произилази да се не може снимати комуникација осумњиченог већ само он као физичка појава, што доводи до тога да се снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог не може остварити ни применом мере тајног надзора комуникација ни применом мере тајног праћења и снимања

Примена оптичких снимања код посебне доказне радње тајног праћења и снимања у чл.171 новог ЗКП сужено је у односу на чл.504е ст.1 важећег ЗКП-а, тј. примена ове мере сужена је на 1. откривање контакта или комуникације осумњиченог, односно 2. лоцирање лица или ствари.

²⁴⁹ Закон о казенском постопку чл. 149а

9. Упоредно- правни приказ надзора и снимања телефонских и других разговора

9.1. Сједињене Америчке Државе

Електронски надзор телекомуникација прописан је од стране више закона, као што су *Omnibus Crime Control and Safe Streets Act* из 1968 године²⁵⁰; *Electronic Communications Privacy Act* из 1986 године²⁵¹, *Communications Assistance for Law Enforcement Act* из 1994 године²⁵², и *Antiterrorism and Effective Death Penalty Act* из 1996 године.²⁵³

У складу са овим одредбама у САД постоје 3 врсте пресретања комуникација:

1. «Жичана комуникација» (*Wire communications*) обухвата звучне (гласовне) трансфере (укључујући и људски глас) емитоване, бар делимично путем жице, између места где настају и где се примају, телефонски позиви. То укључује мобилне и бежичне телефоне, говорну пошту, гласовне (звучне) пејцере и традиционалне телефоне (*landline telephones*).

2. Непосредна говорна комуникација између саговорника (*Oral communications*) подразумева комуникацију између људи који се налазе под истим околностима у којима постоји разумно очекивање поштовања њихове приватности.

3. Електронска комуникација, као трансфер не-гласовних порука, обухвата дигиталне пејџинг апарате или факс машине, електронску пошту, компјутерски пренос, и, у одређеним случајевима сателитски пренос.²⁵⁴

Електронском надзору приступа се супсидијарно, само ако су све друге мере исцрпљене и ако се истрага води за тачно каталожки одређена кривична дела, која су сврстана у ред тешких и опасних злочина, која могу да се поделе на 3 групе:

1. Кривична дела против унутрашње безбедности државе
2. Најтежи злочини против живота и тела
3. Кривична дела у вези са организованим криминалом (корупција, злоупотреба дрога и кривична дела описана у RICO закону²⁵⁵).

Електронски надзор може да одобри *само суд*, уз детаљно образложен предлог државног тужиоца, из кога мора да се препозна *основана сумња* да је одређено лице учинило каталожки одређено кривично дело. У случајевима када постоји опасност од одлагања, мера може започети и на основу образложеног одобрења *вође истражног тима* кога именује министар правде или његов заменик.

²⁵⁰ *Omnibus crime and Safe Streets Act*, 1968, Title 18, USC, Sections 2510-2521,

²⁵¹ Pub.L.99-508,100 Stat.1848 (October 21,1,1986) («ECPA»).

²⁵² Pub.L.103-414,108 Stat.4279(October 24,1994) («CALEA»).

²⁵³ Pub.L.104-132,110 Stat.1214 (April 24,1996) («Antiterrorism Act»).

²⁵⁴ USA Department of Justice: Criminal Resource Manual, 28 Electronic Surveillance – Title III Applications

²⁵⁵ Receting influence corporation organization.

На основу оваквог одобрења може да се примени мера када постоји и «довољна сумња» (*probable cause*) да непосредно предстоји извршење каталошки одређеног кривичног дела или да се такво дела управо чини или је већ почињено, те да ће се оптерећујући разговори тачно одређених осумњичених лица у вези са тим кривичним делом, одржати на одређеном месту или преко одређене телефонске линије.

Мера по једној наредби може да траје најдуже *до тридесет дана*, који се по истеку на основу нових наредби може продужити више пута, у трјању најдужем до тридесет дана.

Захтев за примену мере мора садржати изјаву која потврђује да је регуларна истражна процедура покушана и није успела, или да је мало вероватно да ће успети, тј. ако буде покушана, или да је претерано опасна за употребу. Тиме се обезбеђује да високо осетљива техника за електронски надзор не буде употребљавана у ситуацијама када се традиционалним истражним методама може постићи исти резултат.²⁵⁶ Није потребно доказати да друге истражне методе нису доступне, већ само да су употребљене и да се нису показале адекватним, или су узете у обзир и одбачене су из описаних разлога.²⁵⁷

Захтев би требало да садржи потпуне извештаје о било којем ранијем електронском надзору означених објеката, локација или лица. Ово се односи на сва лица обухваћена претходним електронским надзором, а не само на лица која су именована као «главна мета».²⁵⁸

Ако се захтев односи на прислушкивање мобилних или даљинских телефона или портабл пејџера, или на инсталирање прислушних уређаја у аутомобиле, мора садржати изјаву да ће се прислушкивање обављати и ван јурисдикције суда који издаје наредбу, али не и ван Сједињених Америчких Држава.

Одредбе *Закона о електронском надзору* омогућавају електронски надзор и разговора трећих лица, која нису обухваћена наредбом, ако се испостави да су и та лица учествовала у извршењу наведених кривичних дела, када се надзор тих разговора може наставити без издавања друге судске наредбе. Изменама закона из 1986. године, омогућена је примена мере, без обзира на то чији телефонски апарат користи циљано лице, али само када је очигледно да намерно мења телефонске прикључке у циљу избегавања ефикасности надзора и ометања истраге.

Законом су такође прописани механизми ограничавања примене мере, који заправо јамче да се ***повреда права на приватност***, смањи на нужни и дозвољен ниво, и у том смислу судија може да смањи интензитет мере, односно да дозволи надзор у одређено време или за кратко временско раздобље.²⁵⁹

²⁵⁶ Пресуда Врховног суда САД *United States v. Kahn*, 415 U.S. 143 (1974).

²⁵⁷ Пресуде Врховног суда САД *United States v. Castillo-Garcia*, 920 F.Supp.1537 (D.Colo.1996); *United States v. Oriakhi*, 57 F.3d 1290 (4th Cir.1995); *United States v. Torres*, 901 F.2d 205 (2d Cir.), *cert.denied*, 498 U.S.906 (1990); *United States v. Clerkley*, 556 F.2d 709 (4th Cir.1977).

²⁵⁸ Пресуда Врховног суда САД *United States v. Bianco*, 998 F.2d 1112 (2d Cir.1993), *cert.denied*, 114 S.Ct.1644(1994).

²⁵⁹ «Спот мониторинг».

Најзначајније ограничење које штити право на приватност приликом примене ових мера су такозвана «**правила о минимализацији**» којим се органи обавезују на редукацију мере само на оне разговоре који су правно релевантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља ван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу, што је у практичној примени тешко изводљиво. Надаље, ако се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о злочину, такав разговор се не сме надирати осим повремено како би се та чињеница потврдила.

Озвучење простора²⁶⁰ такође спада у средства надзора комуникације, међутим за надзор и снимање свих врста разговора вођених у озвученим просторијама, америчка правна пракса прописала је строже услове у односу на електронски надзор телефона. На доказима који су прикупљени кршењем *Закона о електронском надзору*, примењује се ексклузивно правило појачано институтом забране коришћења доказа произашлих из незаконито коришћених истражних мера. Резултати примене ових мера не смеју да се користе као доказ ако је:

1. Мера била незаконита
2. Ако је судска наредба очигледно била погрешна
3. Ако се при спровођењу посебне истражне мере, полиција није придржавала одредби из наредбе суда.

Према америчком закону, видео надзор осумњичених лица у стану, односно у њиховом приватном простору, дозвољен је само под одређеним претпоставкама, које још увек нису експлицитно законски одређене, али да би се за ту меру добила судска наредба, судска пракса је увела правила у складу са амандманом 4. Устава САД-а. Видео надзор на јавном месту не подлеже никаквим правним ограничењима. Сличан је случај и са видео надзором који у склопу своје мисије спроводе прикривени иследници и полицијски доушници.

9.2. Велика Британија

У Великој Британији је све до краја 1999.г. криминалистичка полиција примењивала различите прикривене истражне технике, а према начелу истражне слободе које подразумева « да је све допуштено, што изричито није забрањено».Одредбама *Закона о људским правима* из 1998.г. у британско право су у потпуности имплементирани стандарди заштите људских права прокламовани *Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама*. То практично значи да је британским судовима омогућено да директно примењују одредбе ове *Конвенције*.

У погледу мере надзора комуникација треба нагласити да је у Великој Британији више од једног века постојала пракса да се, у случају испуњења одређених општеприхваћених претпоставки, на основу налога надлежног министра може прегледати промет писама, телеграма, пакета, као и телефона.

²⁶⁰ Bugging

Ове могућности су биле дефинисане одредбама у законима о бежичној текеграфији из 1949 и 1967 године. Међутим, у каснијем периоду, уведено је начело законитости у раду полиције, тако да је 1985. године донесен *Закон о регулацији телефонског надзора*,²⁶¹ којим је уређен надзор над комуникацијама за потребе кривичног поступка.

Овим законом начелно је забрањен надзор телефонских разговора и других облика надзора поштанских комуникација (телефакс, телграм, телекс) што је инкримисано и забрањено казном затвора до две године или новчаном казном. Нема противправности овог кривичног дела у случају добровољног пристанка власника телефонског прикључка, којим одобрава надзор властититих телефонских разговора.

Противправност овог кривичног дела такође је искључена у случајевима ако се надзор сматра нужним ради заштите: 1) интереса државне безбедности 2) спречавања и истраживања тешког кривичног дела 3) ради очувања привредне добробити Уједињеног Краљевства, али само ако се очекиване информације не би могле прибавити другим средствима. Законом је дозвољен и *метеринг*.²⁶²

Електронски надзор комуникација може да се примени ако постоје *good reasons*²⁶³. Наредба за надзор и снимање телефонских разговора, може се усмерити против тачно одређене особе, организације, удружења или групе људи, али се наредбом могу изузетно обухватити и телефонски разговори трећег лица које није осумњичено за извршење тешког злочина, када се претпоставља коришћење и тог телефонског прикључка од стране осумњиченог.

Наредбу за примену мере може да изда *државни секретар*, а у хитним случајевима и неки од његових помоћника, али и тада наредбу мора да верификује државни секретар у року од два дана. Наредба током спровођења може да се прошири и на друга лица, ако на то упућују накнадно прикупљена сазнања. Примена мере може да траје до два месеца, која може да се обнови на још један месец, а најдуже трајање мере не може да буде дуже од *шест месеци*. Материјал који се прикупи, у целости се уништава након подизања оптужнице јер се не може користити као доказ пред судом за време трајања главног претреса.

Његова сврха је да се обезбеде сазнања која представљају основу за даљу истрагу, ради проналажења других доказа који су дозвољени и правно употребљиви у поступку пред судом.²⁶⁴

²⁶¹ *The Interception of Communications Act*

²⁶² Регистрација података о времену, трајању и прикљученим бројевима сваке телефонске комуникације

²⁶³ Добри разлози за сумњу да ће мере вероватно довести до хапшења или пресуде осумњичене особе.

²⁶⁴ Правило енглеског *common law* да је за прихватљивост доказа небитна законитост околности под којима је доказ прибављен, што суд решава у складу са начелом правичности суђења. Овај принцип игнорише и онемогућава суд да утиче на искључење доказа који су прибављени на илегалан начин, што битно разликује британско од америчког становишта о употребљивости доказа прибављених на незаконит начин (тзв. теорија «плодова отровног дрвета»).

9.3. Немачка

Први закон којим је прописана мера «прислушкивања» телефонских комуникација јесте *Закон за ограничење тајности писама, поште и телекомуникације* из 1968.г. који је до краја деведесетих година прошлог века више пута допуњен и измењен. У садашњим условима, осим за превентивне сврхе, меру електронског надзора телекомуникација може да користи криминалистичка полиција за откривање и доказивање организоване криминалне делатности, што је прописано одредбама члана 100 а – б немачког *Закона о кривичном поступку*, којима се прописују услови, обим, трајање и надлежност за одобравање ове истражне мере. Одредбама процесног Закона, знатно ретриktivније се приступа примени мере него што је то било прописано поменутиим Законом из 1968.године.²⁶⁵

Ова мера је за разлику од осталих прикривених истражних мера изазвала оштру реакцију правних и стручних кругова, посебно када се мера примењује у **приватним стварима**, такозвани **«велики напад прислушкивањем»** - *der grosse Lauschangriff*. У Немачкој процесној теорији се случајеви опсервације непосредне вербалне комуникације у приватним становима диференцирају на тзв. „велики напад прислушкивањем“, који подразумева опсервацију у овим објектима озвучењем самих просторија, и тзв. „мали напад прислушкивањем“, који означава снимање разговора у приватном стану прислушкивањем телефона или помоћу „озвученог“ полицијског иследника, који непосредно суделује у таквом разговору. Вишегодишња расправа у Бундестагу, резултирала је током 1988. изменом чл.13 *Устава* и доношењем *Закона о побољшању контроле организованог криминала*, и низа других измена и допуна савезних закона у вези са применом правних мера на сузбијању организованог криминала и корупције.

²⁶⁵ Gesetz Beschränkung des Brief-, und Fernmeldegeheimnisses. (Одредбама овог Закона овлашћују се челници Савезног уреда за заштиту уставног поретка СР Немачке (Bundesamtes für Verfassungsschutz – BfV), Уреда за војну сигурност (Militärischer Abschirmdienst – MAD) и Савезне обавештајне службе (Bundesnachrichtendienst – BND), на подношење предлога надлежном савезном министру за одобравање надзора комуникација, ако је то неопходно ради заштите немачке националне безбедности, у циљу прислушкивања телефонских разговора лица која су осумњичена да припремају кривична дела којима се угрожава немачки либерални демократски уставни поредак и унутрашња безбедност немачке Савезне државе, немачких покрајина и чланица НАТО савеза (Немачка је члан од 1955). Ова мера је могла трајати до три месеца, са могућношћу продужења, надзор над применом вршила је независна трочлана комисија (потврђена од немачког Парламента) «Г-10» и петочлани парламентарни Одбор. Осим ове врсте контроле, министар унутрашњих послова има обавезу да истеком одређеног рока обавести лице над којим је мера примењена, што представља посебну врсту накнадног надзора над оправданошћу њене примене, о чему се одлучује пред немачким Савезним уставним судом.

Закон о кривичном поступку Немачке (StPO) 1992.године увео је нови параграф 100ц којим прецизно регулише проблематику прислушкивања²⁶⁶. Поменуте одредбе, као и друге њима сличне, систематизоване су у Осмо поглавље ЗКП-а са насловом « Заплена, надзор над средствима даљинске комуникације, полицијско истраживање применом електронске обраде података, постављање и употреба техничких средстава, уградња скривених средстава за откривање и претрес.»

Одредбама члана 100.а. немачког ЗКП, надзор и снимање телекомуникација²⁶⁷ може да се нареди само ако су/или би, остале мере биле безуспешне, односно ако одређене чињенице доказују сумњу да је одређено лице починило каталогски наведена кривична дела.

Наредба може да буде издата против тачно осумњиченог лица или против лица за које се може претпоставити да ће им осумњичено лице нешто саопштити, или да ће та саопштења они проследити даље, другим учесницима кривичног дела, што би могло допринети разјашњавању чињеница и хапшењу осумњичених. За разлику од наведеног, усмени разговор између браниоца и осумњиченог не подлеже мери надзора, осим ако бранилац није учествовао у извршењу кривичног дела, сходно одредбама члана 148 Закона.

Електронски надзор над комуникацијама носиоца одређених повлашћених занимања (лекар, психолог, новинар, верски исповедник) који се сматрају пословном тајном, по одредбама чл.53 Закона, дозвољен је само ако су и та лица осумњичена за извршење одређених кривичних дела.

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

На крају треба истаћи да ове мере примењују искључиво према лицима осумњиченим, односно окривљеним, за најтежа кривична дела: издају мира, велеиздају, угрожавање демократске правне државе, угрожавање спољне безбедности, кривична дела против одбране земље, кривична дела против безбедности трупа немачких држава чланица НАТО стационираних у Немачкој, геноцид, разбојништво, фалсификовање новца итд. (параграф 100а SpTO).

²⁶⁶ Немачки законодавац за прислушкивање користи израз»надзирање телефонских и других разговора», дакле врло слично као наш законодавац.

²⁶⁷ Одредбама члана 100.а. немачког ЗКП, појам телекомуникација обухвата комуникацију телефоном, радио-уређајем, телеграфом, телетекстом, телефаксом, е-маил и др.

9.4. Италија

Примена ове мере у Италији веже се за период првог светског рата, када је коришћена у војне сврхе, али се сада у правној и криминалистичкој пракси заступа мишљење да би без могућности «прислушкивања разговора», најзначајнији резултати у борби против мафије били доведени у питање. У Италији се дужи временски период надзор телефона користи у превентивне сврхе, и у том смислу су за примену довољне *јакe индиције* (*gravi indici*) да је извршено кривично дело у вези са организованим криминалом. Посебним *антимафијашким законом број 203/91*, дозвољена је могућност надзора телефона и без постојања тих индиција, ако се само претпоставља да су надзирана лица припадници одређене мафијашке организације.

Временско трајање мере (које је ограничено до *двадесет дана* уз изузетну могућност продужења трајања) може надлежном државном тужиоцу, односно директору ДИА, да одреди надлежни суд, а прикупљена сазнања и снимљени материјали немају никакву доказну снагу на суду, већ могу да се користе искључиво као смернице за предузимање других истражних радњи, током криминалистичке обраде.

Новим Законом о кривичном поступку, у члану 266 уведена је могућност надзора и снимања телефонских разговора, електронске поште и телефакс уређаја, **а резултати примене тих мера користе се за успешно вођење кривичног поступка** за кривична дела из области организованог криминала, односно кривичних дела за која је прописана казна затвора од најмање пет година.²⁶⁸

Примена мере електронског надзора телекомуникација, постојећим законским решењима, могућа је само ако је државни тужилац прецизно образложио свој захтев надлежном судији, из којег је несумњива његова нужност и потреба, јер се предузимањем других мера кривично дело не би могло разјаснити. Ако се судија сагласи са образложеним захтевом државног тужиоца и у случају постојања *јакe индиције*, издаје наредбу којом овлашћује државног тужиоца на примену истражне мере и уједно га обавезује на коректну примену тог овлашћења. У случају опасности од одлагања, високи руководиоци Министарства унутрашњих послова могу да одобре примену мере, али само у трајању до 24 сата, и у том року мора да се издејствује њена потврда од надлежног судије. Ако суд не одобри даљу примену мере, њено спровођење се одмах прекида, а прикупљени материјали се записнички уништавају.

Одредбама поменутог *Антимафијашког закона*, прописано је да се, у циљу сузбијања организованог криминала, одступа од прописане правне процедуре одобравања и спровођења мере (чл.266-272. *Закона о кривичном поступку Италије*) у случајевима који указују на постојање организоване мафијашке криминалне делатности. Овим законом се битно поједностављује поступак одобравања мере и продужава њено временско трајање са 20 на 40 дана, са могућношћу сукцесивног продужења, у трајању по 20 дана, али искључиво по наредби суда.

²⁶⁸ Мера се може применити за кривична дела у вези са трговином опојном дрогом, оружјем и експлозивним материјалама; за тешка кривична дела против живота и тела; тешки сексуални деликти; тешке злоупотребе у привредном и финансијском пословању; уцене и телефонске претње.

Примена мере електронског надзора телекомуникација у приватним просторијама (озвучење просторија), према италијанском *Закону о кривичном поступку*, могуће је само ако постоје оправдани разлози да ће се у том простору починити каталошки одређена кривична дела, док се поменути *Антимафијашким законом* (број 203/91) *мера озвучења* може предузети у случају сумње да постоје организоване криминалне делатности, чак и када не постоји претпоставка да ће на том месту бити почињена каталошки одређена кривична дела.

9.5. Француска

Мера надзора комуникација у Француској се примењује за потребе прикупљања информација и сазнања нужних за вођење кривичних поступака (судско прислушкивање) или ради превентивног деловања, а посебно ради заштите државне безбедности (административно прислушкивање). Национална скупштина је 1991.године донела нови закон – *Loi relative au secret des correspondances émises par la voie des telecommunications*, којим су уређени услови за одобравање, спровођење и трајање посебне истражне мере надзора комуникација за потребе кривичног поступка, што је резултирало и допунама француског *Закона о кривичном поступку*.

Иамјући у виду стандарде људских права, наведени закон почива на неколико темељних начела: тајност телефонске комуникације се сме нарушити само у одређеним ситуацијама, које су од посебне важности за јавне интересе; када је допуштено нарушавање законом заштићене тајности комуникације, то је могуће у прецизно одређеним законским оквирима, јер да би се ова мера одобрила, морају бити испуњена 3 основна предуслова:

а) Прислушкивање телефона је допустиво само за потребе прикупљања доказа и хапшења учинилаца кривичног дела када је покренут судски поступак (судака предистрага), што значи да се ова мера не може користити у оквиру припремне истраге (криминалистичке обраде) коју спроводи полиција под надзором државног тужиоца, због чега је овлашћен само истражни судија да изда налог, под чијим се надзором та мера и спроводи.

б) Налог за прислушкивање телефонских разговора, снимање и транскрипцију кореспонденција која се емитује телекомуникацијским путем, може се издати само у случају сумње да је извршен злочин и прекршај одређене тежине, за који се може изрећи казна затвора у трајању од две или више година, а примена те мере је у конкретном случају потреба ради успешног вођења истражног поступка.

в) Налог за прислушкивање телефона мора бити временски ограничен у складу са законским ограничењима трајања прислушкивања, односно најдужи рок за примену ове мере може бити 4 месеца, а изузетно, примена мере се може и продужити под истим условима, за још 4 месеца.

9.6. Швајцарска

У Швајцарској постоји подељена законодавна надлежност у регулисању материје кривичног поступка, при чему је кантоналном законодавству дата примарна, а законодавству Конфедерације секундарна надлежност. Наиме, федерални *Закон о кривичном поступку* (*Loi federale sur la procedure penale – L.P.P.*)²⁶⁹ од 1934. године предвиђа надлежност федералних судова у кривичним стварима када је то одређено федералним законима, као и у случају када кантонално законодавство прихвати федералну надлежност (art. 7 et 8 L.P.P.).

Овлашћење за надзор над поштанском, телефонском и телеграфском кореспонденцијом (*la surveillance de la correspondance postale, telephonique et telegraphique*) у току истраге припада истражном судији (art. 65, al.1 L.P.P.) , а пре њеног покретања генералном тужиоцу који може наредити вршење надзора над поштанском, телефонском или телеграфском кореспонденцијом, као и употребу техничких уређаја у тим циљу (art. 72 L.P.P.). Уколико генерални тужилац донесе одлуку о одређивању ове мере, аналогно се примењују законске одредбе којима је регулисано њено предузимање у току истраге.

Истражни судија може наредити надзор над поштанском, телефонском и телеграфском кореспонденцијом окривљеног или осумњиченог (*le suspect*) ако су испуњени следећи услови (art. 66 al. 1 a,b,c L.P.P.):

1. ако се врши кривични прогон у погледу злочина или престапа чија тежина или особеност оправдава ову меру, или кажњиве радње учињене путем телефона, и
2. ако одређене чињенице бацају сумњу на лице над којим треба одредити надзор као на извршиоца или учесника у остварењу дела и
3. ако би без надзора истраживање које је неопходно предузети било знатно теже спровести или ако друге истражне радње нису дале резултате.

Ако су испуњени услови који оправдавају надзор окривљеног или осумњиченог, под надзор могу бити стављена и трећа лица (изузев оних који могу одбити да сведоче) уколико се на основу одређених чињеница може претпоставити да она примају или преносе информације које су намењене окривљеном или осумњиченом или које потичу од њих. Телефонски прикључак трећих лица може бити прислушкиван у свако време ако постоје разлози за сумњу да га окривљени користи (art. 66 al. 1 bis L.P.P.).

Истражни судија може наредити и заплону (*le sequestre*) телеграма, поштанских пошиљки, упућених износа и захтевати од ПТТ предузећа да му их преда. Они ће бити враћени лицу којем су упућени када то буде могуће с обзиром на циљ предузимања ове мере. У мери у којој садржај писма и телеграма може бити без сметње достављен, њихова копија се предаје лицу којем су упућени (art.,al. 2 L.P.P.).

²⁶⁹ *Loi federale sur la procedure penale* de 1958 (Loi du 15 juin 1958 et plusieurs lois ayant complete cette loi, notamment celles du 25 juin 1965, du 17 decembre 1976, du 9 mars 1978 et du 23 mars 1979).

У року од 24 часа по доношењу одлуке, истражни судија доставља њену копију заједно са досијеом и кратким образложењем на потврду председнику оптужног већа (art. 66 bis, al. 1 L.P.P.). Председник оптужног већа испитује поменуту одлуку узимајући у обзир њено образложење и досије, и ако утврди да је учињена повреда федералног права, под којим се подразумева прекорачење и злоупотреба овлашћења приликом одређивања ове мере, укида одлуку о одређивању надзора (art. 66 bis, al. 1 L.P.P.). У противном, може привремено одобрити надзор, остављајући истражном судији одређен рок у којем би овај требало да оправда предузимање ове мере комплетирањем досијеа или путем усмене расправе (art. 66 quater, al. 2 L.P.P.).

Спровођење поступка контроле оправданости надзора спроводи се у тајности (то важи и у погледу лица на које се мера односи), а по његовом окончању председник оптужног већа доноси образложену одлуку коју доставља истражном судији у року од 15 дана од отпочињања надзора или, у случају његовог продужења, пре истека претходно одређеног рока (art. 66 quarter, al. 1 L.P.P.).

Уколико се председник оптужног већа сагласи са одлуком истражног судије, она остаје на снази највише 6 месеци, након чега је истражни судија може продужавати за нових 6 месеци. Одлука о продужавању надзора се, заједно са досијеом и образложењем, упућује 10 дана пре истека рока на одобрење председнику оптужног већа. Истражни судија доноси одлуку о окончању надзора када он више није неопходан или када његова одлука буде опозвана (art. 66bis, al.2 et 3 L.P.P.).

9.7. Аустрија

У Аустрији се према *Закону о кривичном поступку*, али и према савезном *Закону за борбу против организованог криминала* из 1997. године, електронски надзор комуникација може вршити само:

а) Ако ће се на тај начин поспешити разјашњење умишљајно извршеног кривичног дела, за које је предвиђена казна затвора у трајању дужем од једне године или се за умишљајно извршена кривична дела за оптуженог очекује казна затвора у трајању дужем од шест месеци, али тада под условом да се власник техничког уређаја и простора који се надзира сагласи и да изричито одобрење.

б) Ако је власник уређаја за комуникацију лично осумњичен за извршење различитих кривичних дела или ако постоје разлози за претпоставку да друга особа, осумњичена за извршење кривичног дела, користи такав технички уређај, када се власник таквог уређаја ослобађа дужности сведочења.

в) Ако је то неопходно ради откривања боравишта и хапшење особе окривљене за извршење кривичног дела за које је прописана казна затвора у трајању дужем од једне године или за кривично дело за које је предвиђена казна затвора у трајању дужем од шест месеци, али тада само уз одобрење власника телефонског уређаја.

10. Тајна аудио и видео снимања и сведочење од стране прикривеног иследника

Прикривени иследници (истражитељи) се у литератури дефинишу као полицијски службеници, којима је додељен промењни идентитет (легенда) у одређеном временском периоду да би делујући тајно у контакту са одређеним криминалним круговима, прикупљали информације које ће моћи да се користе за откривање, разјашњавање и спречавање кривичних дела и то пре свега оних која се односе на организовани криминалитет.²⁷⁰ Прикривени иследник у преткривичном поступку представља једну врсту «агента», односно лица које на притајен, крајње дискретан начин, прикупља податке о одређеној организованој криминалној групи или криминалним групама, односно уопште о организованом криминалитету, до којих долази тако што се, у ствари, убацује у криминалну групу или на неки други прикривени начин повезује са члановима криминалне организације. У преткривичном поступку улога прикривеног иследника оријентисана је наприкупљање доказа у вези делатности организованог криминалитета. У ствари, он тада прикупља одређене податке до којих својим прикривеним, односно тајним активностима може да дође. Његова је делатност обавештајног карактера, по самој својој природи тајна, те усмерена како на откривање кривичних дела, тако и на прикупљање података на основу којих се већ откривена кривична дела могу разјаснити и доказати, али се његовим активностима могу и спречити кривична дела која би иначе била извршена од стране припадника криминалне организације.

10.1. Материјални и формални услови за ангажовање прикривеног иследника

Материјални услов за ангажовање прикривеног иследника састоји се у кумулативној испуњености два услова:

- 1) услов који се односи на врсту кривичног дела – неопходно је да постоје основи сумње да је учињено кривично дело организованог криминала
- 2) услов који се односи на доказне тешкоће из којих произилази да су ове посебне доказне радње својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Ова посебна доказна радња изузетно се може одредити и ако постоје основи сумње да се припрема кривично дело организованог криминала, а околности случаја указују да се такво кривично дело на други начин:

- 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би
- 2) то изазвало несразмерне тешкоће, односно велику опасност.

Формални услов за ангажовање прикривеног иследника је постојање писмене и образложене **наредбе истражног судије** (на захтев јавног тужиоца) којом се одређује таква мера, односно посебна доказна радња. Наредба садржи следеће обавезне елементе: 1) податке о лицима и групи према којима се примењује, 2) опис могућих кривичних дела, те 3) начин, обим, место и трајање мере.

²⁷⁰ G.Koriath, Verdeckte Ermittler – Ein europaweit taugliches Instrument, Kriminalistik, No. 8-9/96, Heidelberg, 1996. стр. 535. Цитирано према М. Шкулић, *Кривично процесно право*, 2009., стр.272.

10.2. Одређивање лица које ће бити ангажовано као прикривени иследник

Прикривеног иследника под псеудонимом или шифром одређује министар надлежан за унутрашње послове, директор Безбедносно-информативне агенције или директор Војно-безбедносне агенције, односно лице које они овласте. Прикривени иследник је по правилу, овлашћено службено лице органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војно-безбедносне агенције, а ако то захтевају посебне околности случаја и друго обучено лице које, под условом узајамности, можђе бити и страни држављанин. Прикривени иследник не могу бити лица у односу на која постоји одређени степен сумње да су инволвирана у криминалну активност или је то већ доказано, а ту спадају:

- 1) лице против кога је у току кривични поступак
- 2) лице које је правоснажно осуђивано за кривично дело које се гони по службеној дужности, као ни
- 3) лице за које постоје основи сумње да је припадник организоване криминалне групе

Сматрамо да је увођењем ограничења да прикривени иследник не може бити лице за које постоје основи сумње да је припадник организоване криминалне групе, умногоме умањена ефективност ове посебне доказне радње. Наиме, ограничење да прикривени иследници не могу бити припадници организоване криминалне групе значи да ова лица не могу примењивати мере које су иначе дозвољене прикривеном иследнику, у првом реду мере које се односе на нашу тему, тј. на **употребу техничких средстава за снимање разговора, односно средстава за фотографисање или звучно и видео снимање**. Пошто се ова лица већ налазе у структурама организоване криминалне групе и тиме већ уживају поверење осталих чланова групе, остали чланови групе, а посебно организатори, пред овим лицима се не би устручавали да причају о већ извршеним кривичним делима или кривичним делима која се планирају и припремају, те би се озвучењем неких чланова групе као прикривених иследника, повећале шансе за прикупљање валидних доказа који су неопходни за кривични поступак, поготову кад су у питању организатори криминалне групе. Стога сматрамо да би неким члановима организоване криминалне групе, под истим условима под којима им је дозвољено да стекну статус и бенефиције сведока сарадника, требало омогућити да на исти начин стекну и статус прикривеног иследника.²⁷¹

²⁷¹ Да су признали да су чланови организоване криминалне групе, да су у потпуности признали извршење неког од кривичних дела из чл. 504а ст.3 ЗКП-а, да нису организатори криминалне групе, да је значај њиховог деловања као прикривених иследника за откривање, доказивање или спречавање других кривичних дела организоване кривичне групе претежнији од последица кривичног дела која су починили. О дозвољености да члан групе делује као прикривени иследник као и код сведока сарадника на предлог јавног тужиоца решењем би одлучивао суд, с тим што би члан групе који делује као прикривени иследник имао исте бенефиције као и сведок сарадник (ако би његовим деловањем као прикривеном иследником били прикупљени валидни докази против других чланова групе а посебно против организатора, била би му утврђена минимална казна прописана Кривичним закоником за кривично дело које је признао и за које је у поступку доказано да га је учинио, а затим би се тако утврђена казна смањила за једну половину, али тако да не може бити мања од 30 дана затвора, с тим што би суд изузетно, на предлог јавног тужиоца, у зависности од постигнутих резултата члана групе који је деловао као прикривени иследник, истог могао огласити кривим и изрећи му блажу казну или га ослободити од казне.

10.3. Трајање ангажмана прикривеног иследника и начин спровођења ове посебне доказне радње

Ова доказна радња траје онолико колико је потребно да се прикупе докази (фактички рок), а најдуже годину дана (максимално формални рок). На образложени предлог јавног тужиоца истражни судија може продужити трајање мере за најдуже шест месеци (додатни формални рок, којим се продужава максимални формални рок). То значи да ангажовање прикривеног иследника у истом случају може трајати максимално **18 месеци**.

За време спровођења ове посебне доказне радње, а ради заштите прикривеног иследника, надлежни органи могу предузети одређене мере формалног карактера у циљу прикривања правог идентитета лица која је у функцији прикривеног иследника, што се своди на:

- 1) измену података у базама података, као и
- 2) издавање личних исправа са измењеним подацима у циљу заштите идентитета прикривеног иследника и ради спровођења ове мере. Такви подаци, што значи, како они измењени, тако и они који се односе на прави идентитет прикривеног иследника, представљају службену тајну.

За нашу тему значајне су **мере скривања идентитета(истоветности) прикривеног иследника, јер чим се некоме штити идентитет, тиме се истовремено штити и његова приватност.**

Ангажовање прикривеног иследника на одговарајући начин може да се комбинује са **тајним аудио и видео надзором, што је такође јако значајно за нашу тему**. Тако прикривени иследник може на основу наредбе истражног судије да **употреби техничка средства за снимање разговора, односно средства за фотографисање или звучно и видео снимање.**(чл.504 н ст.1 ЗКП).

Прикривени иследник током трајања свог ангажмана, тј. у току конкретног деловања у својству прикривеног иследника, подноси периодичне извештаје свом периодичном старешини, али се изузетно такви извештаји неће подносити ако би то угрозило безбедност прикривеног иследника или других лица. По завршетку ове посебне доказне радње, старешина је дужан да поднесе извештај истражном судији и јавном тужиоцу. Ради се о «коначном»²⁷² извештају у односу на спроведену доказну радњу, који садржи следеће елементе:

- 1) време почетка и завршетка мере
- 2) шифру или псеудоним прикривеног иследника
- 3) опис примењених поступака и техничка средства
- 4) податке о броју и идентитету лица обухваћених мером и опис резултата

²⁷² М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.275.

Уз овај извештај јавном тужиоцу достављају се и одређени криминалистичко-доказни прилози, као што су фотографије, звучни и видео снимци, прикупљена документација, као и сви други докази који су прибављени применом ове мере, тј. посебне доказне радње.

10.4. Испитивање прикривеног иследника као сведока и питање «узгредних налаза»

Прикривени иследник се под шифром и псеудонимом може изузетно испитати као сведок у кривичном поступку, а испитивање ће се обавити тако да се странкама *не открије његов идентитет*. Ово је једини случај у нашем кривичном поступку, појаве потупно анонимног сведока, тј. сведока чији идентитет није познат чак ни странкама.

Истоветност прикривеног иследника непосредно пре његовог испитивања суд ће утврдити на основу изјаве старешине који је надлежан за прикривеног иследника, преко којег се и обавља позивање прикривеног иследника као сведока. Подаци о идентитету прикривеног иследника који се испитује као сведок представљају *службену тајну*, а само испитивање прикривеног иследника обавља се сходном применом правила о *испитивању заштићених сведока*, о чему ће касније бити више речи.

Пошто се прикривени иследник испитује тако да ни странке не знају његов прави идентитет, тј. као потпуно анонимни сведок, тиме је **његова приватност максимално заштићена**.

Онда када је прикривени иследник испитан као сведок, што би у пракси морало бити веома ретко и крајње изузетно, његов исказ има доказни значај, али не може бити ексклузиван, односно једини доказ на коме би се темељила одлука суда о предмету кривичног поступка. Судска одлука се не може заснивати само на исказу прикривеног иследника. *Ratio legis* овог законског правила (које у основи представља један облик особеног изузетка у односу на начело слободне оцене доказа, које се на овај начин, разумно лимитира), се не заснива на неком априорном неповерењу у ову врсту сведока, већ је он утемељен на начелном ставу да онда када се ради о исказу сведока који је анониман за странке, из деловања начела правичности произилази неопходност да такав доказ сам по себи, а без других доказа, не може бити довољан да би се само на њему заснивала одлука суда, а по логици ствари, пре свега, осуђујућа пресуда.²⁷³

Ако је ангажовањем прикривеног иследника прикупљен материјал који се односи на кривично дело које није било обухваћено наредбом истражног судије којом је одређена та посебна доказна радња (узгредни налаз), такав доказни материјал се може користити у кривичном поступку само ако се односи на кривично дело организованог криминала у погледу којег је и иначе могуће ангажовање прикривеног иследника.

²⁷³ М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.277.

10.5. Немогућност (незаконитост) деловања прикривеног иследника у својству «агента провокатора»

Прем изричитој законској одредби, прикривени иследник *не сме бити у улози тзв. агента провокатора*. Забрањено је и кажњиво да прикривени иследник подстрекава другог на извршење кривичног дела.(чл. 504 н ст.5 ЗКП).

Подстрекавање се овде треба разумети у смислу кривичног права (чл.34 ст.1 КЗ), тј. да се ради о било којој радњи којом се умишљајно изазива или учвршћује одлука код другог лица да изврши кривично дело. Одговорност прикривеног иследника тада би се заснивала на општим правилима кривичног права, а његова улога у учињеном делу постојала би у два облика:

- 1) могао би да одговара као извршилац одређеног кривичног дела у ситуацији да само подстрекавање представља посебно кривично дело, односно када је његова радња подстицања на извршење кривичног дела истовремено радња извршења одређеног дела²⁷⁴
- 2) могао би да одговара као подстрекач у два модалитета:
 - а) ако је дело на које је подстицао извршено
 - б) уколико дело на које је подстицао није ни покушано, а ради се о кривичном делу чији је покушај по закону кажњив, кад би се казнио за покушај кривичног дела (чл. 34 ст.2 КЗ).

10.6. Извршење (чињење) кривичног дела од стране прикривеног иследника

Уколико прикривени иследник изврши, односно учини (као саизвршилац, подстрекач или помагач) кривично дело, невезано са својим ангажманом у својству прикривеног иследника, то питање се наравно, решава према општим правилима кривичног права и ту у суштини нема никаквих специфичности. Међутим, може се поставити питање како поступити уколико је прикривени иследник учинио кривично дело, да би тиме спречио откривање његове улоге и идентитета. На пример, учествује у извршењу кривичног дела изнуде, јер би одбијањем да буде учесник у извршењу тог дела, открио своје право својство. Такође, могућа је и ситуација која би се у пракси вероватно могла чешће дешавати, да прикривени иследник не учини ништа у циљу спречавања одређеног кривичног дела, да тиме не би открио своју улогу.

²⁷⁴ Нпр. код кривичног дела навођења на самоубиство и помагање у самоубиству из чл. 119 КЗ, или код кривичног дела избегавања војне обавезе из чл. 394 КЗ код којег је прописан тежи, квалификован облик у случају кад неко позива или подстиче више лица на вршење овог кривичног дела (ст.4), тј. законодавац је сматрао да је оправдано прописивање знатно строже казне за таквог подстрекача него за извршиоца.

Мишљења смо да се обе ове ситуације, а посебно она прва, када сам прикривени иследник директно учествује у извршењу кривичног дела, односно извршава га, могу решавати једино у складу са општим правилима која се односе на крајњу нужду.²⁷⁵

То значи да прикривени иследник не чини кривично дело уколико је одговарајућу радњу којом је проузроковао кривичноправно релевантну последицу, предузео да би тиме од себе или другог отклонио истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при том учињено зло није веће од зла које је претило. Такође, сходно општим правилима, ако прикривени иследник изазове опасност из нехата, или прекорачи границе крајње нужде, он се тада сматра учиниоцем кривичног дела, али се може блаже казнити, а ако је до прекорачења дошло под особито олакшавајућим околностима, он може да буде ослобођен од казне. Међутим, може се поставити питање да ли је прикривени иследник био дужан да се изложи опасности јер према чл.20 ст.4 КЗ «нема крајње нужде ако је учинилац био дужан да се излаже опасности која је претила». Ово се може тумачити тако да дужност излагања опасности није апсолутна, те тако она не постоји ако је у односу на лице које је дужно да се излаже опасности, било сасвим извесно да ће доћи до његове смрти.²⁷⁶

Поред тога, прикривени иследник своју дужност излагања опасности примарно испуњава тиме што делује прикривено у оквиру саме групе, он тада нема и додатну дужност мимо онога што је његов примарни задатак, уколико би испуњењем такве дужности произвео тешке последице и то не само захваљујући томе била откривена његова права улога, већ и што би се тако лично изложио додатној опасности по живот и тело.²⁷⁷ Та додатна опасност, мада произилази из професионалног ангажмана прикривеног иследника, суштински превазилази његову професионалну дужност.

²⁷⁵ У САД одбор за вођење тајних истрага одобриће прикривеним иследницима да учествују у злочину или прекршају ако је то неопходно потребно у интересу :

- 1) прибављања информација и сазнања или доказа којима се остварују циљеви кривичног гоњења учиниоца најтежих злочина у склопу мафијашког удружења
- 2) очувања веродостојности прикривеног иследника
- 3) отклањања смртне опасности или опасности од тешке телесне повреде прикривеног иследника

²⁷⁶ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, Београд 2009.г., стр.

²⁷⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр.279.

11. Нови ЗКП

11.1. Материјални и формални услови за ангажовање прикривеног иследника

Материјални услови за ангажовање прикривеног иследника према важећем члану 504м ЗКП-а и члану 161,162 и 183 **новог** ЗКП-а готово су идентични. Према чл.162 и 183 а **новог** ЗКП-а *материјални услови* за ангажовање прикривеног иследника су:

1) услов који се односи на врсту кривичног дела – неопходно је да постоје основи сумње да је учињено кривично дело **организованог криминала или кривично дело из надлежности Тужилаштва за ратне злочине** (према важећем ЗКП-у примена ове мере могућа је само кад су у питању кривична дела организованог криминала).

2) услов који се односи на доказне тешкоће из којих произилази да је ове посебна доказна радња својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се **коришћењем других посебних доказних радњи** не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Ангажовање прикривеног иследника, изузетно се може применити и ако постоје основи сумње да се припрема кривично дело организованог криминала или кривично дело из надлежности Тужилаштва за ратне злочине , а околности случаја указују да се такво кривично дело на други начин:

- 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би
- 2) то изазвало несразмерне тешкоће, односно велику опасност.

Формални услов за ангажовање прикривеног иследника из чл. 184 новог ЗКП-а исти је као и у чл.504м важећег ЗКП-а сем што према чл.184 новог ЗКП-а *наредбу* за примену ове мере не издаје истражни већ судија за претходни поступак.

Као што је већ наведено у чл. 184 ст.2 **новог** ЗКП исправно је наведено да у наредби (суда) може бити предвиђено да прикривени иследник може употребити техничка средства за снимање **разговора**, односно средства за фотографисање или тонско, оптичко или електронско снимање, дакле нема ограничења као у чл.166 новог ЗКП-а да снимање може да се врши само кад су у питању телефонски или други разговори коришћењем техничких средстава. То значи да је “ озвучење лица“ тј. прикривеног иследника могуће и ради снимања непосредних вербалних комуникација. Нема ограничења да се примена ових мера од стране прикривеног иследника(тонско,оптичко или електорнско снимање) ограничава на просторије које нису станови. То значи да прикривени иследник ове меру може применити не само ради снимања у просторијама које нису станови, **већ и за снимање у становима.**

У САД посебно питање у вези са прислушкивањем представљају случајеви убацивања тајних агената у криминалне групе. На њиховој одећи или пртљагу често се скривају микрофони или мали одашиљачи, који омогућавају прислушкивање и снимање разговора вођених са особама са којима долазе у контакт. Врховни суд САД је овакву праксу оценио допуштеном, подводећи је под правило које дозвољава прислушкивање у случајевима када је за то дао пристанак један од учесника у конверзацији, због чега овај начин снимања не захтева посебно одобрење суда.

11.2. Лице које ће бити ангажовано као прикривени иследник

Према чл.504м ст. 5 важећег ЗКП-а предвиђено је да ће прикривени иследник по правилу бити овлашћено службено лице а у ст. 6 изричито је предвиђено да прикривени иследници не могу бити лица у односу на која постоји одређени степен сумње да су инволвирана у криминалну активност или је то већ доказано, а ту спадају:

- 1) лице против кога је у току кривични поступак
- 2) лице које је правоснажно осуђивано за кривично дело које се гони по службеној дужности, као ни
- 3) лице за које постоје основи сумње да је припадник организоване криминалне групе

У чл.185 ст.2 новог ЗКП-а предвиђено је да ће прикривени иследник *по правилу* бити овлашћено службено лице органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, **али нема одредбе која изричито одређује која лица не могу бити прикривени иследници**, што је добро решење.

Ограничење из чл.504 ст.6 важећег ЗКП-а да прикривени иследници не могу бити припадници организоване криминалне групе значи да ова лица не могу примењивати мере које су иначе дозвољене прикривеном иследнику, у првом реду мере које се односе **употребу техничких средстава за снимање разговора, односно средстава за фотографисање или звучно и видео снимање.**

Пошто се ова лица већ налазе у структурама организоване криминалне групе и тиме већ уживају поверење осталих чланова групе, остали чланови групе, а посебно организатори, пред овим лицима се не би устручавали да причају о већ извршеним кривичним делима или кривичним делима која се планирају и припремају, те би се озвучивањем неких чланова групе као прикривених иследника, повећале шансе за прикупљање валидних доказа који су неопходни за кривични поступак, поготову кад су у питању организатори криминалне групе.

Стога би можда могло доћи у обзир да се неким члановима организоване криминалне групе, под истим условима под којима им је дозвољено да стекну статус и бенефиције окривљеног сарадника из чл. 320-326 новог ЗКП-а омогући да на исти начин стекну и статус прикривеног иследника.²⁷⁸ Члан 185 ст.2 новог ЗКП-а оставља простор и за овакву могућност.

Међутим, да би се ово остварило, тј. да би припадници организоване криминалне групе деловали као прикривени иследници односно да би примењивали мере које су дозвољене прикривеном иследнику, сматрамо да је у садржају споразума о сведочењу окривљеног у чл.321 ст.1 тачка 3 новог ЗКП-а, требало предвидети и могућност окривљеног да буде ангажован као прикривени иследник.

Даље, у чл. 323 новог ЗКП-а који регулише прихватање споразума требало је предвидети да ће суд, уколико прихвати и део споразума о ангажовању окривљеног као прикривеног иследника, поред решења о прихватању споразума из чл.323 ст.1 ЗКП, у складу са чл.184 ст.1 и 2 новог ЗКП-а, донети и наредбу о ангажовању окривљеног као прикривеног иследника.

Могућност да прикривени иследник може да буде и лице које потиче из криминалне средине, као што је наведено, постоји у праву САД и даје добре резултате.

11.3. Трајање ангажмана прикривеног иследника и начин спровођења ове посебне доказне радње

Трајање ове мере **идентично је** и у важећем и у новом ЗКП-у. Она траје онолико колико је потребно да се прикупе докази (фактички рок), а најдуже годину дана (максимално формални рок). На образложени предлог јавног тужиоца истражни судија, односно судија за претходни поступак може продужити трајање мере за најдуже шест месеци (додатни формални рок, којим се продужава максимални формални рок). То значи да ангажовање прикривеног иследника у истом случају може трајати максимално **18 месеци**.

Исто решење важећег и **новог** ЗКП-а је и по питању заштите прикривеног иследника. За време спровођења ове посебне доказне радње, а ради заштите прикривеног иследника, надлежни органи могу предузети одређене мере формалног карактера у циљу прикривања правог идентитета лица која је у функцији прикривеног иследника, што се своди на:

²⁷⁸ Услови под којима члан криминалне групе може стећи статус окривљеног сарадника регулисане су чл.320 до 326 нацрта ЗКП-а.

- 1) измену података у базама података, као и
- 2) издавање личних исправа са измењеним подацима у **циљу заштите идентитета прикривеног иследника** и ради спровођења ове мере. Такви подаци, што значи, како они измењени, тако и они који се односе на прави идентитет прикривеног иследника, представљају службену тајну.

Исто решење важећег и **новог ЗКП-а** постоји и по питању достављања извештаја и материјала.

Прикривени иследник током трајања свог ангажмана, тј. у току конкретног деловања у својству прикривеног иследника, подноси периодичне извештаје свом старешини, али се изузетно такви извештаји неће подносити ако би то угрозило безбедност прикривеног иследника или других лица.

По завршетку ове посебне доказне радње, старешина је дужан да поднесе извештај истражном судији, односно судији за претходни поступак. Ради се о «коначном» извештају у односу на спроведену доказну радњу, који садржи следеће елементе:

- 1) време почетка и завршетка мере
- 2) шифру или псеудоним прикривеног иследника
- 3) опис примењених поступака и техничка средства
- 4) податке о броју и идентитету лица обухваћених мером и опис резултата

11.4. Испитивање прикривеног иследника као сведока

Члан 187 **новог ЗКП-а** по питању испитивања прикривеног иследника има идентична решења као и чл.504њ важећег ЗКП. Прикривени иследник се под шифром и псеудонимом може изузетно испитати као сведок у кривичном поступку, а испитивање ће се обавити тако да се странкама *не открије његов идентитет, тј истоветност*. Ово је једини случај у нашем кривичном поступку, појаве **потупно анонимног сведока**, тј. сведока чији идентитет није познат чак ни странкама.

Истоветност прикривеног иследника непосредно пре његовог испитивања суд ће утврдити на основу изјаве старешине који је надлежан за прикривеног иследника, преко којег се и обавља позивање прикривеног иследника као сведока. Подаци о идентитету прикривеног иследника који се испитује као сведок представљају *службену тајну*.

Онда када је прикривени иследник испитан као сведок, што би у пракси морало бити веома ретко и крајње изузетно, његов исказ има доказни значај, али не може бити ексклузиван, односно једини доказ на коме би се темељила одлука суда о предмету кривичног поступка. Према чл.504њ ст.2 важећег ЗКП-а **судска одлука се не може заснивати само на исказу прикривеног иследника**.

Новина у чл.187 ст.3 новог ЗКП је у томе што је предвиђено да се судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу прикривеног иследника.

Ratio legis овог законског правила (које у основи представља један облик особеног изузетка у односу на начело слободне оцене доказа, које се на овај начин, разумно лимитира), се не заснива на неком априорном неповерењу у ову врсту сведока, већ је он утемељен на начелном ставу да онда када се ради о исказу сведока који је анониман за странке, из деловања начела правичности произилази неопходност да такав доказ сам по себи, а без других доказа, не може бити довољан да би се само на њему заснивала одлука суда, а по логици ствари, пре свега, осуђујућа пресуда.²⁷⁹

За разлику од чл.504 њ важећег ЗКП-а у чл. 187 новог ЗКП-а није предвиђено да се испитивање прикривеног иследник обавља сходном применом правила о испитивању заштићених сведока, што би могао да буде пропуст.

11.5. Немогућност (незаконитост) деловања прикривеног иследника у својству «агента провокатора»

Према изричитој законској одредби и чл.504н ст.5 важећег ЗКП-а и чл.185.ст.4 новог ЗКП-а, прикривени иследник не сме бити у улози тзв. агента провокатора. Забрањено је и кажњиво да прикривени иследник подстрекава на извршење кривичног дела.

Подстрекавање овде треба разумети у смислу кривичног права (чл.34 ст.1 КЗ), тј. да се ради о било којој радњи којом се умишљајно изазива или учвршћује одлука код другог лица да изврши кривично дело. Одговорност прикривеног иследника тада би се заснивала на општим правилима кривичног права, а његова улога у учињеном делу постојала би у два облика:

- 1) могао би да одговара као извршилац одређеног кривичног дела у ситуацији да само подстрекавање представља посебно кривично дело, односно када је његова радња подстицања на извршење кривичног дела истовремено радња извршења одређеног дела²⁸⁰
- 2) могао би да одговара као подстрекач у два модалитета:
 - а) ако је дело на које је подстицао извршено
 - б) уколико дело на које је подстицао није ни покушано, а ради се о кривичном делу чији је покушај по закону кажњив, кад би се казнио за покушај кривичног дела (чл. 34 ст.2 КЗ).

²⁷⁹ Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.277.

²⁸⁰ Нпр. код кривичног дела навођења на самоубиство и помагање у самоубиству из чл. 119 КЗ, или код кривичног дела избегавања војне обавезе из чл. 394 КЗ код којег је прописан тежи, квалификован облик у случају кад неко позива или подстиче више лица на вршење овог кривичног дела (ст.4), тј. законодавац је сматрао да је оправдано прописивање знатно строже казне за таквог подстрекача него за извршиоца.

11.6. Извршење (чињење) кривичног дела од стране прикривеног иследника

У САД, као што је наведено, тајни агент под строго дефинисаним условима може да учествује у извршењу кривичног дела (смернице Врховног тужиоца САД о примени тајних операција Федералног истражног бироа регулишу питања везана за рад тјних агената, а донета су на основу овлашћења Врховног тужиоца САД на основу члана 28, ставови 509,510 и 533 Кривичног законика САД), док је у већини правних система прикривеном иследнику забрањено да учествује у извршењу кривичног дела. У САД одбор за вођење тајних истрага може одобрити прикривеним иследницима да учествују у кривичним делима или прекршајима ако је то неопходно потребно у интересу :

- 1) прибављања информација и сазнања или доказа којима се остварују циљеви кривичног гоњења учиниоца најтежих злочина у склопу мафијашког удружења
- 2) очувања веродостојности прикривеног иследника
- 3) отклањања смртне опасности или опасности од тешке телесне повреде прикривеног иследника

Када се током започете операције створи потреба за извршењем кривичног дела, прикривени иследник мора о томе обавестити и добити одобрење локалног за ту област надлежног службеника ФБИ, а ако прикривени иследник из објективних разлога није могао обавестити, он може учествовати у делу и без датог одобрења, али се о томе мора у року од 48 сати обавестити савезна управа ФБИ, и на тај начин се ствара могућност накнаде штете жртвама тих кривичних дела, која се надокнађује из државног буџета САД.

Даље је прописано да само директор ФБИ може одобрити учествовање у тајним истрагама које носе опасност од примене силе или од повреде трећих лица, јер је прикривеним иследницима начелно забрањено да учествују у насиљу и злочинима односно планирању и извршењу кривичних дела.

Наиме, у САД не постоји конзистентан правни акт којим би се питање тајних истрага нормативно уредило на јединствен начин. До сада је једино држава Ајова посебним законом уредила услове оправдања прикривеног иследника који је у оквиру операције починио кривично дело под условом да:

- 1) није иницијатор кривичног дела,
- 2) да није намерно повредио ни једну особу која није учествовала у операцији,
- 3) да је деловао уз знање и одобрење надлежних лица или се радило о накнадној опасности која није трпела одлагање,
- 4) укупно понашање прикривеног иследника указује на понашање примерено насталој ситуацији у којој није било других алтернатива.

Према нашем ЗКП-у, како важећем тако **новом**, уколико прикривени иследник изврши, односно учини (као саизвршилац, подстрекач или помагач) кривично дело, неvezано са својим ангажманом у својству прикривеног иследника, то питање се наравно, решава према општим правилима кривичног права и ту у суштини нема никаквих специфичности. Међутим, може се поставити питање како поступити уколико је прикривени иследник учинио кривично дело, да би тиме спречио откривање његове улоге и идентитета. На пример, учествује у извршењу кривичног дела изнуде, јер би одбијањем да буде учесник у извршењу тог дела, открио своје право својство.

Такође, могућа је и ситуација која би се у пракси вероватно могла чешће дешавати, да прикривени иследник не учини ништа у циљу спречавања одређеног кривичног дела, да тиме не би открио своју улогу.

Обе ове ситуације, а посебно она прва, када сам прикривени иследник директно учествује у извршењу кривичног дела, односно извршава га, могу се решавати једино у складу са општим правилима која се односе на крајњу нужду.

То значи да прикривени иследник не чини кривично дело уколико је одговарајућу радњу којом је проузроковао кривичноправно релевантну последицу, предузео да би тиме од себе или другог отклонио истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при том учињено зло није веће од зла које је претило.

Такође, сходно општим правилима, ако прикривени иследник изазове опасност из нехата, или прекорачи границе крајње нужде, он се тада сматра учиниоцем кривичног дела, али се може блаже казнити, а ако је до прекорачења дошло под особито олакшавајућим околностима, он може да буде ослобођен од казне. Међутим, може се поставити питање да ли је прикривени иследник био дужан да се изложи опасности јер према чл.20 ст.4 КЗ « нема крајње нужде ако је учинилац био дужан да се излаже опасности која је претила».

Ово се може тумачити тако да дужност излагања опасности није апсолутна, те тако она не постоји ако је у односу на лице које је дужно да се излаже опасности, било сасвим извесно да ће доћи до његове смрти.²⁸¹

²⁸¹ Зоран Стојановић, *Кривично право општи део*, Београд 2009.г., стр.

12. Упоредно – правни приказ ангажовања прикривеног иследника

12.1. Сједињене Америчке државе

Министарство правде у САД а у оквиру тога ФБИ и ДЕА²⁸² имају обавезу да конгресу САД подносе детаљне годишње извештаје о броју спроведених тајних истрага и њиховим резултатима, што заправо представља један облик конторле законодавне над извршном влашћом. У овој области постији једно стање правне недоречености, те и покушаји кодификације одредби о прикривеном иследнику нису наишли на одобравање Конгреса, тако да у недостатку одговарајуће законске основе, поступање и оквир деловања прикривених иследника уређује интерним смерницама Министарство правде које садрже многа ограничења и строге претпоставке за примену.

Дакле, основ за примену мере прикривеног иследника темељи се на смерницама *Савезног министарства правде*, које прописује детаљан поступка одобрења за спровођење свих тајних истрага у којима учествују припадници ФБИ или других истражних организација које поступају у тој области. Поступак одобрења се заснива на начелу вишестепеног одлучивања више инстанце ФБИ и Министарства правде, у зависности од очекиваног степена односно дужине трајања ове мере. Овим смерницама је прописано да се прикривени иследници могу користити само када постоји *оправдана сумња* која је испод границе *дозвољене сумње* да је одређено лице починило кривично дело. Смернице такође садрже строге претпоставке за делатност прикривеног иследника, те прописују тајне истраге које се спроводе на локалном нивоу, које су краћег трајања од оних које могу да уследе само на основу одобрења Савезног државног тужиоца и/или Одбора за вођење тајних истрага, чији су чланови из руководеће структуре ФБИ и Министарства правде. Посебно одобрење овог одбора потребно је за спровођење истрага које се тичу осетљивих околности, које постоје када се тајна истрага треба спровести против политичара или државних службеника, у којој би прикривени иследник био у улози лекара, адвоката, новинара и др. У ову групу спадају и случајеви у којима прикривени иследник учествује у злочину или када постоји знатна опасност да ће треће лице бити телесно повређено током трајања тајне истраге.

По правилу одбор за вођење тајних истрага одобриће прикривеним иследницима да учествују у злочину или прекршају ако је то неопходно потребно у интересу :

- 1) прибављања информација и сазнања или доказа којима се остварују циљеви кривичног гоњења учиниоца најтежих злочина у склопу мафијашког удружења
- 2) очувања веродостојности прикривеног иследника
- 3) отклањања смртне опасности или опасности од тешке телесне повреде прикривеног иследника

²⁸² *Drug Enforcement Administration*

Када се током започете операције створи потреба за извршењем кривичног дела, прикривени иследник мора о томе обавестити и добити одобрење локалног за ту област надлежног службеника ФБИ, а ако прикривени иследник из објективних разлога није могао обавестити, он може учествовати у злочину и без датог одобрења, али се о томе мора у року од 48 сати обавестити савезна управа ФБИ, и на тај начин се ствара могућност накнаде штете жртвама тих кривичних дела, која се надокнађује из државног буџета САД.

Даље је прописано да само директор ФБИ може одобрити учествовање у тајним истрагама које носе опасност од примене силе или од повреде трећих лица, јер је прикривеним иследницима начелно забрањено да учествују у насиљу и злочинима односно планирању и извршењу кривичних дела.

Наиме, као што смо навели у САД не постоји конзистентан правни акт којим би се питање тајних истрага нормативно уредило на јединствен начин.²⁸³

Последњих година америчка правна теорија бави се питањем граница деловања такозваног *агента провокатора*, подстакнута чињеницом да је током суђења у којем се оптужба заснива на прикупљеним доказима, одбрана често истицала приговоре да је оптужени био наведен на извршење кривичног дела које сам не би извршио без подстицања агента провокатора. У решавању овог проблема требало би поћи од одговора на два питања:

- 1) да ли је извршено кривично дело последица подстицаја државног агента,
- 2) да ли је оптужени био предиспониран за извршење тог кривичног дела и пре контакта са агентом провокатором

Посебно питање у САД у вези са прислушкивањем представљају случајеви убацивања тајних агената у криминалне групе. На њиховој одећи или пртљагу често се скривају микрофони или мали одашиљачи, који омогућавају прислушкивање и снимање разговора вођених са особама са којима долазе у контакт. Врховни суд САД је овакву праксу оценио допуштеном, подводећи је под правило које **дозвољава прислушкивање у случајевима када је за то дао пристанак један учесника у конверзацији, због чега овај начин снимања не захтева посебно одобрење од суда**. Дакле. Ово правило је слично правилима из чл.132а нашег ЗКП-а.

²⁸³ До сада је једино држава Ајова посебним законом уредила услове оправдања прикривеног иследника који је у оквиру операције починио кривично дело под условом да:

- 1) није иницијатор кривичног дела,
- 2) да није намерно повредио ни једну особу која није учествовала у операцији,
- 3) да је деловао уз знање и одобрење надлежних лица или се радило о накнадној опасности која није трпела одлагање,
- 4) укупно понашање прикривеног иследника указује на понашање примерено насталој ситуацији у којој није било других алтернатива.

12.2. Енглеска

Мера ангажовања прикривеног иследника (*undercover agent*) има дугу историју у британској служби безбедности и делатностима криминалистичке полиције, посебно у области сузбијања деликата опојних дрога и тероризма. Услови, овлашћења и методе рада прикривеног иследника нису законом прописани, али се њихов обим уређује *смерницама* Министарства унутрашњих послова, које се темеље на начелу слободе полицијског истраживања чињеница у вези са извршеним кривичним делом. Смернице садрже забрану провоцирања на вршење кривичног дела, односно такво понашање подлеже кривичном гоњењу. Смернице Метрополитен полиције обавезују полицијског старшину да пре започињања мисије прикривеног иследника, даје упутства и савете да се уздржава од сваког поступања које би се могло тумачити као провоцирање на извршење кривичног дела.

Тешкоће у примени ове мере најчешће се јављају код прикривеног истраживања кривичних дела злоупотребе опојних дрога, када се полицијски службеник мора прилагодити правилима игре и наступати као привидни купац и тада су његове активности на граници законитих и незаконитих, посебно када симуловано купо(продаје) дрогу.

Чињеница да оптужени не би учинио кривично дело да га прикривени иследник на то није навео у енглеском праву по правилу не представља разлог за његово ослобађање, већ се та околност може узети у обзир код одмеравања казне. Енглеска полиција као веома честу категорију користи *информанта*²⁸⁴ као нужног помоћног субјекта при разјашњавању кривичних дела, за кога такође важе одређена правила садржана у смерницама.

Наиме, информант не сме да даје савете, провоцира или проузрокује извршење неког кривичног дела. Услучајевима када је сам информант требало да учествује у извршењу неког кривичног дела, њему то може да се дозволи, само уз претпоставку да он сам:

- 1) не учествује активно у планирању и извршењу кривичног дела
- 2) да би требало да одигра подређену и колико је то могуће пасивну улогу
- 3) да би требало да учествује у припреми кривичног дела, како би се прибавили што квалитетнији докази и омогућило хапшење главних учинилаца кривичног дела.

Потреба за заштиту идентитета неког информанта, не значи јамчење његовог имунитета од хапшења или кривичног гоњења, ако је по својој вољи учествовао у извршењу кривичног дела.

Полиција не би смела да дође у позицију да буде присиљена да обмањује суд. У ситуацијама када би одбрана инсистирала на сведочењу информанта, оптужба обично прихвата обустављање кривичног поступка или ослобађајућу пресуду, у циљу заштите живота и безбедности информанта.

²⁸⁴ Информант је лице које полицији даје обавештења о кривичним делима за која је случајно и пригодно сазнао захваљујући својој професији или неким другим контактима са појединим лицима из криминогене средине. Информатори су лица која полицији дају поверљива обавештења о кривичним делима и њиховим учиниоцима.

12.3. Немачка

Прикривени иследници (у правној теорији Немачке) су полицајци који правно и криминалистички истражују околности извршења одређеног кривичног дела са "позајмљеним", односно привремено промењеним идентитетом, такозваном "легендом", под којом могу да учествују у правном промету и склапају правне послове, као и региструју фиктивна предузећа. У циљу стварања што веродостојније "легенде", прикривеном иследнику је дозвољено да изради, мења и користи одговарајуће исправе, на начин којим трећа лица не смеју да претрпе штету. Употреба прикривених иследника прописана је одредбама чл. 110а - 110е немачког *Закона о кривичном поступку*, и одредбама полицијских закона појединих немачких покрајина (чл.22 и 24 *Закона о полицији Савезне покрајине Baden Wurttemberg*).

Према одредбама чл.11а ЗКП, прикривени иследник може да се користи само ако постоји *почетна сумња* да је почињено неко од тешких каталошки одређених кривичних дела од значајне важности, или када постоји опасност од понављања таквог кривичног дела.²⁸⁵ Примену ове мере *одобрава надлежни државни тужилац*, али тек по израженој спремности полицијског службеника који ће преузети улогу прикривеног иследника.

Изузетно, ако постоји опасност од одлагања, када се одобрење надлежног државног тужиоца не би могло прибавити у тако кратком року, прикривени иследник може започети своје деловање по одлуци надлежног полицијског руководиоца, с тим што ту одлуку у року од три дана мора потврдити надлежни државни тужилац, у противном истражна делатност прикривеног иследника се прекида. До тада прикупљена сазнања могу се користити за потребе кривичног поступка, ако суд не утврди да је одобрење било противправно, и када прикупљена сазнања не припадају ексклузивном праву, као незаконито прикупљени докази.²⁸⁶ Одобрење за употребу прикривеног иследника мора бити донето у писаној форми и детаљно образложено, са јасним обимом, временским трајањем и правцем употребе прикривеног иследника.

Одредбам члана 110 б и ц ЗКП прописано је да у случајевима када почетна сумња указује на тачно одређено лице као могућег извршиоца каталошки одређеног кривичног дела које је потребно и пронаћи, мора се издејствовати *судско одобрење* за примену мере, као и у случајевима када је извесно да ће прикривени иследник на позив циљане особе ући у њен стан или пословни простор. Одобрење за примену мере издаје се на рок од 3 месеца, а ако постоје за то законом прописане претпоставке тај се рок може више пута продужавати.

²⁸⁵ У ову групу кривичних дела спадају: злоупотреба опојних дрога, кријумчарење оружја, фалсификовање новца, када је кривично дело извршено у саставу банде или злочиначке организације.

²⁸⁶ Практична ситуација је могућа у случајевима када се постави сарадник или информатор са намером избегавања ограниченог деловања прикривеног иследника услед непоштовања надлежности за доношење одобрења о његовој употреби или услед прекорачења рокова када за то нису биле испуњене законске претпоставке за предузимање мера услед "опасности од одлагања".

Прикривени иследник има овлашћења која, по правилу, има полицијски службеник, а то су превентивна полицијска овлашћења потребна за успешно вођење кривичног поступка, при чему је он везан начелом легалитета кривичног гођења. Са криминалистичког аспекта, прикривене истраге морају да се односе само на оне истраге које су назначене у наредби, међутим, правац прикривених истрага није ограничен само на одређена осумњичена лица, већ може да се прошири на сведоке и институције (банке, брокерске куће итд.).

О свакој предузетој истражној мери прикривени иследник мора да сачини службену белешку и достави је надлежном државном тужиоцу. По завршетку примене мере, идентитет прикривеног иследника може да остане тајан, али државни тужилац и судија могу да донесу и другачију одлуку, односно прикривени иследник може у кривичном поступку да учествује као заштићени сведок.

Са практичног аспекта, **идентитет прикривеног иследника се никада не открива**, не само због великог финансијског улагања у стварање легенде, стручног оспособљавања и психолошке припреме, већ пре свега, из разлога личне безбедности и безбедности његове породице.

Према одредбама чл. 110 д немачког ЗКП, о примени мере морају да се обавесте лица у чији је стан или други простор ушао прикривени иследник, али само ако то не утиче на даљи ток кривичног поступка, јавну безбедност или опасност за живот и тело прикривеног иследника, као и могућност његовог даљег ангажовања.

Током своје мисије, прикривени иследник не сме да почини кривично дело условљено криминалним миљеом.²⁸⁷ У том смислу, већинско је мишљење изражено у немачком законодавству, да правна држава сме да се креће само унутар правних оквира, те да не сме да се спусти на ниво починиоца кривичних дела које кривично гони. То заправо значи да прикривени иследник не сме количину остварене или планиране неправде да повећава или изазива, односно дозвољавање "пробних" кривичних дела довело би до праве спирале насиља, јер би се захтевало извршење све тежих кривичних дела, као улазнице за чланство у криминалну организацију. Међутим, реално посматрано, прикривени иследник може, у склопу права на нужну одбрану или крајњу нужду, да заштити свој или туђи живот и отклони непосредну претећу опасност, с тим да се настала штета трећим лицима мора надокнадити.

На крају, додајмо да се прикривени иследници могу користити и у превентивне сврхе, што је прописано одредбама покрајинског полицијског законодавства, прецизније речено одредбама већ поменутих чланова 22 и 24 *Законa о полицији Савезне покрајине Baden Wurttemberg*.

²⁸⁷ Према правном теоретичару Копеги, прикривени иследник неретко "лебди на жици између дозвољеног лукавства и забрањених превара, ризикујући свој живот и здравље за добробит друштва а ради сузбијања најтеже врсте криминала".

12.4. Италија

Мера прикривеног иследника у Италији почела је да се користи седамдесетих година прошлог века, у оквиру вођења тајних истрага против организатора терористичког деловања, и у том периоду је донето низ осуђујућих пресуда за извршена кривична дела у тој области. Насупрот овој чињеници, италијанска правна и криминалистичка пракса упозорава да се ова истражна метода не може користити истим ефектима против мафије, из разлога њене конспираторности и детаљне провере "нових чланова", чиме се, заправо, мафија штити од потенцијалне инфилтрације припадника полиције. Овакво мишљење је допринело недостатку генералних прописа, који омогућавају употребу прикривених иследника, али је његова примена прописана одредбама посебног Закона о опојним дрогама.²⁸⁸ Овим законом је криминалистичкој полицији дозвољена симулована намера куповине дроге, у циљу прикупљања података и доказа, који би током каснијег кривичног поступка пред надлежним судом, теретили лице које је учествовало у купопродаји дроге.

У овим случајевима није дозвољен провокација и подстицање на извршење кривичног дела, већ полиција мора да се усмери на делатност која је на граници планирања и извршења кривичног дела, односно на само спречавање кривичног дела.

Антимафијашким законом бр. 306/92, у члану 4 омогућава се специјализованим полицијским службеницима симуловани откуп предмета појединих кривичних дела, односно откуп фалсификованог новца, дроге, оружја, као и прихватање, скривање или било која друга интервенција у вези трговине и промета, у циљу проналаска и обезбеђивања доказа за успешно вођење кривичног поступка.

Ову врсту посебне истражне мере *одобрава полицијски службеник високог ранга*, о томе се одмах обавештава државни тужилац, који може да одреди примену надзиране испоруке предмета кривичног дела, ако сматра да би то било опортуно, одлагањем извршења наредбе о хапшењу, заплени новца, дроге или оружја, ако је реално очекивати откривање и других припадника злочиначке организације, који су у вези са том криминалном делатношћу. Уважавајући недостатке правнотеоријског уређења употребе прикривеног иследника, законодавство Италије омогућило је истражним органима коришћење ефикасних средстава за борбу против мафије, а то су пре свега : *крунски сведоци, сведоци сарадници, сарадници правосуђа (пентити)*.²⁸⁹

²⁸⁸ Закон о опојним дрогама број 309/90, чл. 97.

²⁸⁹ Tarfusser указује на несавршеност назива ових особа, јер је по његовом гледишту непримерен назив *collaboratori di giustizia - сарадници правосуђа*, с обзиром на чињеницу да се криминалац не може сматрати сарадником. Надаље, сматра да је у називу "крунски сведок" садржана заблуда јер се ради о неklasичним учесницима хибридног положаја, с обзиром да се у кривичном поступку, било у прелиминарној или главној расправи, истовремено налазе у двострукој улози: окривљени и сведок.

13. Пракса европског суда за људска права

Стандарди Европског суда за људска права за примену ове мере, тј. мере надзора телефонских и других разговора и комуникација другим техничким средствима, установљени су на основу одлуке од 24.априла 1990.г.у случају *Kruslin и Huvig против Француске*.²⁹⁰ Суд је нашао да Француско законодавство које допушта прислушкивање **нема квалитет закона** у смислу чл. 8 став 2 ЕКЉП, јер закон не садржи одредбе које спречавају злоупотребу прислушкивања. Законодавац није, наиме, тачно одредио која лица је допуштено прислушкивати, ради којих кривичних дела, као и колико дуго је прислушкивање допуштено. Према овој одлуци за примену мере тајног надзора и снимања мора бити одређен:

- 1.Круг лица која могу бити надзирана
- 2.Природа кривичних дела
- 3.Временске границе трајања надзора и снимања
- 4.Услови за састављање записника о снимљеној комуникацији и начин њихове контроле
- 5.Разлози за брисање и уништавање снимака

У пресуди у случају *P.G. и J.K. v Уједињено Краљевство*²⁹¹ Суд је сматрао да постављање прислушних уређаја у кауч предлагачевог стана, како би се поводом једне истраге ухватили разговори различитих станара, представља мешање у право на поштовање приватног живота. У овом случају, Суд је сматрао да такво мешање није у складу са условима из члана 8 став 2 ЕКЉП.

Проблем с прислушкивањем најчешће настаје приликом снимања телефонских разговора. Требало би напоменути, пре свега, да **само постојање закона који допушта снимање телефонских разговора може изазвати кршење члана 8 под условом да закон не предвиђа контролу од стране корисника услуга.**

У чувеном случају *Klass и други против СР Немачке*²⁹², упутиоци поднеска били су адвокат и судија, који су тврдили да немачки закон дозвољава тајно снимање приватне комуникације у одређеним околностима, без обавезе да по извршењу мере, упозна лице са том чињеницом. У тој ситуацији, нико није могао да постави питање нужности предузете мере пред надлежним органима. У овим случајевима се поставило питање допуштености тајног прислушкивања комуникација, без обавештења лица које се прислушкује, као и без могућности да то лице против наредбе о прислушкивању уложи било какво могуће правно средство. Зато су упутиоци поднеска тврдили да су потенцијалне жртве тајног надзора и да је могуће да су њихови разговори снимани.

²⁹⁰ *Huvig*, пресуда од 24.04.1990.г., Series A, no 176-B, br.30; *Kruslin*, пресуда од 24.04.1990.г., Series A, no 176-A, br.30.

²⁹¹ 25. септембар 2001, поднесак 44787/98, ставови 9-14 и 35-38

²⁹² *Klass v. Germany*, пресуда од 06.09.1978, Series A, no.28, бр. 52.

Немачка држава се с успехом позвала на сопствени закон који допушта такву меру, са образложењем да је мера неопходна ради националне безбедности и одржања јавног реда у демократском друштву. У конкретном случају, Суд је пронашао да је закон о прислушкивању довољно прецизан, и да је поступак којим се обезбеђује законитост прикупљених информација довољно прецизан да испуњава захтев законитости предвиђен чл.8 ст.2 ЕКЉП. Суд је нашао да у његов задатак спада и дужност да утврди (без обзира на то што није установио повреду права из члана 8 ЕКЉП) да ли у националном правном систему постоји ефикасно правно средство против одлука националних органа које се односе на повреду права из члана 8 Конвенције. Ако би се, међутим, заузело становиште да је, рецимо, национални правни систем дужан да предвиди могућност употребе правног средства против наредбе истражног судије о прислушкивању, то би имало за последицу да предузета мера *престане да буде тајна*. С друге стране, пак, обавеза да национални правни поредак допусти употребу делотворног правног средства може да се аргуентује да је то једини начин да се оствари контрола ограничења права на приватност у оквирима чл. 8 ст.2 ЕКЉП. Наиме, ограничење права није допуштено ради процесуирања починилаца, већ само ради «спречавања нереда или криминала». Допуштање да се уложи делотворно правно средство управо би имало за сврху да се овај циљ и оствари.

Али исто тако, Суд је нагласио да у неким ситуацијама појединац може тврдити да је жртва кршења чл.8 ЕКЉП простим постојањем тајне мере или закона који такве мере дозвољава. Да би се утврдило да ли је до кршења дошло или није, потребно је у сваком случају утврдити тајну природу мере прислушкивања и везу између појединца и тих мера.

У случају *Malone v Уједињено Краљевство*²⁹³ из 1984.г., подносилац представке тврдио је да је његов телефон незаконито прислушкиван. Држава није оспоравала ову тврдњу, али је истакла да је то учињено по налогу полиције. Међутим, Суд је утврдио да за оправдање повреде права из чл. 8 ЕКЉП није довољно да се држава позове на постојање свог националног законодавства које регулише прислушкивање, већ, напротив да то законодавство мора да буде у складу са принципом владавине права. Суд је пронашао да је пропис који регулише прислушкивање телефонских разговора и сувише нејасан да би одговарао стандарду «у складу са законом», тако да је дошло до ометања права на приватност. На основу анализе закона којим се утврђује прислушкивање телефонских разговора, Суд је закључио да су његове одредбе врло нејасне да би одговарале општем захтеву законитости из чл. 8 ст.2 ЕКЉП. Закључено је да би било супротно владавини права када би се дискрециона слобода, дата извршној власти, изражавала као необузdana моћ и да закон мора јасно да успостави границе слободне процене дате извршним властима и пружити адекватну заштиту појединцу од самовољног мешања.

²⁹³ *Malone v Уједињено Краљевство*, пресуда од 02. августа 1984.г, Series A, no 82, бр. 67.

Суд је овај став потврдио у у пресуди *Doerga v Холандија*²⁹⁴ где је сматрао да снимања телефонских разговора које обавља полиција представља озбиљну сметњу приватном животу и преписци, те да снимање мора бити засновано на закону који је посебно прецизан. Како је Суд то посебно нагласио, «неопходно је имати јасна, детаљна правила ..., посебно стога што доступна технологија постаје све софистициранија».²⁹⁵ Суд је такође утврдио да прикупљање информације од стране полицијских службеника може имати свој основ у прећутном овлашћењу извршне власти, осим уколико предузете мере нису инвазивније, јер се тада захтева изричито законско овлашћење за предузимање ових радњи.²⁹⁶

У пресуди у случају *Halford v. Уједињено Краљевство*²⁹⁷, Суд је подсетио на решење из напред наведеног случаја *Klass*. Суд је подсетио да је у претходно поменутом случају *Klass* и други био позван да пресуђује, *inter alia*, о томе да ли је законски пропис који је органима власти дао право да тајно контролишу преписку и прислушкују телефонске разговоре предлагача, који нису били у стању да установе да ли су те мере стварно предузете, довео до мешања у њихова права зејемчена чланом 8 ЕКЉП. Суд је у том случају одлучио да «само постојање законског прописа подразумева претњу присмотре прислушкивања за сва она лица на која се пропис примењује; та претња нужно представља атак на слободу комуникација између корисника поштанских и телекомуникационих услуга и тиме је она «мешање од стране органа власти» у вршење права предлагача на поштовање приватног и породичног живота и преписке» (стр. 21, став 41).

Сходно устаљеној судској пракси, прислушкивање разговора на пословним и телефонским линијама улази у подручје примене члана 8 ЕКЉП.

У том смислу у случају *Kopp v. Швајцарска*²⁹⁸, Суд је напоменуо следеће:

«По мишљењу Суда, јасно је, на основу његове устаљене праксе, да телефонски разговори обављени из предузећа или примљени у предузећу, као што је то адвокатска канцеларија, могу бити обухваћени појмом «приватан живот» и «преписка» у смислу члан 8 став 1. ЕКЉП.

До истог решења дошло се у пресуди у случају *Halford v Уједињено Краљевство*²⁹⁹, где Суд није прихвати владин аргумент да је полиција имала право да прислушкује телефонске позиве запосленог у полицијској станици без претходно добијеног налога. Оваква пракса оцењена је као незаконита. У тој пресуди, штавише, Суд је установио да је разумна претпоставка да је предлагачева пословна телефонска линија била прислушкивана довољна да се установи да је реч о мешању.

²⁹⁴ *Doerga v Холандија* (No.50210/99),2004, par. 50.

²⁹⁵ *Kruslin v. France* (1990), *Huvig v France*, (1990).

²⁹⁶ *P.G and J.H v United Kingdom* (No.44787/98), 2001, par. 62.

²⁹⁷ 25 јуни 1997.г., поднесак бр. 20605/92, Извештаји 1997 – III, став 56.

²⁹⁸ Пресуда од 25.03.1998.г., поднесак бр.23224/94, Извештаји 1998 – II, ставови 50 и 53.

²⁹⁹ Пресуда од 25.06.1997.г., поднесак бр. 20605/92, Извештаји 1997 – III, став 42.

Детаљи разговора који су по природи од јавног интереса, не одузимају разговору приватни карактер. Овакав став односи се и на употребу службених телефона без обзира да ли је разговор по свом карактеру приватан или послован, тј. заштићена је и приватна и пословна телефонска комуникација. Суд је напоменуо следеће (став 48):

«Суд је сагласан. Докази оправдавају закључак да је разумно претпоставити да је разговоре, које је обављала гђица *Halford* из своје канцеларије, пресретала полиција из Мерсејсаида с превасходним циљем да прикупи материјал који би послужио у одбрани у судском поступку покренутом против њених припадника због полне дискриминације. Ово пресретање разговора значило је «мешање органа власти» у смислу члана 8 став 2 ЕКЉП у права гђице *Halford* на поштовање приватног живота и преписке.»

У случају *Lambert v. Француска*³⁰⁰, Суд је испитивао закон који у Француској даје право на прислушкивање телефонских разговора. И поред тога што је прихватио да овај закон предвиђа довољна јемства за лица у чијем је власништву телефонска линија, установио је да не постоји довољна заштита других лица која обављају телефонске разговоре на тим линијама. У овом случају, телефонски разговори појединца су снимани. Након постављања прислушног уређаја и прислушкивања извесног броја разговора, предлагач, који није био власник телефонске линије већ је само позвао појединца у питању, оптужен је за озбиљну манипулацију украденом робом. Он је онда тврдио да није добијена сагласност за постављање уређаја за прислушкивање. Његове жалбе су одбачене јер он није био у положају да критикује услове под којима је дат налог за постављање тог уређаја другом лицу. Ту одлуку је потврдио Касациони суд. Суд је заузео следећи став:

«Суд истиче да је, пошто су телефонски разговори обухваћени појмом «приватан живот» и «преписка», у смислу члана 8 неоспорно прислушкивање довело до «мешања органа власти» у вршење права које је обезбеђено предлагачу у ставу 1 тог члана. С тим у вези, од мале је важности што је уређај за прислушкивање постављен на линији другог лица. Суд сматра да чланови 100 et seq. Законика о кривичном поступку, укључени у Закон од 10 јула 1991, у вези са поверљивошћу телекомуникационих порука, прописују јасна и детаљна правила којима се тачно одређује подручје примене и начин вршења релевантног дискреционог права повереног јавним органима власти.

Мора се признати да би приступ Касационог суда могао довести до одлука којима би велики број људи био лишен правне заштите, наиме, били би то сви они који обављају разговоре телефонским апаратима који нису у њиховом власништву. То би у пракси довело до тога да заштитни механизми буду лишени суштине. То се догодило са предлагачем који није уживао стварну заштиту домаћег права, које не прави никакву разлику у погледу тога чија се телефонска линија прислушкује (чланови 100 et seq Законика о кривичном поступку).

³⁰⁰ Пресуда од 24.08.1998.г., поднесак бр.23618/94, ставови 21,28 и 38-41.

Суд стога сматра, као и Комисија, да предлагачу није била доступна «стварна контрола», на коју грађани имају право по начелима владавине права и која би им омогућила да се прислушкивање у питању ограничи на ниво «неопходан у демократском друштву».

У случају *Amman*³⁰¹ швајцарске власти су прислушкивале телефон подносиоца представке, иначе швајцарског бизнисмена који је продавао апарате за депилацију. Када је 1981.г. добио телефоном наруџбу из бивше совјетске амбасаде, швајцарска тајна служба је аутоматски почела да му прислушкује све телефонске разговоре, као и да спроводи тајне истраге о његовом укупном пословању. Подносилац представке је тек 1990.г. сазнао да му се разговри прислушкују. Суд је сматрао да постоји повреда права из члана 8 ст.1 ЕКЉП, јер мера није била пропорционална циљу који је тиме хтео да се постигне (национална безбедност).

Илустративан је и случај *Valenzuela Contreras v. Шпаније* из 1998.г., где је особа тражила од полиције да снима њене позиве, пошто је у неком периоду добијала велики број претећих позива. Полиција је успела да идентификује лице од којег су позиви долазили, али је осумњичени тврдио да је дошло до повреде његовог права на поштовање преписке. Закључено је да снимање телефонског разговора ради покретања кривичног поступка, доводи до ометања права на преписку, посебно уколико се учини доступним јавности. Коначно, забрањено је објављивање снимљеног телефонског разговора у новинама, или обезбеђивање доказа у кривичном поступку путем снимања и прислушкивања телефонских разговора.

Поведа чл. 8 ст 2 ЕКЉП постојаће и у случају када је ограничење права на приватност примењено супротно одредбама постојећег закона. Такође, **повреда ће постојати и уколико не постоји домаћи пропис који регулише одређени тип ограничења овог права.** Ово правило истакнуто је у случају *Taylor Sabori v Уједињено Краљевство* из 2002 године, када се упутилац поднеска жалио да му је надзиран пејџер, иако у то време није постојао релевантан пропис који је омогућавао прислушкивање овог средства комуникације.

Коначно повреда ће постојати и уколико је првобитно надзирање комуникације било законито, али је протеком времена изгубило такав карактер.

Ово ће углавном постојати онда када се дозволи надгледање нечије комуникације у тачно одређеном периоду, па се са прислушкивањем настави и после истека тог рока. Тада ће Суд обично испитивати да ли је овакво продужење било неопходно у демократском друштву. Међутим, продужење контроле комуникације и изван предвиђеног рока, не чини целу акцију незаконитом.³⁰²

³⁰¹ Пресуда од 16.02.2000.г.

³⁰² *Foxley v Уједињено Краљевство* (No. 33274/96), 2000.

Суд је заузео став да детаљи разговора, који су по природи од јавног интереса, не одузимају разговру приватни карактер. У случају *A. v Француске* одбачена је тврдња Француске да снимање разговора, у којем лице износи детаље о убиству које је починило, не потпада по домашј члана 8 ЕКЈП. Због тога, држава се не може бранити аргументом да је телефонски разговор који је прислушкивала откривао детаље о појединим криминалним радњама. Овакав став се односи и на употребу службених телефона, без обзира на то да ли је разговор по свом карактеру приватан или послован.³⁰³

14. Кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање (чл.143 КЗ)

Заштитни објект овог кривичног дела јесте право на поштовање приватног живота. Европска комисија је у свом извештају поводом предмета *Van Oosterwijk против Белгије* из 1979.године, ближе одредила домен приватног живота речима да «*права на поштовање приватног живота јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности,*» а «*до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности.*»

Кривично дело има три облика: два основна и један тежи. Код првог основног облика (став 1) радња извршења је алтернативно постављена као *неовлашћено прислушкивање* употребом посебних уређаја или *снимање* разговора, изјаве или неког саопштења које није намењено лицу које то чини. Први облик радње извршења , *прислушкивање* , представља потајно слушање туђег разговора, изјаве, или саопштења, тј. слушање без знања и пристанка лица које се снима. Овај облик радње извршења постоји уколико се неовлашћено прислушкује туђи разговор, изјава или саопштење, било да се разговор одвија путем телефона, рачунара или непосредне усмене комуникације. Као што је већ наведено за прислушкивање телефонских разговора нарочито је погодан систем мобилне телефоније и то без директног прикључења на мрежу мобилног оператера. Прислушкивање непосредне усмене комуникације такође је остварив на различите начине. Нпр. прислушкивање непосредне усмене комуникације могуће је употребом посебних даљинских, усмеравајући микрофона (тзв. телемикрофони или "топови") који могу и са већег растојања регистровати и прилично слабе звуке. Такође, прислушкивање непосредне усмене комуникације могуће је и употребом микрофона, тј. озвучењем лица или просторија (тзв. bugging). У сваком случају, за постојање овог кривичног дела, неопходно је да се прислушкивање врши посебним уређајима. То значи да неће бити овог кривично дела ако неко крадомице прислушкује туђ разговор, изјаву или саопштење, користећи само властити слух, тј. без употребе посебних уређаја.

Сматрамо да прислушкивање не постоји и кад неко лице присуствује или учествује у разговору, јер у том случају оно *не прислушкује* већ или *слуша* разговор или у њему активно *учествује*. Уколико се са неовлашћеним прислушкивањем истовремено врши и снимање, остварене су алтернативно обе радње извршења.

³⁰³ *Halford v Уједињено Краљевство* (No 20605/92), 1997.

Други облик радње извршења састоји се у неовлашћеном снимању разговора, изјаве или саопштења. И ова радња извршења може бити остварена снимањем туђег разговора, изјаве или саопштења, било да се они одвијају путем телефона, рачунара или непосредне усмене комуникације. Објекат радње извршења је разговор, изјава или какво саопштење које **нису намењени** лицу које их снима.

Овде је спорно да ли ово кривично дело постоји уколико један саговорник снима разговор у коме и он учествује, без знања и пристанка другог саговорника.

Према нашем мишљењу у оваквој ситуацији не би постојало кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање из два разлога. Прво, **не би се радило о ненамењеном** разговору, изјави или саопштењу, јер кад два лица разговарају, тада су разговор, изјава или саопштење **намењени** другом саговорнику.

Друго, **не би се радило о неовлашћеном** снимању разговора изјаве или саопштења. Наиме, у септембру 2009.г. након измена и допуна Законика о кривичном поступку, у члану 132а предвиђена је нова доказна радња *увида у аудио и видео снимке*. Према чл.132а ст.4 ЗКП, фотографије, звучни односно звучни и видео снимци **са чијим се прављењем није сагласио** осумњичени, односно окривљени, ако се он или његов глас налазе на фотографији, односно снимку, *могу и без судске одлуке да се користе као доказ у кривичном поступку*, ако се на фотографији, звучном и видео снимку истовремено налази и неко друго лице, односно његов глас, које се изричито или прећутно сагласило са прављењем фотографије или звучног, односно звучног и видео снимка. Према овом решењу, лице чији се глас односно лик снимају **то не мора ни знати нити дати своју сагласност**, тј. дозвољено је тајно снимање и без одлуке суда. Међутим, да би овакви снимци имали значај доказа у кривичном поступку **потребно је да се на њима налази и неко друго лице које се изричито или прећутно сагласило са снимањем**. Ако неко снима разговор у коме и сам учествује **очигледно је да се изричито сагласио са снимањем**.

Не би било правно одрживо да ЗКП у кривичном поступку дозвољава валидност оваквих доказа, тј. снимака који су начињени и без судске одлуке и без знања и сагласности лица које је снимано, а да истовремено према КЗ-у лице које је начинило снимке одговара за кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање. Сматрамо да се после доношења чл.132а.ст.4 ЗКП не ради о **неовлашћеном** снимању, тј. да нема противправности уколико неко снима разговор у коме и сам учествује.

Наравно, противправности неће бити ни случају да се нечији разговор, изјава или саопштење у складу са чл.504е ЗКП тајно снимати на основу наредбе суда. Разлика у односу на чл.132а ст.4. ЗКП је у томе што на основу чл. 504е ЗКП, разговор, изјаву или саопштење **тајно могу снимати и лица која у разговору не учествују**, тј.овлашћена службена лица органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције и Војно-безбедносне агенције, док на основу чл. 132а ст.4 ЗКП разговор могу снимати само лица која у њему учествују, тј. лица чији се глас или лик налази на снимку а која су се изричито или прећутно сагласила са снимањем.

Облик кривичног дела предвиђен у ставу 2 постоји у случају омогућавања непозваном лицу да се упозна са разговором или изјавом која је неовлашћено прислушкивана, односно тонски снимана. Радња извршења овог облика може се остварити и нечињем.³⁰⁴ Овај облик подразумева да је већ извршен облик из става 1. Уколико би то учинило исто лице, не би се радило о стицају, већ о привидном идеалном стицају, тако да би постојао само облик из става 2. Непозвано лице је оно лице које није учествовало у разговору, односно коме изјава није била намењена.

Као и код става 1, тако се и код става 2 може поставити питање да ли ово кривично дело постоји ако један од саговорника, који је тајно снимао свој разговор са другим саговорником, непозваном лицу омогући да се упозна са разговором, изјавом или саопштењем, тј. непозваном лицу омогући увид у снимак. Пошто се у у ставу 2, исто као и у ставу 1, за постојање кривичног дела захтева да је снимање разговора, изјаве или саопштење било **неовлашћено** тонски снимано, сматрамо да се ни у овом случају не може радити о кривичном делу неовлашћено прислушкивање и снимање, јер као што је већ наведено, после доношења чл.132а ЗКП, овакво снимање, тј. снимање у којем један саговорник снима свој разговор са другим саговорником без његовог знања и одобрења, не би било неовлашћено већ овлашћено, што значи да би и упознавање других лица са садржином снимка било овлашћено.

Учиниолац дела из ст.1 и 2 може бити било које лице осим лица које учествује у разговору. Кривично дело постоји само онда када је извршено са умишљајем. Због природе дела из става 1 то ће по правилу бити директни умишљај, а код дела из става 2 то може бити како директни, тако и евентуални умишљај. Умишљај мора да обухвати и свест о противправности. За став 1 и 2 гоњење се предузима по приватној тужби (чл.153 ст.1 КЗ).

Посебан, тежи облик постоји онда када је дело из ст.1 или 2 извршено од стране службеног лица у вршењу службе. Код овог облика у сваком конкретном случају треба испитати да ли је прислушкивање или тонско снимање вршено неовлашћено, тј. потребно је утврдити да ли се ради о уставом и законом предвиђеним случајевима одступања од права на приватност општења односно комуницирања.

³⁰⁴ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.394.

15. Криминалистички аспект снимања телефонских и других разговора или комуникација другим техничким средствима

Телефонски разговори који се остварују путем мобилне или фиксне телефоније могу се надзирати постављањем одговарајућих (прислушних) уређаја на: 1) телефонском апарату (фиксни и мобилни телефонски апарат); 2) телефонским линијама (*wiretapping*); 3) у телефонским централама, и 4) прислушкивање је могуће обавити и без непосредног повезивања на кабл, помоћу минијатурних индукционих калема који се постављају у њиховој близини.³⁰⁵

Тзв. «оловка регистри» детектују промене магнетне енергије који одговарају окренутом броју са надзираног телефонског апарата, а помоћу њих се може одредити и удаљеност самог позива. Тзв. уређајима «ухвати и следи» омогућава се и супротан процес - уређај се ставља на надзирани телефон који прима позив да би се одредио број са кога се зове, односно шаље позив, као и његова удаљеност.

За акустичку опсервацију нарочито је погодан систем мобилне телефоније и то без директног прикључења на мрежу мобилног оператера. Аудио-надзор непосредне усмене комуникације такође је остварив на рзличите начине. Посебни даљински, усмеравајући микрофони (тзв. телемикрофони или «топови») могу и са већег растојања регистровати и прилично слабе звуке. Овде се појављује проблем тзв. «отиска» гласа. Наиме, анализа гласа је одавно један од уобичајених поступака у криминалистичким истрагама. Стручњаци тврде да карактеристике људског гласа нису ништа мање јединствене од отиска прстију.

Такође, развој покретних телекомуникацијских технологија (*Wireless Technologies*) представља додатне проблеме прислушкивању, с обзиром да овај начин комуникација није постојао деценију пре. Флексибилност и прилагодљивост овог начина комуникација, представља алтернативан начин комуницирања између криминалаца. Тренутно постоје два начина покретних телекомуникацијских технологија, која су доступна у комерцијалне сврхе: станичне комуникације (*Cellular communications*), као сектор у телекомуникацијама који се најбрже развија и лични телекомуникацијски сервис (*Personal Communication Services – PCS*), који је врло сличан претходном телкомуникацијском сервису, али са битно различитим операцијама, које могу представљати додатне проблеме приликом прислушкивања. Поред наведених телекомуникацијских система у концептуалној фази развоја је и развој сателитских покретних телекомуникација (*Satellite – Based Technology*), као дугорочних телекомуникацијских система која покривају широка географска подручја. Ови сателитски телекомуникацијски системи ће повећати комплексност електронског надзора, с обзиром да ће телекомуникације постати транснационалног и глобалног карактера.³⁰⁶

³⁰⁵ М.Шкулић, " Аудио-надзор телефонских и других разговора у кривичном поступку, Безбедност, 1/97, стр.24.

³⁰⁶ U.S. Congress, Office of Technology Assessment, *Electronic Surveillance in a Digital Age*, ОТА-ВР-ИТС-149, U.S. Government Printing Office, Washington, DC., July 1995, pp.33-62.

За надзор и техничко снимање телекомуникација користе се електронска техничка средства. Она се могу користити за тајни надзор телефонских разговора (прислушкивање) без обзира да ли се ради о мобилној или фиксној телефонији, али и за конспиративан надзор других облика комуникација, као што је комуникација која се остварује путем рачунара (пренос гласа путем рачунара, пренос поруке путем рачунара, итд.), пејџера, телефакса и других облика комуникације, укључујући посебну комуникацију путем Интернета, као специфичан облик комуникације коришћењем рачунара.

Такође, електронска техничка средства се користе и за снимање (документовање) остварене комуникације (телефонске, путем рачунара, итд.), што има нужан, односно пресуда доказни значај. Рад електронских средстава за надзор (прислушкивање) и техничко снимање (документовање) разговора заправо се заснива на принципима која се поштују приликом употребе ових техничких уређаја за пренос информација жичним или бежичним путем, посебно прилагођеним за тајну употребу. Наравно ради се о електронским и аутоматизованим техничким средствима, посебним софтверским програмима, која надзиране облике комуникације аутоматски региструју и похрањују (чувају) у одређеној меморији, те дају могућност каснијег транскриптовања, односно коришћења у доказне сврхе.

Прва, у низу активности које обухватају надзор и техничко снимање телекомуникација јесте успостављање контакта са одговарајућом телекомуникацијском институцијом која врши услуге телекомуникација. При томе треба навести законску обавезу телекомуникацијских установа да омогуће агенција за спровођење закона, да на основу судске наредбе, врше пресретање и снимање телефонских разговора лица, обухваћених судском наредбом. Након тога приступа се се надзору и техничком снимању телекомуникација, које у суштини обухвата пресретање и слушање разговора осумњичених лица, снимање тих разговора и њихову каснију репродукцију.

Битно је навести да надзор и техничко снимање телекомуникација треба да реализују посебно обучени и оспособљени припадници агенције за спровођење закона. Нарочито су нужне психолошке припреме лица која ће вршити надзор и техничко снимање телекомуникација, јер она морају бити оспособљена за пажљиво слушање свих разговора осумњичених лица, те идентификовање оних дела разговора који могу имати процесни, односно доказни значај. То ће се најбоље постићи ако оперативац који води предмет преслушава разговор.³⁰⁷ Полази се од претпоставке да осумњичена лица користе средства телекомуникације у свкодневном животу, па између осталог и за одређене криминалне сврхе.

Припадници агенција за спровођење закона, **морају пресретати и снимати све разговоре** и друге облике комуникације осумњичених лица, да би **идентификовали оне делове разговора који се односе на криминалне активности**. Због тога лица која врше надзор и техничко снимање телекомуникација морају бити оспособљена да пажљивим слушањем разговора идентификују управо те критичне делове, те да се фокусирају на њихову анализу и тумачење, а што се најбоље постиже ако то ради оперативац који води предмет.

³⁰⁷ Оперативац који води предмет најбоље зна који делови разговора могу имати доказни значај, пошто су му познате све чињенице из предмета

У супротном, припадници служби безбедности, могу трошити време и енергију на пресретање неких личних и приватних разговора који су у принципу занимљивији,³⁰⁸ што може довести до занемаривања кључних делова разговора о криминалним активностима.

Прича о пресретању разговора има и другу страну. Једно лице може на више начина да дође до садржине комуникације другог лица, коришћењем илегалног хардвера или софтвера, тј. тзв. «пресретача» комуникације преко мобилних телефона. Ови уређаји су у многим државама легални, укључујући и Србију. Ово је случај пре свега зато што законодавство не може да испрати све технолошке новитете који се појављују на тржишту. Уређаји о којима је реч нарушавају на очигледан начин право на приватност – једни «сакупљају» разговоре и поруке послате са мобилних телефона особа које су у непосредној близини онога ко поседује уређај. Други «уређаји» су заправо софтвери који се инсталирају на телефоне прислушкиваних особа. Ови софтвери шаљу податке о свим активностима које власник има на телефону, а у зависности од њиховог подешавања, могу и директно преносити све разговоре власника телефона.

Очигледно је да оваква опрема не може бити легална, али је то још један од проблема који су специфични за развој ВТК- законодавци по правилу заостају за маштом починилаца и иноватора. Тек кад се наведени «пресретачи» употребе радиће се о кривичном делу неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ, дакле у наведеним ситуацијама законодавац делује репресивно. То значи да се трговина, тј. куповина и продаја ове робе несметано одвија, у поље кривичног права залази се тек ако се опрема употреби, тј. ако дође до повреде права на приватност. Према нашем мишљењу, законодавац би морао да делује и превентивно, тј. пре него што дође до повреде права на приватност, дакле и у случају његовог угрожавања, тако што би наведену опрему и софтвере прогласио нелегалним (нпр. Законом о електронским комуникацијама), па би и продавци и купци овакве опреме били кривично одговорни за кривично дело недозвољене трговине из чл.243 ст.3 КЗ. У том случају би кривична заштита права на приватност постојала и у случају његовог угрожавања, дакле пре него што дође до његове повреде, тј. пре него што се наведена опрема употреби.

С обзиром да се трговина, тј. куповина и продаја, илегалних хардвера и софтвера којима се може доћи до садржине туђе комуникације несметано одвија, и да се у поље кривичног права залази тек ако се та опрема употреби, тј. тек кад дође до повреде права на приватност док његово угрожавање није санкционисано, то је још један пример **субсидијарног карактера кривичноправне заштите права на приватност.**

³⁰⁸ Осумњичена лица врло често приликом свакодневне комуникације говоре о свом љубавном животу, укључујући и њихове љубавне авантуре, што посебно може да буде интересно лицима која реализују надзор и техничко снимање телекомуникација, нарочито ако се ради о познатим личностима. У тим случајевима припадници служби безбедности, могу да скрену пажњу са примарног задатка, а то је прикупљање информација и доказа о криминалним активностима осумњичених лица.

Надзор и техничко снимање просторија (*Surveillance and Tehnical Recording in Premises*) подразумева оптичко и акустично снимање одређеног простора, односно активности које се у надзираном простору одвијају. То могу да буду простори, односно објекти где се обавља неовлашћени промет опојним дрогама, затим простори или објекти где се састају извршиоци кривичних дела и њихови саучесници, или где се припремају нова кривична дела, као и друга криминална жаришта, односно криминалне средине.³⁰⁹

Овом посебном истражном радњом **захватају се лични животи других лица, не само осумњичених** против којих је омогућена примена надзора и техничког снимања просторија, јер се приликом примене ове посебне истражне радње, односно приликом оптичког и акустичког снимања просторија, надзиру (оптички и акустички снимају) разговори између свих лица која су се у тој просторији затекла, без обзира на то што према неким од тих лица није поименично издата наредба за надзор. Примена истражне радње надзора и техничког снимања просторија обухвата и тајно уграђивање техничких уређаја за оптичко и акустичко снимање просторија, те након истека рока примене ове посебне мере и демонтажа тих техничких (оптичких и акустичких) средстава.³¹⁰

Сами разговори који се снимају могу да буду они који се остварују нормалном, уобичајеном вербалном комуникацијом (смишљеном разменом речи), у затвореном или отвореном простору, или могу бити разговори који се обављају уз коришћење телефона (фиксног или мобилног), односно евентуално, других техничких средстава за пренос људског гласа (на пример, радио веза, тзв. «токи-воки» уређаји и сл.). Наиме, циљ ових активности и јесте да омогући упознавање са таквим разговорима, а само снимање по правилу подразумева и прислушкивање.

Софистицирано прислушкивање (теоријски омогућено скривеним интерсистемским процедурама) преко телефонског микрофона може се онемогућити једино уколико се извади батерија из апарата.³¹¹

Објекти тајног снимању су најчешће одређени криминогени објекти, односно криминална жаришта (места у којима се фреквентно врше кривична дела), али и објекти на којима се окупљају криминалци (кафе-барови, коцкарнице, радне просторије). Када је реч о тајној оптичкој опсервацији објеката и простора, нарочиту пажњу треба посветити избору прикладног места за стационарање опсерваната.

³⁰⁹ *Криминална средина* је облик деликвентске средине, социјалног миљеа у коме делује мања или већа, неформална, полуорганизована или организована група чија је професионална оријентација вршење кривичних дела. У вези је са *криминалном зајеницом*, као социјалним типом деликвентске заједнице више лица криминалне оријентације, која је неформалног карактера, а коју карактерише групно понашање, међусобно поверење, зависност, солидарност и подређеност групном ауторитету. М. Бошковић, *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 1999.стр. 159, 163.

³¹⁰ Тајна уградња уређаја за оптичко и акустично снимање није могућа у становима (чл.504ж ст.3 ЗКП).

³¹¹ О.Суботић, *Друштвене импликације биометријских система идентификације*, Нова Српска политичка мисао, Београд, 2006, по 1-4, стр.194, фуснота 144.

Они морају бити неприметни у односу на објект опсервације, односно маскирани на начин да не буде никакву сумњу у погледу саме делатности надгледања.

Сматра се да се у практичном раду на спречавању и сузбијању криминалитета, нарочито организованог, **знатно бољи резултати постижу надзором непосредне вербалне комуникације, озвучењем просторија или лица**, у односу на опсервацију и снимање разговора који се обављају телефонима или другим техничким уређајима за комуницирање на даљину.³¹²

То потврђује и извештај Комисије за прислушкивање телефонских разговора (*Wiretap Commission*) у САД,³¹³ који истиче да примена микрофона, односно **озвучење лица или простора даје неупоредиво боље резултате од надзора телефонских разговора**, из простог разлога што су и сами преступници свесни да њихови телефонски разговори могу бити надзирани. Зато су у таквом начину комуницирања они веома опрезни и шкрти, а служе се и разним шифрама, односно достигнућима крипто-технологије. На тај начин њихови телефони и факсови постају заштићени и у већини случајева веома их је тешко, а некада и немогуће надzirати. Зато се у бројним земљама води дебата која је усредсређана на постизање равнотеже између права на приватност и потребе контроле криминалитета. Питање је да ли на тржишту треба да буде присутна само једна стандардизована крипто-технологија, која би службама за сузбијање криминалитета омогућила несметан надзор комуникација, или да, услед притиска тржишта, буду присутне различите крипто-технологије, услед чије ће доступности само надгледање комуникација постати много теже и компликованије.³¹⁴

Надзирање разговора лица може се реализовати на три начина: *прво*, директним слушањем разговора; *друго*, комбиновањем слушања и регистровања; и *треће*, аутоматским регистровањем разговора.

Први начин, састоји се у директном слушању разговора лица под надзором. Ово подразумева слушање њихових разговора истовремено са одвијањем таквог разговора. *Други начин*, подразумева комбиновање слушања и регистровања (техничког снимања разговора). У овом начину истовремено се слуша надзирани разговор и технички снимају битни детаљи. И на крају, *трећи начин* подразумева аутоматско снимање разговора лица у одређену меморију, а потом преслушавање снимљених разговора и коришћење расположивог материјала.

³¹² Д.Маринковић, *Тајна опсервација у спречавању и сузбијању кривичних дела*, Зборник радова "Сузбијање криминалитета - деценија после смрти професора Водинелића, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004. стр.223.

³¹³ Lutzner, *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK in USA*, наведено према W.Gropp, *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993.p.771.

³¹⁴ S.Adamoli, *Organized crime - Around the World*, Helsinki, 1998,p.168.

Ово се уједно сматра и најпогоднији начин надзора и техничког снимања просторија, лица и предмета, с обзиром да се преслушавају сви разговори и искориштавају само они делови који могу имати доказни значај. Међутим, овај начин може имати и одређене недостатке који се огледају у чињеници да се преслушавање врши након одређеног времена, што може представљати проблеме ако одређени делови разговора указују да се ради о непосредном припремању за извршење кривичног дела, чиме се заправо не може стићи спречити његово извршење.

Међутим, и поред чињенице да примена микрофона и других уређаја за озвучење (тзв.»бубе» – енгл. *Bug*, прислушкивање - *bugging*), даје добре резултате у прибављању информација од значаја за спречавање и сузбијање кривичних дела, поменута комисија за надзор телефонских разговора изнела је податак да је током 1990 године у САД-у поднето свега 127 захтева за употребу прислушних уређаја-микрофона.³¹⁵

Разлоге несумњиво треба тражити у тешкоћама које се појављују у вези са одређивањем (лоцирањем) места на којем ће се одвијати разговор који треба бити предмет надзирања, ко и у техничким препрекама које стоје на путу оперативцима при постављању и демонтирању прислушне апаратуре. Ипак, без обзира на такве тешкоће, мишљење већине државних службеника задужених за борбу против организованог криминалитета у САД-у је да је надгледање телефонских разговора, а посебно употреба микрофона (за разговоре у просторијама), једна од најважнијих мера намењених његовом сузбијању, која омогућава продирање у најдубље слојеве злочиначких организација и прикупљање доказа о њиховим криминалним делатностима.³¹⁶

Средства за вршење надзора и техничког снимања просторија су оптичка и акустичка средства. Тако се могу користити или оптичка (видео) или акустичка (звучна) средства или се може комбиновати њихова примена. Средства која се користе за тајни оптички надзор и техничко снимање просторија, лица и предмета спадају у домен оперативе криминалистичке фотографије. Ради се о методу тајне фотографије, тј. такве фотографије, када о фотографисању нико не зна, осим оних лица која непосредно учествују у снимању и лица која одобравају такво снимање.

³¹⁵ W.Gropp, *Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK*, Freiburg in Breisgau, 1993. pp. 771.

³¹⁶ У периоду од 1985-1991 године електронска присмотра примењена у поступцима истрага ФБИ-а имала је за последицу 7.324 судске пресуде, којима су изречене новчане казне у износу од 131.851.162 долара, повраћај имовине, враћање у претходно стање или судско одузимање имовине у вредности од 331.861.045 долара, а резултат тога је било и спречавање потенцијалног економског губитка од 1.862.414.937 долара. Искуство ове службе говори да је судски наложена електронска присмотра била кључна или је у знатној мери помогла истрази ФБИ-а у 3.348 случаја у поменутом периоду. Извор: Подаци ФБИ презентовани на International Law Enforcement Academy у Будимпешти, фебруара 2004.г. Цитирано према Д.Маринковић, .: *Тајна опсервација у спречавању и сузбијању кривичних дела*, Зборник радова "Сузбијање криминалитета - деценија после смрти професора Водинелића, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004. стр.224.

За ову свху се обично користе вешто камуфлиране камере, минијатурни фото-апарати, апарати са телескопским објективима, апарати са широкоугаоним објективима за снимање из непосредне близине, апарати са инфрацрвеним зрацима, итд. Технике тајне фотографије обухватају и поступке редуцирања снимљеног материјала на димензије микро-тачке (1X1mm и мање) и израду латентних фотографија, што пружа велике могућности за прикривање снимљеног материјала. Средства за оптички надзор и техничко снимање просторија, која се најчешће користе су: камере у свим димензијама и облицима (минијатуре камере, камере у облику различитих предмета, скривене камере, итд.) фото-апарати у свим димензијама и облицима, уређаји за ноћно осматрање, затворени кабловски ТВ системи, итд. Поред наведених оптичких средстава, надзор и техничко снимање просторија, лица и предмета може се вршити и акустичким средствима, како је напред наведено. Тако се могу користити различита прислушна средства (предајници и пријемници), и друга савремена средства намењена за акустички надзор и техничко снимање просторија.

ШЕСТА ГЛАВА

VI ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ УВИДОМ У ФОТОГРАФИЈЕ, СЛУШАЊЕМ ЗВУЧНИХ СНИМАКА, УВИДОМ У ЗВУЧНЕ И ВИДЕО СНИМКЕ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

У вези фотографисања, аудио и видео снимања, врло је важно уочити разлику у примени ових техника као радњи доказивања од стране полиције и тужилаштва у кривичном поступку, од њихове примене као превентивних мера тајног прикупљања података од стране служби безбедности. Наиме, првенствени циљ примене ових техника од стране полиције и тужилаштва је процесуирање случајева, односно прикупљање **валидних доказа** за потребе вођења кривичних поступака поводом припреме или већ учињених кривичних дела (*postdeliktum*). На другој страни, циљ примене мера тајног прикупљања података од стране служби безбедности везан је за (*antedeliktum*) тј. **превенцију** и заштиту од деловања страних обавештајних служби, терориста или екстремиста, чије су радње усмерене на угрожавање виталних националних интереса (нпр. безбедност, економија, спољна политика).

Сви носиоци аудио или визуелних информација, односно комбинованих аудио – визуелних информација и одређених графичких знакова у теорији кривичног процесног права третирају се *као врста исправа*. Да би фотографија и видео снимак могли да се користе као **доказ у кривичном поступку**, неопходно је да су: 1) аутентични, и 2) да су прибављени на правно ваљан начин.

Питање правне ваљаности и начелног доказног значаја ове посебне врсте материјалних доказа решено је *Законом о кривичном поступку*, тако што је уведена **потпуно нова доказна радња**, која се своди на **увид у аудио и видео снимке** (чл.132а ЗКП).

У вези правне ваљаности, тј. да би се одређена фотографија, односно звучни и видео снимак, који се не односи на регистровање одређене доказне радње (било опште, било посебне доказне радње – глава VII и XXIXа) **могли користити као доказ у кривичном поступку**, општи услови који на основу чл. 132а ЗКП морају бити испуњени су : а) да је утврђена аутентичност тих материјалних доказа, као посебних облика носилаца звучних или видео информација, и б) да је искључена могућност фотомонтаже или видеомонтаже, као и да су искључени други облици фалсификовања фотографија и снимака.

Фотографисање, аудио и видео снимање може бити **тајно и нетајно**.

2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање

Тајно фотографисање, аудио и видео снимање може се поделити на **оно које има и на оно које нема доказни значај**. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање **које има доказни значај** даље се може поделити на **оно које доказни значај има на основу одлуке суда и на оно које доказни значај има и без судске одлуке**.

2.1. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај

2.1.1. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај на основу судске одлуке

Тајне фотографије, аудио и и видео снимци који су **настали на основу одлуке суда, као доказ у кривичном поступку** могу се користити под условима из главе XXIXа ЗКП (посебно чл.504е,чл.504ж ст.3, чл.504н ст.1), која дефинише посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела, али се на овим доказним радњама нећемо детаљније задржавати јер су описане у претходном излагању.

2.1.2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које има доказни значај без судске одлуке

1.Према чл.132а ст.4 ЗКП, фотографије, звучни односно звучни и видео снимци **са чијим се прављењем није сагласио осумњичени, односно окривљени**, ако се он или његов глас налазе на фотографији, односно снимку, **могу и без судске одлуке да се користе као доказ у кривичном поступку**, ако се на фотографији, звучном и видео снимку истовремено налази и неко друго лице, односно његов глас, које се изричито или прећутно сагласило са прављењем фотографије или звучног, односно звучног и видео снимка. Према овом решењу, лице чији се глас односно лик снимају то не мора ни знати нити дати своју сагласност, **тј. дозвољено је тајно снимање и без одлуке суда**. Међутим, да би овакви снимци **имали значај доказа у кривичном поступку** потребно је да се на њима налази и неко друго лице које се изричито или прећутно сагласило са снимањем.

2. Према чл. 132а ст.6 ЗКП , фотографије, аудио и видео снимци који су настали као вид општих безбедносних мера на јавним површинама (аеродроми, железничке станице, метро станице, банке) увек могу послужити као доказ. Претпоставка је да сваки просечан човек има свест да се такви објекти снимају или могу снимати, али чак и да је таква претпоставка погрешна, тј. да неко није знао да се неки објекат снима (нпр.нека болница), **односно да је сниман без свог знања и сагласности, тј. тајно, такви снимци, иако су начињени без одлуке суда, могу се као доказ користити у кривичном поступку**.

Ratio legis таквог правила утемељен је ради заштите људи и имовине, а наорочито због опасности од терористичких напада.

Осим ЗКП-а, правни основ за оваква снимања, тј. за снимања као вид општих безбедносних мера на јавним површинама пружа и *Закон о полицији*³¹⁷ који у чл. 69 дефинише да снимање на јавним местима представља трајни акустички и видео надзор јавних места на којима се учестало врше кривична дела или прекршаји, ради њиховог спречавања. Такође је предвиђено да кад постоји опасност да приликом јавног окупљања дође до угрожавања живота и здравља људи или имовине, овлашћено службено лице може да врши видео снимања или фотографисање јавног скупа, али намеру за оваква снимања полиција мора јавно да саопшти.

3. Даље, према чл.132а ст.7 ЗКП фотографије, аудио и видео снимци могу послужити као доказ у кривичном поступку и ако су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и других просторија, што се односи и на дворишне и друге сличне отворене просторе. Да би овакви снимци **могли да се користе као доказ у кривичном поступку** битно је да се ради о општим безбедносним мерама, без обзира да ли је уређај за снимање видљив или **скривен**, тј. **дозвољено је тајно снимање без одлуке суда**. *Ratio legis* овог правила мотивисан је потребом заштите личне безбедности и имовине.

2.2. Тајно фотографисање, аудио и видео снимање које нема доказни значај

Тајне фотографије, аудио и видео снимци могу настати и као превентивна мера тајног прикупљања података од стране унутрашњих служби безбедности када је реч о њиховом раду на заштити националне и јавне безбедности. Али такве фотографије и видео снимци (који су без сумње начињени тајно), уколико не испуњавају напред наведене услове (из чл.132а или главе XXIXа *ЗКП*), **не могу се користити као доказ у кривичном поступку већ само у превентивном раду служби безбедности**.

Нпр. у чл. 9 *Закона о безбедносно - информативној агенцији* предвиђено је да Агенција у обављању послова из своје надлежности примењује одговарајуће оперативне методе, мере и радње, **као и одговарајућа оперативно-техничка средства којима се обезбеђује прикупљање података и обавештења** ради отклањања и спречавања делатности усмерених на подривање или рушење Уставом утврђеног поретка Републике Србије, угрожавања безбедности у земљи и, да у вези с тим, **предузима друге потребне мере и радње на основу закона и прописа донетих у складу са законом**, а одлуку о примени наведених мера и метода доноси директор Агенције или лице које он овласти.

У складу са напред наведеним, фотографије и видео снимци начињени на основу овлашћења из чл. 9 *Закона о безбедносно - информативној агенцији*, нпр. приликом тајног праћења или присмотре, **неће имати доказни значај у кривичном поступку, већ ће се користити само у оперативном и превентивном раду Агенције** (осим уколико се на основу наредбе истражног судије није радило о оптичком снимању осумњичених у преткривичном поступку у складу са чл.504е *ЗКП*).

³¹⁷ Закон о полицији објављен је у «Службеном гласнику Републике Србије», број 101 од 21. новембра 2005. године, а ступио је на снагу 29 новембра 2005. године. Тако је у правни поредак Републике Србије први пут уврштен закон под овим називом (Закон о полицији).

Иначе, тајно праћење и присмотра нису регулисани *ЗКП-ом* већ *Законом о полицији* који у чл. 71 предвиђа да ради провере добијених обавештења и формирања предлога надлежним органима за које су овлашћени законом, овлашћена службена лица могу, **пре постојања основа сумње** да је извршено кривично дело или прекршај, путем полицијског непосредног или **прикривеног опажања, опсервирања**, да прикупљају обавештења и податке од користи за утврђивање да ли су се стекли основи сумње да је извршено кривично дело или прекршај. Опсервирање се може вршити на јавним и другим за приступ доступним местима, без задирања у право на приватност било ког лица.

2.3. Фотографисање, аудио и видео снимање које није тајно и коришћење као доказа дела фотографије или снимка, као и скице или цртежа

У чл. 132а ст.3 и 5 ЗКП предвиђени су и **случајеви када се фотографије, видео и аудио снимци могу користити као доказ у кривичном поступку и кад нису снимљени тајно**. Према чл.132а ст.3 ЗКП потребно је да је снимак направљен уз **прећутну или изричиту сагласност осумњиченог, односно окривљеног**, када се његов лик или његов глас налазе на фотографији, односно снимку. Прећутна сагласност окривљеног, односно осумњиченог за прављење фотографије или снимка, постоји увек када се он није изричито противио фотографисању, односно снимању, што такође представља фактичко питање

Дакле, ако је неко био миран док је фотографисан, није на пример, покривао лице, покушао да се склони од објектива и сл., онда је то само по себи, сасвим јасан знак прећутног пристајка да буде забележен на фотографији.³¹⁸

Према чл.132а ст.5 ЗКП ако се на аудио и видео снимку налазе само одређени предмети или догађаји или лица која немају својство осумњиченог или окривљеног, аудио и видео снимци **могу да се користи као доказ**, под условом да нису настали извршењем кривичног дела.³¹⁹ У чл. 132 с ст.8 ЗКП омогућава се *секвенцијско* коришћење доказа, тако што доказ може бити и само део фотографије или снимка, када се тај део издвоји одређеним техничким средствима, а ту је потребно обратити пажњу на елиминисање могућности да је извршена фото или видео монтажа. *Цртеж или скица* се некада праве иако постоје фотографије или видео записи одређеног догађаја, јер се за разлику од фотографија, односно видео снимака, који је догађај или неки његов део, бележе у некој врсти «тоталитета», цртежом или скицом се могу истаћи само неки посебно важни елементи забележеног догађаја, ситуације или особе. Зато овакви материјали у односу на фотографије или видео снимке, имају једну додатну *појашњавајућу функцију*.³²⁰ Тако на пример, ако је фотографисана кућа која је изгорела у пожару, скицом се посебно и по правилу, боље него фотографијом, може објаснити распоред просторија у кући и сл. Према чл. 132 а ст. 9 ЗКП цртежи, односно скице, који су направљени на основу фотографије или видео снимка, могу се користити као доказ у кривичном поступку, ако су испуњена два кумулативна услова:

³¹⁸ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г. стр.257.

³¹⁹ Нпр.кривичног дела неовлашћеног прислушкивања и снимања из чл.143 КЗ, или кривичног дела неовлашћеног фотографисања из чл.144 КЗ.

³²⁰ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г. стр.258.

а) потребно је да су цртежи, односно скице настали ради појашњења неког детаља фотографије или снимка, и б) потребно је да су снимак, односно фотографија већ садржани у доказном материјалу, што је веома важно, јер би без тога, било начелно врло сумњива доказна вредност самих скица или цртежа, ако су настали на основу фотографија или снимака, а не директно увидом у догађај или одређени предмет, на пример, током вршења увиђаја или реконструкције.

2.4. Недостаци радње доказивања увида у аудио и видео снимке

Приликом формулисање ове радње доказивања у члану 132а ЗКП-а, пропуштено је да се дефинишу неке ситуације које у пракси нису немогуће а којима је требало дати доказни значај. Нпр., пропуштено је да се предвиди да доказни значај у неким ситуацијама могу имати и фотографије, аудио и видео снимци који су направљени напр. новинарском или аматерском камером (јер такви снимци иако нису настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњичених и иако нису вид општих безбедносних мера често пута могу доказати кривично дело) а и једних и других случајева (тј. и кривичних дела снимљених и новинарском и кривичних дела снимљених аматерском камером) било је у пракси.

Напр. случај кад је новинар снимао протест навијача и том приликом снимио нападача који га је напао и повредио, или случај снимка аматерском камером две девојке које су након демонстрација из полупаног излога износиле ствари.

И у једном и у другом случају питање је да ли би применом чл.132а ЗКП-а ти снимци могли да се користе као доказ у кривичном поступку, јер снимци нису били направљени ни уз прећутну ни уз изричиту сагласност осумњичених односно окривљених (тј. навијач је и напао новинара јер се противио његовом снимању, а у случају две девојке на снимку се изричито чује како кажу «немој да снимаш»), а не би се могло рећи ни да су снимци настали као вид општих безбедносних мера (тј. први је прављен у сврху новинарског извештавања а други је снимљен аматерском видео камером).

Даље, у случајевима кад камере које су инсталиране као вид општих безбедносних мера напр. на улицама и трговима (што је веома значајно за доказивање кривичних дела извршених приликом јавних окупљања), или на стадионима, не сними неки догађај који је битан за ток и исход кривичног поступка, и ако такав догађај на основу чл.69 Закона о полицији не успе да сними ни полицијска камера, а догађај сними новинарска или аматерска камера, велико је питање да ли би такви снимци на основу чл.132а ЗКП могли да послуже као доказ у кривичном поступку.

Извршиоци би се вероватно бранили да нису ни знали да су снимани новинарском или аматерском камером (тј. да су снимци настали без њихове изричите и прећутне сагласности) а не би се могло рећи ни да су ти снимци настали као вид општих безбедносних мера.

Стога мислимо да је приликом дефинисања радње доказивања увида у аудио и видео снимке пропуштено да се предвиди да се за доказивање кривичних дела извршених приликом **јавних окупљања и демонстрација** могу користити и снимци начињени новинарском или аматерском камером, тј. **да као доказ за кривична дела извршена приликом јавних окупљања и демонстрација могу послужити и снимци који нису настали као вид општих безбедносних мера на јавним површинама нити су настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњиченог односно окривљеног.**

Ово поготово стога што је и Европска комисија за људска права у свом извештају направила разлику између снимака који се односе на приватне ствари од снимака јавних догађаја и демонстрација³²¹.

Стога сматрамо да би у члану 132а ЗКП-а требао да постоји још један став (најлогичније после 6-ог става) који би гласио:

«Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци који су направљени без прећутне или изричите сагласности осумњиченог или окривљеног који се на њима налазе, односно чији је глас снимљен, могу да се користе као доказ у кривичном поступку, ако су фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци настали приликом снимања јавних окупљања или демонстрација».

3. Нови ЗКП

Важећи ЗКП за разлику од ЗПП-а³²², стриктно не регулише питање доказивања исправама, иако ова врста доказивања у пракси није спорна. Нови ЗКП у чл. 138 стриктно регулише доказивање исправама што сматрамо за боље решење. Наиме, боље је што је ова врста доказивања и законски предвиђена како не би долазило до колебања судске праксе. Међутим, није добро решење што у новом ЗКП-у нису предвиђена посебна правила за доказивање увидом у фотографије, аудио и видео записе (када су они сачињени без судске наредбе) као врсту специфичних исправа. Аудио и видео записи као и фотографије су **специфичне исправе**, које се разликују од класичних писмених исправа коју издају државни органи и друга правна лица, и за њих би морала да важе **посебна правила** која важећи ЗКП садржи (чл.132 а) док нови ЗКП не превиди посебна правила за примену ове врсте исправа као доказа.

³²¹ Извештај Комисије у случају *Friedl v Austrija* br. 15225/89 од 19 маја 1994, серија А br.305-В, стр.21, ставови 49-52.

³²² ЗПП исправу у чл.230 ст.1 и 2 дефинише као документ који је у прописаном облику издао надлежни државни орган у границама својих овлашћења, као и документ који је у таквом облику издао предузеће или друга организација у вршењу јавног овлашћења које јој је поверено законом - јавна исправа, као и друге документе који су посебним прописима у погледу доказне снаге изједначени са јавним исправама.

У чл.138 новог ЗКП-а предвиђено је да се доказивање исправом врши читањем, **гледањем, слушањем** или увидом **у садржај исправе** на други начин. Оваквим дефинисањем доказивања исправама, несумњиво је предвиђено да у исправе спадају и аудио и видео записи, као и фотографије, односно да се доказивање може вршити аудио и видео записима, као и фотографијама.

У чл.2 ст.1 тачка 26 новог ЗКП-а дата је дефиниција исправе по којој је „исправа“ сваки предмет или рачунарски **податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку** (члан 83 ст.1 и 2). Дакле, за утврђивање у које доказне сврхе се могу користити исправе законик упућује на чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а где је предвиђено да предмет доказивања *алтернативно* могу бити:

- 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

То значи да је **исправа сваки предмет или рачунарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ**

- 1) чињенице која чини обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона, или
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Овако широка дефиниција исправе која сврху исправе доводи у везу са чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може послужити као оправдање односно искључивање противправности у случају аудио или видео снимања неке особе **без њеног знања и пристанка и без судске наредбе**.

Наиме, потенцијални извршилац кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ или неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ, захваљујући чл.83 и 138 новог ЗКП-а, може се позвати на то да је разговор у коме не учествује снимао без знања и пристанка лица чији се разговор снима како би прикупио доказе за неко кривично дело, тј. чињенице које чине обележје кривичног дела. Изговори могу бити разни, напр. да су нека лица снимана јер причају о припремању неког кривичног дела или о већ извршеном кривичном делу. Чак и кад би то било тачно, морају постојати стриктна правила о томе ко у сврхе откривања и доказивања кривичних дела може аудио и видео снимати нека лица без њиховог знања и сагласности (ОСЈ на основу наредбе суда).

Овако дефинисање исправе из чл. 83 и 138 новог ЗКП-а, тј. без посебних правила за увид у фотографије, аудио и видео записе, као врсту специфичних исправа, може свакоме да послужи као основ за искључивање противправности у случају тајног снимања без судске наредбе. Лице које је направило снимак може се позвати на то да је снимак направљен да би се прикупили докази за кривично дело, тј. у складу са чл 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а, тј. за доказивање чињенице које чине обележје кривичног дела.

Дефинисање аудио и видео снимака као обичних исправа у чл.138 новог ЗКП-а представља узрок изузетка од правила да право на приватност ужива кривичноправну заштиту која има хоризонталну примену (*drittwirkung* - *third party applicability*).тј. да право на приватност ужива кривичноправну заштиту не само у правним односима између појединаца и јавних власти већ и у међусобним односима између појединаца.

Наиме, на основу чл.83 и 138 новог ЗКП-а, за тајно начињен аудио и видео снимак, тј. за аудио и видео снимак сачињен без судске наредбе и сагласности лица које је на њему, за кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ кривично би били одговорни само припадници полиције а не и обични грађани. То значи да би у овом случају разлог што право на приватност ужива кривичноправну заштиту само у правним односима између појединаца и јавних власти а не и у међусобним односима између појединаца, био у кривичном процесном праву а не у кривичном материјалном праву, тј. разлог би био у чл.83 и 138 новог ЗКП-а.

Стриктним тумачењем чл.83 и 139 новог ЗКП-а ни полицији не би требала да тражи сагласност лица која је на снимку и наредбу суда за прављење аудио и видео снимака у циљу доказивања чињеница које чине обележје кривичног дела, али то би било контрадикторно са чл.167 и 172 новог ЗКП-а.

Као што је наведено,овако дефинисање исправе, без посебних правила за увид у фотографије, аудио и видео записе, као врсту специфичних исправа, може свакоме да послужи као изговор због кога је неког тајно аудио или видео снимао, тј. да је снимање вршио да би прикупио доказе за кривично дело. Чак и кад би се на овакав начин прикупили докази поставило би се питање да ли су они валидни.

Овакви докази, тј. аудио и видео снимци који су начињени без наредбе суда и без знања и сагласности лица која се на њима налазе, на основу члана 2 ст.1 тачка 26 и чл.83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а, могли би да послуже као доказ у кривичном поступку иако је очигледно да такви снимци представљају велику повреду права на приватност и да не испуњавају услова из чл.8 ЕКЉП и да их Суд за људска права не би прихватио јер „нису неопходни у демократском друштву“.

Према пракси Суда држава мора објаснити зашто је неки пропис или мера «неопходна у демократском друштву»³²³, а Суд даје тумачење израза «неопходан», који није синоним за «нужан», нити има флексибилност израза попут «прихватљив», «уобичајен», «користан», «разуман», или «пожељан».³²⁴ Појам «неопходан» значи да је у питању «нужна друштвена потреба» и да је «сразмерна жељеном законитом циљу».³²⁵

³²³ ECHR, *Shofman v Russia* (No.74826/01), 2005, где Суд није прихватио аргумент државе да је потребно прописати рок од само годину дана за оспоравање очинства детета.

³²⁴ ECHR, *Handyside v the United Kingdom* (1976).

³²⁵ ECHR, *Olsson v Sweden* (1988).

Суд није дао дефиницију демократског друштва, али у неким случајевима помиње да су његове карактеристике толеранција и слободоумност, владавина права и спречавање самовољног мешања у права гарантована ЕКЉП.³²⁶ Не треба изгубити из вида да Конвенција и јесте дизајнирана тако да очува и унапреди идеје и вредности у демократском друштву.³²⁷

Конечно, Суд утврђује да ли у конкретном случају власти имају «важан и довољан разлог» да предузму одређене мере.³²⁸ Да би одговорио на то питање, Суд мора да упореди значај права које се штити, озбиљност мере којом се ограничава то право и нужну друштвену потребу коју држава жели да оствари у конкретном случају.

Када испитује да ли је одређено ограничење права неопходно у демократском друштву, Суд, првенствено има у виду који је циљ и значај ограничења, каква је природа средства којим жељени циљ треба да се постигне, и најзад, да ли мером ограничења може да се хармонизује потреба за заштитом права на приватност и потреба за заштитом општијих друштвених интереса.³²⁹

Исто тако, иако би ови докази били прикупљени у складу са законом, према тумачењу Суда израз « у складу са законом» значи да мера мора имати свој правни основ, да закон мора бити довољно прецизан и да мора садржавати правне лекове којима се појединац може заштитити од произвољности јавних власти.

Закон мора имати одговарајући **квалитет**, односно, мора бити доступан свима и формулисан довољно прецизно и јасно. То значи да пропис мора бити у складу са владавином права, принципом који је изричито поменут у преамбули ЕКЉП и мора садржати јасна и детаљна правила.³³⁰

Квалитет закона мора бити такав да омогући лицима предвиђање последица до којих нека активност може довести, и то до степена који је разуман у односу на околности случаја.³³¹

Поменути стандард « у складу са законом» најбоље је описан у предмету *Malone*³³², где је Суд истакао:

« Било би супротно владавини права када би се дискрециона слобода, дата извршној власти, изражавала као необузdana моћ. Следи да закон мора довољно јасно указивати на границе такве дискреционе слободе дате надлежним органима и на начин њеног коришћења, имајући у виду законити циљ одређене мере, **да би се појединцу пружио одговарајућа заштита од самовољног мешања.**»

³²⁶ ECHR, *Dungeon*, 1981, par.53.

³²⁷ ECHR, *Soering v the United Kingdom*

³²⁸ ECHR, *Olsson v Sweden* (1988); *Schonberger and Durmaz v Switzerland* (1988); *Buckley v the United Kingdom* (1996); *Johansen v Norway* (1996); *Haase v Germany* (2004).

³²⁹ ECHR, *Dungeon* (1981); *X, Y and Z* (1997); *Stjerna* (1994).

³³⁰ *Malone v. the United Kingdom* (1984), par.67.

³³¹ *Andersson v. Sweden* (1992); *G.K v. Poland* (No.38816/97); 20/01/2004, 2004

³³² *Malone v. the United Kingdom* (1984), par.67.

Зато, закон мора јасно назначити домашај дискреционог права, имајући у виду легитимни циљ мере која се предузима, како би се појединцу пружила довољна заштита од ометања његовог права.³³³

С друге стране, уколико би због специфичности фотографија и аудио и видео снимака, као посебних исправа којима се задире у право на приватност, доказивање увидом у ову врсту исправа било предвиђено по посебним правилима, која су строжија од правила која важе за остале исправе, Суд их највероватније не би оспоравао.

Посебна правила за коришћење ове врсте исправа као доказа већ постоје у важећем ЗКП, само их мало треба унапредити. Наиме, приликом формулисања увида у фотографије, звучне и видео снимке као нове радње доказивања у члану 132а важећег ЗКП-а, пропуштено је да се дефинишу неке ситуације које у пракси нису ретке а којима је требало дати доказни значај.

Нпр., пропуштено је да се предвиди да доказни значај у неким ситуацијама могу имати и фотографије, аудио и видео снимци који су направљени напр. новинарском или аматерском камером (јер такви снимци иако нису настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњичених и иако нису вид општих безбедносних мера често пута могу доказати кривично дело).

Сматрамо да је приликом дефинисања радње доказивања увида у аудио и видео снимке у важећем ЗКП-у пропуштено да се предвиди да се за доказивање кривичних дела извршених приликом **јавних окупљања и демонстрација** могу користити и снимци начињени новинарском или аматерском камером, тј. **да као доказ за кривична дела извршена приликом јавних окупљања и демонстрација могу послужити и снимци који нису настали као вид општих безбедносних мера на јавним површинама нити су настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњиченог односно окривљеног.**

Ово поготово стога што и Европска комисија за људска права прави разлику између снимака који се односе на приватне ствари од снимака јавних догађаја и демонстрација³³⁴.

Аудио и видео записи као и фотографије су **специфичне исправе** које у многоструку задире у право на приватност, и које се по томе разликују од класичних писмених исправа коју издају државни органи и друга правна лица, па би за аудио и видео записе као и фотографије морала да важе **посебна правила** која важећи ЗКП садржи (чл.132 а) док нови ЗКП не превиђа посебна правила за примену ове врсте исправа као доказа.

³³³ *Malone v. the United Kingdom* (1984) пар 67; *Andersson v. Sweden* (1992); *Rotaru v. Romania* (2000)

³³⁴ Извештај Комисије у случају *Friedl v Austrija* br. 15225/89 од 19 маја 1994, серија А br.305-В, стр.21, ставови 49-52.

Стога сматрамо да је у новом ЗКП-у требало да остане одредба члана 132а важећег ЗКП-а, с тим што би требало додати још један став (најлогичније после 6-ог става) који би гласио:

«Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци који су направљени без прећутне или изричите сагласности осумњиченог или окривљеног који се на њима налазе, односно чији је глас снимљен, могу да се користе као доказ у кривичном поступку, ако су фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци настали приликом снимања јавних окупљања или демонстрација».

4. Пракса европског суда за људска права

У пресуди Европског суда за људска права у случају *P.G. и J.H. v Уједињено Краљевство* (25. септембар 2001, поднесак бр. 44787/98, ставови 56-60), Суд је сажето изнео своју дотадашњу праксу. Случај се односио на снимање гласова ухапшених лица у затворским ћелијама као и за време читања оптужнице у полицији. Ове снимке, за које дотична лица нису знала, требало је употребити ради поређења са снимљеним гласовима других лица у њиховом стану.

Полиција је веровала да ће бити у стању да једном или другом затворенику припише речи које су снимљене у њиховом стану. Суд је изнео следећи став:

«Приватни живот је широк појам и не може се исцрпно дефинисати. Суд је већ установио да су елементи приватног живота, као што су назначење пола, имена и сексуалне опредељености и сексуалног живота важни елементи у свачијем животу и да су заштићени чл. 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама³³⁵. Члан 8 ЕКЉП такође штити и «право на идентитет и лични развој, и право да се успоставе и развијају односи с другим људима и са спољним светом.»

Иако се у већини случајева снимање врши како би се садржај разговора на неки начин употребио, Суд није био уверен да разговори снимљени **као узорци гласова** излазе из подручје примене заштите која се пружа чланом 8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

³³⁵ Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*, франц. *La Convention europeenne des Droits de l'Homme*) је правни акт Савета Европе (1949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4. новембра 1950. године. Оригинална верзија, састављана на енглеском и француском језику објављена је под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. У периоду од 1950. до 2004. године, Конвенцију је потписало 46 земаља. Потписивање је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признање надлежности Европског суда за људска права. Текст је званично преведен и објављен на 30 језика а ратификација је извршена у свим државама Савета Европе. Конвенција се састоји из преамбуле, основног текста и 13 протокола.

У чл. 8 ЕКЉП предвиђено је да:

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.
2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

Суд је³³⁶ заузео мишљење да је направљен трајни запис гласа предлагача који подлеже процесу анализе која се директно односи **на идентификацију** тих лица у смислу откривања њихових личних података. Суд је такође био мишљења да се, иако је тачно да су предлагачи, када су оптужени, дали одговоре на формална питања тамо где су их полицајци могли чути, *снимање и анализа њихових гласова том приликом ипак мора сматрати као обрада личних података који се односи на предлагаче*. Суд је стога закључио како снимање гласова предлагача, за време саопштавања оптужби и док су боравили у затворској ћелији, **с обзиром да у време снимања осумњичених није постојао закон којим би била регулисана употреба скривених прислушних уређаја у њиховим просторијама**, указује на мешање у њихово право на поштовање приватног живота у смислу члана 8 став 1 Конвенције.

У погледу жалбе подносиоца представке да је начин на који су прибављени узорци гласова повредио њихово право да не оптужују сами себе, Суд је сматрао да узорци гласова који не укључују никакве оптужујуће изјаве могу бити сматрани за доказе сродним узорцима крви, длакама или другим физичким или објективним узорцима коришћеним у судским анализама на које ово право није применљиво. С тога, није било повреде члана 6 става 1 Конвенције.

У конкретном случају дошло је до повреде члана 8 Конвенције, јер је полиција применила тајне мере присмотре које **нису биле предвиђене неким одређеним законом**. Ако се догодило мешање у права по члану 8 а у домаћем закону нема јасног овлашћења, аутоматски долази до повреде Конвенције. Небитно је да ли је мешање тежило оправданом циљу, као што је истрага или спречавање кривичног дела.

Пошто је утврдио да су докази прибављени уз повреду Конвенције, Суд је наставио са разматрањем какво је дејство имало то што су такви докази коришћени као доказни материјал на суђењу. Европски суд је закључио да нема општу надлежност да одлучује који су докази прихватљиви за домаће судове, чак и кад су такви докази прибављени уз повреду Конвенције.

³³⁶ Европски суд за људска права - ECHR (engl. European Court of Human Rights, fr. Cour européenne des Droits de l'Homme) је судска институција Савета Европе, основана 1959.године, за заштиту права и слобода гарантованих Европском конвенцијом о људским правима (1950). Суд је постао стална институција заштите људских права у Европи 1.новембра 1998.године, када је ступио на снагу Протокол 11 Европске конвенције о људским правима. Пре увођења овог протокола, судску функцију је, поред Суда, обављала и Европска комисија за људска права (1954). Протокол је укинуо Комисију, али је она наставила са радом до 31.октобра 1999.године ради окончања текућих поступака. У прве три године самосталног постојања Европског суда за људска права, број спорова је увећан за око 130%. Током 1998.године било је евидентирано 5.979 предмета, а 2001.године 13.858. Питање реформе судског ситета отворено је 2.000 године, па је Протокол 14 предложен као механизам растерећења Суда и унапређења његове ефикасности. Протокол предвиђа пренос надлежности са већа на судије појединце, смањење броја чланова већа, поштравање услова покретања међународних спорова. За ступање на правну снагу, потребна је ратификација свих држава чланица Савета Европе. Критичари новог Протокола 14 тврде да ће овакава решења неповољно утицати на индивидуалну заштиту људских права. Седиште Суда налази се у Стразбуру у Француској. Површина здања износи 280.000 квм. Изградња је започета 1991, а довршена 1994.г.

Овом пресудом Суд је додао тајно прибављене снимке гласова на списак објективних узорака коришћених у судским анализама, као што су длаке и крв. Не сматра се да употреба ових узорака крши право лица да само себе не оптужи. Наравно, подразумева се да су докази до којих се дошло применом тортуре потпуно неприхватљиви.

Чл.132а ЗКП-а у складу је са наведеним решењем Суда, јер се и према чл.132а ст.3 ЗКП гласови који су снимљени без изричите или прећутне сагласности осумњиченог или окривљеног, додуше уз изузетке из ст.4, 6 и 7 истог члана, не могу користити као доказ у кривичном поступку. С тим у вези, интересантно је да ли се разговори у затворским ћелијама у складу са чл.132а ст.6 ЗКП могу снимати као вид општих безбедносних мера, тј. да ли тако снимљени разговори могу послужити **као основа за идентификацију** односно доказ у кривичном поступку, поготову што је у ставу 6 члана 132а ЗКП изричито наведено да се наведена снимања могу обављати у **зградама државних органа и установа** (што затвори и притвори јесу) и што је у затворима и притворима снимање оправдано управо као вид безбедносних мера, као и што постоји претпоставка да сваки просечан затвореник односно притвореник има свест да се такви објекти снимају или могу снимати.

Сматрамо да би гласови који су снимљени у затворима и притворима према важећем решењу из чл. 132а ст.6 нашег ЗКП-а могли да послуже као доказ у кривичном поступку, дакле и у сврхе идентификације, јер је овакво снимање **предвиђено законом**, а што је у складу са наведеном праксом Европског суда за људска права.

Када су у питању фотографије, Европска комисија за људска права³³⁷ водила је рачуна, а за сврхе одређивања домена заштите која се пружа чланом 8.ЕКЉП, против самовољног мешања јавних власти у приватан живот појединаца, о томе да ли је фотографисање довело до нарушавања приватности појединца, да ли се фотографије односе на приватне ствари **или јавне догађаје** и да ли је материјал до којег се дошло коришћен у ограниченом виду или је вероватно требало да буде доступан широј јавности.³³⁸

Када се фотографисање предлагача вршило на **јавним демонстрацијама** и на јавном месту и када је полиција чувала фотографије у досијеу, **Комисија није сматрала да се ту радило о мешању у приватни живот**, што је указивало на чињеницу да су фотографије снимљене и да се чувају као подаци о демонстрацијама и да се, у смислу обраде података, ништа није предузело у погледу идентификације лица у тој прилици.

³³⁷ Европски суд за људска права постао је стална институција заштите људских права у Европи 1. новембра 1998. године, када је ступио на снагу Протокол 11 Европске конвенције о људским правима. Пре увођења овог протокола, **судску функцију је, поред Суда, обављала и Европска комисија за људска права** (1954). Протокол је укинуо Комисију, али је она наставила са радом до 31. октобра 1999. године ради окончања текућих поступака

³³⁸ Извештај Комисије у случају *Friedl v Austrija* br. 15225/89 од 19 маја 1994, серија А br.305-В, стр.21, ставови 49-52.

Са оваквим ставом Комисије у складу су и наведена решења из чл.132.ст.6 ЗКП и чл.69 Закона о полицији.

У случају *Von Hannover v. Germany*³³⁹ Суд је истакао да сваки појединац, а тиме и јавна личност, мора имати «оправдано очекивање» да ће његов приватни и породични живот бити поштован. У овом случају медији су више пута објавили слике најстарије ћерке принца Ренијеа III, **које су настале без њеног знања**. На њима се види како сама или у друштву излази из куће, или обавља друге послове. Суд је закључио да су слике настале како би задовољиле знатижељу јавности, **а не како би подстакле дебату о општим интересима друштва**.

Треба разликовати ситуације у којима полиција прикупља податке ради спречавања или откривања злочина, и ситуације у којима полиција прикупља и похрањује информације ради заштите националне безбедности. У првом случају, полицији је дозвољено да узима фотографије од неког лица зависно од тога да ли су у питању приватне ствари или јавни инциденти, и зависно од тога да ли је тако добијени материјал предвиђен за ограничену употребу, или се јавно објављује (случај *Friedl v Austria*).³⁴⁰

Суд ће, одлучујући у оваквој ситуацији, узети у обзир све околности случаја, водећи рачуна о томе да ли је постојао напад на појединчев приватни живот у смислу упада у дом и узимања фотографија, или су оне настале на јавним манифестацијама, попут сликања учесника демонстрација. Такође, одговорност може настати и онда када полиција предаје слику медијима, сачињену у тренутку хапшења појединца који се налази у кућном притвору, ради јавног објављивања (случај *Sciacca v Italy*).³⁴¹

У овој ситуацији, полиција је прекршила право на приватност и то се посматра одвојено од одговорности медија који су слику објавили.

Откривање података трећим лицима или јавности генерално се сматра кршењем права на приватност. Међутим, некада јавни интерес може превагнути над појединчевим правом на приватност. Подаци се могу обелоданити због испитивања или гоњења за кривично дело. У случају *Doorson v Netherlands*³⁴² у којем је полиција трећем лицу показала фотографију, Европска комисија је закључила да није дошло до кршења чл.8 ЕКЉП зато што фотографија, сачињена због вођења поступка, није била доступна јавности и полиција ју је легитимно узела приликом претходног хапшења лица.

³³⁹ No.59320/00 iz 2004.g.

³⁴⁰ *Friedl v Austria* (No 15225/89),1994.

³⁴¹ *Sciacca v Italy* (No.50774/99), 2005.

³⁴² *Doorson v the Netherlands* (No.20524/92),1993.

5. Кривично дело неовлашћено фотографисање (чл.144 КЗ)

Заштитни објект овог кривичног дела јесте право на поштовање приватног живота. Основно дело има (став 1) има два облика, односно две различите радње извршења. Први облик постоји онда када се неовлашћено начини фотографски, филмски, видео или други снимак неког лица и тиме осетно задре у **лични живот** тог лица. «Начинити снимак» значи употребити техничко средство (фотографски апарат, филмску или видео камеру) чиме се снимак преноси на одговарајући материјал, односно чиме се бележи (филм, видео трака, меморијска картица) тако да се може репродуковати. За постојање дела није потребно да је снимак и израђен, односно репродукован, што је и иначе мало релевантно с обзиром на проширеност дигиталне фотографије код које се снимак бележи на меморијску картицу и може се одмах репродуковати. Неопходно је да је снимак начињен неовлашћено, што значи без пристанка лица које се снима, или без неког основа који би искључио противправност.

Слично као и код кривичног дела неовлашћеног прислушкивања и снимања, према чл.132а ст.4 ЗКП, фотографије, звучни односно звучни и видео снимци **са чијим се прављењем није сагласио** осумњичени, односно окривљени, ако се он или његов глас налазе на фотографији, односно снимку, **могу и без судске одлуке да се користе као доказ у кривичном поступку**, ако се на фотографији, звучном и видео снимку истовремено налази и неко друго лице, односно његов глас, које се изричито или прећутно сагласило са прављењем фотографије или звучног, односно звучног и видео снимка. Према овом решењу, лице чији се глас односно лик снимају **то не мора ни знати нити дати своју сагласност**, тј. дозвољено је тајно снимање и без одлуке суда. Међутим, да би овакви снимци **имали значај доказа у кривичном поступку** потребно је да се на њима налази и неко друго лице које се изричито или прећутно сагласило са снимањем.

То значи да ако неко фотографским апаратом, филмском или видео камером тајно начини фотографије или видео запис неког лица, тј. без знања и пристанка тог лица, неће починити ово кривично дело ако се на снимку сем лица које је тајно снимљено налази и лице које је снимак начинило. На тај начин се лице које снима изричито сагласило са снимањем. Не би било правно одрживо да ЗКП у кривичном поступку дозвољава валидност оваквих доказа , тј. фотографски или видео снимака који су начињени и без судске одлуке и без знања и сагласности лица које је снимано, а да истовремено према КЗ-у лице које је начинило снимке одговара за кривично дело неовлашћено фотографисање. Слично као и код кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање, сматрамо да се после доношења чл.132а.ст.4 ЗКП не ради о **неовлашћеном** снимању уколико неко тајно начини фотографски или видео снимак неког лица ако се на снимку сем лица које је снимљено налази и лице које је снимак начинило. Чак штавише, неовлашћеног снимања неће бити ни ако је неко лице снимано без свог знања или сагласности ако су фотографије или видео снимци настали као вид *опитних безбедности мера*.

Наиме, према чл. 132а ст.6 ЗКП, фотографије, аудио и видео снимци који су настали као вид општих безбедносних мера на јавним површинама (аеродроми, железничке станице, метро станице, банке) увек могу послужити као доказ.

Претпоставка је да сваки просечан човек има свест да се такви објекти снимају или могу снимати, али чак и да је таква претпоставка погрешна, тј. да неко није знао да се неки објекат снима (нпр. нека болница), **односно да је сниман без свог знања и сагласности, тј. тајно, такви снимци, иако су начињени без одлуке суда, могу се као доказ користити у кривичном поступку.**

Ratio legis таквог правила утемељен је ради заштите људи и имовине, а наорочито због опасности од терористичких напада.

У пракси су се јавили случајеви да власници трговинских радњи, посебно кад су у питању радње за продају одеће, у кабинама за пресвлачење без знања купаца постављају камере. Овакво поступање представља драстично кршење права на приватност и не може се правдати чл.132а ст.7 ЗКП, тј. да су камере постављене као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и **других просторија**, у циљу безбедности људи и имовине. С правом се може поставити питање које су то безбедносне мере које налажу постављање камера у кабинама за пресвлачење јер ако се имовина (роба) жели заштити од крађе, камере треба да буду уперене на штандове где стоји роба а не у кабине у којима се купци пресвлаче и пробају одевну робу, јер у кабинама не постоји опасност од крађе пошто радници у продавницама добро знају који су предмет дали купцу да проба у кабини и он га одатле не може изнети. Пошто у овом случају разлози за постављања скривених камера у кабини за пресвлачење не могу бити разлози безбедности већ су у питању неки други мотиви (међу којима је и воајерство), сматрамо да у овом случају постоје обележја овог кривичног дела.

Даље, према чл.132а ст.7 ЗКП фотографије, аудио и видео снимци могу послужити као доказ у кривичном поступку и ако су настали као вид безбедносних мера предузетих од стране држаоца стана и других просторија, што се односи и на дворишне и друге сличне отворене просторе. Да би овакви снимци **могли да се користе као доказ у кривичном поступку** битно је да се ради о општим безбедносним мерама, без обзира да ли је уређај за снимање видљив или **скривен, тј. дозвољено је тајно снимање без одлуке суда.** *Ratio legis* овог правила мотивисан је потребом заштите личне безбедности и имовине.

Наравно, противправности неће бити ни случају ако су нечије фотографије или видео запис у складу са чл.504е ЗКП начињене тајно на основу наредбе суда. Разлика у односу на чл.132а ст.4.ЗКП је у томе што на основу чл. 504е ЗКП, фотографије или видео запис **тајно могу снимати и лица која се не налазе на снимку**, тј.овлашћена службена лица органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције и Војно-безбедносне агенције, а према чл.132а ст.4 ЗКП фотографије или видео запис тајно могу снимити само лица која се налазе на конкретној фотографији или снимку, тј. лица која су се изричито или прећутно сагласила са прављењем фотографије или снимка.

Још један основ за искључење противправности код овог кривичног дела кад су фотографије, тј. филмски или видео записи начињени и потом са њима упозната трећа лица без пристанка лица на које се снимак односи, предвиђен је *Законом о јавном информисању* и важи за специфичну категорију лица тј. политичара и јавних функционера. ***Повреда приватности јавних функционера и политичара се не кажњава*** када се из њиховог личног или породичног живота износи или проноси оно што је ***важно за њихову јавну функцију***, односно ***за њихов положај у јавном животу***. Јер, ***јавност има право да зна***. Овакав режим је кривичноправна конкретизација ***функционалног ограничења права на приватност јавних функционера и политичара***.³⁴³

Законом о јавном информисању у члану 9 одређено је да:

"Носиоцима државних и политичких функција ограничена су права на заштиту приватности која имају лица на која се односи информација, ако је информација важна за јавност с обзиром на чињеницу да лице на које се односи информација врши одређену функцију".

"Права лица из става 1 овог члана ограничена су сразмерно оправданом интересу јавности у сваком конкретном случају".

И у члану 45:... ***информација из приватног живота, односно лични запис, може се објавити без пристанка лица на које се односи***, ако:...2) се информација, односно запис, односи на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, нарочито ако се односи на носиоца државне или политичке функције, а објављивање је важно с обзиром на чињеницу да лице обавља ту функцију".³⁴⁴

Међутим, чак иако не постоји неки од ових основа за искључење противправности, сваки неовлашћени снимак неће испунити обележје овог кривичног дела. Неопходно је да је тим снимком дошло до осетнијег задирања у нечији **лични живот**. Овај услов углавном искључује могућност да се овим кривичним делом сматра снимање неког лица на јавном месту. Међутим, могло би да буде спорно да ли осетно задирање у приватни живот може постојати изузетно и онда када неко на јавном месту, мислећи да га нико не посматра, односно да је сам, те да не може да буде снимљен, предузме неку радњу чијим би се снимањем осетно задрло у његов приватан живот. Треба узети да би у том случају овај услов био испуњен.³⁴⁵ Оцена о испуњености овог услова је, иначе, нормативна оцена при чему се полази од уобичајених схватања у одређеној средини.

³⁴³ В.Водинелић, *Увреда, клевета и повреда приватности политичара и јавних функционера*, Избор судске праксе број 3, 2005.г., стр.14.

³⁴⁴ Одредбе чл.9 и 45 представљају конкретизацију начела о информисању у стварима од интереса за јавност, из чл.4 Закона о јавном информисању: (1) " У јавним гласилима слободно се објављују идеје, информације и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна, осим када је другачије одређено законом". (2)" Одредба става 1 овог члана примењује се без обзира на начин на који је прибављена информација".

³⁴⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.395.

Осим једног малог броја радњи у вези са чијим снимањем постоји скоро општа сагласност да се тиме осетно задире у нечији лични живот (нпр. снимање нечијих сексуалних активности), све остало подлеже свестраној оцени околности у конкретном случају да би се донео закључак о томе да ли је испуњен овај услов за постојање кривичног дела.

На основу опсежног истраживања праксе Суда за људска права, утврђено је да активности које се могу подвести под појам «приватни живот» појединца чине следеће активности:

- Успостављање и развијање односа са другим појединцима
- Прикупљање, држање и употреба тајних података
- Коришћење имена
- Поштовање личног интегритета

Уколико се начини више снимака истог лица неће постојати стицај кривичних дела, јер ће се радити, већ према околностима случаја, о природном јединству дела, или о продуженом кривичном делу као облику привидног реалног стицаја. Наравно, ако су у питању различита лица, могућ је стицај. Могућ је и идеални хомогени стицај ако се једним снимком осетно задре у лични живот више лица.

Други облик радње извршења овог кривичног дела из истог става (1) постоји у случају када се снимак настао извршењем првог облика преда или показује трећем лицу, или му се омогући да се на други начин упозна с њим. Радња извршења је предаја или показивање снимка трећем лицу, или омогућавање да се упозна са снимком. Омогућавање укључује и могућност да се овај облик оствари нечињењем.³⁴⁶ Уколико је исти извршилац остварио оба облика, стицај је само привидан и постојаће само други облик који ће укључити први као претходно некажњиво дело. Та околност може имати значај приликом одмеравања казне.

Проблем је да ли постоји стицај кривичних дела уколико се то учини у односу на више трећих лица, тј. ако се више трећих лица упозна са неовлашћеним фтографским, филмским или видео снимком којим се осетно задире у лични живот неког лица. Путем телевизије или интернета практично се неограничен број лица може упознати са неовлашћеним снимком којим се осетно задире у лични живот неког лица. И овде, ако се ради о једном пасивном субјекту, треба узети да постоји само једно кривично дело, али чињеницу да је снимак учињен доступним већем броју лица треба узети у обзир приликом одмеравања казне.

Треба навести да опрема која је до пре неколико година била сувише софистицирана и скупа за општу употребу, масовном производњом постала је доступна великом кругу корисника, и иако не спада у оно што се обично подразумева "високом технологијом", њом се може значајно умањити или чак укинути право на приватност личности.

³⁴⁶ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.396.

Телевизијске куће свакодневно користе камере које су инсталирне на локацијама које су непознате пролазницима на улици. За разлику од саобраћајних камера, као и камера обезбеђења,³⁴⁷ које се фокусирају на један сегмент околине у којој се налазе, и које имају друштвено користан циљ и самим тим оправдање свог постојања, камере до којих се може доћи и преко многобројних интернет сајтова, као и оне које се користе у телевизијским програмима, омогућавају веће задирање у приватност људи него што имају корисну сврху.

Наравно, особе на улици нису заштићене правом на приватност, али се могу запитати да ли је могуће да неко свакодневно прати њихово кретање путем ових камера, као и да ли је могуће да снимци направљени овим камерама буду доступни практично сваком појединцу који за њих буде заинтересован. Чак и уколико ови снимци не буду употребљени за вршење кривичних дела или других недозвољених радњи, чини се да преовладава мишљење да људи не желе да живе "у кући великог брата", у свету у коме сваког тренутка постоји могућност да буду снимљени и праћени. Један од проблематичних аспеката овакве ситуације се јасно показује и кроз контроверзни програм који је лансирала компанија *Google - Google Street View*, који може показати слике из различитих улица већих градова широм света. Овај програм се заснива на реалним сликама улица "уживо", на којима се налазе људи, аутомобили и сл. Међутим, питање је колико се дубоко на овај начин задире у право на приватност, тј. да ли се тиме осетно задире у **лични живот** конкретног појединца.

Можда не напрецизнији, али у сваком случају занимљив одговор може понудити госпођа из Велике Британије, која је покренула бракоразводну парницу након што је случајно на снимку једне од улица видела паркиран аутомобил свог мужа испред непознате куће, у време када је он наводно био на службеном путу.³⁴⁸ Када би се сличан случај десио код нас, иако би се несумњиво радило о осетном задирању у лични живот, питање је да ли би била испуњена обележја овог кривичног дела јер је код овог кривичног дела спорно да ли умишљај мора да обухвати и услов да се снимком осетно задире у лични живот снимљеног лица. У овом случају умишљај то не би обухватао.

Такође, постоје разне телевизијске шоу емисије у којима се фотографијама а посебно филмским и видео снимцима остено задире у нечији приватни живот, где су испуњена сва обележја овог кривичног дела. На пример, на једној телевизији емитује се шоу емисија чији се концепт састоји у томе што се један од брачних другова, уколико посумња на прељубу супружника, обраћа екипи ове емисије и једној приватној детективској агенцији. Затим та детективска агенција и ТВ екипа на основу сагласности супружника који сумња на прељубу, без знања и сагласности другог супружника, у њиховом стану инсталира скривену камеру или без његовог знања и сагласности прати и снима другог супружника.

³⁴⁷ Чија су услови примене детаљније објашњена приликом анализе чл.132аЗКП

³⁴⁸ Извор: Blic online, Преко Гугла открила прељубу, <http://www.blic.rs/zanimljivosti.php?id=86407>

У оваквом случају, без обзира да ли се ради о намештеним ситуацијама ради повећања гледаности емисије или рекламирања детективске агенције, промовишу се филмски или видео снимци за које широки аудиторијум може помислити да су допуштени а који уствари имају сва обележја овог кривичног дела. На пример, на овај начин, тј. без знања и сагласности једног од супружника, начињени су видео и филмски снимци о томе како тај супружник у заједничком стану, док је други супружник на послу, прима посету трећег лица која је интимне природе. Чак штавише, тај супружник је од стране ТВ екипе и детективске агенције тајно праћен и сниман док је био у друштву лица које га је посетило у стану. Осим што су ови снимци приказани другом супружнику, и снимци из стана и снимци настали праћењем приказани су и у телевизијској емисији. Тиме су извршена оба облика овог кривичног дела али се ради о привидном стицају и постоји само други облик који укључује и први као претходно некажњиво дело. Наиме, иако се један од супружника сагласио са оваквим снимањем, други супружник и лице које га је у стану посетило **ни изричито ни прећутно нису дали сагласност за ово снимање**, тј. снимак је начињен **тајно** без сагласности ниједног од два лица која се на њему налазе. То значи да **није испуњен** основ за искључење противправности из чл.132а ст.4 ЗКП. Иако се ова емисија не емитује од стране телевизије која је на територији Републике Србије већ из државе у окружењу, место извршења кривичног дела је у Србији јер су снимци начињени у Србији а и штетна последица је настала у Србији, тј. грађани Србије су тајно снимани на територији Србије (тј. у местима у којима имају пребивалиште или боравиште) а потом су ти снимци од стране ино телевизије емитовани и у држави у којој се телевизија налази али и у Србији.

То значи да би за евентуално кривично гоњење ових кривичних дела по приватној тужби оштећених били надлежни судови у Србији према месној надлежности, тј. према местима у којима су ти снимци начињени. Изузетно би на основу чл.38.ст.2 КЗ за ово кривично дело могао да одговара и одговорни уредник ино-телевизије или лице која га замењивало у време објављивања овог видео материјала ако је до завршетка претреса пред првостепеним судом аутор видео материјала остао непознат, ако је видео материјал објављен без сагласности његовог аутора, или ако у време објављивања видео материјала постоје стварне или правне сметње за гоњење аутора које и даље трају. Иако се у овом случају, тј. путем телевизије практично неограничен број лица упознао са неовлашћеним снимком којим се осетно задире у лични живот једног од супружника, и овде би, пошто се се ради о једном пасивном субјекту, требало узети да постоји само једно кривично дело, али би чињеницу да је снимак учињен доступним неограниченом броју лица требало узети у обзир приликом одмеравања казне.

Оба облика кривичног дела захтевају умишљај учиниоца. Спорно је да ли умишљај мора да обухвати и услов да се снимком осетно задире у лични живот снимљеног лица. Има основа да се заступа став да је то објективни услов инкриминације, јер се у том случају не би захтевало да умишљај учиниоца обухвати и свест о томе да се снимком осетно задире у лични живот снимљеног лица што би олакшало примену ове инкриминације и допринело ефикаснијој кривичноправној заштити у овој области.

Међутим, осим овог криминално-политичког аргумента, треба имати у виду да када се, у спорним случајевима, нешто може сматрати обележјем бића кривичног дела, а да инкриминација тиме не промени свој смисао, треба због поштовања начела кривице узети да је реч о битном обележју бића кривичног дела.³⁴⁹

За став 1 гођење се предузима по приватној тужби (чл. 153 ст.1 КЗ).

Ово кривично дело прераста у тежи облик ако се као извршилац јавља службено лице које дело учини у вршењу службе (став 2). Као пример за овај облик кривичног дела могле би да послуже скорашње фотографије и снимци једног пара који је у току ноћи на паркингу код «Београдске арене» приликом интимног односа снимљен полицијском камером, и чије су фотографије и снимци интимног односа завршили на насловним страницама једних дневних новина, као и на интернету .

Понекад, међутим, чак иако се на *снимку* налазе нечије сексуалне активности, уколико такве активности укључују и садомазохистичке активности ради сексуалног задовољења, такви снимци могу послужити против лица које их је начинило, тј. такви снимци могу послужити као доказ у кривичном поступку како против лица које их је начинило тако и против других лица која се виде на снимку.

У случају *Laskey, Jaggard i Brown v United Kingdom*³⁵⁰ подносиоци представке су **били осуђени у Енглеској због садо-мазохистичке праксе вођене у потпуно приватном амбијенту**. Суд је напоменуо да **свака сексуална активност, која се обавља иза затворених врата, нужно не улази у подручје примене чл.8 ЕКЉП**.

У предметном случају предлагачи су се упустили у сагласне садомазохистичке активности ради сексуалног задовољавања. Нема сумње да се сексуално опредељење и активност тичу интимног аспекта приватног живота.³⁵¹ Међутим, знатан број људи учествовао је у тим активностима које су укључивале, поред осталог, и регрутовање нових "чланова" неколико посебно опремљених "просторија" и ***снимање многих видео филмова који су подељени "члановима"***. Суд наводи да се стога може поставити питање да ли сексуалне активности предлагача у потпуности потпадају под појам "приватан живот" у посебним околностима овог случаја. Предлагачи су сматрали да се мешање државе у овом случају не може сматрати "неопходним у демократском друштву".

³⁴⁹ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.396.

³⁵⁰ Пресуда Суда за људска права од 19.02.1997.г., RJD, 1997-I, бр.36

³⁵¹ *Dudgeon v the United Kingdom*, пресуда од 22.октобра 1981, серија А, бр.45.

Да би поткрепили своје мишљење, предлагачи су тврдили да су сви учесници садомазохистичких сеанси одрасле особе које су на то пристале; да је учешће у овим инкриминисаним активностима било пажљиво и ограничено и контролисано и да су у њима учествовале само особе сличних садомазохистичких склоности; да тим актима није присуствовала шира јавност и да није било опасности или вероватноће да ће она томе икада присуствовати; да никада није претрпљена ниједна или трајна повреда, да се никада није појавила инфекција на ранама, и да никада није затражена медицинска помоћ. Сем тога, никада није било ниједне притужбе полицији, која је о активностима предлагача сазнала случајно. Предлагачи су сматрали да је могућност озбиљних повреда или моралне искварености само ствар нагађања.

Сходно устаљеној пракси Суда, појам неопходности подразумева да мешање мора бити мотивисано хитном друштвеном потребом и, нарочито, да је сразмерно неком легитимном циљу, при утврђивању да ли је неко мешање у приватан живот "неопходно у демократском друштву". Суд сматра да једна од улога државе јесте њена несумњива обавеза да уреди, **крз примену кривичног закона**, оне активности које повлаче наношење физичких повреда. То се односи на све активности, а не само на оне везане за сексуалне или друге односе. Утврђивање тежине законом допуштених повреда у ситуацијама у којима *жртва даје свој пристанак* пре свега је дужност заинтересоване државе, јер оно што је овде битно јесте, с једне стране, питање јавног здравља и дејства одвраћања кривичног закона и, с друге, питање личне самосталности појединца.

Предлагачи су тврдили да је, у околностима овог случаја, конкретно понашање било део приватних моралних ставова које држава не треба да регулише. По њиховом мишљењу, дела због којих је подигнута оптужница и за која су осуђени тичу се само приватног сексуалног понашања. Суд није убеђен у исправност овог става. Очеvidно је, на основу чињеница које су установили домаћи судови, да је у садомазохистичким активностима предлагача дошло до озбиљнијих повреда или наношења рана, које се не могу сматрати безначајним или пролазним. То је само по себи довољно да се овај случај сматра другачијим од оних које је Суд раније разматрао, а који се тичу приватног хомосексуалног односа међу **одраслим особама** уз међусобни пристанак где таквих појава није било.

Суд не прихвата став предлагача да против њих није потребно кривично гоњење пошто њихове повреде нису биле толико озбиљне нити су захтевале медицинско лечење. Одлучујући да ли да покрену кривични поступак, државни органи су били у праву што су имали у виду не само стварну озбиљност нанетих повреда - које су, као што је претходно речено, сматране безначајним, већ и могућност настанка повреда које су саставни део радњи у питању. Суд је у том случају одлучио да није прекршен чл. 8 ЕКЉП, и напомену је следеће. Оптужбе за наношење телесних повреда биле су бројне и односиле су се на законом недозвољене активности које су се одвијале више од десет година. Ипак, одабране су само неке ради обухватања оптужницом.

Суд, сем тога, напомиње да су по жалби одређене смањене казне јер се имала у виду чињеница да предлагачи нису проценили да су њихови поступци кривичне природе. У овим околностима, имајући на уму степен организованости при извршењу ових дела, мере које су предузете против предлагача не могу се сматрати несразмерним.

У складу са наведеном одлуком Суда, сматрамо да би у кривичном закону Републике Србије као кривично дело требало инкриминисати садомазохистичке активности којима се наносе телесне повреде, без обзира да ли је постојао пристанак повређеног лица, јер како је Суд истакао, приликом покретања кривичног поступка треба имати у виду не само стварну озбиљност нанетих повреда већ и могућност њиховог настанка, и да нарушавање физичког интегритета и здравља, чак и у време вршења сексуалног односа, не мора да ужива заштиту члана 8 ЕКЉП.

Супротно случају када су у питању *садомазохистичке* активности, Суд је пронашао кршење чл. 8 ЕКЉП у ситуацији када је лице *окривљено* за *хомосексуалне* активности које су *снимане*, али и када је постојала минимална могућност да касета дође до јавности.³⁵²

³⁵² *A.D.T. v the United Kingdom* (No.35765/97), 2000.

6. Кривично дело неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка (чл.145 КЗ)

Ово кривично дело има извесне сличности са претходним тј. са кривичним делом неовлашћено фотографисање из чл. 144 КЗ, а и циљ прописивања инкриминације је исти: заштита права на поштовање приватног живота.

Радња извршења јесте објављивање или приказивање списка, портрета, филма или фонограма личног карактера. За разлику од претходног кривичног дела из чл. 144 КЗ, није довољно за постојање радње извршења да је спис, портрет, филм или фонограм показан само једном лицу. Објавити или приказати нешто подразумева да је више лица имало могућност да се упозна са нечим. С друге стране, није неопходно да се било ко упозна са садржином списка, портрета, фотографије, филма или фонограма. Важно је да је њихова садржина учињена доступним одређеном или неодређеном кругу лица. Објављивање или приказивање се мора вршити без пристанка овлашћеног лица. То је лице које је саставило спис или на кога се спис односи, лице које је приказано на портрету, фотографији или филму, или лице чији је глас снимљен на фонограму, као и друго лице чији се пристанак у одређеним случајевима захтева по закону. Међутим, у складу са чл.132а ст.4 ЗКП неће бити потребна сагласност лица које је приказано на портрету, фотографији или филму, као ни лица чији је глас снимљен на фонограму, ако се поред тог лица на портрету, фотографији, филму, или фонограму, налази и портрет, лик или глас лица које се изричито или прећутно сагласило прво снимањем а затим и са објављивањем или приказивањем портрета, фотографије, филма или фонограма.

Такође, када су у питању политичари и јавни функционери, као и код кривичног дела неовлашћеног фотографисања из чл.144 КЗ, неће бити потребна сагласност лица које је приказано на портрету, фотографији или филму, као ни лица чији је глас снимљен на фонограму или чији су списи у питању, ако су испуњени услови из чл.9 и чл. 45 *Закона о јавном информисању*.

За постојање кривичног дела неопходно је да се објављивањем или приказивањем осетно задрло у лични живот тог лица. Овај услов углавном искључује могућност да се овим кривичним делом сматра објављивање фотографије, филма или фонограма неког лица који су начињени на јавном месту. Међутим, могло би да буде спорно да ли осетно задирање у приватни живот може постојати ако се објави фотографија, филм или фонограм неког лица начињени на јавном месту, ако је то лице мислећи да га нико не посматра, односно да је само и да не може да буде снимљено, предузме неку радњу чијим би се прво снимањем а затим и приказивањем или објављивањем осетно задрло у његов приватни живот. Треба узети да би у том случају овај услов био испуњен. Оцена о испуњености овог услова је, иначе, нормативна оцена при чему се полази од уобичајених схватања у одређеној средини.

Осим једног малог броја радњи у вези са чијим приказивањем или објављивањем постоји скоро општа сагласност да се тиме осетно задире у нечији лични живот (нпр. приказивање или објављивање нечијих сексуалних активности), све остало подлеже свестраној оцени околности у конкретном случају да би се донео закључак о томе да ли је испуњен овај услов за постојање кривичног дела.

Субјективна страна кривичног дела подразумева умишљај који треба да обухвати све објективне елементе кривичног дела.

Спорно је да ли умишљај мора да обухвати и услов да се објављивањем или приказивањем списка, портрета, фотографије, филма или фонограма, без пристанка осређеног лица, осетно задире у његов лични живот . Има основа да се заступа став да је то објективни услов инкриминације, јер се у том случају не би захтевало да умишљај учиниоца обухвати и свест о томе да се објављивањем или приказивањем списка, портрета, фотографије филма или фонограма осетно задире у лични живот одређеног лица, што би олакшало примену ове инкриминације и допринело ефикаснијој кривичноправној заштити у овој области. Међутим, осим овог криминално-политичкох аргумента, треба имати у виду да када се, у спорним случајевима, нешто може сматрати обележјем бића кривичног дела, а да инкриминација тиме не промени свој смисао, треба због поштовања начела кривице узети да је реч о битном обележју бића кривичног дела.³⁵³

За основни облик кривичног дела гоњење се предузима по приватној тужби (чл.53 ст.1 КЗ).

Ово кривично дело прераста у тежи облик ако се као извршилац јавља службено лице које дело учини у вршењу службе (став 2).

³⁵³ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.396.

7. Криминалистички аспект увида у фотографије, слушања звучних снимака и увида у звучне и видео снимке

У последње време постоје иницијативе за увођење биометријских система идентификације на аеродромима, а као разлог наводе се терористичке претње.³⁵⁴ Најновији експерименти везани за биометријску идентификацију грађана који се изводе у неким британским и америчким градовима интерактивно комбинују сигнал камера високе резолуције које су постављене на јавним местима (тзв. CCTV – Closed Circuit TV) са алгоритмима за препознавање лица, специфичних покрета и динамике кретања. Циљ је, према речима владиних службеника, да се једног дана добије систем за интерактивно препознавање сваког пролазника и сузбијање потенцијалних криминалних активности.³⁵⁵ У смислу будућих токова, такав приступ иде ка својеврсном *Паноптику*, свевидећој држави константног и сталног надзора, у којој су многобројне укрштене базе у рачунарским мрежама (у спрези са једном централном) темељ система.³⁵⁶

Западне организације које се боре за очување права на приватност за тако нешто користе појам *Database State* (држава-база података)³⁵⁷, а у ширем контексту *Surveillance society* када је база само основни супстрат. Иако одређен број аутора тврди да се гласовна компонента може користити као поуздана биометријска информација,³⁵⁸ то пракса и многи стручњаци поричу.³⁵⁹

³⁵⁴ Скандинавска авио-компанија SAS имплементирала је биометријски систем идентификације за контролу уласака и изласка путника, с обавезом да податке одмах обрише пошто путник заврши пут. Видети: Travelbite, «Scandinavian airline first to use fingerprint scans», (22. септембар 2006). Вест је преузета са адресе [http://www.travel-bite.co.uk/newsbrief/flights/scandinavian-airline-first-use-fingerprint-scans-\\$452572.htm](http://www.travel-bite.co.uk/newsbrief/flights/scandinavian-airline-first-use-fingerprint-scans-$452572.htm).

³⁵⁵ K. Ball, D. Lyon, D. M. Wood, C. Norris, C. Raab, A Report of the Surveillance Society, Full Report, 2006, стр.24 Извештај је преузет са адресе: http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/surveillance_society_full_report_2006.pdf. Упитању је извештај сачињен за британског комесара за информације септембра 2006. године.

³⁵⁶ FIDIS, D3.2 A study on PKI and biometrics, стр.30. Студија преузета са адресе: <http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d32/>. FIDIS D3.2 - FIDIS (Future of Identity in the Information Society) јесте пројекат ЕУ чији конзорцијум чине престижне европске академске установе.

³⁵⁷ Према организацији NO2ID (Not to Id), овај појам одређује тенденцију да се рачунарске мреже користе да би се друштвом управљало преко непрестаног надзора грађана, Детаљније: <http://www.no2id.net/>.

³⁵⁸ P.E. Schmitz, R. Tavano, J. Lodge, R. Huijgens & al., *Biometrics in Europe - Trend Report 2006*, Брисел 2006, стр.23. Студија је преузета са адресе http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/112_165_file.pdf.

³⁵⁹ У оквиру међународне конференције "Smart e-goverment 2006, Elektronski identitet i servis e-uprave", одржане 25-26 октобра 2006 године у хотелу "Интерконтинентал" у Београду, на округлом столу под називом "Електронски идентитет у Е-управи и заштита приватности" др Владо Делић, експерт за превођење гласа у рачунарску текст (и обрнуто) са Факултета техничких наука у Новом Саду, поставио је питање да ли је гласовна компонента валидан биометријски податак за идентификацију одређене особе. Представник Белгије, професор Дени де Кок (*Danny De Cock*), један од аутора пројекта BELPIC (*Belgian Electronic ID Card Project*), категорично је одбацио ту могућност, наводећи практичан пример да његов глас и глас његовог оца преко телефона не разликује чак ни његова мајка. Посебан проблем гласовне компоненте је несталност која зависи од здравственог стања организма (прехладе, промуклости, итд.) које често може варирати. Цитирано према: О. Суботић, Друштвене импликације биометријских система идентификације, Нова Српска Политичка Мисао,, Нова Едиција 2006, no 1-4, стр.174, фуснота 13.

Стручњаци су седамдесетих година у САД конструисали уређај за утврђивање степена присутног стреса у гласу, сматрајући да глас може да буде поуздан индикатор стреса који настаје приликом лагања. Ползана теоријска основа за конструисање оваквих апарата била је заснована на постулатима психофизиологије, према којима је могуће дешифровати емоције на основу говора. Тако су поједини научници закључили да лагање изазива извештан *стрес*, који се огледа и у променама гласа. *Апарати за процењивање стреса у гласу* (PSE – «Psychological stress evaluator»), као и VSA («Voice stress analyzer»), конструисани тако да региструју сва већа одступања у говору од ниво основен говорне фреквенције. Нови апарати су били широко рекламирани и веома брзо су постали веома популарни, и то не само у полицијским и сигурносним службама, већ и међу пословним људима, директорима моћних привредних и финансијских корпорација који су желели да употребљавањем таквих уређаја, на несумњив начин, проверавају лојалност својих службеника, али истовремено угрожавајући и њихово право на приватност. Испитаник није морао ни да буде физички присутан током анализе његовог гласа, јер се анализа могла вршити и на основу аудио снимка, тј. и без знања испитаника. Поред тога, овакви апарати могу да анализирају читаве реченице, а не само потврдне или одречне реченице, као код полиграфа.

Почетна еуфорија око примене нових апарата за откривање лажи, на основу процењивања (евалуације) стреса у гласу, је брзо спласнула, под утицајем веома аргументованих критика новог метода за «процењивање истинољубивости». Стрес који се јавља у гласу може да буде проузрокован низом других околности, а не само и искључиво осечањем страха и кривице због лагања. Поред тога, није дефинисана нека посебна врста стреса која настаје приликом лагања, а који би испољавао изразите специфичности у односу на стресно реаговање из неких других узрока. *Без дилеме се може тврдити да стрес може да буде индуциран и када није присутно лагање.*³⁶⁰ Коначно, нека експериментална истраживања су указала на велику непоузданост уређаја за анализу стреса у гласу.³⁶¹

Не само што је инструментално откривање лажи на основу процењивања стреса у гласу у техничком смислу непрецизно и крајње непоуздано, већ је и његова дозвољеност, а нарочито широка примена, са правно-етичке стране, сасвим дискутабилна. Наиме, овакви уређаји су били често злоупотребљавани, те коришћени од стране нестручних лица, нпр. за процењивање искрености службеника компаније, уговорних страна приликом закључивања правних послова, у многим сферама **личног** и **јавног живота**, а при том испитиване особе нису упозоравне, тј. нису знале, да су предмет анализирања, **чиме је повређивано њихово право на приватност.**

³⁶⁰ Ж.Алексић, М. Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.191.

³⁶¹ Н.Holien, L.Gjeison i J.W.Hicks, *Voice Stress Evaluators and Lie Detection*, Journal of Forensic Sciences, бр. 22, Colorado Springs, 1987,стр. 409-411.

Ово је утицало на озбиљну компромитацију апарата за откривање лажи на основу анализе стреса у гласу, те јачање става да се слобода и права људи, у овом случају права на приватност, не смеју доводити у питање тако што ће се без њиховог знања употребљавати инструменти чија поузданост није утврђена са сигурношћу.

Законом о полицији у чл. 71 предвиђено је да ради провере добијених обавештења и формирања предлога надлежним органима за које су овлашћени законом, овлашћена службена лица могу, **пре постојања основа сумње** да је извршено кривично дело или прекршај, **путем полицијског непосредног или прикривеног опажања, опсервирања**, да прикупљају обавештења и податке од користи за утврђивање да ли су се стекли основи сумње да је извршено кривично дело или прекршај. Иако закон предвиђа да се опсервирање може вршити на јавним и другим за приступ доступним местима, **без задирања у право на приватност било ког лица, то практично није могуће**, јер чим се неко прикривено опсервира, тј. тајно прати, тиме се задира у његову приватност. Ипак, ова радња јесте неопходна, јер се тајним праћењем може доћи до врло важних сазнања за расветљење кривичних дела и њихових починилаца (поготово ради хватања на делу код извршења појединих кривичних дела, «*in flagranti delicto*»), као на пример код трговине наркотицима, изнуде и уцене, џепарења, шпијунаже, итд.

Праћење представља оперативну криминалистичку меру која се састоји у тајном слеђењу одређених лица у кретању, као и неприметном посматрању тих лица, у циљу запажања и регистравања свих околности које су значајне за решавање конкретног кривичног случаја.³⁶²

Тајним праћењем се најчешће остварују следећи циљеви: утврђивање места боравка одређених лица и возила која користе, утврђивање веза и контаката праћеног лица са другим лицима, уочавање примопредаје предмета кривичног дела као и особа које су потенцијални прикривачи или помагачи након извршеног дела (*auxilium post delictum*), проналажења лица за којима се трага, откривање склоништа и скровишта осумњичених (у којима се крију они сами или их користе за сакривање предмета кривичног дела, нпр. новца или средстава извршења – нпр. оружја и муниције), проверавање добијених података за неко лице, проверавање анонимне дојаве, утврђивање идентитета сумњивих особа без легитимисања, утврђивање евентуални припрема осумњичених, или других лица, за извршење новог кривичног дела, спречавање извршења кривичног дела, односно хватање на делу појединих кривичних дела («*in flagranti delicto*»), као на пример трговине наркотицима, изнуде и уцене, џепарења, шпијунаже, **тајно фотографисање осумњичених**, итд.

³⁶²Ж.Алексић, М. Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.74.

Према начину на који се врши постоје две основне врсте праћења: 1. праћење пешачењем и 2. праћење коришћењем неког превозног средства (најчешће аутомобила, а ређе бицикла, мотоцикла, теретног аутомобила или неког другог возила).

Према простору у коме се предузима, разликује се: 1. Праћење у отвореном простору (на улици, аутопуту, јавним овршинама) и 2. праћење у затвореном простору (у средствима јавног превоза, ресторанима, хотелима, итд.). Ова два вида праћења се у пракси најчешће међусобно комбинују и смењују, зависно од кретања лица које представља објект праћења, уз паралелно стављање тог лица под присмотру.

Основни услов усебно изведеног праћења је његова **тајност**, односно **неприметност** или неуочљивост. Успешно и неприметно реализовање праћења захтева претходно квалитетно обављену припрему. Пре почетка праћења мора бити израђен детаљан план који ће у потпуности обухватити циљ предузимања те мере, начин њеног извршења, расположиво људство, потребна техничка средства, те све могуће модалитете реаговања у различитим ситуацијама које би објективно могле да настану – када би нпр. праћено лице реаговало пружањем оружаног отпора, или уколико би покушало да измакне пратиоцима коришћењем брзог возила итд. Праћење се обуставља када је остварена сврха његовог предузимања, као и у ситуацијама када је уочено од стране праћеног лица, мада се тада може по потреби и наставити, али након протекла одређеног времена и на другачији, мање уочљив начин, и уз исправљање грешака које су евентуално направљене током реализације првобитно започетог праћења. Након обављеног праћења, обавезно се прави детаљан службени извештај, који се илуструје одређеним криминалистичко-техничким прилозима – **фотодокументацијом или видео-материјалом**.

Присмотра је првенствено оперативна криминалистичка радња која се огледа у тајном посматрању и надзирању одређених лица, најчешће осумњичених, или одређених објеката – возила, одређених места, отворених или затворених простора, зграда, локала и сл., у циљу прибављања информација о понашању надзираних лица, њиховом идентитету, или присуству одређених особа на посматраним местима.³⁶³ Ако се током присмотре на основу наредбе истражног судије (чл.504е ст.1 ЗКП) врше оптичка снимања осумњичених у преткривином поступку, онда она добија и кривичнопроцесни карактер.

За разлику од **праћења**, које је изразито **динамичког карактера**, и где се посматрање врши у покрету, **присмотра** је по својој природи **статична**, тако да се посматрање обавља са или из различитих стационараних објеката. То могу да буду куће, станови, железничке или аутобуске станице, аеродромске чекаонице, пракинзи, градски паркови, улице и други отворени или затворени простори.

³⁶³ Ж.Алексић, М.Шкулић, *Криминалистика*, шесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.76.

Присмотром се остварују различити циљеви, од којих су најчешћи: проналажење лица за којим се трага, **стицање увида у животне и професионалне навике осумњичених**,³⁶⁴ покупљање података о понашању лица која су под присмотром, откривање саучесника или прикривача у извршеном кривичном делу, прикупљање индиција и доказа о учињеном кривичном делу. Присмотра може да оствари и веома значајну **превентивну функцију**, када се надзирано лице спречава у извршењу планираног или намераваног кривичног дела, а њоме је могуће остварити и благовремено спречавање бекства осумњичених лица.

Основни услов за успешно вршење присмотре је њена неуочљивост за лица према којима се примењује, што истовремено значи да службена лица морају да поступају дискретно, како би њихово деловање остало тајно. Начелно, *присмотра* у том погледу има предност над *праћењем*, јер лице које је под присмотром далеко теже открива да је посматрано, него да је праћено, што је првенствено последица извесне статичности присмотре.

Током обављања присмотре могу се користити разноврсни технички уређаји, који омогућавају детаљно посматрање (зависно од конкретних околности) са великих удаљености, у мраку или магли. Ту спадају двогледи, телескопи, термовизијске камере, инфрацрвене камере, телеобјективи, итд. Не само што посматрано лице теже може да открива присмотру него праћење, већ је током присмотре и далеко лакше регистровати запажење околности, **фотографисањем или видео-снимањем**. О обављеној присмотри се саставља службена белешка или извештај, који се поткрепљује **фото и видео-материјалом**.

Снимање скривеном камером је један од најчешће коришћених начина снимања **тајне фотографије**. Да би се такво фотографисање обавило потребно је пажљиво одабрати место одакле се снима. Два су основна начина фотографисања скривеном камером: *ручно и аутоматско снимање*.

Ручно снимање обавља се увек када то околности дозвољавају. Први услов је да особа која снима може да се сакрије од погледа свих људи и да несметано бира моменат фотографисања. Овакво снимање скривеном камером најчешће се одвија на отвореном простору, посебно у градским условима. Наиме, у градском амбијенту лакше је наћи место са кога се може **тајно фотографисати**, као нпр. из паркираних кола која имају затамљена стакла или из возила типа комби снимањем кроз отвор начињен на зиду. Исто тако могуће је фотографисати са неког прозора, иза завеса, итд. Оваква снимања у одређеним случајевима, могуће је извршити и у парковима, али је то готово немогуће на отворним просторима. Снимање скривеном камером у затвореном простору је веома тешко, јер прикривени сниматељ често не може да се сакрије од погледа других лица која се налазе у истој просторији.

³⁶⁴ Чиме се свакако задире у њихово право на приватност али је то приликом примене ове мере неопходно

Аутоматско снимање обавља се на начин да се сакрије фото апарат, који је подешен да врши снимање у одређеном правцу, у одређено време. Овај начин снимања посебно долази до изражаја у затвореним просторима. Међутим, приликом аутоматског снимања затворених простора велику тешкоћу представљају светлосни услови.³⁶⁵ Аутоматско снимање може да буде аутоматског или полуаутоматског типа. Код потпуно аутоматског начина снимања фото-апарат се активира у тачно одређеним временским интервалима, или само у тренутку када се у пољу које захвата објектив појави неко лице. Код полуаутоматског снимања фото-апарат се активира радио везом или инфрацрвеним сензором. Овај систем је врло погодан, јер може да се бира објекат снимања.

Фотографисање са даљине користи се када ни на који начин није могуће прићи близу простора или лица које се **тајно надзире**. Тада је једино решење снимање теле-објективом,³⁶⁶ за чије снимање су потребни одређени услови. *Прво*, осветљење мора бити довољне јачине, да би снимци били квалитетни. *Друго*, потребно је водити рачуна о могућности да неки објекат закљони надзирани простор, лице или предмет, изненадним упадом у кадар. *Треће*, потребно је сакрити теле-објектив с обзиром да се ради о веома гломазном уређају који, у већини случајева, користи статив за фотографисање. Теле-објективом се фотографише искључиво ручно, али не због техничких ограничења, већ због тога што је захватни угао теле-објектива веома мали. Апарат треба да располаже системом за брзо подешавање оштрине слике (нпр. *повофлекс*), а светлосна јачина објектива треба да буде што је могуће већа. При посматрању снимака начињених теле-објективом треба обратити пажњу да је снимак овде веома измењен тако да може доћи до погрешног тумачења панораме.³⁶⁷ Један један од недостатака снимака телеобјективом је "мекоћа" негатива. До овога долази отуда што атмосфера није увек јасна, већ постоје различите дифузије сунчеве светлости. Отуда се препоручује опрезно руковање при одабирању ширине бленде и времена експозиције објекта.

Фотографисање минијатурним камерама је идеално за тајно снимање просторија, лица и предмета. Код оваквог типа фото-апарата минијатуризацијом може да буде обухваћен цео апарат или само објектив. Минијатурни објективи су у виду шиљака, тзв. игличасти објектив, а кућиште нормалне величине.

Минијатурни фото-апарати могу да се конструишу у жељеним величинама и облицима, као што су апарати у облику разних предмета (сат, оловка, већи прстен, итд.) или да буду класични минијатурни фото-апарати.

³⁶⁵ Наиме, светлосни услови су обично неодговарајући, а коришћење допунског извора светлости у условима аутоматског тајног снимања не долази у обзир. Због тога се употребљавају негативи велике осетљивости, с тим што је пре дефинитивног постављања фото-камере потребно обавити додатна снимања.

³⁶⁶ Ради се о објективима који имају велику жижну даљину и велику оптичку јачину, тако да добијају особине телескопа, а то значи да захтевају веома мали угао посматрања, јер се у жижној равни формира лик предмета који је у односу на удаљеност са које се посматра изузетно велики. Због ове особине овакви објективи су добили назив теле-објективи и користе се за фотографисање са велике удаљености.

³⁶⁷ Ж.Алексић, М.Шкулић, "Криминалистика", шесто измењено издање, Београд 2009г., стр.120-121.

Тако се фото камере са игличастим објективима користе за **тајно фотографисање** када терба фотографисати кроз неки мали отвор као што је кључаоница, минијатурни отвор у зиду, итд., док се минијатурне камере могу користити за фотографисање у затвореним или отвореним просторима коришћењем одређених "маски", као што су акт ташне, женске торбице, итд. За минијатурне фото-камере израђују се минијатурни филмови.

Тајно фотографисање ноћу потребно је ради надзора и техничког снимања просторија, лица и предмета ноћу. У зависности од околности и расположивих техничких могућности, ноћу се може снимати на три начина: *први*, фотографисање ноћу у условима слабе осветљености када се користи класични систем снимања, али са филмовима екстрависоке осетљивости; *други*, фотографисање ноћу када је објекат снимања у потпуном мраку или се само назире контуре у виду сенки за фотографисање, тада се мора користити филм осетљив на невидљиве инфрацрвене зраке; и *трећи*, фотографисање у мраку помоћу инфрацрвеног конвертора (претварача) када се за фотографисање користи инфрацрвени конвертор, односно електронски уређаји код којих је катода осетљива на инфрацрвене зраке, а анода је конституисана у виду екрана на којем се добија лик посматраног објекта.³⁶⁸

Фотографији, као доказном средству у пракси се, и то посебно од стране правника, придаје сувише велико поверење. До овога долази већином због великог субјективног дејства фотографске илустрације. Међутим, фотографска илустрација може заварати органе правосуђа, јер могућности за израду слика «какве се желе» су веома велике.

Примера ради навешћемо да се контрасти на једној слици могу произвољно повећавати, односно смањивати, краћом експозицијом и дужим развијањем негатива, тако да је фалсификовање контраста врло лако. Ако сада са овим повећамо фотографије лица за којима се врши потрага, онда се најбоље може видети колико промене у контрастима могу преиначити лични опис.

С друге стране, начин манипулисања правцем осветљавања лица које се фотографише може у потпуности изменити физиономију тог лица. Такође, и избор перспективе при реконструкцији нпр. саобраћајне незгоде може створити утисак да је пешак био много даље од возила него што је то био у стварности када је закорачио да пређе улицу.³⁶⁹ Такође и избор секача слике који се увећава може створити погрешну представу о снимљеном објекту, атмосфери и околини око њега. На крају, рецимо да када би се повређене особе или лешеви снимали у колор фотографији, тада би вероватно оне утицале на суд и поштравале његов критеријум при одмеравању казни. Поред осталог, на фотографију се може утицати и избором начина осветљавања, употребом филтера и негатива.

³⁶⁸ Р.Максимовић, У.Тодоровић, "Криминалистика техника", Полицијска академија, Београд, 1995.г., стр.115-129.

³⁶⁹ Ж.Алексић, М.Шкулић, "Криминалистика", шесто измењено издање, Београд 2009 г., стр.119.

Можда и најдрастичнијим начином измене снимљеног стања путем ретуша (нпр. укалањање ожиљака, мењање облика фризура и сл.), или додавањем слици нових делова нпр. неког непостојећег трага.

У измени чињеничног стања најдаље од свих метода иде фотомонтажа, којом се може од две или више слика саставити нова са жељеном садржином. При овоме треба водити рачуна када је у питању колор фотографија да интензитет осветљења може у многоме изменити изглед оваквих фотографија.

Тако, нпр. др. Мах Frei-Sluzer наводи пример фотографисања аутомобила сиве боје под отвореним небом (добија се плавосива боја аутомобила), затим под зеленим кровом или под дрвећем у парку (изглед жутосив), и под жарким подневним сунцем лети (изглед црвенкстосив).³⁷⁰ Овај пример показује да до фалсификата у колор фотографији може доћи и без жеље фотографа.

Иако се никад не може потпуно реализовати објективан фотографски снимак, ипак се томе мора тежити. Контрола објективности слике може се вршити углавном на тај начин што се у записник уносе сви подаци о настајању тог снимка. Тако је потребно да се у записник унесу одговарајући подаци о самој техници снимања и употребљеном негатив-материјалу, затим подаци о камери и начину употребе те камере, фиксирању и копирању. Када је у питању колор фотографија, тада је добро поред свих ових података снимити једну сиву скалу или колор табелу свих боја, да би се могло оценити колико су верно и у ком степену пренете боје на фотографију.

³⁷⁰ Наведено према: Ж.Алексић, М.Шкулић, "Криминалистика", шесто измењено издање, Београд 2009г., стр.119.

СЕДМА ГЛАВА

VII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПРАЋЕЊЕМ ЕЛЕКТРОНСКИХ КОМУНИКАЦИЈА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

Према чл. 41 Устава Република Србије предвиђено је :

«Тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива.

Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.»

Након усвајања *Закона о електронским комуникацијама*³⁷¹ настале су велике полемике да ли је неким одредбама овог Закона повређен наведени члан Устава(чл.41). Према *Закону о електронским комуникацијама праћење електронских комуникација може бити тајно* (на основу или без судске одлуке, тј. са увидом или без увида у садржај комуникације) **и нетајно**.

2. Тајно праћење електронских комуникација

2.1. Тајно праћење електронских комуникација на основу одлуке суда

У чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да пресретање електронских комуникација којима се открива **садржај** комуникације није допуштено, осим на одређено време и **на основу одлуке суда**, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Дакле, у вези **тајног пресретања** електронских комуникација **којима се открива њихов садржај**, *Закон о електронским комуникацијама* је у потпуности у складу са *Уставом Републике Србије* као и одредбама *ЗКП-а* којима се омогућава тајни увид у садржину комуницирања (чл. 85 ЗКП,504е ЗКП,504ж,504н важећег ЗКП-а, односно 166 и 184 **новог** ЗКП-а), тј. увид у садржину електронског комуницирања могућ је само на одређено време и **на основу одлуке суда** ако је то неопходно ради:

- 1.вођења кривичног поступка или
- 2.заштите безбедности Републике Србије.

³⁷¹ "Службени гласник" РС бр.44/2010 од 30.06.2010.г.

Међутим, проблем је што члан 152 ст.3 **новог ЗКП-а**, који регулише претресање уређаја за аутоматску обраду података, није у складу са чланом 126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* јер се у чл.152 ст.3 новог ЗКП-а не прави разлика између прегледа, којим се не остварује увид у садржај комуникације, и претреса уређаја за аутоматску обраду података, којим се остварује увид у садржај комуникације. Преглед компјутера или мобилног телефона представљао би увид у сајтове, фајлове, е-маил адресе којима је корисник компјутера односно мобилног телефона приступао или увид у остварени телефонски или компјутерски саобраћај (коме су слане или од кога су примане смс или емаил поруке) **без увида у садржај комуникације**. Насупрот томе, претрес компјутера и мобилног телефона представљао би увид у садржај послатих и примљених е-мејлова, односно смс порука, тј. **увид у садржај комуникације**, о чему је детаљније писано код одредби о претресању.

Може се рећи да члан 126.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* није донео ништа ново у наш кривично процесни систем јер је претходно чл.504е ст.1 вежећег ЗКП-а већ било предвиђено да на писмени и образложени предлог јавног тужиоца истражни судија може наредити надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим **техничким средством**... Слично је и у чл.166 **новог** ЗКП-а у којем је предвиђено да на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникација која се обавља **путем телефона или других техничких средстава**...

Дакле, слично као и чланом 126.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама*, чланом 504е ст.1 ЗКП-а већ раније је било предвиђено да се само на основу судске одлуке може остварити увид у садржај електронских комуникација (јер електронске комуникације јесу комуникације **техничким средством**, а што је било предвиђено чланом 504 ст.1 ЗКП). Слично је предвиђено и у **чл.166 новог** ЗКП-а.

Такође, слично као у чл.504ж ст.2 вежећег ЗКП-а, односно 168 ст.2 новог ЗКП-а, у чл.127.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да омогући законито пресретање електронских комуникација из чл.126.ст.1 истог закона.

2.2. Тајно праћење електронских комуникација без одлуке суда

У члану 128 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да задржи податке о електронским комуникацијама **за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка**, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова.

Дакле, чланом 128 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* у наш кривично процесни систем **практично је уведена нова доказна радња – задржани подаци**, јер ова доказна радња раније није била предвиђена важећим ЗКП-ом, а чл.128.ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* изричито предвиђа да се **подаци задржавају за потребе спровођења истраге, откривање кривичних дела и вођење кривичног поступка**, тј. задржани подаци се дефинишу као радња доказивања. Ова доказна радња је, као овлашћење полиције по налогу јавног тужиоца, предвиђена и чл.286 ст.3 важећег новог ЗКП-а али **само кад се ради о телефонској комуникацији, али не и комуникацији путем рачунара**.

У чл.128 ст.4 *Закон о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да задржане податке **чува 12 месеци** од дана обављене комуникације, а у ставу 5 да је **оператер дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно без одлагања могу доставити на захтев надлежног државног органа** у складу са ставом 1 истог члана.

Дакле, ова доказна радња, према којој је оператер дужан да **одређено време задржи податке о електронским комуникацијама за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка или за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије**, у складу је са свим уставним начелима које јемче тајност комуницирања(привременост, одређеност у закону у тачно одређене сврхе тј. ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије) осим што се за ову доказну радњу не захтева и одлука суда, јер се њом и не задире у садржину комуникације.

У члану 129 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* дефинишу се **задржани подаци** као подаци који су потребни за:

- 7) Праћење и утврђивање извора комуникације
- 8) Утврђивање одредишта комуникације
- 9) Утврђивање почетка, трајања и завршетка комуникације
- 10) Утврђивање врсте комуникације
- 11) Идентификацију терминалне опреме корисника
- 12) Утврђивање локације мобилне терминалне опреме корисника

У ставу 2 истог члана (129) предвиђено је да обавеза задржавања података обухвата и податке о успостављеним позивима који нису одговорени, али не обухвата податке о позивима чије успостављање није успело.

У ставу 3 истог члана (129) предвиђено је да је **забрањено задржавање података који откривају садржај комуникација**.

Овај став и изричито потврђује да је **тајно праћење електронских комуникација без одлуке суда могуће само уколико се том приликом не остварује увид у њихов садржај**.

2.3. Праћење електронских комуникација које није тајно

У чл.126.ст.2 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да се може вршити снимање електронских комуникација и са њима повезаних података о саобраћају, ако се снимање обавља **ради доказивања комерцијалних трансакција или других пословних односа**, у којима су **обе стране свесне или би морале бити свесне или су изричито упозорене на то да комуникација може да буде снимљена**. То практично значи да се снимање електронских комуникација у овом случају врши **уз изричиту или прећутну сагласност лица која користе ел. комуникације**.

Иако је предвиђено да оваква снимања електронских комуникација служе ради доказивања комерцијалних трансакција или других пословних односа, ова одредба може имати значај и за кривични поступак. Наиме, **доказивање постојања или непостојања комерцијалних трансакција или других пословних односа** може бити значајно и за доказивање неких кривичних дела (напр. код кривичних дела против привреде из главе 22 Кривичног законика).

Овакво решење из чл.126.ст.2 *Закона о електронским комуникацијама*., тј. да се снимање електронских комуникација у наведеном случају врши **уз изричиту или прећутну сагласност лица која користе ел.комуникације**, кореспондира и са решењем из чл.132а ст.3 важећег *Законика о кривичном поступку*, у којем је предвиђено да се аудио и видео снимци могу користити као доказ у кривичном поступку под условом да су направљени **уз изричиту или прећутну сагласност осумњиченог, односно окривљеног**, када се он или његов глас налазе на аудио или видео снимку.

Пошто је у чл. 128 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено да је **ОПЕРАТЕР ДУЖАН ДА ЗАДРЖИ ПОДАТКЕ О ЕЛЕКТРОНСКИМ КОМУНИКАЦИЈАМА** за потребе спровођења истраге..., и пошто **ОПЕРАТЕРИ** електронских комуникација постоје само код употребе телефона и рачунара, произилази да ће **задржани подаци као доказна радња своју примену имати приликом тражења података од оператора фиксне и мобилне телефоније (тзв.метеринг)**. као и код тражења података од оператора који омогућавају коришћење интернета (тзв.провајдери).

3. Метеринг

Мера прикупљања података путем криминалистичко-аналитичког тумачења и истраживања листинга одлазно долазних позива са одређеног телефонског претплатничког броја у великом броју земаља у свету познатија је као «метеринг» (енг. *Metering, meter chek printer* – евидентирање телефонских бројева са којих се позива и бројева који се позивају, време позивања и трајања позива, али не и евидентирање садржаја разговора). Ову меру многи сматрају «револуцијом у откривању и расветљавању кривичних дела и кривичном прогону, с обзиром на техничке могућности и на обим њене примене».³⁷²

По својој природи фиксна (земаљска) и мобилна (*cellphone*) телефонија су идеална средства за планирање, припрему, реализацију и експлоатацију насталих околности извршеног кривичног дела, јер пружају осећај анонимности и штите кориснике од откривања. Национални системи безбедности су, поучени праксом криминалног миљеа, уочили потребу да контролишу «телекомуникацију» између злочинаца. То је, свакако, морало да се подржи извесном законском нормативом.

С обзиром да се тиме задире у људска права грађана, оправданост примене такве мере црпи се из става да је то мање зло од зла којим тешки злочини прете вредностима грађана и државе, према начелу *minus malum permittitur ut eviter maius* (мање зло од зла којим се прети).³⁷³

У следећој табели дат је приказ могућности и законских норматива за примену «метеринга» у 10 држава.

³⁷² Т. Weigard, *The criminal justice systems facing the challenge of organized crime – General report*, 68 *Revue internationale de droit penal*, 1997, p.4.

³⁷³ А.Ромац, *Рјечник латинских правних израза*, Информатор, Загреб, 1992., стр.354.

МОГУЋНОСТИ И ОСНОВ ПРИМЕНЕ "МЕТЕРИНГА" И ОВЛАШЋЕЊА ЗА ИЗДВАЊЕ НАЛОГА ЗА ПРИБАВЉАЊЕ ЛИСТИНГА ОДЛАЗНО ДОЛАЗНИХ ПОЗИВА ПРЕТПЛАТНИЧКОГ БРОЈА

ДРЖАВА	ПРАВНИ ОСНОВ МЕТЕРИНГА	КО ИЗДАЈЕ НАЛОГ ЗА ПРИБАВЉАЊЕ ЛИСТИНГА	ПРОАКТИВНО - ПРЕ ИЗВРШЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА	РЕПРЕСИВНО - НАКОН ИЗВРШЕНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА	ЗАКОНСКИ РАЗЛОГ
РЕПУБЛИКА ИТАЛИЈА	Codice No.410,1991; Codice di Procedure Penale, 1988; Code Antimafia No.203.,1001.	Надлежни суд на предлог јавног тужиоца, изузетно (до) 24 сата може је одобрити и лице које овласти министар унутрашњих послова, уз накнадну потврду суда	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Спречавање мафијашког криминалног деловања. Нотификација надзираног лица није обавезна
СЈЕДИЊЕНЕ АМЕРИЧКЕ ДРЖАВЕ	Omnibus Crime Control and Safe Streets Act, 1968. Public Law Act, 1986; Low on Privacy of Electronic communicationcs i Odluke Vrhovnog suda SAD	Надлежни суд на предлог јавног тужиоца.Изузетно, може је одобрити директор ФБИ или вођа истражног тима ФБИ који је овлашћен од Министра правде	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Постојање довољне сумње да је извршено законом прописано кривично дело. Нотификација надзираног лица није обавезна
ВЕЛИКА БРИТАНИЈА	The interception of Communications Act 1985; Security service Act 1989.	Министар унутрашњих послова уз сагласност премијера	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Прибављање долазно - излазних телефонских позива са надзираног прикључка - прибављање листинга и утврђивање власника броја	Постојање добрих разлога за сумњу да је извршено тешко кривично дело - <i>serious crime</i> . Нотификација надзираног лица није обавезна.
РЕПУБЛИКА АУСТРИЈА	Das Strafprozessordnung; Bundesgestr mit dem zur Bekampfung organisierter krmijalitat besonder	Судско веће састављено од тројице судија	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	За откривање извршиоца кривичних дела која су као таква набројана у регистру и ради утврђивања боравишта лица за којим је расписана потрага. Могуће је коришћење случајних доказа уз поштовање начела сразмерности и супсидијарности. Нотификација надзираног лица није обавезна.
САВЕЗНА РЕПУБЛИКА НЕМАЧКА	Das gesetz under die Beschankung des post-und femmeldegeheimnisses aus dem jahre 1968; Das strafprozessordnung	Суд на захтев јавног тужиоца	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	За откривање извршилаца таксативно наведених кривичних дела. Наотификација надзираног лица није обавезна.

РУСКА ФЕДЕРАЦИЈА	Закон о кривичном поступку, Закон о полицији	Истражни судија на предлог јавног тужиоца, али може и полицијски руководиоца, с тим да се затражи конвалидација од стране суда	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	За прикупљање података о криминалној делатности лица, члановима криминалних организација и откривање извршилаца извршених кривичних дела. Нотификација надзираног лица није обавезна.
РЕПУБЛИКА МАЂАРСКА	Закон о кривичном поступку	Надлежни суд, јавни тужилац	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	За прикупљање података о члановима криминалних организација и њиховој делатности и за откривање извршилаца кривичних дела. Нотификација надзираног лица није обавезна.
РЕПУБЛИКА СЛОВЕНИЈА	Закон о кривичном (казненом) поступку; Закон о Словенски обавешчало - варносни агенцији	Истражни судија на предлог државног тужиоца	Не	Само у оквиру налога за надзор комуникација	За откривање извршилаца таксативно наведених кривичних дела. Наотификација надзираног лица није обавезна.
РЕПУБЛИКА ХРВАТСКА	Закон о кривичном (казненом) поступку	Истражни судија на предлог државног тужиоца	Не	Само у оквиру налога за надзор комуникација	За откривање извршилаца таксативно наведених кривичних дела. Наотификација надзираног лица није обавезна.
РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА	Закон о кривичном поступку	Надлежни суд на предлог јавног тужиоца.	Не	Утврђивање броја и власништва долазно - излазних телефонских позива са надзираног телефонског прикључка и прибављање листинга	Само за доказивање извршених кривичних дела из области организованог криминала, у случајевима наведених кривичних дела. Нотификација надзираног лица није потребна.

На основу приказане табеле може се закључити да је у свим земљама посебном одредбом закона прописана могућност прибављања листинга претплатничког броја, док налог за прибављање извештаја одлазно – долазних позива телефонског претплатничког броја углавном издају надлежни суд или тужилаштво. У једном мањем броју земаља листинг разговора, као и утврђивање власника телефонског броја, могу се спровести на основу налога неког другог службеног лица изван суда (на пример министра правде или министра унутрашњих послова).

У теорији и пракси многих земаља води се полемика о статусу одлазно – долазних позива са претплатничког броја власника који је издао стан или власника претплатничког броја чијим се телефоном (потенцијални) извршилац кривичног дела неовлашћено послужио. У таквим ситуацијама, у једном броју земаља прибављање извештаја – листинга се одобрава.³⁷⁴

4. Предности и недостаци задржаних података као нове доказне радње

Дефинисање задржаних података *Законом о електронским комуникацијама* као нове доказне радње има доста предности. Пре свих, **створена је нормативна могућност да се и без увида у њихову садржину подаци о електронским комуникацијама користе као доказни материјал**, за које у нашем кривично процесном законодавству није било сасвим извесно да ли се и под којим условима могу користити. Наша судска пракса у том погледу није изградила јединствен став, а у савременом кривичном поступку подаци о електронским комуникацијама и без увида у њихову садржину могу пружити јако корисне доказе. Нпр. ако саосумњичени или саокривљени тврде да се међусобно не познају, задржани подаци **као материјални докази** могу доказати супротно, нпр. да су саосумњичени у више наврата међусобно комуницирали (моб. телефоном, смс порукама, е-маилом, факсом...) или да су непосредно пре извршења кривичног дела (јер се на основу члана 129 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* утврђује и **време ел. комуникације**) имали директну међусобну комуникацију.

Даље, ако осумњичени односно окривљени тврди да се у време извршења кривичног дела није налазио у месту у којем је кривично дело извршено (нпр. да се у време извршења кривичног дела које је извршено у Новом Саду налазио у Београду), а то потврде и неки његови сведоци (лажни алиби), задржани подаци **као материјални докази** могу доказати супротно (нпр. ако је осумњичени непосредно пре или после извршења кривичног дела разговарао мобилним телефоном или слао смс поруке, преко базних станица мобилног оператера може се утврдити **не само време већ и место** у којем се осумњичени налазио док је телефонирао односно слао смс поруке, у нашем примеру да је у време извршења кривичног дела осумњичени ипак био у Новом Саду а не у Београду).

³⁷⁴ На пример у Немачкој, Аустрији, САД-у, Француској, Италији и другим земљама, чак и уз одобрење и знање корисника претплатничког броја (нпр. подстанара). www.euroipa.eu.inf.education.

У том случају задржани подаци били би **материјални доказ** не само да осумњичени односно окривљени није говорио истину, већ и да су лица која су му дала лажни алиби извршила кривично дело давање лажног исказа из чл.335 КЗ.

Иако би се питање оцене и доказног значаја, те доказне валидности оваквих доказа, тј.задржаних података, могло решавати и тако што би се они могли сматрати специфичним исправама, тј. специфичним материјалним доказима, то можда не би било довољно, јер за разлику од ЗПП-а³⁷⁵, важећи ЗКП стриктно не регулише питање доказивања исправама, а нови ЗКП регулише, па је боље што је ово питање законски решено како не би дошло до колебања судске праксе. Мада би, уколико би се применила аналогија из дефиниције исправе из ЗПП-а, задржани подаци имали све елементе исправе, тј. издавало би их предузеће или организација (мобилни оператер у случају мобилне телефоније или смс порука, или провајдер у случају е-маил порука) у вршењу јавних овлашћења која су им поверена законом (у овом случају *Законом о електронским комуникацијама*).

Што се тиче недостатака, највећи недостатак задржаних података као нове доказне радње је у томе што је ова доказна радња у наш кривично процесни систем уведена *Законом о електронским комуникацијама* а не ЗКП-ом, што доводи до **фрагментације и расцепкавања кривично процесног система**.

Такође, у примени ове доказне радње постоје и одређене нејасноће и могуће правне празнине. Тако у члану 128 ст.5 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно **да се без одлагања могу доставити на захтев надлежног државног органа** у складу са ст. 1 истог члана, а ст.1 овог члана предвиђа да је оператер дужан задржи податке о електронским комуникацијама за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова.

Дакле, за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка, задржани подаци се могу користити у складу са ЗКП-ом, а за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије задржани подаци се могу користити у складу са Законом о безбедносно информативној агенцији или Законом о полицији.

³⁷⁵ ЗПП исправу у чл.230 ст.1 и 2 дефинише као документ који је у прописаном облику издао надлежни државни орган у границама својих овлашћења, као и документ који је у таквом облику издало предузеће или друга организација у вршењу јавног овлашћења које јој је поверено законом - јавна исправа, као и друге документе који су посебним прописима у погледу доказне снаге изједначени са јавним исправама.

Када је реч о задржавању података за **потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка**, поставља се питање које одредебе ЗКП-а у складу са чл.128 ст.1 и 5 *Закона о електронским комуникацијама*, омогућују полицији да од оператера захтева достављање задржаних података.

Према нашем мишљењу, пошто се у чл.128 *Закона о електронским комуникацијама* за достављање задржаних података не захтева судска одлука (јер се, како је раније објашњено, не остварује увид у њихов садржај), одредба ЗКП-а која пружа правни основ да полиција на основу чл.128 ст.1 и 5 *Закона о електронским комуникацијама* од оператера захтева достављање задржаних података је чл.225 ст.1 и 2 важећег ЗКП-а, односно чл.286 ст.3 новог ЗКП-а (посебно део из става 2 чл.225 важећег ЗКП-а који полицију овлашћује да одузме и **оствари увид у документацију државних органа, предузећа и других правних лица, као и да предузме друге потребне мере и радње**, односно чл.286 ст.3 новог ЗКП који изричито овлашћује полицију да по налогу јавног тужиоца прикупи ове податке када је у питању телефонски саобраћај, међутим податке о оствареном рачунарском саобраћају полиција би од провајдера могла да захтева на основу чл.286 ст.1 и 2 новог ЗКП-а).

Када је реч о задржавању података за **потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије**, поставља се питање које одредбе *Закона о безбедносно информативној агенцији* односно *Закона о полицији* у складу са чл. 128 ст.1 и 5 *Закона о електронским комуникацијама*, овлашћују БИА-у односно полицију да од оператера захтевају достављање задржаних података.

Када је реч о *Закону о безбедносно- информативној агенцији*, то питање је решено чланом 9 и 10. Наиме, чл.9 овог закона предвиђа да Агенција у обављању послова из своје надлежности примењује одговарајуће оперативне методе, мере и радње, **као и одговарајућа оперативно-техничка средства којима се обезбеђује прикупљање података и обавештења** ради отклањања и спречавања делатности усмерених на подривање или рушење Уставом утврђеног поретка Републике Србије, угрожавања безбедности у земљи и, да у вези с тим, **предузима друге потребне мере и радње на основу закона и прописа донетих у складу са законом** (као што је *Закон о електронским комуникацијама*, тј.његов чл.128 и 129.). Одлуку о примени наведених мера и метода доноси директор Агенције или лице које он овласти.

Такође, у чл.10 ст.1 *Закона о безбедносно- информативној агенцији* предвиђено је да у су у обављању послова из свог делокруга, припадници Агенције **овлашћени да од државних и других органа, правних и физичких лица траже и добију обавештења, податке и стручну помоћ од значаја за разјашњавање чињеница везаних за обављање послова из делокруга Агенције.**

Међутим, када је реч о *Закону о полицији*, ситуација је нешто компликованија јер ниједан његов члан изричито не решава наведено питање, тј. могуће је да **постоји правна празнина**.

Једини члан *Закона о полицији* који пружа какав такав основ да се за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије у складу са чл. 128 ст.1 и 5 *Закона о електронским комуникацијама* користе задржани подаци је чл.63.ст.1 тачка 1. Ту је предвиђено да су овлашћена службена лице **овлашћена да уђу у пословни простор и изврши његов преглед³⁷⁶ и преглед документације** ради проналаска учинилаца кривичних дела или прекршаја.

Сматрамо да смисао ове одредбе није у томе да се полиција власти да прегледом пословног простора и документације **само физички** пронађе учиниоца кривичног дела, већ да је смисао ове одредбе у томе да се полиција власти да прегледом пословног простора и документације пронађе и **доказе који омогућују проналазак учиниоца кривичног дела**. У супротном, тј. ако би се ова одредба тумачила као овлашћење полиције да прегледом пословног простора и документације учиниоца кривичног дела пронађе **само физички**, не би била логична, јер се прегледом документације учинилац кривичног дела **физички** свакако не би могао пронаћи.

Стога сматрамо да, да би се избегле недоумице и различита тумачења приликом примене задржаних података за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, након доношења *Закона о електронским комуникацијама* одредбе *Закона о полицији*, тј. члан 63.ст.1 тачка 1., требало прецизирати тако да гласи: *«Овлашћено службена лице овлашћено је да уђе у пословни простор и изврши његов преглед и преглед документације ради: проналаска учинилаца кривичних дела или прекршаја, или доказа који омогућују проналазак учиниоца кривичног дела или прекршаја*

³⁷⁶ И ЗКП (у чл. 78 ст.1 и 225 ст.2) и Закон о полицији (у чл.63 ст.1 тачка 1) праве разлику између прегледа пословних просторија и претреса стана, тј. за претрес стана на основу чл.78ст.1 ЗКП потребна је наредба суда, а преглед пословних просторија (на основу чл.225 ст.2 ЗКП и чл.63.ст.1 тачка 1 Закона о полицији) је полицијско овлашћење.

5. Уставност или неуставност задржаних података као нове доказне радње

На крају, изнећемо наше мишљење и о питању које је након доношења *Закона о електронским комуникацијама* изазвало велике полемике и у стручној и у широј јавности, а то је **питање уставности или неуставности задржаних података као нове доказне радње**. Сматрамо да одредбе чл.128 и 129. *Закона о електронским комуникацијама* које омогућују **задржавање података без увида у садржај комуницирања, много мање задиру у право на приватност** од одредби ЗКП-а којима се, на основу судске одлуке (чл.504е,чл.504ж ст.3, чл.504н ст.1 важећег ЗКП-а односно 166 и 184 новог ЗКП-а) **или без ње** (чл.132а важећег ЗКП) **омогућује увид у садржај комуницирања**.

У чл.41 Устава Републике Србије предвиђено је :

«Тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива.

Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.»

Тумачење наведене одредбе чл.41 Устава Републике Србије у том смислу да су, осим у случају постојања судске одлуке сва средства комуницирања неповредива, без прављења разлике да ли се том приликом остварује или не остварује увид у њихов садржај, било би преуско и погрешно.

То најбоље показује пример да се у кривичном поступку **не поставља ни питање уставности ни питање доказног значаја неких других материјалних доказа којима се без судске одлуке врши увид чак и у садржај комуницирања, нпр. код увида у аудио и видео снимке из чл.132а важећег ЗКП**.

Даље, у кривичном поступку се не оспорава доказни значај купопродајних или уговора о поклону који су судски оверени (јавне исправе о чему је раније било речи) који могу имати велики значај у финансијским истрагама, а које су полиција и тужилаштво прибавили на основу овлашћења из чл.225 важећег односно 286 новог ЗКП-а или чл.19.ст.2 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*, **дакле без судске одлуке**. У овом случају нико не оспорава валидност ових материјалних доказа, тј.уговора, **који су прибављени и и у чију је садржину остварен увид без судске одлуке**.

Ако би се чл.41 Устава Републике Србије преуско тумачио онда би и за уговоре могло да се каже да су средство комуницирања, с тим што том приликом лица за комуникацију не користе средства ел. комуникација већ папир и оловку тј. приликом сачињавања уговора лица своје изјаве(које могу бити јако интимне,нпр.код уговора о поклону или доживотном издржавању) не бележе на аудио и видео траке већ на папир. Чак штавише, након доношења *Закона о електронској трговини*³⁷⁷ и *Закона о електронском потпису*³⁷⁸, **неки уговори се могу закључити и електронским путем, односно у електронској форми, тј.коришћењем средстава електронских комуникација**.³⁷⁹

³⁷⁷ «Службени гласник РС», бр.41/2009

³⁷⁸ «Службени гласник РС», 135/2004

³⁷⁹ Члан 9,10 и 11 *Закона о електронској трговини*

Ако би се чл.41 Устава Републике Србије преуско тумачио, дошло би се до тога да би за увид у садржину било ког уговора (од оних који оверени у суду до оних који су оверени електронским потписом) била потребна судска одлука, што би умногоме отежало кривични поступак.

Стога, сматрамо да приликом тумачења члана 41 Устава Републике Србије, у вези задржаних података као нове доказне радње, **треба правити разлику између надзирања и праћења средстава комуницирања којима се остварује увид у њихов садржај, у ком би случају судска одлука била неопходна, од надзирања и праћења средстава комуникација којима се не остварује увид у њихов садржај, у ком случају судска одлука не би била неопходна.**

Наведено мишљење може се подржати и тиме да, задржани подаци, као што је већ наведено, имају све елементе јавне исправе, тј. издаје их предузеће или организација (мобилни оператер у случају мобилне телефоније или смс порука, или провајдер у случају е-маил порука) у вршењу јавних овлашћења која су им поверена законом, као и тиме да пракса Европског суда за људска права прави разлику између **«бележења података о телефонском разговору од прислушкивања разговора, које је непожељно и незаконито у демократском друштву уколико није оправдано»³⁸⁰**, а новија пракса Суда сматра да бележење података о телефонском разговору не представља кршење члана 8 ЕКЉП³⁸¹.

6. Неке недоумице у вези ове доказне радње

Због непрекидног развоја средстава електронских комуникација, чијим се коришћењем могу доказати кривична дела, савремени кривични поступак се не може ни замислити без коришћења материјалних доказа као што су задржани подаци, тј. подаци добијени праћењем електронских комуникација.

Али с друге стране, да би ови материјални докази били правно ваљани морају испунити одређене законске услове који, ради заштите права на приватност, ограничавају њихову примену. Приликом самог нормирања проблем представља да обим употребе ових материјалних доказа не буде «преузак» али ни прешироко постављен, јер би у првом случају изостали очекивани ефекти, а у другом би дошло до превеликог задирања у право на приватност које се штити чл.41 Устава Републике Србије и чл.8 Европске конвенције о људским правима и основним слободама.

Према нашем мишљењу одредбе чл.128 и 129. *Закона о електронским комуникацијама* које омогућују **задржавање података без увида у садржај комуницирања, много мање задиру у право на приватност** од одредби ЗКП-а којима се, на основу судске одлуке (чл.504е,чл.504ж ст.3, чл.504н ст.1 важећег ЗКП-а односно 166 и 184 новог ЗКП-а) **или и без ње (чл.132а) омогућује увид у садржај комуницирања.**

³⁸⁰ Случају *Malone v UK*, Пресуда од 2.августа 1984г., серија А бр..82, стр. .33 і 34, ставови 64-68

³⁸¹ *P.G и J.H v UK*, Пресуда од 25.септембар 2001, поднесак бр.44787/98, ставови 42-51.

Стога сматрамо да приликом тумачења члана 41 Устава Републике Србије, по питању задржаних података као нове доказне радње, **треба правити разлику између надзирања и праћења средстава комуницирања којима се остварује увид у њихов садржај, у ком би случају судска одлука била неопходна, од надзирања и праћења средстава комуникација којима се не остварује увид у њихов садржај, у ком случају судска одлука не би била неопходна.**

Такође, треба правити разлику од коришћења задржаних података **за потребе кривичног поступка**, кад се задржани подаци могу користити у складу са ЗКП-ом, од коришћења задржаних података а **за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије**, кад се задржани подаци могу користити у складу са **Законом о безбедносно информативној агенцији или Законом о полицији.**

С тим у вези, сматрамо да би након доношења *Законо о електронским комуникацијама* одредбе *Закона о полицији*, тј. члана.63.ст.1 тачка 1. требало мало прецизније дефинисати, како не би долазило до недоумица и различитих тумачења приликом примене задржаних података за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије. Стога би наведени члан *Закона о полицији* требало прецизирати тако да изричито предвиди да је полиција овлашћена да уђе у **пословни простор** и изврши његов преглед и преглед документације не само ради проналаска учинилаца кривичних дела или прекршаја, већ и **ради проналаска доказа који омогућују проналазак учиниоца кривичног дела или прекршаја.**

Највећи недостатак увођења задржаних података као нове доказне радње, према нашем мишљењу, је у томе што је ова доказна радња уведена *Законом о електронским комуникацијама* а не ЗКП-ом., тј.што је дошло до **фрагментације кривично процесног система.**

7. Нови ЗКП

На основу чл.286 ст.1 и 3 **новог ЗКП-а**, у циљу испуњења дужности проналаска учиниоца кривичног дела, предузимања мера да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ, као и ради прикупљања свих обавештења која би могла бити од користи за успешно вођење кривичног поступка, **полиција ,по по налогу јавног тужиоца, може прибавити евиденцију:**

1. остварене телефонске комуникације,
2. коришћених базних станица, или
3. извршити лоцирање места са којег се обавља комуникација.

О предузимању ове радње полиција одмах, а најкасније у року од 24 часа након предузимања, обавештава јавног тужиоца. (чл.286 ст.4 **новог ЗКП-а**).

Лице према коме је примењена ова мера има право да поднесе притужбу надлежном јавном тужиоцу. (чл.286 ст.5 **новог ЗКП-а**).

Решење из чл.286.ст.3 **новог ЗКП-а** да **полиција по налогу јавног тужиоца може прибавити евиденцију о наведеним подацима**, значи да полиција ове податке може прибавити **само** прибављањем евиденције од телефонског оператера. Неки од наведених податка, као што су подаци о коришћеним базним станицама и лоцирање места са кога се обавља комуникација, могу се добити само од телефонских оператера.

Међутим, *подаци о оствареној телефонској комуникацији* могу се добити како од телефонског оператера тако и *прегледом* самог телефона, тј. *увидом* у телефон (ако је реч о мобилном телефону). Питање које се поставља је да ли полиција по налогу јавног тужиоца, дакле без наредбе суда, може прибављати податке о оствареној телефонској комуникацији и увидом у нпр. привремено одузете мобилне телефоне.

Сматрамо да би ова радња, тј. прибављање података о оствареној телефонској комуникацији увидом у привремено одузети мобилни телефон, по налогу јавног тужиоца а без одобрења суда као врста увиђаја на ствари коју нови ЗКП познаје у чл. 135 била могућа **ако се при томе не би вршио и увид у садржај остварене комуникације, тј. ако се не би вршио увид у садржај смс порука**, већ само у оставрени телефонски саобраћај.

Међутим, проблем је што члан 152 ст.3 **новог ЗКП-а** , који регулише претрес уређаја за аутоматску обраду података, није у складу са чланом 126 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* јер се у чл.152 ст.3 **новог ЗКП-а** не прави разлика између прегледа, којим се не остварује увид у садржај комуникације, и претреса уређаја за аутоматску обраду података, којим се остварује увид у садржај комуникације.

Преглед компјутера или мобилног телефона представљао би увид у сајтове, фајлове или е-маил адресе којима је корисник компјутера односно мобилног телефона приступао или увид у остварени телефонски или компјутерски саобраћај (коме су слане или од кога су примане смс или емаил поруке) **без увида у садржај комуникације.**

Насупрот томе, *претрес* компјутера или мобилног телефона представљо би увид у садржај послатих и примљених е-мејлова, односно смс порука, тј. **увид у садржај комуникације**, о чему је детаљније писано код одредби о претресању.

Приметно је да члан 286 ст.3 новог ЗКП-а по налогу јавног тужиоца полицију **овлашћује на прикупљање података који се односе само на телефонски саобраћај, док се рачунарски саобраћај не спомиње.** Ипак, сматрамо да би податке о оствареном рачунарском саобраћају (емаил саобраћај) без увида у садржај порука, полиција, без наредбе суда, од провајдера могла да захтева на основу чл 128 ст.1 и 5 Закона о електронским комуникацијама и чл.286 ст.1 и 2 новог ЗКП-а).

Приметно је и да је према чл. 286 ст.1 и 3 новог ЗКП-а предвиђено да податке о телефонском саобраћају по налогу јавног тужиоца **може добити једино полиција, док су Безбедносно-информативна агенција и Војнобезбедносна агенција изостављене**, иако су наведени подаци јако значајни и у њиховом раду.

То није случај и код посебних доказни радњи (тајни надзор комуникација, тајно праћење и снимање, симуловани послови, прикривени иследник) где је предвиђено да поред полиције спровођење ових посебних доказних радњи врше и Безбедносно-информативна агенција и Војнобезбедносна агенција (чл.168 ст.1, чл.173 ст.1, чл.176 ст.1 и чл.185 ст.1 новог ЗКП-а).

Ипак, сматрамо да би Безбедносно-информативна агенција, без судске наредбе, како податке о оствареном телефонском тако податке о оствареном рачунарском саобраћају, без увида у њихову садржину, од оператера односно провајдера могла да добије на основу чл. 128 ст.1 и 5 Закона о електронским комуникацијама и чл. 9 и 10 Закона о безбедносно-информативној агенцији, а што је наведено у излагањима о важећем ЗКП-у.

8. Пракса европског суда за људска права

У случају *Malone v UK*³⁸², Суд је сматрао да се снимањем података о телефонском саобраћају повређују права предвиђена чл.8 ЕКЉП.

Поступак познат као «снимање података о телефонском саобраћају» подрзумева **коришћење одговарајућег уређаја којим се региструју телефонски бројеви као и време и трајање сваког позива**. Суд је сматрао да уређај за бележење података о телефонском саобраћају региструје информације до којих сервис телефонских услуга у начелу може да дође на законит начин, нарочито када жели да се увери да је претплатнику тачно наплаћена услуга или да би испитао жалбе или могућу злоупотребу пружених услуга.

Такође, Суд је сматрао да по својој природи, **бележење података о телефонском разговору треба разликовати од прислушкивања разговора**, које је «непожељно и незаконито у демократском друштву уколико није оправдано». Суд, међутим, није прихватио да коришћење података до којих се дошло снимањем телефонског саобраћаја не може довести до расправе по основу члана 8 ЕКЉП. Суд је сматрао да подаци добијени снимањем телефонског саобраћаја садрже информације, што се нарочито односи на позиване бројеве, који представљају саставни део комуникације путем телефона. Следствено томе, уступање тих информација полицији без пристанка претплатника, по мишљењу Суда представља мешање у право зајемчено чланом 8 ЕКЉП.

Међутим у каснијој пракси, тј. у већ наведеном случају *P.G и J.H v UK*³⁸³, Суд је испитивао сличан случај, тј. случај бележења података о телефонском разговору, **али је закључио да је мешање било у складу са законом који је испуњавао услове постављене у члану 8 ст.2 ЕКЉП**. Дакле, новија пракса Суда сматрала је да се бележењем података о телефонском разговору не крши чл.8 ЕКЉП, који у **ст.2 практично изричито и не тражи постојање судске одлуке** као основа за предузимање било које радње којом се задире у приватни и породични живот, дом и преписку, већ захтева да те радње **буду у складу са законом** и неопходне ради националне и јавне безбедности, економске добробити земље, спречавања нереда и криминала, заштите здравља и морала, као и ради заштите права и слобода других.³⁸⁴

³⁸² Пресуда од 2.августа 1984г., серија А бр.82, стр. 33 и 34, ставови 64-68

³⁸³ Пресуда од 25.септембар 2001, поднесак бр.44787/98, ставови 42-51.

³⁸⁴ У чл.8 ЕКЉП предвиђено је да:

1. Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.
2. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права осима ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других.

9. Криминалистички аспект метеринга

Борба која се данас води за лоцирање информација које се могу добити путем великог броја целуларних (ћелијских) мрежа, баца сенку на много битније разматрање приватности које вреба из мноштва података добијених на основу нечијег коришћења интернета. У току позива многи бежични комуникациони системи сакупљају информације о ћелијском положају и локацији особе која прима или одговара на позив. Мобилни телефон на сваких десе-петнаест секунди потврђује базној станици да је у мрежи, што омогућава одређивање локације корисника. Информација о локацији може се "ухватити" и када је телефон само прикључен, дакле и када нема разговора.³⁸⁵ И владин и приватни сектор су јако заинтересовани за ову информацију о локацији. Једна јапанска компаније експериментира са светским Веб сајтом који омогућава свакоме да лоцира телефон и особу која га носи једноставним укуцавањем телефонског броја.³⁸⁶

На тај начин, "мобилни телефон, који се дуго повезује са неограниченом слободом" постаје тиха узица".³⁸⁷

9.1. Криминалистички аспект РФИД технологија

Слично као и путем мобилног телефона, локацију особе могуће је утврдити и путем РФИД технологија. Појава РФИД технологије данас привлачи велику пажњу најјачих трговаца на мало у свету. Wal – Mart (највећи малопродавац на свету), Metro Group, Sainsbury, Marks & Spencer, само су нека од имена која имају иницијативу да уводе овај систем у своје пословање. Забринутост се овде врти око **приватности купаца** и страха да би увођењем РФИД технологија на нивоу појединачних производа она могла бити злоупотребљена у сврху сакупљања података о купцима и **праћења њиховог кретања без њиховог знања**.

Идентификација путем радио фреквенције (Radio Frequency Identification) представља **део бежичних и мобилних технологија**. Заснива се на уградњи електронског микрочипа у налепницу или етикету која се после тога причвршћује или уграђује у физичке предмете.³⁸⁸ Моћ РФИД микрочипова лежи у њиховој способности преношења јединствене идентификационе информације – електронског кода производа (EPC) – која се односи на појединачне производе, слично садашњој комерцијалној употреби бар кодова. EPC поред података које садржи бар-код, обухвата и низ других података који омогућавају глобалну идентификацију производа.

³⁸⁵ В. Спасић, *Приватност у дигиталном свету*, Правни живот бр.11, 2004.г, стр.870.

³⁸⁶ Е. W. Desmond, *The Scariest Phone System*, FORTUNE, Oct.13,1997,at 168.

³⁸⁷ Р. Wayner, *Technology and Tracks Cell Phones Draws Fire*, N.Y. TIMES ABSTRACTS, Feb.23, 1998, at D3.

³⁸⁸ S. C, Burgess M., and P.Hawking , *«Information quality attributes associated with RFID-derived benefits in the retail supply chain»* International Journal of Retail and Distribution Management, 2007, Vol.35, No.1,pp 69-87.

У његовој структури су садржани: глобални број трговинске јединице, серијски број за јединствену идентификацију сваке појединачне јединице, назив производа, земља порекла, место производње, произвођач, коришћена сировина, датум производње, рок употребе и сличне информације.³⁸⁹ РФИД етикете могу бити пасивне и активне. Пасивне етикете су популарније и коштају мање. Њихова цена креће се од 0.05\$ до 0,25\$ по етикети.³⁹⁰ Мање популарне и скупље су активне етикете. Оне функционишу као минијатурни компјутери који примају, складиште и шаљу информације РФИД читачу о производима. Активне етикете су релативно скупе, њихова цена се креће од 4\$ до 20\$ по етикети.³⁹¹

Другу компоненту РФИД технологије представља уређај за читавање који индукује комуникацију са етикетом, чиме се омогућује размена података између ње и читача, поново слично као код бар-технологије, али за разлику од ње, за размену података овде **није потребно да етикета буде у видном пољу, што ову технологију чини веома моћном и свестраном.** На овај начин информације о производу се могу пратити аутоматски, у реалном времену, кроз цео ланац снабдевања.

Домет РФИД читача се креће **од неколико центиметара до неколико стотина метара**, у зависности од типа етикета и од операције за коју се користе. ЕФИД читачи се нуде у различитим величинама, и њихова цена се креће од 500\$.³⁹²

Почетком 2004.године, Tesco је удружио снаге са француским трговцем на мало Carrefourом, Metro Grupом, и произвођачем чипова Intelом, и створили су радну групу под називом «EPC Retail Users of Europe», како би добили један форум на којем би европски трговци на мало могли да идентификују и поделе најбоље праксе за имплементацију РФИД технологије.³⁹³ У јуну 2004.године једна анкета открила је да две трећине главних актера у прехранбеној индустрији и индустрији трговине мешовитом робом у Великој Британији верује да ће им РФИД технологија донети многобројне предности, укључујући већу брзину и ефикасност у раду са залихама, боље праћење кроз ланц снабдевања и побољшану могућност предвиђања.³⁹⁴

Истом приликом су тврдили да корист од РФИД технологије може да буде заиста револуционарна, и нагласили су да законодавство ЕУ захтева од произвођача и од трговаца да воде детаљне информације о свим прехранбеним производима док се они крећу кроз ланац снабдевања.

³⁸⁹ Н.Марковић (2006)»Напреднији наследник», Часопис «Бизнис & Финансије», No.9, //http://bif-monthly.mediaonweb.org/sh/092006/it/417/

³⁹⁰ М.Аттаран, «*RFID:an Enabler of Supply Chain Operations*», Supply Chain Management: An International Journal, Vol.12, No.4, pp. 249-257.

³⁹¹ М.Аттаран, «*RFID:an Enabler of Supply Chain Operations*», Supply Chain Management: An International Journal, Vol.12, No.4, pp. 249-257.

³⁹² М.Аттаран, «*RFID:an Enabler of Supply Chain Operations*», Supply Chain Management: An International Journal, Vol.12, No.4, pp. 249-257.

³⁹³ R. L.Juban and D. C. Wyld, «*Would you like Chips With That?: Consumer Perspectives of RFID*, Management Research News,2004, Vol.27, No.11/12,pp.29/36.

³⁹⁴ R. L.Juban and D. C. Wyld, «*Would you like Chips With That?: Consumer Perspectives of RFID*, Management Research News,2004, Vol.27, No.11/12,pp.29/36.

Трговине на мало могу да уведу РФИД технологију на три нивоа: на палетама, на кутијама, или на **појединачним производима**. Цена етикете се данас сматра за глани фактор који утиче на увођење РФИД технологије од стране трговаца, а укупна цена етикетирања, на скали од палете према појединачном производу, драматично расте. Пажња је на почетку била усмерена на етикетирање палета, кутија и транзитно паковање које је могуће поново искористити. Сматрало се да овде корист настаје у складишним/дистрибутивним центрима, елементима управљања транспортом и складиштењем у ланцу снабдевања. Сматра се да ће у будућности, корист која у ланцу снабдевања потиче од **етикетирања појединачних производа** бити остварена у фазама операција у самим малопродајним објектима, током процеса куповине и маркетиншким активностима. У тој ситуацији може се јавити **проблем заштите приватности потрошача**.

Заговорници РФИД технологије описују бројне предности, као што су напр. побољшање доживљаја куповине код потрошача, побољшање видљивости залиха, добијање благовремених и прецизних информација, праћење производа кроз ланац снабдевања итд. Пилот тестови РФИД технологије у сектору малопродаје за сада су у највећој мери фокусирани на праћење ланца снабдевања на нивоу палета и контајнера.

Међутим, са падом цена етикета, **прећи ће се на етикетирање појединачних производа**. Мада РФИД етикете које се користе у сврху управљања ланцем снабдевања могу да садрже само нешкодљиве информације о производу, **системи управљања са којима етикете комуницирају**, потенцијално могу изазвати много проблема.

На самој тачки продаје, када се комбинују са механизмом електронског плаћања или картицама лојалности, **детаљне информације о производу могу лако да постану средством личне идентификације потрошача**. Забринутост је појачана **могућношћу да РФИД етикета остане активна, па стога и «приступачна», и након извршења куповине**. Ако се примењује неодговорно, порошачи и шире друштво могу да је доживе не као корисно средство са многим друштвеним предностима, већ као **средство за профилисање³⁹⁵ и праћење купаца**.

Најчешћи проблеми везани за РФИД технологију ако је у питању **приватност потрошача** су следећи:³⁹⁶

- Пошто су етикете сићушне и пошто се могу неприметно читавати са даљине, може да се искористи за тајно сакупљање информација;
- Ако су етикете уграђене у одећу или аутомобиле, и ако постоји довољно густа мрежа РФИД читача, помоћу ње се може пратити кретање појединаца;

³⁹⁵ Профилисање је креирање профила личности (куповног, углавном) које се лако добија укрштањем различитих база података.

³⁹⁶ RFID Technologies and Consumers in the Retail Marketplace//http://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/en/h_ca02216e.html (датум доступности 19.03.2008.).

- Профилисање појединачног потрошача може да буде знатно већег обима, пошто је могуће појединачно идентификовати све физичке објекте и повезати их са њиховим купцем или власником
- Овако сакупљене личне информације могу да доведу до секундарног коришћења података

Произвођачи и трговци могу да уграде RFID етикете у производе и без знања потрошача који их купују. Етикете могу да комуницирају са сваким читачем; а читаче је могуће уградити и у врата, подове и улазе, као и у рафове, полице и касе малопродајних објеката. Они могу да скенирају етикете из даљине, кроз новчанике, кесе и торбе, па чак и кроз зидове, **чиме је потрошачу онемогућено да открије кад је праћен.** Мада подаци на етикети садрже само електронски код производа (ЕРС), нека заинтересована страна која има приступ одговарајућој бази података – на пример, оној која бележи куповине кредитном картицом – може један производ да веже за име и профил њеног власника. Резултат је могућност идентификовања људи на основу онога што поседују.

RFID технологије имају способност да функционишу независно од сагласности потрошача. Невидљива природа RFID технологије разликује је од технологија које могу да **угрозе приватност портошача** само по њиховој свесној одлуци да ступе у интеракцију са њима. На пример, програми лојалности супермаркету од потрошача захтевају попуњавање и подношење пријаве која се налази на његовој Веб страници.

Чак и ако се информације које се сакупљају помоћу RFID технологије могу у потпуности сакупити и другим методама, она ипак остаје **значајна са тачке гледишта приватности** због аутоматизованости процеса сакупљања и складиштења информација. **Угрожавање приватности** које може да резултира RFID етикетирањем робе широке потрошње обухвата профилисање, праћење потрошача и циљане акције.

Као прво, мрежа читача може да сакупи RFID информације са ствари потрошача и да их искористи за прављење или ажурирање његовог досијеа. Угрожавање ће бити највеће ако се особа или ентитет који се налази под контролом читача може повезати са RFID етикетама потрошача у циљу добијања података за **личну идентификацију**. Већина трговаца може то да уради тако што ће да открије чијом кредитном картицом је купљен одређени производ. Са друге стране, до тих информација може да дође и нека трећа страна.

Као друго, **читачи могу да открију начин кретања потрошача кроз простор.** То не захтева да се на сваких неколико метара постави по један RFID читач; да би се једна особа пратила кроз град, довољно је само да се читачи сместе на одабране локације, као што су улази у зграде.

Као треће, **комбиновано знање о карактеристикама и локацији потрошача омогућује предузећима да се према њима различито односе.** IBM је, на пример развио један производ који се ослања на РФИД читаче на улазним вратима и који идентификује имућне појединце док улазе у финансијске институције, како би се издвојили за пружање личних услуга.

Сличне системе могу да уграде и власници ресторана и специјализованих продавница, **што омогућује непоштену дискриминацију потрошача.**³⁹⁷

Сакупљачи података у наведеним случајевима могу да буду малопродавци, али због мале величине читача и пада њихове цене, као и интереса трговаца на мало за продају информација из базе података, **сакупљањем може да се бави било ко.**

Очекивани технолошки напредак може утицати и на сам концепт приватности – уз претпоставку да ће РФИД технологија постати свеприсутна и да ће многе РФИД етикете остати активне и након куповине производа, употреба ове напредне технологије ће самњити захтеве потошача у погледу приватности. РФИД технологија ће у све већем обиму омогућити повећану, **систематску и тајну локализацију појединаца.** То код људи у знатној мери утиче на традиционална очекивања приватности у покрету, биће видљиви у одређеном тренутку и на одређеном месту, али ће се много теже пратити у једном дужем временском периоду.

РФИД технологија реалне вредности и предности нуди трговцима на мало велике предности, почев од побољшања ефикасности снабдевања малопродаје до сталног надгледања потрошача. С друге стране, РФИД технологија обећава бројне предности и потрошачима да би повећали удобност куповине и ниво сатисфакције али уз ризик губљења приватности. Један део потрошача сигурно ће се определити за заштиту своје приватности, док ће други део ризиковати приватност у замену за већи ниво задовољства током куповине.

У случају да РФИД технологија нађе своју комерцијалну употребу на нивоу појединачних производа у трговини, законодавци треба да нађу механизме заштите потрошача од могућих злоупотреба.

³⁹⁷ *RFID Technologies and Consumers in the Retail Marketplace*//http://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/en/h_ca02216e.html (датум доступности 19.03.2008.).

ОСМА ГЛАВА

VIII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПРАЋЕЊЕМ КОМУНИКАЦИЈА КОЈЕ СЕ ОДВИЈАЈУ КОРИШЋЕЊЕМ РАЧУНАРА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

Две најзначајније области у којима се најочитије огледају потенцијално негативни утицаји интернета, поред сајбер криминала, представљају интелектуална својина и област приватности. Техничка инфраструктура сајберспејса омогућава изузетно лако и јефтино сакупљање, држање и манипулисање суштинским елементима информације која идентификује појединца.

Регулисање проблема правне заштите приватности на интернету представља једно од најзначајнијих питања у сајбер простору. **Лична информација** је драгоцен, посебно у сфери електронског пословања. Компаније које практикују е-пословање, сакупљају велике количине информација о потрошачима, посебно путем "*click - stream monitoringa*".

Али, поред тога, појединци откривају информације о себи на интернету, било активно, односно добровољно, или пасивно, односно несвесно. Пасивним откривањем одају се подаци које појединац, иначе, не би желео да открије о себи, најчешће употребом "cookies" фајлова, који могу да открију информације о "click stream"-у, односно који корисник, када и колико је користио одређени сајт, које друге сајтове посећује, па чак и информације о садржају корисниковог хард драјва.

Када појединци сурфују светским Web-ом очекују потпуну анонимност, чак и већу него у физичком свету где их други могу видети. Уколико појединац није намерно открио податке о себи и свом идентитету, он верује да нико не зна ко је он или шта ради. Али, интернет оставља детаљан траг података о сваком кораку који појединац направи на Web-у. Трансакциони и "click stream" подаци могу да фају профил нечијег онлајн живота.

Технологије као што су "cookies" исписане директно на корисниковом хардверу омогућавају Web сајтовима да тајно прикупљају информације о његовим онлајн активностима и сачувају их за каснију употребу. Створени за безазлену сврху омогућавања Web сајтовима да препознају поновног - старог посетиоца и одговоре у складу са његовим новим захтевима, "cookies" су били брзо прихваћени од стране сајтова како би олакшали праћење одређених активности на мрежи. Тајна колекција информација о активностима појединца на мрежи, преко вишеструких Web сајтова, која се остварује применом "cookie" технологије, привукла је пажњу свих корисника интернета.³⁹⁸

³⁹⁸ Компаније као што је "DoubleClick" користе ове детаљне трансакционе информације за вођење циљане пропаганде. Друге, попут "Adfiniti" користе "click stream data" - податке са личним информацијама прикупљеним их других извора, тако да чине потпуно аутентичне профил нечијег онлајн и офлајн понашања.

Неутољиви апетит пословних компанија за информацијама више је него очигледан. Тако, неки од највећих комерцијалних сајтова сакупљају информације о томе шта њихови клијенти читају, купују, и како се забављају. Могућ је увид не само у то на које магацине су клијенти претплаћени већ и које чланке читају. Недавна кампања о "бесплатним" компјутерима који су дати појединцима у замену за детаљне информације о њима и њиховим породицама, као и дозволу да се прати њихово кретање на интернету, показује колики значај пословни свет даје **личним информацијама и докле је спреман да иде да би их добио.**³⁹⁹

Током протеклих година, неке корпорације су на тежи начин научиле да су потрошачи спремни да протестују против оних који нарушавају њихову приватност.⁴⁰⁰ Технологије за присмотру које имају способност да прикупљају, анализирају и дистрибуирају личне податке, потпомогнуте постојећом пословном праксом, оставиле су личну приватност без заштите.

У поређењу са писмом, емејл порука путује по релативно непредвидљивом и неконтролисаном окружењу. Док путује мрежом, емејлом манипулишу многи независни субјекти. И док порука може без тешкоћа путовати од једног корисника до другог, уставна заштита приватности престаје на граници. Осим тога, за разлику од телефонских или поштанских система, интернет нема централизована места контроле. Док децентрализована природа интернета омогућава решавање проблема и застоја у било којој компјутерској мрежи, простим преусмеравањем, она такође пружа безброј могућности онима који вребају да "улове" поверљиве комуникације.

Коришћењем платне картице као средства плаћања, може се нпр. јасно видети шта је нека особа купила, у које време и на којем месту. Ако неко редовно купује одређену врсту производа, или користи неке услуге, може се (непријатно) изненадити - на његову кућну адресу стићи ће рекламни материјал одговарајуће садржине. Ако нпр. неко редовно купује храну за мачке, добиће понуде за куповину хране за мачке, уз пратећи асортиман других производа за животиње. Ако редовно резервише карте за позориште путем интернета, може добити понуду за колекцију кућних ДВД-ова сличне садржине, итд.

³⁹⁹ К. Kaplan, *In Giveaway of 10.000 PCs, the Price is User Privacy Marketing: Recipients Must Agree to Let Pasadena Firm Monitor Where They Go on Internet and What They Buy*, L.A. TIMES, Feb., 8, 1999, at A1.

⁴⁰⁰ Тако, 1996. године јавно мњење приморало је компанију "Lexis-Nexis", да повуче службу познату као "P-Trak", која је давала лак онлајн приступ бази података која је садржавала милионе бројева социјалног осигурања. Такође, 1996. године, Yahoo је осетио јавни бес због деловања своје службе "People Search". Ова служба, удружена са продавцима омогућавала је корисницима интернета да упру прстом на 175 милиона људи, одабраних са комерцијалних мејлинг листа. Након што је саслушао оптужбе Yahoo је одлучио да избрише 85 милиона досијеа, са кућним адресама којих нема у званичном именику. Током 1997. године амерички провајдер AOL је најавио планове за откривање телефонских бројева својих претплатника својим пословним партнерима ради телемаркетинга. AOL је чуо гласне примедбе својих претплатника и њихових адвоката који су се противили оваквој употреби личних информација. Као одговор AOL је одлучио да не реализује овај план. Такође, било је покушаја да неколико америчких држава сачини споразум да фотокопије возачких дозвола својих грађана продаје као визуелне податке. Међутим, због негодовања и овај пројекат није реализован.

Иако делује безазлено, можда чак и као безопасан маркетиншки трик, то заправо значи да су информације о плаћању те особе доступне некоме ко их даље "уступа" различитим компанијама. Треба се запитати: шта ће се десити ако подаци на овакав начин буду "цурели" и код других куповина, нпр. продаје *on-line* аранжмана за летовање. Одговор је да ће неко ко зна вашу кућну адресу знати и период када ће та кућа бити празна, док сте ви са породицом на летовању.

С једне стране, постоји солуција константног мониторинга интернета од стране полиције. Овакав вид заштите може бити ефикасан, нарочито са развојем посебних софтвера који су направљени да "уоче" илегална понашања у протоку информација. Међутим, њихова употреба отвара питање да ли то значи да су сви грађани који користе интернет под присмотром, односно да се њихове комуникације прислушкују? Софтвер ради по принципу (случајних) узорака и издваја само оне који могу представљати потенцијално кривично дело - нпр. уочава делове фотографије послате емејлом на којима се види дечија порнографија; изолује тај садржај и активира полцијску службу, која даље процесуира случај на основу података које има, уз помоћ интернет провајдера. На тај начин се обради делић огромног протока, али истовремено се обради и 99% садржаја који не представља нелегалну активност. Да ли су на тај начин оштећени сви они којима се прегледа садржај комуникације док се баве пословним или приватним препискама у складу са законом? Са друге стране, без одређене реакције надлежних државних органа, већи део кривичних дела из ове области неће бити примећен. Понекад ће се то догодити зато што оштећени ни не примети да се десило нешто вредно пажње (нпр. неко је преузео рачунар другог лица и њиме починио кривично дело неовлашћеног упада у рачунарски систем; власник рачунара није ни свестан те чињенице) или зато што нема директног оштећеног који би могао да се побуни (нпр. растурање садржаја дечије порнографије) или зато што оштећени не желе да се сазна да су били жртве (што је чест случај код различитих интернет превара).

Значајан напор придаје се дефинисању сајбер криминала, док се остале врсте високотехнолошког криминала углавном сврставају у посебне облике извршења других кривичних дела, што она по својој природи и јесу.⁴⁰¹ Једна од најобухватнијих интернет енциклопедија техничких термина *cybercrime* дефинише као «криминалну активност почињену коришћењем рачунара и интернета.»⁴⁰² Наравно, у пракси се може догодити да починилац користи много других средстава за извршење кривичног дела, па је очигледно да овако уска дефиниција не задовољава потребе за перципирањем ове врсте криминалитета, које је од необично велике важности за њихово даље сузбијање.

⁴⁰¹ На пример, велика пажња поклања се сузбијању расне, националне, верске и других облика мржње, нетрпљивости и дискриминације путем рачунарских мрежа (пре свега интернета, односно различитих интернет сајтова). Ово дело се, међутим, веома лако може извршити и питем мобилног телефона, слањем пропагандних порука (које су комерцијалне и уобичајене за све оператере широм света) дискриминаторске садржине.

⁴⁰² Извор:<http://www.techterms.com/definition/cybercrime>. Занимљиво је да ово схватање није усамљено у свету истраживања високотехнолошког криминала, слично : <http://www.crimereasrch.org/analytics/702>.

Ипак, највећи број напора да се овај проблем одреди једноставно а прецизно, завршава се дефинисањем појма *cybercrime* као «вршење кривичних дела употребом рачунара или рачунарских мрежа».⁴⁰³

Станфордски научно-истраживачки институт је за потребе Министарства правде САД издао приручник о компјутерском криминалу у коме је дата и дефиниција компјутерског криминала при чему се под компјутерским криминалитетом подразумева кривично дело за чије је успешно процесуирање потребно познавање компјутерске терминологије.⁴⁰⁴

Don Parker, одређује компјутерски криминалитет као *злоупотребу компјутера* у смислу сваког догађаја који је у вези са употребом компјутерске технологије у коме жртва трпи или би могла да трпи губитак, а учинилац делује у намери да себи прибави или би могао да прибави корист.⁴⁰⁵ *August Bequai* дефинише компјутерски криминалитет као вршење кривичних дела код којих се *рачунар појављује као оруђе или* објект заштите, односно жртва.⁴⁰⁶ *Bogo Brvar* компјутерски криминалитет дефинише као кривична дела код којих се компјутер појављује као средство (оруђе), предмет или објект напада за чије је вршење или покушај неопходно извесно знање из *рачунарства* или информатике.⁴⁰⁷ *Ђорђе Игњатовић* под компјутерским криминалитетом сматра посебан *вид инкриминисаних понашања* код којих се рачунарски систем (*схваћен као јединство хардвера и софтвера*) појављује или као средство извршења или као објект кривичног дела.⁴⁰⁸

Конвенцијом савета европе о cyber криминалу, први пут је званично употребљен термин *cyber криминал*, под којим се подразумева свака активност усмерена против поверљивости, интегритета и доступности компјутерских података, компјутерских система и компјутерских мрежа као и злоупотреба компјутерских података система и мрежа.

⁴⁰³ Извор: http://www.webopedia.com/TERM/C/cyber_crime.html

⁴⁰⁴ Harmonization on national legal approaches on cybercrime, ITU, WSIS Thematic meeting on Cyber security, Geneva, jun 2005 <http://www.itu.int/osg/spu/forum/intgov04/contributions/itu-workshop-feb-04-internet-governance-background.pdf>.

⁴⁰⁵ D. Parker, *Computer abuse*, Springfield, 1973.г., стр..70.

⁴⁰⁶ A. Bequai, *Computer crime*, Lexington, 1978.г., стр.4.

⁴⁰⁷ B. Brvar, *Pojavne oblike zlorabe računalnika*, Revija za kriminalističko in kriminologijo, Ljubljana, broj 2/1982.г., стр.29.

⁴⁰⁸ Ђ. Игњатовић, *Појмовно одређивање компјутерског криминалитета*, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1-3, 1991.г., стр.142.

2. Конвенција о високотехнолошком криминалу

Не постоји јединствен одговор на питање шта тачно подразумева високотехнолошки криминал или *cybercrime*, како се одомаћио у многим светским језицима. Основна недоследност у његовој примени може се обухватити различитим схватањем «савремених технологија». Док је у енглеском језику «*cyber*» (скраћено од *cybernetics*) префикс уз изразе који означавају рачунарске или друге електронске уређаје или технологије, чиме се заправо предефинише појам који се под «сајбер-криминалом» може подразумевати, израз «*hi-tech*» (енг. *high technologies*, високе технологије), који се раније користио, утицао је на законодавства појединих земаља која и даље ову групу кривичних дела сврставају у «високотехнолошки криминал».⁴⁰⁹ Забуна, међутим, долази зато што се ови појмови у пракси (као и у националним законодавствима и међународним документима) изједначавају, иако то не би требало чинити. Тако се долази до ситуације да изједначени појмови имају потпуно другачију садржину: «сајбер криминал је ограничен само на кривична дела која се врше (зло)употребом рачунара и рачунарских система, а «високотехнолошки криминал» се не ограничава само на рачунаре, већ подразумева употребу било које високе технологије, која укључује сва савремена техничка средства.

Још већа забуна настаје у другом случају, који није стран у многим земљама, па ни српском законодавству: високотехнолошки криминал се изједначава (и ограничава) са сајбер-криминалом, тако да остала могућа кривична дела бивају потиснута у други план и изостављена из националних кривичних закона.

Разлика између сајбер (који се ограничава само на рачунаре) и високотехнолошког криминала (који укључује сва савремена техничка средства) није само терминолошке већ и практичне природе. Тако на пример, у зависности од тога, зависиће и да ли се одредбе *Конвенције о високотехнолошком криминалу*, могу применити само кад су у питању кривична дела која се врше (зло)употребом рачунара и рачунарских система или када су у питању и кривична дела која се врше (зло)употребом било које друге телекомуникационе технологије (телефонском, сателитском и сл; жичаним или бежичним путем, свеједно).

С тим у вези треба рећи да је Република Србија оригинални назив *Конвенције - Convention on Cybercrime* (који као што је објашњено више одговара термину рачунарски или компјутерски криминал, за разлику од термина «*hi-tech crime*» који одговара изразу високотехнолошки криминал) законом о потврђивању *Конвенције* превела као *Конвенцију о Високотехнолошком криминалу*, а Република Црна Гора законом о потврђивању исту *Конвенцију* превела као *Конвенцију о рачунарском криминалу*. Иако због превода тако делује, то не значи да се одредбе ове *Конвенције* у Србији могу применити и када су у питању кривична дела која се не врше (зло)употребом рачунара, јер из текста *Конвенције* произилази да се она односи само на рачунаре, иако се у преамбули осим компјутерских мрежа помињу и електронске информације које не морају бити везане само за рачунаре (већ рецимо и за мобилну телефонију).

⁴⁰⁹ Ипак, под огромним утицајем употребе у САД, израз «*cybercrime*» данас убедљиво превладава.

Међутим, све делиме отклоњене су доношењем *Закона о електронским комуникацијама*, који исту доказну вредност даје и подацима добијеним праћењем, задржавањем и снимањем електронских комуникација коришћењем рачунара (преко провајдера), као и подацима добијеним праћењем, задржавањем и снимањем електронских комуникација коришћењем других савремених технички средстава (у првом реду мобилне телефоније).

Конвенција о високотехнолошком криминалу закључена је у Будимпешти 23. новембра 2001.г., а ступила је на снагу 1 јула 2004.г. Државе чланице савета Европе и друге државе потписнице, усвојиле су ову Конвенцију свесне дубоких промена које су донели дигитализација, конвергенција и стални тренд ка глобализацији компјутерских мрежа. То је учињено са циљем да се обезбеди одговарајући баланс између потребе за спровођењем закона и поштовањем основних људских права, као и заштитом личних података.

Приликом анализе *Конвенције о високотехнолошком криминалу*, задржаћемо се на излагањима која се односе на нашу тему, тј. на *право на приватност*.

У чл.16 *Конвенције* регулисано је експедитивно конзервирање ускладиштених компјутерских података. Свака чланица треба да усвоји такве легислативне и остале неопходне мере да би своје надлежне органе овластила да могу да нареду или на други сличан начин постигну експедитивно **конзервирисање** и заштиту одређених **компјутерских података**, укључујући ту и **податке везане за пренос података**,⁴¹⁰ који су ускладиштени коришћењем компјутерских система, а посебно у случају када постоји основана сумња да су компјутерски подаци нарочито изложени губљењу или изменама. У чл.16 ст.2 предвиђено је да лице по чијом су контролом или у чијем су поседу компјутерски подаци треба да се обавезе да те податке чува **највише 90 дана**.

Након тога следи чл.17. који се односи на експедитивно конзервирање и заштиту и делимично откривање података о преносу који је нарочито значајан за истражну фазу поступка јер подаци из чл.16 Конвенције могу бити доступни **надлежним лицима** које надлежни органи именују, а којима се могу идентификовати даваоци услуга и путање којим је пренос извршен. Исто тако, захтева се од државе чланице да усвоји легислативне и остале неопходне мере да би «обезбедила да експедитивна **конзервација података о преносу**⁴¹¹ буде могућа без обзира да ли је у преносу тог комуницирања учествовао један давалац услуге или више њих.

⁴¹⁰ Без увида у садржај комуникације

⁴¹¹ Значи без увида у њихов садржај

Из наведеног произилази да је члан 128 ст.1 *Закон о електронским комуникацијама* у складу са чл. 16 и 17 Конвенције јер предвиђа да је оператер дужан да **задржи** податке о електронским комуникацијама **за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка**, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова. *Закон о електронским комуникацијама* уместо термина **конзервисање** (података) из Конвенције, употребљава термин **задржавање** података (реч је само о терминолошкој разлици истог значења) али уводи и **додатно ограничење** које није предвиђено *Конвенцијом* а за које Република Србија законом о потврђивању Конвенције није ставила резерве, а то је да се задржавање података врши за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка. Такође, према чл. 128 ст.1 и 5 *Закон о електронским комуникацијама* **надлежна лица** којима могу бити доступни конзервирани, тј. задржани компјутерски подаци подаци су **припадници полиције и БИА-е**.⁴¹²

Међутим, **чл.128ст.4 *Закон о електронским комуникацијама*** којим је предвиђено је да је оператер дужан да задржане податке **чува 12 месеци** од дана обављене комуникације **није у складу са чл. 16.ст.2 *Конвенције*** у којем је предвиђено да лице под чијом су контролом или у чијем су поседу компјутерски подаци треба да се обавезе да те податке **чува највише 90 дана**. **Оваквим законским решењем дошло је до повреде права на приватност јер је законом дозвољен дужи временски рок у задирање права на приватност него што је то предвиђено *Конвенцијом***. Према чл. 194 *Устава Републике Србије*, који регулише хијерархију домаћих и међународних општих правних аката, правни поредак Републике Србије је јединствен. Устав је највиши правни акт Републике Србије, а сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом. Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом. *Закони* и други општи акти донети у Републици Србији **не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима** и општеприхваћеним правилима међународног права.

⁴¹² Пошто се у чл.128 *Закон о електронским комуникацијама* за достављање задржаних података не захтева судска одлука (јер се не остварује увид у њихов садржај), одредба ЗКП-а која пружа правни основ да полиција на основу чл.128 ст.1 и 5 *Закон о електронским комуникацијама* од оператера захтева достављање задржаних података је чл.225 ст.1 и 2 ЗКП-а (посебно део из става 2 чл.225 ЗКП који полицију овлашћује да одузме и **оствари увид у документацију државних органа, предузећа и других правних лица, као и да предузме друге потребне мере и радње**). У чл.10 ст.1 *Закон о безбедносно- информативној агенцији* предвиђено је да у су у обављању послова из свог делокруга, припадници Агенције **овлашћени да од државних и других органа, правних и физичких лица траже и добију обавештења, податке и стручну помоћ од значаја за разјашњавање чињеница везаних за обављање послова из делокруга Агенције**.

Из наведеног произилази да *Закон о електронским комуникацијама* у чл.128 ст.4 није у складу са чл.16 ст.2 *Конвенције о високотехнолошком криминалу*, која је хијерархијски виши акт од закона, тј. акт веће правне снаге, па би Уставни Суд Републике Србије на основу чл. 167.ст.1 тачка 1 и чл. 168 ст.1 Устава Републике Србије требао да покрене поступак и утврди несагласност *Закона о електронским комуникацијама* са *Конвенцијом о високотехнолошком криминалу*, у погледу трјања мере чувања задржаних података, или би чл.128 ст.4 Закона о електронским комуникацијама требало променити тако што би рок за чување задржаних података са 12 месеци био смањен на 90 дана.

У чл.18.*Конвенције* предвиђено је да свака чланица треба да усвоји такве легистлативне и остале мере које су потребне да би своје надлежне органе овластила да могу наредити.⁴¹³

а) Сваком лицу на територији чланице да мора предати одређене компјутерске податке које поседује односно који су под његовом контролом, а који су смештени на компјутерском систему или медијуму за смештај компјутерских података. Овде је реч о лицима који нису даваоци услуга (тј.провајдери) а која су власници или ПЦ рачунара (физичка лица) или компјутерских система и медијума за смештај компјутерских података(правна лица).

б) Сваком **даваоцу услуга** који своје услуге врши на територији те чланице да мора предати податке **о претплатнику** на те услуге које даваоц услуге поседује или над којима има контролу.

У чл. 18 ст.3. Конвенције предвиђено је да израз «подаци о претплатнику» означава сваки податак који постоји у облику компјутерских података или било ком другом облику, које поседује давалац услуга или који се односе на претплатника на његове услуге, при чему се **изузимају** подаци о преносу или подаци из садржаја који се преноси, на основу којих се може установити:

- а) Врста **комуникацијских услуга** које је користио, техничке услуге и **временски период коришћења услуга**
- б) **Идентитет** претплатника, његова поштанска адреса или географска локација, број телефона и остали бројеви преко којих се може контактирати, листинг плаћања и подаци о плаћању, који су доступни кроз уговор или другу врсту споразума о коришћењу услуга
- ц) Свака **информација о локацији на којој је комуникациона опрема постављена**, до које се може доћи преко уговора или споразума друге врсте о коришћењу услуга

Став 3 чл. 18 Конвенције очигледно штити **право на приватност** корисника услуга, јер се њиме штити **идентитет претплатника, његова поштанска адреса, број телефона** итд., тј. давалац услуге није у обавези да **пружи ове податке о кориснику услуга.**

⁴¹³ У Конвенцији се наводи да наредба може потећи од «надлежних органа», дакле наредба не мора бити искључиво судска

Међутим, пошто су ово истовремено и најважнији подаци у кривичној истрази,⁴¹⁴ поставља се питање да ли је овакво решење из чл. 18 ст.3 *Конвенције* у складу са њеном преамбулом у којој се између осталог предвиђа да се *Конвенција* доноси ради усвајања мера које ће бити довољно **ефикасне** за борбу против сајбер криминала, на тај начин што ће се **на унутрашњем и међународном нивоу олакшати откривање, истрага и гоњење тих кривичних дела** и што ће се обезбедити услови за брзу међународну сарадњу. Такође није јасно како ће државе потписнице на основу обавезе из чл.21 *Конвенције* успети да приморају даваоце услуга да у реалном времену снимају податке који се налазе у **садржају** одређеног комуницирања који се преноси преко компјутерског система, кад на основу чл.18.ст.3 *Конвенције* давалац услуге није у обавези да пружи податке на основу којих се може утврдити **идентитет** претплатника. Јер да би се у реалном времену снимили подаци који се налазе у садржају нечијег комуницирања мора се знати идентитет особе чија се комуникација снима, тј. није могуће насумично снимање садржаја комуникације. Међутим, у прамбули *Конвенције* стоји и да треба обезбедити одговарајући баланс између потребе за спровођењем закона и поштовања људских права међу којима се експлицитно наводи и **право на приватност**.

Вероватно је смисао *Конвенције* да ови подаци треба да имају већи степен заштите па је за њихово добијање потребна судска наредба, јер се према чл.41 ст.2 Устава Републике Србије на основу судске одлуке (у сврхе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије) могу добити подаци из сваког вида комуникације, па и комуникације путем рачунара

У том случају чл.129 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* **није у сагласности** са чл. 18.ст.3 *Конвенције*. Наиме, у чл. 18 ст.3 *Конвенције* предвиђено је да давалац услуге(провајдер) није у обавези да пружи податке о врсти комуникацијске услуге и **временском периоду коришћења услуге**, као и **локацији на којој је комуникациона опрема постављена**.

Насупрот томе у члану 129 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* **задржани подаци**, дакле подаци које , на основу чл. 128 ст.1 и 5 *Закона о електронским комуникацијама*, **припадници полиције и БИА-е могу добити без судске одлуке**, дефинисани су као подаци који су потребни за:

- 1)Праћење и утврђивање извора комуникације
- 2)Утврђивање одредишта комуникације
- 3)Утврђивање почетка, трајања и завршетка комуникације
- 4)Утврђивање врсте комуникације
- 5)Идентификацију терминалне опреме корисника
- 6)Утврђивање локације мобилне терминалне опреме корисника

⁴¹⁴ Како за сајбер тако и за било која друга кривична дела

Чланом 19 *Конвенције* ближе се уређује претраживање и заплена ускладиштених компјутерских података којим се налаже држави чланици да овласти своје надлежне органе да се на њеној територији може претражити или на други сличан начин приступити компјутерском систему, његовим деловима као и компјутерским подацима на њима смештеним, као и медијумима на којима би ти подаци могли бити смештени, али уколико се њиховим претраживањем установи да је потребно проширити истрагу и на другом компјутеру, прописима се треба омогућити тј. дати овлашћење да се одмах може проширити претрага и на том другом компјутеру односно компјутерском систему.

Након проналаска неопходних података надлежним органима државе се омогућава и да заплене податке или их обезбеде на други начин тако што могу да траже:

- а) **Да се заплени или на сличан начин обезбеди компјутерски систем или његов део, или медијум за смештај компјутерских података**
- б) **Да се направи и задржи копија тих компјутерских података**
- ц) **Да се одржи интегритет** важних ускладиштених компјутерских података
- д) Да си ти компјутерски подаци учине неприступачним или да се уколне из компјутерског система коме се приступило.

У складу са чл.19 *Конвенције* је и чл. 130 *Закона о електронским комуникацијама* где је предвиђено да је оператер дужан да, у погледу заштите задржаних података, нарочито обезбеди:

1) да су задржани подаци истог квалитета и подвргнути истим мерама безбедности и заштите као и подаци у електронској комуникационој мрежи.

2) да су задржани подаци заштићени на подесан начин од случајног или недопуштеног уништења, случајног губитка или измене, неовлашћеног или незаконитог чувања, обраде, приступа или откривања, у складу са законом којим се уређује заштита тајних података када се ради о подацима који су сачувани и достављени у складу са чл.128.ст.5 овог закона

3) да се приступ задржаним подацима на подесан начин ограничи само на овлашћена лица органа који остварују приступ задржаним подацима, у складу са чл. 128 ст.5 овог закона

4) да се задржани подаци униште по истеку рока из чл.128 став 4 овог закона⁴¹⁵, осим података који су сачувани и достављени у складу са чл.128 ст.5 овог закона.

Свака чланица треба да усвоји такве легислативе и остале неопходне мере да би своје надлежне органе могла овластити да нареду сваком лицу које познаје функционисање компјутерског система или познаје мере заштите компјутерских података на том систему, да пружи све потребне податке како би се омогућило предузимање наведених мера.

⁴¹⁵ 12 месеци

У складу са чл.19 Конвенције на претраживање и заплону ускладиштених компјутерских података примењиваће се одредбе о претресу из чл.77-81 важећег ЗКП и 152-160 новог ЗКП-а, односно привременом одузимању предмета из чл.82 важећег ЗКП односно 147 новог ЗКП-а.

У складу са чл.19 ст.3 тачка ц Конвенције у којем је предвиђено да се надлежни органи морају овластити између осталог и да **направе и задрже копије компјутерских података**, приликом уношења одредби о претресању компјутера у ЗКП, **требало би предвидети и радњу тзв. «клонирања» хард диск рачунара**. У пракси се то и чини, тј даља обрада података у истрази обавља се на том «клонираним» примерку хард диска, како не би дошло до било каквих промена на оригиналу. Траже се трагови остварених Интернет конекција, као и сваки други подаци који могу да послуже као доказ у судском поступку и прилажу судским списим на начин на који обезбеђује да касније евентуално могу да послуже као предмет вештачења.

Иако то у пракси није спорно,ову радњу, тј.клонирање хард диска рачунара, у складу са чл. 19 ст.3 тачка ц *Конвенције*, ипак би требало предвидети и одредбама ЗКП-а. Наиме, у свим државама у којима је извођење електронских доказа посевбно регулисано, или је уочијено пред судовима који их прихватају по аналогiji, стандард је да се подаци клонирају, а не физички плене. Ово је нарочито корисно када се подаци налазе на серверима (нпр. приликом постављања интернет сајтова који имају забрањену садржину), чија је заплена практично немогућа без стварања велике штете провајдерима. Наравно, постоје различите ситуације и понекад ће бити корисније да се компјутер, односно носач релевантног податка, физички одвоји од система - нпр. када је у питању носилац вируса.

Чл.20 *Конвенције* регулише прикупљање информација о промету података у реалном времену (у моменту њиховог настајања). Свака чланица треба усвоји такве легислативе и остале неопходне мере да би своје надлежне органе могла да овласти да на територији те чланице прикупљају или снимају примењујући техничка средства, и приморају даваоца услуга да у оквиру његових техничких могућности на територији те чланице прикупља или снима примењујући техничка средства, или сарађује са надлежним органима и помаже им у прикупљању или снимању у реалном времену података који се односе на **пренос одређеног комуницирања** на њеној територији **које се преноси преко компјутерских система**.

Треба приметити да чл.20 *Конвенције* регулише праћење преноса одређеног комуницирања **преко компјутерских система** у реалном времену, **без увида у садржину комуницирања**. Ту се најчешће ради о **комуницирању путем е-маила**, с тим што се на основу чл.20 *Конвенције* не може ући у садржај е-маила већ само пратити ко с ким на овај начин комуницира.

То значи да је члан 128 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* (у којем је предвиђено да је оператер дужан да задржи податке о електронским комуникацијама **за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођење кривичног поступка**, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и органа унутрашњих послова) у складу са чл.20 *Конвенције*.

У чл.20 ст.2 Конвенције је предвиђено и да чланица која због принципа који постоје у њеном националном правном систему не може да усвоји мере из овог члана, уместо тога може да усвоји законодавне и друге мере које су потребне да би омогућила прикупљање или снимање у реалном времену података који се односе на пренос одређеног комуницирања које се обавља на њеној територији а преко техничких средстава која се налазе на тој територији.

Такође је предвиђено да свака чланица треба да усвоји такве легислативне и остале неопходне мере да би даваоца услуга могла обавезати да чува тајност свих информација о спровођењу и у вези спровођења мера из овог члана.

Треба напоменути да Република Србија није ставила никакве резерве на члан 20 Конвенције, иако је то на основу чл. 14 ст.3 Конвенције било могуће.⁴¹⁶

У чл.21 Конвенције регулисано је пресретање података који се налазе у **садржају електронских комуникација**. Свака чланица треба усвоји такве легислативе и остале неопходне мере, у вези са низом тешких прекршаја који ће бити специфицирани кроз национално право, да би омогућила **својим надлежним органима** да на територији те чланице прикупљају или снимају применом техничких уређаја, да и приморају даваоца услуга да у оквиру његових техничких могућности на територији те чланице прикупља или снима применом техничких уређаја, или сарађује или помаже надлежним органима у прикупљању или снимању у реалном времену података који се налазе у **садржају одређеног комуницирања** на њеној територији, **који се преносе преко компјутерских система**.

Чл. 21 Конвенције регулише снимање одређеног комуницирања **преко компјутерских система** у реалном времену, **са увидом у садржај комуницирања**. Ту се такође најчешће ради о **комуницирању путем е-маила**, с тим што се на основу чл.21 Конвенције **може ући у садржај е-маила**. Чл.21 Конвенције не прецизира који су то надлежни органи који могу да снимају садржај комуникације преко компјутера, односно који надлежни органи могу да приморају даваоца услуге да снима сдржај компјутерских комуникација, тј. конвенција **не прецизира да је за увид у садржај компјутерске комуникације неопходна судска одлука**. Међутим, према чл.41 Устава Републике Србије, чл. 504е ст.1 важећег ЗКП-а односно чл.166 новог ЗКП-а као и чл.126 ст.1. *Закона о електронским комуникацијама*, **увид у садржај електронске комуникације** (као и било које комуникације) **није могућ без одлуке суда**.

⁴¹⁶ Црна Гора је Законом о потврђивању Конвенције о рачунарском криминалу на чл.20 Конвенције ставила резерву: « Црна Гора изјављује да ће мјере из члана 20 Конвенције примењивати само на основу одлуке надлежног црногорског суда, ако је то неопходно за вођење кривичног поступка или из разлога безбједности Црне Горе».

У чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да пресретање електронских комуникација којима се открива **садржај** комуникације није допуштено, осим на одређено време и **на основу одлуке суда**, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Дакле, у вези **тајног пресретања** електронских комуникација **којима се открива њихов садржај**, *Закон о електронским комуникацијама* је у потпуности у складу са *Уставом Републике Србије* као и одредбама *ЗКП-а* којима се омогућава тајни увид у садржину комуницирања (чл. 85 ,504е ,504ж,504н важећег *ЗКП-а* односно 166 и 184 новог *ЗКП-а*), тј. увид у садржину електронског комуницирања могућ је само на одређено време и **на основу одлуке суда** ако је то неопходно ради:

- 1.вођења кривичног поступка или
- 2.заштите безбедности Републике Србије.

Може се рећи да члан126.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* није донео ништа ново у наш кривично процесни систем јер је претходно чл.504е ст.1 *ЗКП* било предвиђено да на писмени и образложени предлог јавног тужиоца истражни судија може наредити надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникација другим **техничким средством**...

Дакле, слично као и чланом 126.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама*, чланом 504е ст.1 *ЗКП-а* већ раније је било предвиђено да се само на основу судске одлуке може остварити увид у садржај електронских комуникација(јер електронске комуникације јесу комуникације **техничким средством**, а што је било предвиђено чланом 504 ст.1 *ЗКП*).

Такође, слично као у чл.504ж ст.2 важећег *ЗКП-а* односно 168 ст.2 новог *ЗКП-а*, у чл.127.ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да је оператер дужан да омогући законито пресретање електронских комуникација из чл.126.ст.1 истог закона. У ставу 2 чл. 127 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено је да надлежни државни орган који спроводи послове законитог претресања дужан да води евиденцију о пресретнутим електронским комуникацијама, која нарочито садржи одређење акта који представља правни основ за вршење пресретања,⁴¹⁷ датум и време вршења пресретања, **као и да ову евиденцију чува као тајну**, у складу са законом којим се уређује тајност података. У ст.3 истог члана предвиђено је да кад надлежни државни орган који спроводи послове законитог пресретања није у могућности да изврши законито пресретање електронских комуникација без приступа просторијама, електросној комуникационој мрежи, припадајућим средствима или електронској комуникационој опреми оператера, оператер је дужан да о примљеним захтевима за преретање електронских комуникација води евиденцију, која нарочито садржи идентификацију овлашћеног лица које је вршило пресретање, одређење акта који представља правни основ за вршење пресретања, датум и време пресретања, **као и да ову евиденцију чува као тајну**, у складу са законом којим се уређује тајност података.

⁴¹⁷ У овом случају то је судска наредба на основу чл.504 е ст.1 *ЗКП*.

Тако је чланом 127 ст.2 и 3 *Закона о електронским комуникацијама* испуњена обавеза из чл.21 ст.3 *Конвенције* где је предвиђено да свака чланица треба да усвоји законодавне и друге мере које су потребне да би **обавезала даваоца услуга да као поверљиву чува чињеницу о примени мера из овог члана, као и тајност свих података.**

У чл.21.ст.2 *Конвенције* предвиђено је и да чланица која због принципа који постоје у њеном националном правном систему не може да усвоји мере из овог члана, уместо тога може да усвоји законодавне и друге мере које су потребне да би омогућила прикупљање или снимање у реалном времену **података који потичу из садржаја одређених комуницирања** на њеној територији кроз примену техничких уређаја који се налазе на тој територији.

Везано за **право на приватност** треба напоменути да *Конвенција* у чл.35 ст.1 предвиђа обавезу сваке чланице да одреди место за контакте које ће бити доступно 24 сата, свих 7 дана у недељи, да би омогућила моменталну помоћ у истражне сврхе или за процедуре у вези кривичних дела која се односе на компјутерске системе и компјутерске податке, или ради прикупљања доказа за кривична дела у електронском облику. Та помоћ треба да обухвати, или, **уколико то национално право и правна пракса дозвољавају**, да непосредно омогући:

- а) Давање техничких савета
- б) Конзервирање података у складу са члановима 29 и 30
- в) Прикупљање доказа, давање информација правног карактера и лоцирање осумњичених

Треба приметити да члан 35 ст.1 *Конвенције* **не обавезује** државе чланице на узајамну помоћ када је потребно **пресретање података у реалном времену о садржају одређеног комуницирања који се преноси преко компјутерских система** (из чл.21 *Конвенције*), већ само на узајамну помоћ када је потребан приступ конзервираним подацима(из чл. 16 и 17 *Конвенције*). Чак штавише, према чл.35 ст.1 *Конвенције* и приступ конзервираним подацима (као и давање техничких савета и прикупљање доказа, давање информација правног карактера и лоцирање осумњичених) биће могуће само **уколико то национално право и правна пракса дозвољавају.**

Када је у питању узајамна помоћ код **пресретање података у реалном времену о садржају одређеног комуницирања који се преноси преко компјутерских система**, у чл.34 *Конвенције* предвиђено је само да чланице треба да обезбеде узајамну помоћ у циљу прикупљања или снимања у реалном времену података из садржаја одређеног комуницирања који се преноси преко компјутерских система, до степена који дозвољавају важећи уговори и национално право. Дакле, у случају потребе **пресретања података у реалном времену о садржају одређеног комуницирања који се преноси преко компјутерских система**, примењиваће се чл.41 Устава Републике Србије, чл. 504е ст.1 важећег ЗКП односно чл. 166 новог ЗКП-а и чл.126 ст.1. *Закона о електронским комуникацијама*, према којима увид у садржај електронске комуникације (као и било које комуникације) **није могућ без одлуке суда.**

Конвенција је специфична и по једном нимало позитивном аспекту – развијене државе је нерадо ратификују. Од земаља које можемо назвати високоразвијеним када је реч о савременим технологијама, ратификовале су је само САД 2006.године,⁴¹⁸ Француска, Данска и Норвешка. Откуда овај отпор?

Пре свега због наведених процесних овлашћења државних органа које Конвенција предвиђа. ЕФФ⁴¹⁹ је зато назива «најгорим интернет правом на свету», које предвиђа да чак и акти који нису предвиђени као кривична дела у САД могу бити гоњени у овој земљи по захтеву неке друге државе у којој се сматрају кажњивим.⁴²⁰ Овај проблем постаје још дубљи када се ради о интерпретацији шта се, на пример, може сматрати недозвољеним садржајем на компјутерима и интернету који не покрива слобода изражавања – стандарди у различитим друштвима се у том случају знатно разликују. Чињеница је да се оваква категоризација Конвенције не може у потпуности оправдати, али веома добро илуструје страх од «судара» потпуно различитих култура, цивилизација и вредности.⁴²¹

⁴¹⁸ Конвенција је отворена за потпис и државама које нису чланице Савета Европе

⁴¹⁹ ЕФФ (Electronic Frontier Foundation) је једна од најпознатијих организација која се бави заштитом приватних података у односу на нове технологије. Више на интернет сдреси: <http://www EFF.org>

⁴²⁰ Реч је актима за које Конвенција предвиђа могућност увођења у национално законодавство. Теоријски је могуће да држава не изјави резерву на прихватање сарадње када је реч о свим деликтима предвиђеним Конвенцијом, а истовремено нека од њих не уведе у своје законодавство, чиме ствара овакву, донеклу апсурдну ситуацију.

⁴²¹ Актуелан пример за ово је пример породице Настић у САД, тј. фотографија њихове малолетне деце које су извађене из њиховог рачунару (чиме је независно од «судара» потпуно различитих култура, цивилизација и вредности повређено породично право на приватност. Чињеница је да у чл. 29 ст.3 Конвенције предвиђено да након пријема захтева друге чланице, замољена чланица треба да предузме све мере које су неопходне да би експедитивно, у складу са националним правом, конзервирања тражене податке. **У одговору на захтев не сме се као услов за спровођење конзервирања података захтевати постојање обостране кажњивости.** Међутим, чињеница је и да је у чл. 29.ст.4 Конвенције предвиђено да чланица која у вези других преступа осим оних установљених у члановима 2-11 Конвенције, свој одговор на захтев за узајамну помоћ у циљу претраживања или сличног облика приступа компјутерским подацима, њиховог одузимања или сличног обезбеђивања или откривања, условљава постојањем обостране кажњивости, **резервише право да одбије захтев за конзервирањем података у случајевима када има основа да сматра да у време откривања података захтев за постојањем обостране кажњивости неће бити испуњен.**

3. Нови ЗКП

Као што смо већ навели код одредби о претресању, новина која се односи на претресање компјутера предвиђена је у чл.152 ст.3 новог ЗКП-а. Ту је као формални услов за претресање уређаја за аутоматску обраду података (компјутери) и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи предвиђено постојање судске наредбе као и да се ово претресање по потребе може извршити уз помоћ стручног лица.

У чл.157 ст.3 новог ЗКП предвиђено је да је код претресања ових уређаја и опреме држалац предмета или присутно лице (неко од пунолетних чланова његово домаћинства), осим окривљеног, дужан да омогући приступ и пружи обавештења за њихову употребу, изузев ако не постоји неки од разлога из члана 93(искључење од дужности сведочења),члана 94 став 1 (ослобођење од дужности сведочења) и члана 95 став 2 новог ЗКП-а (ослобођење од давања одговара на поједина питања). Несумњиво је да претресање уређаја за аутоматску обраду података треба да буде законски регулисано. Међутим, проблем код ове одредбе је што не прави разлику између прегледа, којим се не остварује увид у садржај комуникације, и претреса уређаја за аутоматску обраду података, којим се остварује увид у садржај комуникације.

Преглед компјутера представљао би увид у сајтове, фајлове или е-маил адресе којима је корисник компјутера приступао **без увида у садржај комуникације**. Насупрот томе, *претрес компјутера* представљао би увид у садржај послатих и примљених е-мејлова, тј. **увид у садржај комуникације**. Према наведеном решењу, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао лап топ према чл.152 ст.3. новог ЗКП-а припадници полиције би морали да од суда траже наредбе ако желе да приступе фајловима у којима је корисник водио евиденције о пословању предузећа или писао свој дневник. Насупрот томе, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао роковник у коме је то лице водило евиденцију о пословању предузећа или писало дневник, за увид у садржај те евиденције или дневника не би требала наредба суда.

То значи да је наведеним решењем одређеној категорији грађана дата превага у заштити права на приватност (тј.грађанима који су технички писменији и имућнији тј. који знају да користе и могу да купе рачунар) од оних који то не могу, а што може угрозити равноправност грађана приликом заштите права на приватност.

Стога сматрамо да је у одредби 152 ст.3 новог ЗКП свакако требало предвидети претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи али на нешто другачији начин, тј. у смислу да се **претресање којим се остварује увид у садржај комуникације која се налази на уређајима за аутоматску обраду података** и опреми на којој се чувају или се могу чувати електронски записи **предузима на основу наредбе суда**.

На тај начин би истовремено било остварено и уставно начело из чл.41 Устава да се од тајности писама и *других средстава комуницирања* може одступити само на основу *одлуке суда*, и начело равноправности грађана приликом заштите права на приватност. Поред тога, тако би претресање мобилних телефона, компјутера и уређаја за аутоматску обраду података који су с њима повезани, на исти начин било регулисано и у ЗКП-у и у чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама*.

Наиме, у чл.126 ст.1 *Закона о електронским комуникацијама* предвиђено да пресретање електронских комуникација којима се открива **садржај комуникације** није допуштено осим на одређено време и на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Исто тако у чл.286 новог ЗКП-а, који регулише овлашћења полиције, требало би изричито предвидети да је полиција овлашћена да у смислу радње у преткривичном поступку **без увида у садржај комуницирања** може вршити **преглед** уређаја за аутоматску обраду података и опрему на којој се чувају или се могу чувати електронски записи. Овакво решење не би било спорно јер податке којима се нарушава право на приватност, а до којих дођу органи откривања и кривичног гоњења у преткривичном поступку или истрази, они свакако морају чувати као службену тајну, и не смеју их користити ни у какве друге сврхе осим за потребе кривичног поступка.

Приликом доношења новог ЗКП пропуштено је да се у чл.152 ст.3 који се односи на претресање уређаја за аутоматску обраду података предвиди да се претресање компјутера може вршити „клонирањем“ хард диск рачунара, па би овај пропуст требало отклонити.

4. Упоредно - правни приказ

Немачка је на занимљив начин решила празнину у свом законодавству: правила о претресу стана, односно зграде, аналогно се примењују и на "претрес" путем интернет конекције или у склопу неке друге рачунарске мреже, као и на претраживање садржаја на појединачном рачунару. Ово значи да је у сваком случају потребан налог издат од судије, или од тужиоца у изузетним (хитним) случајевима.⁴²² Иста правила важе и када је реч о пресретању електронских комуникација, али је овде придодат и услов да кривично дело које се истражује мора припадати нарочито тешким делима која су таксативно наведена у Закону о кривичном поступку.⁴²³ Иста је ситуација и у **Пољској** - пресретање података и прислушкивање електронских комуникација могуће је само на основу налога суда за дела која су изричито наведена у Закону о полицији или Закону о кривичном поступку. У **Белгији** налог за пресретање и прислушкивање издаје тужилац.

У **Француској** је прикупљање електронских доказа регулисано Законом о кривичном поступку; пресретање и прислушкивање комуникација дозвољено је само за кривична дела за која је прописана минимална казна затвора од две године, и то ако се до доказа не може доћи на други начин а имају посебан значај у поступку (члан 100 Закона о кривичном поступку).

У **Финској** одобрење за прислушкивање и пресретање комуникације издаје искључиво виши суд, и то само за дела која су таксативно наведена као тежа кривична дела (у тој групи се налазе и дела ВТК).

У **Сједињеним Америчким Државама** тек средином шездесетих по први пут се спознало да техничке карактеристике електронског рачунара крију велику опасност по приватност грађана, у ситуацији када се повезују различите банке података (у којима су похрањени лични подаци) у централизоване информационе системе. Настала опасност имала је три вида: а) могло је доћи до неовлашћеног прибављања и похрањивања личних података грађана, б) јавили су се случајеви погрешно уписаних или измењених личних података и ц) показало се да неки податак, чије познавање само по себи не нарушава неповредивост приватне сфере, може проузроковати такву повреду када се он употрби («укрсти») повезано с другим подацима.

Од тада до данас постало је очигледно да се коришћењем рачунара озбиљно може угрозити право на приватност. На значај поштовања права на приватност јасно указују примери из Сједињених Америчких Држава и Немачке где се довођењем у везу јединственог броја грађана са подацима о паркираним аутомобилима у близини места где је дошло до антивадних демонстрација, или претплатника на политички часопис постиже «сортирање» политичких неподобних грађана и тако угрожавају права и слободе грађана.

⁴²² Слично нашим одредбама о претресању из чл.77-81 ЗКП.

⁴²³ Слично нашем чл. 504е ст.1 ЗКП

У вези са наведеним, правна теорија и судска пракса судова у **Сједињеним Америчким Државама** показује непрекидну бригу за доследну заштиту права на приватност које је гарантовано највишим политичко-правним актом, а угрожено је развојем нових технологија. **Амерички судови** склони су (и углавном то и чине) да штите право на приватни живот непризнавањем доказа прибављених новом технологијом, у случају када није обезбеђена одговарајућа техничка и процедурална заштита. О овоме најбоље говори следећа судска одлука судије Brennan-а у случају *Whalen v Roe*.⁴²⁴ « Устав ограничава не само тип информација које држава може да прикупља него и средства помоћу којих их прикупља. Олакашана приступачност компјутеризованих података у многоме повећава потенцијал злоупотребе тих информација и нисам склон да верујем да будући развој неће показати потребу ограничавања таквих технологија.».

Најновији проблеми око заштите права на приватност у САД тичу се неовлашћеног (тајног) читања и пресретања приватне електронске поште од стране федералне полиције. Америчка федерална полиција (ФБИ) признала је да има програм којим пресреће електронску пошту осумњичених. То је указало на оправдану бојазан од општег електронског надзора у друштву. Компјутерски програм под називом «месождер» (*Carnivore*) укључује се преко Интернет провајдера, што омогућава надгледање великог броја електронских писама, по сличном систему као када се примењује тајно прислушкивање телефона. Према исказима агената ФБИ , «месождер» је коришћен педесетак пута од 1999.године у истрагама о компјутерској пиратерији и тероризму, сваки пут искључиво на основу судског налога. Креатори програма тврде да је програм веома поуздан и да штити приватни живот више него обично прислушкивање, насупрот схватањима бораца за људска права и слободе, који наводе да се њиме могу пресретати све поруке.

Међутим, Федерални Истражни Биро (ФБИ) је у међувремену обавестио амерички Конгрес да није у могућности да конгресмене обавести о појединостима програма «месождер», што побуђује сумње у тврдње да су грађани без «сумњиве прошлости» сигурни од могућег тајног претраживања електронске поште.⁴²⁵

⁴²⁴ 429 U.S. 589 (1977), према R. Peck « *Extending the Constitutional Right to Privacy In the New Tehnological Age*», Hofstra Law Review, 1984.g., бр.4., стр.905.

⁴²⁵ Н. Мрвић-Перовић, *Домашаји заштите права на приватност у условима мрежног компјутерског повезивања (Интернета)*, Правни живот бр.9, 2001.г., стр.669.

5. Криминалистички аспект

5.1. Електронски докази

Stephen Mason из Британског института за међународно и упоредно право дефинисао је електронске доказе на следећи начин: "електронски докази су подаци који су креирани, манипулисани, складиштени или којима се комуницира било којим уређајем, компјутером или компјутерским системом, или су пренети преко комуникационог система, а релевантни су за судски поступак".⁴²⁶

У најширем смислу електронски докази су информације и подаци релевантни за кривични поступак, који су ускладиштени или се преносе путем електронских уређаја. Као такви, они су латентни попут отисака папиларних линија или ДНК трагова. У таквом окружењу не постоји могућност непосредне идентификације садржаја физичког објекта који чува доказе. Да би постали видљиви потребни су опрема и софтвер. Сведочење може бити потребно да објасни тај процес, као и његова ограничења.

Електронски докази су веома осетљиви. Могу бити измењени, оштећени, или уништени неправилним руковањем или прегледом. Због тога, потребна је особита опрезност у њиховом сакупљању, обезбеђењу, документовању и тумачењу. Овај процес се у литератури назива *forensic computing*.⁴²⁷ Грешке у овом процесу могу изазвати неубичајене или погрешне закључке, и потенцијалне доказе учинити нерелевантним за кривични поступак. Без обзира на различите називе који се могу срести у релевантној литератури, сматрамо да се могу издвојити четири фазе током процеса обезбеђења електронских доказа⁴²⁸:

1. **Идентификација електронских доказа** је први корак у форензичком процесу. Познавње присутних доказа, места где су ускладиштени и начина на који су ускладиштени представља виталан елемент у одређивању средстава и техника које треба употребити за реконструкцију електронских доказа. Мада већина људи сматра да су персонални рачунари једини фокус оваквог форензичког процеса, у стварности се то може проширити на било који електронски уређај за складиштење информација, као што су мобилни телефони, електронски организатори (дигитални дневници) и паметне картице. Поред тога, компјутер за форензичка испитивања мора бити у стању да идентификује тип информација ускладиштених на уређају и формат у коме су смештени, тако да се може употребити одговарајућа техника за његово изоловање.

⁴²⁶ S. Mason, *International electronic evidence*, London, British Institute of International and Comparative Law, 2008, p. XXXV.

⁴²⁷ R. McKemish: *What is forensic computing*, Australia Institute of Criminology, June 1999.g.

⁴²⁸ Us National Institute of Justice: *Electronic Crime Investigation: A Guide for First Responders*, Published: July 2001.

2. **Чување електронских доказа** је критични елемент у форензичком процесу. Постоје околности у којима су измене података неизбежне, али је веома важно да те измене буду што је могуће мање. У ситуацијама када дође до промена, од суштинског је значаја објанити природу тих промена и разлоге за њих. Измена података, који имају вредност као докази, мора се узети у разматрање и оправдати. То се не односи само на промене на подацима, већ и на физичке промене на одређеном електронском уређају како би се лакше приступило подацима.

3. **Анализа електронских доказа** - изоловање, обрада и интерпретација дигиталних података - генерално се сматра главним елементом форензичког процеса. Када се изолују, дигитални докази обично захтевају обраду пре него што буду разумљиви људима. На пример, када садржај хард диска представљају програми, подаци садржани у програмима захтевају даљу обраду како би били јасни људима. Обраду изолованих продуката може се вршити у више посебних корака, или може бити интегрисана са процесом изоловања.

4. **Презентација електронских доказа** подразумева њихово презентовање на суду. То подразумева начин презентације, стручност и квалификованост особе која презентује доказе, као и кредибилитет процеса добијања доказа. Особина форензичког процеса, која га одваја од осталих области информационе технологије је захтев да коначни резултат мора да буде добијен процесом који је законски прихватљив. Према томе, примена технологије у истрагама компјутерског криминала мора бити у складу са законским захтевима. Ако се то не уради, електронски докази могу бити проглашени неприхватљивим, или, у најгорем случају, могу се сматрати лажираним.

То се може демонстрирати ситуацијом када форензичар користи одговарајући софтверски пакет како би приказао и објаснио податке садржане у оквиру компјутерског документа. На пример, документ који садржи опширне финансијске податке. Ако за репродуковање документа користи производ треће стране у целини, и и ако тај производ прецизно и концизно презентује положај сваке јединице података, читаво значење документа може се изменити. Са друге стране, то има значајан утицај на третирање документа као доказа. На овај начин, не само да се уноси сумња у читав процес форензичког испитивања, већ и у вештину и стручност истражитеља који презентује документ као доказ.

5.2. Релевантност и доказна вредност електронских доказа

Као доказни материјал, током криминалистичке обраде кривичних дела компјутерског криминала, веома често, појављују се електронски записи (компјутерски записи) или њихови штампани отисци. Њихова доказна вредност може зависити од низа фактора и околности. С обзиром да у нашој правосудној пракси има веома мало предмета у којима се појављују кривична дела која се доказују електронским доказима, немогуће је обезбедити материјал, чијом би анализом могли да одговоримо на питање каква је њихова доказна вредност.

Из тог разлога, а сматрајући да ово питање итекако заслужује пажњу, те да ће се и код нас појавити потреба за заузимањем одређених ставова по истом питању, изложићемо поједина решења у законодавној и правосудној пракси САД, као државе у којој је проблем компјутерског криминалитета и метода његовог доказивања, већ одавно у центру пажње.

Као и папирнати записи, компјутерски записи нису монолитни: очигледно проблеми њиховог прихватања (веродостојности) могу зависити од тога која врста компјутерског записа је у питању. На пример, компјутерски запис који садржи текст често се може поделити у две категорије: оне које је компјутер генерисао и оне који су у компјутеру само архивирани. Разлика зависи од тога да ли су садржину записа креирали машина или човек.

Записи који се у компјутеру само архивирају припадају документима који садрже "рукопис једне или више особа који је у електронској форми". Е-маил поруке, фајлови обрађени текст процесорима и поруке Интернет дискусионих група (Internet chat room messages) пример су таквих записа. Као и било који доказ који садржи изјаву неког лица, компјутерски запис ове врсте мора испуњавати одређене услове, да би се користио као доказ. Ако је компјутерски запис понуђен као доказ одређене тврдње, онај који га нуди мора показати да је тврдња садржана у њему веродостојна, а уз то запис мора бити аутентичан.⁴²⁹

Супротно, записи које је генерисао компјутер производ су компјутерског програма, без било каквог утицаја човека. Записи провајдера Интернет услуга који се тичу идентификације корисника приликом укључивања на мрежу (логовање), телефонски записи, као и примљени записи говорних аутомата примери су компјутерски генерисаних записа. Ови записи не садрже никакве тврдње, него су само продукт компјутерског програма формираног да обради улазне податке, пратећи дефинисани алгоритам. Наравно, компјутерски програм може "наредити" компјутеру да генерише запис који личи на изјаву неког лица, попут е-маил програма који може објавити "стигла је порука", када она стигне у "поштанско сандуче" у компјутеру.

Трећа категорија компјутерских записа комбинација је претходне две. На пример, осумњичени за превару може користити табеларни компјутерски програм за израчунавање финансијских ефеката превара у којима је учествовао. Компјутерски запис тада садржи и изјаву лица (улазни подаци које је унео осумњичени) и резултат рада програма (математичке операције које је сам програм извршио).

Стандарди за утврђивање аутентичности компјутерских записа исти су као и за остале записе (писмена документа). Степен њихове аутентичности не може зависити од тога што су они у електронској форми.⁴³⁰ На пример, лице које сведочи о аутентичности компјутерског записа не мора бити посебно квалификовано.

⁴²⁹ Advisory Committee Notes to Proposed Rule 801 (1972).

⁴³⁰ Пресуда *United States v DeGeorgia*, 420 F.2d 889,893 n.11 (9th Cir. 1969); *United States v Vela*, 673 F.2d 86, 90 (5th Cir. 1982).

Оно не мора знати да програмира компјутер, нити разумети начин руковања и одржавања, као ни техничке аспекте компјутерских операција.⁴³¹

Уместо тога, то лице једноставно мора имати сазнања из прве руке (непосредно) о релевантним чињеницама о којима даје изјаву (сведочи).⁴³² Агент ФБИ који је био присутан одузимању компјутера код извршиоца може да сведочи о аутентичности фајлова у њему,⁴³³ контролор телефонских рачуна у телефонској компанији може да сведочи о аутентичности тих рачуна, па и компјутерских записа који се на њих односе. Оспоравање аутентичности компјутерских записа може се појавити у три облика. Прво то може бити усмерено ка питању да ли су компјутерски записи (било која врста компјутерског записа може бити предмет оспоравања) мењани на било који начин или оштећени од тренутка када су настали. Друго, може се оспоравати аутентичност записа који је генерисао компјутерски програм у погледу поузданости програма који је произвео запис. Треће, аутентичност записа који се само архивирају у компјутеру може се оспорити у погледу идентитета аутора.

5. 2.1. Аутентичност и промене компјутерског записа

Компјутерски записи могу бити измењени веома лако и у пракси је доста често оспоравање њихове аутентичности, уз тврдњу да су у међувремену, од свог настанка, на неки начин промењени. У једном случају пронађен је компјутерски фајл дилера дроге који се звао *Frost*. Он је садржао детаље о продајама дроге и три надимка "*Me*" (што се односило на њега самог), "*Gator*" (надимак лица које се звало *Whitaker*) и "*Cruz*" (надимак другог дилера). Пошто је *Frostu* дозвољено да помогне полицији у проналажењу поменутог фајла *Whitaker* је тврдио да фајл у коме се он помиње по надимку није аутентичан. По њему "са само неколико додира по тастатури могуће је додати његов надимак и на тај начин помоћи органима гоњења да га оптуже".⁴³⁴ Суд је изразио скептицизам према таквој неаргументованој тврдњи да је компјутерски запис промењен. Одсуство специфичних доказа за такву тврдњу, постојање само могућности да се то догоди, не може утицати на аутентичност записа. "Чињеница да је могуће променити компјутерски запис и податке у њему није довољна да изазове неповерење".⁴³⁵ Постојање сигурносног система који спречава измене није, међутим, предуслов за прихватљивост компјутерских исписа као доказа. Ако би такав предуслов постојао, то може заправо онемогућити прихватање компјутерски генерисаних записа; страна која се противи прихватању таквог записа могла би показати да је било могуће успоставити и бољи заштитни систем".⁴³⁶

⁴³¹ Пресуда *United States v Moore*, 923 F.2d 910, 915 (1st Cir.1991).

⁴³² Пресуда *United States v Whitaker*, 127 F.3d 595, 601 (7th Cir. 1997).

⁴³³ Пресуда *United States v Miller*, 771 F.2d 1219, 1237 (9th Cir. 1985).

⁴³⁴ Пресуда *United States v Whitaker*, 127 F.3d 595, 602 (7th Cir.1997).

⁴³⁵ Пресуда *United States v Glasser*, 773 F.2d 1553 (11th Cir. 1985).

⁴³⁶ Пресуда *United States v Allen*, 106 F.3d 695, 700 (6th Cir. 1997).

Дакле из само неколико ставова судске праксе очигледно је да важи претпоставка о аутентичности компјутерског записа, па према томе и о његовој прихватљивости као могућег доказа. **Онај ко тврди да запис није аутентичан, преноси терет доказивања такве тврдње на себе**, при чему се то не може чинити коришћењем уопштених формулација, на основу општег или специфичног познавања функционисања појединих компјутерских ситета, већ само **доказивањем начина и средства који су тај запис изменили**, од момента његовог настанка.

5. 2.2. Аутентичност и поузданост компјутерског програма

Аутентичност компјутерски генерисаних записа понекад зависи од поузданости програма који је тај запис произвео. На пример, такви записи могу бити неаутентични ако је програм садржао озбиљну грешку. Оптужени често покушавају да оспоре аутентичност оваквих записа, позивајући се на непоузданост компјутерског програма који их је произвео.⁴³⁷

У већини случајева поузданост компјутерског програма може се утврдити доказивањем да се корисници програма заиста поуздају у њега у уобичајеном, редовном, пословању. Када то није случај, мора се доказати, на захтев осумњиченог, да програм није могао дати прецизније инструкције компјутеру, него што их је у конкретном случају дао. Када се један стандард минимума вредности записа успостави, питање његове тачности може утицати само на његову доказну снагу а не и на његову прихватљивост.⁴³⁸

5. 2.3. Утврђивање аутора компјутерског записа

Идентификација аутора компјутерских записа представља често питање од кога зависи њихово прихватање као доказа. Посебан проблем јавља се у Интернет комуникацијама које нуде ауторима одговарајући степен анонимности. На пример, Интернет комуникација путем е-маил или дискусионих група дозвољава корисницима анонимност и коришћење надимака и лажних имена. Због тога, осумњичени често оспоравају аутентичност ове категорије компјутерских записа, позивајући се на погрешно утврђен идентитет аутора.

Посредни докази, уопштено говорећи, обезбеђују утврђивање идентитета аутора и аутентичности компјутерског записа. На пример, тужилац је покушао да докаже да је оптужени разговарао путем Интернет дискусионе групе са прикривеним агентом ФБИ о дечијој порнографији. Понуђен је компјутерски запис те конверзације између агента и особе под псеудонимом "*Stavron*", као доказ оптужбе.

⁴³⁷ Пресуда *United States v Dioguardi*, 428 F.2d 1033, 1038 (2d Cir. 1970); *United States v Liebert*, 519 F.2d 542, 547-48 (3d Cir. 1975).

⁴³⁸ Пресуда *United States v Atabran*, 836 F.2d 453, 458 (9th Cir.1988).

У жалби на пресуду, осуђени *Simpson* доказивао је да, пошто није идентификован по рукопису, стилу писања или гласу, тај запис није аутентичан и према томе треба га одбацити као доказ.⁴³⁹ Ова жалба одбачена је, јер је "*Stavron*" рекао агенту да му је право име *B.Simpson*, дао је одговарајућу адресу становања и појавио се на Интернету на основу налога који је гласио на његово име.

Даље, полиција је, у кући оптуженог, пронашла запис у коме су набројани име, адреса и телефонски број који је агент послао свом саговорнику под псеудонимом "*Stavron*". Према томе, на овај начин, обезбеђен је доказ довољан за одлуку да је оптужени стварно лице под поменутиим псеудонимом и да је компјутерски запис аутентичан. У једном другом, сличном, случају окружни суд је, такође, прихватио, као доказ, запис о повезивању оптуженог, путем Интернета, у дискусионну групу (*chat room log printout*).⁴⁴⁰

Релативно лако се може доћи до ИП адресе са које је дело почињено, самим тим и до рачунара са кога је почињено. Али, да ли се увек са 100% сигурности може рећи ко је аутор компјутерског записа, тј. ко је радио за одређеним рачунаром у време извршења кривичног дела? У САД је извесни *J.P.* из Остина у Тексасу послао мејл који је садржао порнографску слику малолетника. Када је утврђена ИП адреса са које је електронска пошта послата, полиција га је лоцирала и претресла његову собу. Том приликом је пронашла ЦД са дечјом порнографијом, и случај би могао да се сматра једноставним за решавање пред судом, да није постојала и друга страна приче. Наиме, *J.P.* је стан делио са цимером. Е-маил адреса је, према корисничком имену, заиста упућивала на то да је цимер њен власник, али је овај то негирао, а није постојала могућност да се заиста утврди ко је отворио е-маил налог. Истовремено, претресом није био укључен део стана који је користио цимер *J.P.*-а, тако да се не може са сигурношћу тврдити да ли је он користио и поседовао дечију порнографију. *WiFi* мрежа преко које се *J.P.* конектовао на Интернет била је отвореног карактера, дакле без заштите и свако ко је физички хватао сигнал бежичног интернета могао је да га користи и да поседује ИП адресу која је довела полицију до *J.P.*-а.

Постојале су дакле две могућности:

1. Прва могућност, да је *J.P.* отворио емаил налог, који је намерно подсећао на име и презиме његовог цимера, и користећи своју *WiFi* мрежу слао слике дечије порнографије.

2. Друга могућност, која је такође у домену реалности, била је да је *J.P.*-ев цимер, користећи свој налог и *J.P.* -еву незаштићену мрежу, починио ово кривично дело. У овом случају *J.P.* би свеједно био осуђен за поседовање дечије порнографије на ЦД-у који је нађен, али да ли је цимер остао изван домашаја правде?

⁴³⁹ Пресуда *United States v Simpson*, 152 F.3d 627, 630-31 (9th Cir.2000).

⁴⁴⁰ Пресуда *United States v Tank*, 200 F.3d 627,630-31 (9th Cir.2000).

Иако је *J.P.* своју одбрану зановао на чињеници да се отворена WiFi мрежа може користити са било ког рачунара, суд није имао пуно разумевањ за ову одбрану и *J.P.* је осуђен пред основним судом на скоро пет година затвора, а пресуду је потврдио и надлежни апелациони суд. Иако је фактичка процена полиције и тужиоца била да нема елемената да се гони и *J.P.-ев* цимер, остало је велико питање да ли је само *J.P.* био одговоран, као и још шира недоумица - како ће прецедент који је суд у овом случају донео, да отворена *WiFi* мрежа није оправдање за њену евентуалну злоупотребу и коришћење у илегалне сврхе - дакле да увек одговара претплатник, утицати на будућу праксу.⁴⁴¹ Наравно, овде се отвара још једно питање на које истражни органи тренутно немају одговор, шта се дешава када неко почини кривично дело са лаптоп рачунара (или било ког другог мобилног уређаја) док је конектован на отворену *WiFi* мрежу на неком јавном месту. Готово сваки аеродром на свету има слободан (бесплатан) интернет приступ на овај начин, где никаква регистрација није потребна. У ситуацији када се, на неком већем аеродрому, истовремено на мрежи налази више стотина, па чак и хиљада људи - нерегистрованих корисника, немогуће је утврдити коме припада рачунар са кога је почињена нека илегална радња у *cyber* простору, односно немогуће је утврдити ко је аутор компјутерског записа.

Потпуно исто се може рећи и за сваку другу локацију која има отворене мреже - а то је све више случај са угоститељским објектима, али и са целим градовима, где локална самоуправа финансира пројекте бесплатног интернета за своје грађане.

Пре пар година агенти ФБИ успели су да, након вишемесечног праћења, сазнају компјутерске шифре двојице Руских држављана осумњичених за хакерске нападе на Америчке банке, Интернет провајдере и друге компаније, па су се, захваљујући наведеним шифрама, повезали на Руску компјутерску мрежу и скинули тајне податке са Руског сервера. На тај начин случај је ефикасно решен, али проблем је настао јер су радње агената ФБИ и упадање у страни компјутерски систем превазилазиле класична овлашћења за истрагу.⁴⁴² Било је спорно да ли се овако прикупљени подаци уопште могу користити као доказ на суду. ФБИ агенти су истицали да би им за прикупљање доказа класичним дипломатским путем било потребно најмање шест месеци и то под претпоставком да су Руске власти биле вољне да сарађују, што је било мало вероватно, обзиром да у то време компјутерски криминал није био на листи кривичних дела за које је била предвиђена узајамна правна помоћ између Русије и САД, док су се адвокати одбране са своје стране **позивали на заштиту приватности** и кршење четвртог амандмана америчког устава. Америчке судове бринуло је и то што би овај преседан могао да одрешу руке другим државама да неовлашћено упадају у компјутерски систем САД и прибављају потребне податке.

⁴⁴¹ Више о овом случају на интернет адреси: [http:// arstechnica.com/tech-policy/news/2007/04/child-porn-case-shows-that-an-open-wifi-network-is-no-defense.ars](http://arstechnica.com/tech-policy/news/2007/04/child-porn-case-shows-that-an-open-wifi-network-is-no-defense.ars)

⁴⁴² P.Festa и J. Wilcox, *Experts Estimate Damages in the Billions for Bug*, CNET NEWS. COM, доступно на [Http://news.cnet.com/news0-1003-200-1814907.html](http://news.cnet.com/news0-1003-200-1814907.html)

На крају је ипак одлучено да се ови подаци могу користити као доказ и **да се не ради о нарушавању права на приватност** и кршењу америчког устава, из разлога што су подаци чувани ван САД, а учиниоци нису били Амерички држављани.⁴⁴³

5.3. Правило о најбољем доказу

Овај термин можда није најсрећније изабран у законодавству САД, међутим, његова суштина одражава потребу да се, прописом, детаљно регулише статус предмета, који могу бити докази, а који се разноврсним техникама могу копирати или дуплирати. Ради се о свим врстама писаних и штампаних докумената (руком, писаћом машином, компјутером), снимцима (механички, електронски) и компјутерских фајлова и њихових исписа.

Ово правило садржано је у Федералним правилима о доказима (*Federal Rules of Evidence*)⁴⁴⁴, где се дефинише шта се сматра оригиналом, шта копијом и дупликатом и детаљно регулише њихов доказни значај.

У ставу 3 наводи се да је оригинал документа или снимка, сам документ или снимак, али и свака њихова копија намењена за исту врсту употребе. Оригинална фотографија укључује и негатив, као и сваки његов отисак. Подаци сачувани у компјутеру или сличном уређају, који су штампани (компјутерски испис) или на други читљив начин одражени, такође представљају оригинал.

Правило о најбољем доказу важи и у погледу електронских компјутерских записа. Оригинални фајл је само скуп бројева, супротно, штампани запис је резултат његове обраде компликованим и механичким процесима. Према томе, тачан штампани запис компјутерских података увек задовољава правило о најбољем доказу.⁴⁴⁵ Стриктно говорећи, ако је у питању фотографија, само се негатив може сматрати оригиналом, али практично, уобичајено је да се оригиналом сматра сваки отисак тог негатива (фотографија- позитив). Исто аналогно важи и за штампани запис компјутерског фајла.

У домаћем процесном праву законодавству нема сличних правила, која би ограничавала или проширивала, односно одређивала доказну снагу појединих доказа.

⁴⁴³ Суд се позивао на преседан из 1986.г., односно случај у коме је Америчка полиција без налога за хапшење привела Мексиканског држављанина због препродаје наркотика. Мексичке власти су приговарале оваквом поступању, али је Врховни суд САД стао на становиште да је у конкретном случају истрага правно ваљана и без налога за хапшење, обзиром да се ради о страном држављанину!

⁴⁴⁴ Federal Rules of Evidence 1001- Интернет - www.uscode.house.gov/usc.htm

⁴⁴⁵ *Doe v. United States*, 805 F.Supp. 1513,1517 (D. Hawaii, 1992.).

С обзиром на постојање принципа слободне оцене доказа, по коме суд цени доказе по свом слободном уверењу и при процени постојања или непостојања чињенице није везан посебним формалним правилима, која би прописивала оцену вредности појединих доказа, доказна снага сваког доказа, па тако и компјутерског исписа, проистицаће из законитости и квалитета радње којом је он обезбеђен и његове релевантности у погледу чињеница које се њиме доказују. Осим тога, када су у питању компјутерски исписи као докази, код нас нема ни значајнијих ставова судске праксе.

Сматрамо, ипак, да је постојање одређених правила, односно утврђивање одређених ставова, у овој материји неопходно. Тиме би се, унапред, унифицирало поступање судова у овој, на нашим просторима, новој проблематици. Инострана искуства, од који смо нека изложили, могу имати усмеравајући карактер. Наиме, унифицирано поступање у односу на начин обезбеђења електронских доказа и услова њиховог прихватања од стране суда у кривичном поступку, на међународном плану, представља императив, што је наглашено и у бројним мјународним документима.⁴⁴⁶

Дакле, када су у питању компјутерски подаци (фајлови), односно њихови штампани исписи, потребно је изричито заузети став да они, без обзира што нису изворни (оригинал), веч на неки начин представљају копију, јер су настали као резултат компликованих електронских и механичких процеса, представљају доказ.

Као и код других доказа, може се поставити питање аутентичности оригинала или копије. Ако је сумњива аутентичност оригинала, онда копија, по нашем мишљењу, не може бити доказ, већ се мора обезбедити оригинал и доказати његова аутентичност. Ако је сумњив начин настанка копије, ни тада она не може бити доказ, већ је потребно, као доказ, обезбедити оригинал. У осталим случајевима копија може бити доказ. У поменутим ситуацијама **терет доказивања био би на ономе ко, у било ком погледу, сумња у аутентичност.**

⁴⁴⁶ Council of Europe: Recommendation No. R (95) 13 of the Committee of Ministers to Member States - Concerning Problems of Criminal Procedure Law Connected with Information Technology (Adopted by the Committee of Ministers on 11 September 1995.).

5.4. Е-маил као доказно средство

Е-пошта (електронско писмо, е.мејл, мејл, енг. e-mail) су различити називи за сервис интернета и интранета, који омогућава слање и примање порука или писама. Име долази као аналогија традиционалној пошти, где поштанско сандуче замењују сервери, на којима се е-пошта "чува" док је корисник не преузме. Најшире коришћена примена интрнета, која омогућава корисницима да пошаљу информацију било којем лицу које има интернет адресу. За пренос електронских порука користи се SMTP протокол. За пренос порука од маил сервера до рачунара корисника користе се две врсте протокола IMAP и POP. Послате поруке се чувају у електронском поштанском сандучету примаоца, који се налази на серверу електронске поште, све док се примаоц не повеже на мрежу и док не преузме поруке на свој рачунар. Након читања, порука се може похранити у облику текстуалне датотеке, исписати, обрисати или проследити на друге адресе Е-поште. Порука се може послати једном или на више прималаца одједном, због чега је имејл врло згодан начин комуникације. Готово сви пружаоци интернет услуга у својој понуди имају е-мејл сервис.⁴⁴⁷ Електронска пошта у криминалне сврхе користи се за договарање састанака, слање дописа и разних докумената унутар криминалних организација или са другим криминалним организацијама.

У чл.2 Закона о електронском документу **електронски документ** дефинисан је као **скуп података** састављен од слова, бројева, симбола, графичких, звучних и видео записа садржаних у поднеску, писмену, решењу, исправи или било ком другом акту који сачине правна и физичка лица или органи власти ради коришћења у правном промету или у управном, судском или другом поступку пред органима власти, **ако је електронски израђен**, дигитализован, послат, примљен, сачуван или архивиран на електронском, магнетном, оптичком или другом медију.

У чл.4 ст.1. истог закона предвиђено је да се **електронском документу не може се оспорити пуноважност или доказна снага само зато што је у електронском облику**. У ст.2 предвиђено је да ако је прописом утврђен писмени облик као услов пуноважности правног акта, правног посла или друге правне радње, одговарајући електронски документ потписује се квалификованим електронским потписом, у складу са законом којим се уређује електронски потпис.

У ст.3 предвиђено је да се одредбе ст. 1. и 2. овог члана не примењују се на:

- 1) правне послове којима се врши пренос права својине на непокретности или којима се установљавају друга стварна права на непокретностима;
- 2) изјаве странака и дугих учесника у поступку за расправљање заоставштине, форму завештања, уговоре о уступању и расподели имовине за живота, уговоре о доживотном издржавању и споразуме у вези са наслеђивањем, као и друге уговоре из области наследног права;

⁴⁴⁷ Данас је електронска пошта водећи сервис на интернету, и сматра се да је у свету користи више од 1,2 милијарде. Већина порука је тривијална, највећу гужву праве рекламе сваке врсте као и мејлови иницирани (и инфичирани) различитим вирусима.

3) уговоре о утврђивању имовинских односа између брачних другова;

4) уговоре о располагању имовином лица којима је одузета пословна способност;

5) уговоре о поклону;

б) друге правне послове или радње, за које је посебним законом или на основу закона донетих прописа, изричито одређена употреба својеручног потписа у документима на папиру или овера својеручног потписа.

У чл.5 ст.3-5 предвиђено је да се **електронски документ који је изворно настао у електронском облику сматра оригиналом**. Електронски документ који је настао дигитализацијом изворног документа чија форма није електронска, сматра се **копијом** изворног документа. Електронски документ који је настао дигитализацијом изворног документа чија форма није електронска (копија) **има исту правну снагу као и изворни документ**, ако је:

1) дигитализацију обавио орган власти у вршењу својих надлежности и овлашћења, односно правно лице или предузетник у обављању својих делатности;

2) истоветност са изворним документом квалификованим електронским потписом потврдило овлашћено лице органа власти, односно овлашћено лице правног лица или предузетник.

У чл. 10 ст.1 предвиђено је да поднесак израђен као електронски документ физичка и правна лица (странке) достављају органима власти **путем електронске поште** на адресу електронске поште која је од стране органа власти одређена за пријем електронских поднесака или другим електронским путем, у складу са законом. У ст.2 предвиђено је да орган власти који је примио поднесак из става 1. овог члана, електронским путем, без одлагања, потврђује странци пријем поднеска. У ст.3 регулисано је да се **поднесци, решења, исправе** или било који други акти које сачине органи власти **достављају странкама**, на њихов захтев, **електронским путем**. У ст.4 назначено је да електронски документ из става 3. овог члана орган власти доставља странци на адресу електронске поште која је од стране странке одређена за пријем електронских докумената или посредством јавног поштанског оператора.

Чл.11 предвиђа да се достављање електронских докумената између органа власти обавља **путем електронске поште или другим електронским путем**, у складу са посебним прописом.

Приликом суђења у вези случаја педофилије у некадашњем Окружном суду у Београду⁴⁴⁸ донета је осуђујућа пресуда за кривична дела искоришћавање малолетног лица за порнографију из некадашњег чл.111а Кривичног законика Републике Србије и блудне радње према малолетном лицу, а као доказ коришћени су емејлови које је осуђени размењивао са одређеним лицима у САД (ти емејлови су достављени од стране ФБИ а пронађени су и код осуђеног приликом претреса стана на екстерном диску и ЦД-овима). Ове емејлове суд је прихватио као доказно средство и коришћени су у доказном поступку.

Пред некадашњим Другим општинским судом у Београду у предмету К 1782/07⁴⁴⁹ исто је у питању било кривично дело из некадашњег члана 111 Кривичног законика Републике Србије у продуженом трајању а садржина оптужнице Кт 1509/05 била је: "... на тај начин што је користећи електронску пошту с називом pt_diskovi_hc@hotmail.com и корисничко име марко поло оглашавао на продају фотографски, филмских и других снимака малолетних лица... креира презентацију да би био контактиран од стране заинтересованих лица ради купопродаје компакт дискова... па је са своје наведене емејл адресе упуту читав низ емејл порука на две емејл адресе потенцијалног купца и то ...@eunet.yu путем који је уговорена купопродаја..."

Емејлови као доказно средство коришћени су у нашој судској пракси још у низ других случајева када је у питању била крађа интернет времена и нарочито у случајевима интернет пиратерије. У случајевима интернет пиратерије сва комуникација (слање каталога и наручивање дискова) ишла је преко емејлова и они су коришћени у доказном поступку. Пуно литературе у свету написано је на тему електронских доказа, односно изједначавања правне снаге електронских доказа (укључујући емејл поруке) и папирних доказа у другим формама.⁴⁵⁰

Док се код класичних кривичних дела материјални докази могу физички опипати, код кривичних дела учињених путем компјутера докази се налазе у електронском облику, те се они најпре морају пронаћи у рачунару са кога је дело учињено, а затим снимити, како би се сачували и касније презентовали суду.

⁴⁴⁸ Предмет К 1930/05

⁴⁴⁹ Оптужницу је подигло Окружно тужилаштво, али је због промена закона месна надлежност прешла на Општински суд.

⁴⁵⁰ Интересантно је напоменути да једно време ово није био случај. Док континентална правна традиција није доводила под сумњу електронске доказе, англосаксонска пракса им је у почетку негирала доказну снагу. У континенталним правима наине, нечело слободног извођења и цењења доказа дозвољава судији да користи све доказе које сматра релевантним за утврђивање чињеничног стања и даје му слободу да самостално цени њихову тежину и веродостојност, те тако није било никаквих препрека за коришћење доказа у електронском облику. Међутим, у англосаксонском праву сведоци једино могу бити позвани да сведоче о ономе што су непосредно и лично видели, док се сазнања из друге руке, преко неке треће особе, књиге или са ТВ-а сматрају доказима "рекла-казала", и суд им не придаје велики значај. Англосаксонска правна традиција је у почетку електронске доказе сврставала у ову другу категорију па им судови нису придавали претерано велику доказну снагу, али их је убрзо прихватила, увидевши да су овакви докази најчешће једино меродавни за доказивање компјутерских кривичних дела. Ulrich Sieber, *Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society*, COMCRIME study, стр.99-121.

Мишљења су подељена код записа које компјутери генеришу без утицаја човека, али су јединствена када су у питању *записи који се само архивирају на компјутеру*, а производи их човек. Ова друга врста записа фактички садржи "рукопис" једне или више особа који је у електронској форми и *има се сматрати оригиналом* (у чл.5 ст.3. Закона о електронском документу предвиђено је да се **електронски документ** који је изворно настао у електронском облику сматра **оригиналом** а у чл.4 ст.1. истог закона предвиђено је да се **електронском документу не може оспорити пуноважност или доказна снага само зато што је у електронском облику**).Примери таквих записа су емејл поруке, поруке у интернет дискусионим групама, фајлови обрађени текст процесором итд.

Према наведеним позитивним прописима правној доктрини и судској пракси, нема никакве сумње да је апсолутно дозвољено коришћење емејла као доказног средства у судском поступку и нема никакве разлике у правној снази доказа који се презентирају у писменој или електронској форми.

Постоји небројено много програма чија је једина сврха слање што већег броја електронских порука, како на рачунаре (путем е-мејл сервиса) тако и на мобилне телефоне (путем смс сервиса). Ове поруке најчешће имају рекламни карактер, али понекад могу садржати и елементе преварних емејлова (тзв "нигеријско писмо", и сл) односно порука којима се отпочиње комуникација са лицем ради коначног циља извршења преваре. Заједнички назив за ове поруке је "нежељена пошта" (енг. *spam*). Друга страна *spam*-а јесте добијање нежељене поште зато што је неки од сајтова или других сервиса коме особа остави своју вжећу емејл адресу (приликом регистрације, или у неком сличном случају) уступа - бесплатно или за одређену накнаду - спискове тих адреса различитим компанијама, и на тај начин **повређује право на приватност корисника**, које затим шаљу огроман број (правих или лажних) реклама за најразличитије производе.

Ту се заправо врши (незаконито) филтрирање - за разлику од аутоматског слања на адресе које можда нису активне или чак ни не постоје, овде се користе само постојеће, активне адресе и "обезбеђује" се пажња њиховог корисника. Иако је овакво "уступање" података сасвим сигурно кажњиво у већини земаља према прописима о заштити података о личности, практично је немогуће утврдити да ли је и на који начин неки од сајтова уступио нечију емејл адресу и на тај начин повредио нечије право на приватност. Против *spam*-а су могуће различите превентивне техничке мере - нпр. аутоматско филтрирање порука пре него што дођу до корисника или одбијање порука које долазе са одређених сервера који се корист у великој мери, или искључиво, за овакве активности. Аустралија је прва држава која је инкриминисала *spam*-овање. Ирска јој се недавно придружила, а обзиром на трендове нарастања непожељне поште и на прогнозе да ће она у најскоријој будућности имати удео у укупном емејл саобраћају преко 90%, што чини преко милијарду порука дневно,⁴⁵¹ могуће је да ће и друге државе следити овај новозапочети тренд инкриминације.

⁴⁵¹ Извор: <http://www.junk-o-meter.com/stats/index.php>

Сматрамо да осим инкриминације *spam*-овања, тј. особа које шаљу нежељену пошту, треба инкримисати и лица која бесплатно или за одређену накнаду уступају спискове емејл адреса различитим компанијама, и на тај начин повређују право на приватност корисника емејл адреса.

С једне стране, постоји солуција константног мониторинга интернета од стране полиције. Овакав вид заштите може бити ефикасан, нарочито са развојем посебних софтвера који су направљени да "уоче" илегална понашања у протоку информација. Међутим, њихова употреба отвара питање да ли то значи да су сви грађани који користе интернет под присмотром, односно да се њихове комуникације прислушкују? Софтвер ради по принципу (случајних) узорака и издваја само оне који могу представљати потенцијално кривично дело - нпр. уочава делове фотографије послате емејлом на којима се види дечија порнографија; изолује тај садржај и активира полцијску службу, која даље процесуира случај на основу података које има, уз помоћ интернет провајдера. На тај начин се обради делић огромног протока, али истовремено се обради и 99% садржаја који не представља нелегалну активност. Да ли су на тај начин оштећени сви они којима се прегледа садржај комуникације док се баве пословним или приватним препискама у складу са законом? Са друге стране, без одређене реакције надлежних државних органа, већи део кривичних дела из ове области неће бити примећен. Понекад ће се то догодити зато што оштећени ни не примети да се десило нешто вредно пажње (нпр. неко је преузео рачунар другог лица и њиме починио кривично дело неовлашћеног упада у рачунарски систем; власник рачунара није ни свестан те чињенице) или зато што нема директног оштећеног који би могао да се побуни (нпр. растурање садржаја дечије порнографије) или зато што оштећени не желе да се сазна да су били жртве (што је чест случај код различитих интернет превара).

6. Савремене технологије

Као једна од технологија која је тренутно најактуелнија у свету намеће се VoIP (*Voice over Internet Protocol*) технологија или пренос гласа путем интернета, односно Интернет телефонија или ИП телефонија, представља популарни назив за више протокола. VoIP је пре свега намењен пословним корисницима, али и физичким лицима која у већој или мањој мери обављају разговоре са иностранством. Услуге преноса гласа путем Интернет протокола сматрају се услугама јавне гворне телефоније уколико кумулативно испуњавају следеће услове:⁴⁵² да су понуђене јавно, да су понуђене на комерцијалној основи, да се позиви обављају између два терминална уређаја јавне телефонске мреже, да се гласовна комуникација одвија у реалном времену тј. са истим нивоом квалитета и поузданости као преко традиционалних телефонских мрежа. Уколико услуга преноса гласа путем Интернет протокола не испуњава све наведене услове, онда се третира као услуга преноса података. Исплативост оваквог начин комуницирања свакако користе и криминалци, који на овај начин остварују комуникацију, размењују податке и информације, планирају и припремају извршење кривичних дела, итд.

Поред тога један од начина за пренос гласа преко интернета је коришћење неког од бесплатних наменских програма. Најпознатији је свакако *Skype*, програм који бесплатно може да се користи за разговор са лицима која имају рачунар, с тим да лица која немају овај програм, морају платити одређену претплату. Да је *Skype* данас најпопуларнији програм ове намене доказује и све већи број додатака који би требало да омогуће удобније коришћење овог софтвера.⁴⁵³

IRC је картица за разговор путем интернета (*Internet Relay Chat*), која је настала 1988.године. Ко што постоје сервери веб страница (нпр. Apache или IIS), тако постоје и IRC сервери, на које се корисници спајају путем IRC клијената, бирају канал или канале које ће користити, те потом комуницирају са осталим корисницима IRC-а који се налазе на истом каналу. Корисници се најчешће идентификују по надимку, што је и случај са криминалцима који користе овај начин комуницирања.

⁴⁵² М.Шикман, "Савремене методе супростављања организованом криминалитету (кривични, процесни, криминалистички аспект)", докторска дисертација, Правни факултет у Крагујевцу, 2009.г., стр.293.

⁴⁵³ Швајцарска компанија *Roadstar*, произвела је комплет намењен *Skype* телефонији, који се састоји од телефона, који се с рачунаром повезује преко прикључка USB 2.0, и камере с постољем на ком се налази неколико прикључака. Телефон је направљен од квалитетне пластике и изгледом веома подсећа на мобилне телефоне од пре неколико година, једино је боја у овом случају бела. Сем стандардне тастатуре, на предњој страни су и специфични тастери за контролу апликације *Skype*, да би се коришћење миша svelo на минимум. Комуникација с рачунаром одвија се путем мини-USB конектора, постављеног на месту на ком се стандардно налазе прикључци за пуњач на мобилним телефонима, а овим путем се напаја и лагана слушалица, тако да нема ни потребе за другим кабловима. Постоље је веома масивно и тешко, што гарантује стабилност целе конструкције. Оно је истовремено и USB разделник и на њега се може повезати, што штеди један USB прикључак на рачунару. Карактеристика овог уређаја је веома квалитетан звук у слушалици у оба правца, често једнак стандардном телефону, и за то је заслужна технологија умањења еха током разговора. Слушалица има и могућност вибрације, која означава долазни позив путем *Skype*. Слика са камере је солидна, упоредива с квалитетом снимака најпопуларнијих модела на нашем тржишту.

ICQ (*Instant messaging*) је програм за брзо интернетско дописивање. Програм је израдио Мирабилис, израелска компанија из Тел-Авива. Програм је први пут изашао у децембру 1996.године. ICQ је заправо игра речи (енг. "I seek you"). Програм се непрестано надограђује, стога постоји много верзија програма. Криминалне организације или појединци овај програм најчешће користе за размну порнографских материјала са другим корисницима, односно криминалним организацијама или појединцима.

Peer to peer (енг. исти са истим или сваки са сваким) у рачунарству подразумева концепт умрежавања рачунара без сервера, где је сваки рачунар интелигентна радна станица, која проналази друге рачунаре путем (broadcast ethernet ether) пакета, и комуницира са њима директно, без потребе ауторизације на неком централном серверу. Примери такве мреже су Мајкрософтове радне групе (Workgroups), за разлику од домене (Domain) где се корисници морају пријавити на централни сервер домене концепт делења датотека између већег броја рачунара, за разлику од мрежног сервера датотека (file сервера) који користе протокол за делење датотека (NFS, SMB/CIFS,...) Peer to peer програми су постали популарни после појаве Напстера и масовног увођења широкопојасног интернета.

7. Заштита приватности у сајбер простору

Мали дигитални отисци које појединци остављају, откривају кога су звали и где су користили кредитну картицу, које су сајтове посетили, које су производе купили и где су се укључили на "интелигентни" аутопут са аутоматском наплатном станицом. Док одређени Web сајт или картица са подацим о производу могу захтевати само делиће личних информација, сви они заједно чине прилично комплетан профил нечијих навика, контаката, здравственог стања или личног интересовања, комбинујући трансакције кредитном картицом са претплатама за часописе, телефонским бројевима, подацима о некретнинама, регистрацијама аутомобила и дозволама за пецање. Дигитални депозити ових трансакционих података толико су дубоки да је пракса експлоатисања њихове комерцијалне вредности названа "копање података", по узору на изузетно уносне послове у вези са рудним благом. Чак и најобичнији подаци могу да угрозе нечију приватност.⁴⁵⁴

⁴⁵⁴ Један чланак "Washington Post-a", открио је да су службеници администрације за откривање наркотика прелиставали податке о куповини намирница који су прикупљени како би се подржали програми о лојалности купаца или тзв "стална муштерија" програми. Ови службеници су тражили да се идентификују купци малих пластичних кесица и соде бикарбоне, што су уобичајене ствари које дилери дроге купују како би растворили и исковали кокаин и другу дрогу. (Washington Post. Dec.31,1998.).

Приликом плаћања робе количина информација која се добија и сакупља креће се од практично никакве у готовинској трансакцији, до откривања идентитета, врсте робе или услуга, имена продавца, датума кредитне трансакције, код електронског плаћања. Сходно томе, листа лица која имају приступ личним подацима може се кретати од појединаца и трговаца у готовинској трансакцији, па до трговца, снабдевача, трансакционг процесора, компаније која је издала кредитну картицу, до појединца код трансације кредитном картицом.

У суштини, готовина пружа највећу могућу заштиту приватности приликом финансијских трансакција у офлајн свету. Њој је тешко ући у траг, јер се не захтева додатно доказивање аутентичности које често доводи до прикупљања информација о идентитету. У онлајн свету дигитални еквивалент готовини још није нашао широку примену. Већина онлајн куповина обавља се кредитном картицом, која открива лични идентитет и олакшава прикупљање података о куповини. Недостатак еквивалнта готовини у онлајн свету, као и његова редукована употреба у физичком свету прете да озбиљно угрозе личну приватност у финансијским трансакцијама.⁴⁵⁵

Треба истаћи да је закон само једно средство за заштиту приватности. У глобалним децентрализованим медијима, какав је интернет, мора се промовисати примена технологије, у првом реду криптографије, која ће ограничити прикупљање трансакцијских и других информација, које могу бити повезане са одређеним појединцима. Нека средства настала за заштиту приватности ограничавањем обелодањивања или закључавањем информација од нечијих поступака и комуникација, експлоатишу децентрализовану и отворену природу интернета. Тако, на пример, компанија "Crowds" обезбеђује анонимност оних који сурфују Web-ом тако што помеша њихове захтеве за приступ Web сајтовима са захтевима осталих корисника.⁴⁵⁶ Усмеравањем захтева за приступ Web сајту на велики број непредвидивих путања скрива се идентитет оног ко подноси захтев. Слично томе, "Onion Routing" користи децентрализовану природу интернета, удружену са јавним кључем за енкрипцију, како би обезбедио заштиту приватности код интернет комуникација.⁴⁵⁷ Информција пролази кроз слојеве примаоца пре него што стигне до правог. Порука је окружена слојевима наслага, тако да подсећа на црни лук. Сваки прималац може да ољушти један слој на луку који му открива следећу станицу на путу поруке. Слање порука на овај начин штити идентитет појединца тако што скрива пошљиоца и примаоца поруке на мрежи. Ове технике, уколико буду прихваћене од корисника могу да обезбеде заштиту приватности.

⁴⁵⁵ На пример, размотримо разлику између аукцијске продаје у физичком свету и преко светског Web-а. Учесници на традиционалној аукцији, иако физички присутни, пр учешћа не откривају свој идентитет. На аукцији преко Web-а, појединци морају унапред да наведу своје име и остале генералије које их идентификују. Разлике између информација прикупљених на два различита начина показују да се већа пажња поклања откривању идентитета особа са којима ступате у интеракцију тамо где су платежни механизми мање сигурни од оног који пружа готовинско плаћање. Превођење готовине, механизма који пружа највећу заштиту идентитета у онлајн еквивалент, хитна је потреба приватности.

⁴⁵⁶ Crowds home page <http://www.research.att.com/projects/crowds>.

⁴⁵⁷ home page: www.onionrouter.net/publications/html.

Од нарочитог су значаја и механизми плаћања који чувају анонимност. Коришћењем готовине појединци могу учествовати у многим дневним трансакцијама без откривања свог идентитета. У зависности од избора који направимо, онлајн окружење би могло да избрише очекивање приватности које пружа готовина у физичком смислу, или би пак технологије електронског плаћања могле да сачувају приватност. Један број компанија покушао је да створи механизме плаћања сличне готовини. "*Digi -Cash*" представља често примењиван систем плаћања који корисницима обезбеђује анонимност слично готовинском плаћању. Он се заснива на невидљивом дигиталном потпису и криптографској техници, која спречава банку или другог издаваоца новца и продавца да повежу нечији идентитет са конкретном трансакцијом.⁴⁵⁸ Невидљиви потписи дају продавцу могућност да одреди вредност и аутентичност плаћања, али штите идентитет клијента. Банка, иако поседује информације о корисниковом идентитету и може да скине одговарајућу суму новца са његовог рачуна, не може да повеже појединости - детаље из трансакције са појединцем. Дигитална кеш технологија може значајно да смањи потребу за прикупљањем и обелодањивањем информација о идентитету. Стварањем алтернативних метода за потврду вредности, онлајн средина може да приушти анонимност сличну готовинском плаћању, док пружа заштиту од крађе која се доводи у везу са традиционалним механизмима плаћања који обилују подацима.

Израдом платежних механизма који ће ограничити прикупљање информација за личну идентификацију од стране банака, обрачунских завода и продаваца, могуће је сачувати приватност, коју појединци сада уживају у готовинским трансакцијама и можда натерати ствараоце других механизма плаћања да повећају заштиту приватности.

⁴⁵⁸ В. Спасић, *Приватност у дигиталном свету*, Правни живот бр.11, 2004.г., стр.877.

8. Кривично дело неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи, и електронској обради података (чл.302 КЗ).

Иако је у глави 27 Кривичног законика Републике Србије, у којој се налазе кривична дела против безбедности рачунарских података, инкриминисано више кривичних дела (тј. осам), од којих скоро сва у већој или мањој мери, директно или индиректно, штите право на приватност података на рачунару, заштиту приватности података на рачунару у највећој мери пружа кривично дело неовлашћени приступ рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл.302 КЗ.

Кривично дело, осим основног облика (став 1) има и два тежа облика (ст.2 и 3.). Радња извршења основног облика (став 1) јесте неовлашћено укључивање у рачунар или рачунарску мрежу, или неовлашћено приступање било ком другом начину електронске обраде података. Неопходно је да је до укључивања, односно приступања дошло тако што је прекршена нека мера заштите. То је, по правилу, софтверска мера, тј. лозинка ("password"), односно тајни код који је унет у рачунар, односно рачунарски програм, тако да се без његовог знања не може укључити рачунар, односно ући у одређени програм или се уопште не може приступити електронској обради података.

Објекат заштите је безбедност рачунара или рачунарске мреже, а самим тим и података који се у њима налазе, а који су заштићени посебним мерама заштите. Под рачунарском мрежом у смислу чл.112 ст.18 сматра се скуп међусобно повезаних рачунара који комуницирају размењујући податке.

Иако извршилац може бити било које лице, треба напоменути да постоји категорија лица ("*cracker*") која се, из различитих мотива, баве илегалним приступањем информационим системима и која се обучена да користећи различите технике савладају и најсложеније мере заштите.

Субјективно обележје бића овог кривичног дела јесте умишљај. Код основног облика ирелевантна је намера због које се врши илегално приступање рачунару, рачунарској мрежи, односно електронској обради података. Основни облик сматра се свршеним самим моментом неовлашћеног приступа рачунару или рачунарској мрежи.

Први тежи облик (став 2) постоји у случају ако је податак који је добијен извршењем основног облика кривичног дела (став 1) употребљен. За постојање овог дела није од значаја у коју сврху и на који начин је тај податак употребљен (то може бити од значаја за одмеравање казне).

Други тежи облик (став 3) подразумева наступање одређених последица услед извршења основног облика. То је застој или озбиљан поремећај функционисања електронске обраде и преноса података или мреже, или наступање других тешких последица. Под застојом не треба подразумевати краткотрајан застој који није имао неке штетне последице. Тешке последице се не односе само на директне последице које су настале на рачунару, рачунарској мрежи, односно другом уређају за електронску обраду података, већ обухвата све последице до којих је дошло услед неовлашћеног приступа.

ДЕВЕТА ГЛАВА

IX ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ВРШЕЊЕМ ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА

1. Развој електронског надзора

У САД 1983.г. судија *Jack Love* из Албуквирка у новом Мексику (*Albuquerque, New Mexico*) изрекао је прву санкцију електронског надзора према окривљеном на једномесечну казну затвора, пошто је најпре установљено да нема уставних препрека, због могућег угрожавања **права на приватност грађана**. Правни основ је нађен у томе да је са гледишта права и слобода окривљеног, који би иначе "седео" у затвору, повољније било да буде ограничен у свом праву на приватност и на слободу кретања тиме што је надгледан у властитом дому, уз услов да на то пристаје. Али, предузимљиви судија се и раније, још 1977.г. носио мишљу да уместо казне затвора осуђеном лицу одреди обавезу ношења електронског уређаја преко којег би се вршило надзирање кућног притвора. Тек 1983.године стручњаку кога је замолио да осмисли уређај преко кога би могло бити организовано електронско праћење, пошло је за руком да такав уређај направи.⁴⁵⁹

У време кад је почео да се примењује електронски надзор отвориле су се дебате у вези са емпиријским, нормативним и моралним претпоставкама примене електронског надзора, што је укључивало и разматрање проблема заштите људских права, техничке изводљивости и нарочите сврхе која се постиже електронским надзором, ако би то била кривична санкција. Данас се тежиште дискусије помера ка питањима комерцијализације, управљања ризицима и укључења приватних предузећа у послове електронског надзора, у оквиру перспектива "нове пенологије".

Електронски надзор требало је најпре да омогући контролу забране изласка из куће. Убрзо, електронски надзор је омогућио праћење слободног кретања окривљеног ван домета који му је одређен (уобичајено око 30 до 45 метара у близини стана). Према обухватности и начину обављања контроле ова мера је подразумевала: редукован, обичан или појачан надзор. Код појачаног надзора врши се свакодневна контрола, док редукован (минимални) надзор обично значи само спорадичне контакте између осуђеног лица и повереника пробационе службе који има обавезу да надгледа поштовање мере. Надзор врше професионални службеници, али и волонтери, понекад чак и чланови средине у којој осуђени жије или ради. Новина која је примењена у САД и Великој Британији је да електронски надзор прате запослени у приватној компанији чији се уређаји користе за извршење ове мере.

⁴⁵⁹ Иначе још 1964.г. професор психологије R. K. Schwitzgebel са својим сарадницима на Харвард Универзитету, направио је прве прототипове уређаја за електронски надзор до 400 метара, али су они били гломазни и неподесни за масовну примену. Његов брат, Robert Schwitzgebel је 1969 г. овај прототип донекле побољшао користећи радио-фреквенцију приликом праћења кретања психијатријских болесника. Први прави програм електронског надзора примењен је одлуком суда у Новом Мексику (1983/84) па потом и на Флориди, а затим је врло брзо прихваћен у преко 30 држава САД, као и у Канади (од 1986.г.), Аустралији (1987) и Великој Британији (1989.г.).

2. Кривични и кривично процесни аспект електронског надзора

С обзиром на различите фазе у којим се примењује електронски надзор, од чега зависи и шта се надзором жели постићи, уобичајено се разликују два начина примене: које можемо назвати претходним и накнадним. Прва врста програма (тзв. *front door*) значи да се електронски надзор примењује током истраге као алтернатива притвору или другим мерама за обезбеђење присуства окривљеног током суђења (кривично процесни аспект) или као замена, уз кућни притвор, за казну затвора или у оквиру пробације (кривичноправни аспект). Други програми (*back door*) усмерени су на коришћење електронског надзора, после издржане казне затвора, током условног отпуста. У овом другом случају електронски надзор се користи као брз и једноставан начин провере понашања осуђеног који је условно пуштен из затворске установе (кривичноправни аспект).

2.1. Кривичнопроцесни аспект електронског надзора

Електронски надзор се може применити у различитим фазама поступања према осумњиченом, односно окривљеном или осуђеном лицу. Тако је могуће да буде примењен током истраге или суђења **као замена за меру притвора** или јемства, при чему се уобичајено примењује у виду тзв., пасивног система и уз сагласност самог окривљеног (као на пример у Великој Британији, САД, Аустралији, Канади, најчешће у виду кућног притвора).

Према чл. нашег 136. ЗКП-а, ако постоје околности које указују да би окривљени могао 1) побећи, 2) сакрити се, или 3) отићи у непознато место или у иностранство, суд може образложеним решењем забранити да без одобрења напусти свој стан или место боравишта. Ова мера се одређује одговарајућом одлуком надлежног органа, а то је образложено решење којим суд окривљеном забрањује да без одобрења напусти место свог боравишта.

Ова мера може бити примењена при укидању притвора, а исто тако и при тражењу екстрадиције странаца по члану 22. став 3 ЗМПП-а.

Основна мера је мера забране напуштања стана или места боравишта. Ради се о две мере које се изричу алтернативно.⁴⁶⁰

Забрана напуштања стана представља превентивно лишење слободе у "кућним условима", тј. кућни притвор.

Забрана напуштања боравишта је алтернатива кућном притвору и од њега блажа мера, јер окривљени има ширу слободу кретања. У случају те мере окривљени није стално и потпуно везан ни за своје боравиште, али за његову промену мора увек да има одобрење суда. Није довољно да окривљени само обавести суд о намераној или извршеној промени боравишта. Не може се узети да се окривљени крије ако у истом месту промени стан, а то не јави суду, али пријави надлежној пријавно-одјавној служби.

⁴⁶⁰ М. Грубач, *Коментар Законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени Гласни, Београд 2010, стр. 298.

Мера забране напуштања боравишта односи се, по правилу, на место у коме окривљени већ има боравиште, али својим решењем суд може одредити и друго место у коме окривљени мора да борави док траје ова мера надзора. Суд ће својим решењем одредити друго место боравишта онда када је месна надлежност суда одређена према месту хапшења окривљеног (странац који на територији Србије нема боравиште, нпр. странац у транзиту). Место боравишта суд може да одреди на разне начине: као насељено место (село или град), део насељеног места (кварт, рејон), и као улицу или зграду у насељеном месту.

Уз забрану напуштања стана или места боравишта без одобрења, као основно ограничење, окривљеном се могу наметнути и неке друге забране, као **адхезиона ограничења**⁴⁶¹ уз основно ограничење. То су: 1) забрана посећивања одређених места, 2) забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, 3) налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, 4) привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе. Ове мере могу се одредити не само као допунске, односно адхезионе мере уз забрану напуштања стана или места боравишта већ постоји могућност и њиховог самосталног одређивања у 3, алтернативно прописана случаја: а) у циљу заштите оштећеног или сведока, или б) у циљу спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или в) ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети.

У случају забране посећивања одређених места долазе у обзир места у боравишту окривљеног, јер је посећивање места изван боравишта искључено основном мером. Забрањена места могу бити кафане, коцкарнице, место извршења кривичног дела, туђи станови, посебно стан оштећеног и сл. Заједно са основном мером, ова забрана би требало да обезбеди присуство окривљеног у кривичном поступку, али и да спречи ометање доказивања и вршење нових кривичних дела и да пружи заштиту оштећеном.

Привремено одузимање возачке дозволе може се одредити и као самостална мера, али само ако се кривични поступак води због кривичног дела угрожавања безбедности саобраћаја које је проузроковало тешке последице или је извршено са умишљајем и тада се време за које је возачка дозвола одузета осумњиченом или окривљеном који је на слободи, урачунава у изречену меру безбедности забране управљања моторним возилом, односно казну одузимања возачке дозволе.

Забраном напуштања стана или места боравишта и другим адхезионим ограничењима уз ту забрану **не могу се** ограничити одређена права окривљеног и то: 1) право окривљеног да живи у свом стану и 2) његово право да се несметано виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим браниоцем. У односу на чланове породице и блиске сроднике могуће је наметнути одговарајуће ограничење, ако они спадају у круг лица у односу на које је окривљеном забрањено да се са њима састаје или да им прилази, односно ако забрана посећивања одређених места, по логици ствари, подразумева и контакт са блиским сродницима.

⁴⁶¹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г, стр.139.

Ratio legis ове одредбе лежи у чињеници да учиниоци често потичу из криминогене средине или из породица у којима влада неслога, насиље, зависност од алкохола или дрога па је *Ratio legis* ове одредбе у заштити како оштећених тако и самог учиниоца кривичног дела, поготову ако је реч о малолетницима. Треба приметити и да се овом одредбом ЗКП-а (чл.136.ст.3) која предвиђа да забрана напуштања стана или места боравишта и друга адхезиона ограничења уз ту забрану **не могу** ограничити право окривљеног да живи у свом стану и право да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима(уз наведени изузетак) **уствари штити право на приватност**, тј. штити право на поштовање дома и право на породични живот, који су презентовани у уводним излагањима.

Забрана напуштања стана или места боравишта има значај **супститутивне мере** у односу на притвор који се може одредити ради обезбеђења присуства окривљеног (опасност од бекства или скривања окривљеног), па се стога окривљени у решењу о забрани напуштања стана или места боравишта посебно упозорава да се према њему може одредити притвор ако прекрши изречене забране(чл.136.ст.4 ЗКП).

Суд може одредити да се окривљеном који има неодложну потребу да путује у иностранство врати путна исправа, што је могуће када окривљено кумулативно испуни следеће услове: 1) постави пуномоћника за пријем поште у Републици Србији, 2) обећа да ће се на сваки позив суда одазвати и 3) положи јемство.

Забрану напуштања стана или места боравишта, као и друга ограничења везана ту меру, одређује и укида истражни судија, а после подигнуте оптужнице председник већ или веће.Ако меру није предложио јавни тужилац, а поступак се води за кривично дело за које се гони по службеној дужности, суд ће пре доношења решења којом се мера одређује или укида, затражити мишљење јавног тужиоца. Трајање ових мера није ограничено фиксним временским роком, већ се на њихово трајање односи рок фактичког карактера, тако да оне могу трајати док за њима постоји потреба, а најдуже до правоснажности пресуде. Истражни судија, председник већа или веће имају дужност да свака два месеца испитују да ли је примењена мера још увек потребна. Одлука о одређивању или продужењу забране напуштања боравишта и других ограничења уз ту меру може се побијати одређеним правним леком. Против решења којим се одређују, продужавају или укидају наведене забране, односно ограничења, странке могу изјавити жалбу, а јавни тужилац може изјавити жалбу и против решења којим је његов предлог одбијен. Жалба не задржава извршење решења и подноси се у општем року од 3 дана, а о њој одлучује ванрасправно веће у року од 3 дана од дана пријема.

Суд може наложити да се према окривљеном коме је одређена једна или више мера у оквиру мере забране напуштања стана или места боравишта, **примени електронски надзор** ради контролисања поштовања ограничења која су окривљеном одређена, под условом да то неће шкодити здрављу окривљеног. Уређај за лоцирање окривљеног (одашиљач), на зглоб руке или ноге окривљеног, односно на други начин, причвршћује стручно лице, које при том окривљеном да је детаљна упутства о начину рада уређаја.

Стручно лице рукује и уређајем којим се даљински прати кретање окривљеног и његов положај у простору (пријемник). Електронски надзор обавља орган унутрашњих послова, Безбедносно-информативна агенција или други државни орган.⁴⁶²

Електронски надзор, као и мере из ст.2 чл.136 ЗКП (забрана посећивања одређених места, забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе) **могуће је одредити као самосталну меру у 3 алтернативно прописана случаја:** а) у циљу заштите оштећеног или сведока, или б) у циљу спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или в) ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети.

С тим у вези, за разлику од услова за примену електронског надзора и мера из чл.136 ст.2 ЗКП, као самосталних мера, треба уочити да је **од укупно 6 разлога** за одређивање притвора⁴⁶³, **само први** истовремено и разлог за одређивање кућног притвора. Овакво решење оправдано је у два случаја где тежина кривичног дела и посебно тешке околности кривичног дела не би оправдали примену мере кућног притвора (разлози 5 и 6), али у другим случајевима који су основ за одређивање притвора, требало би узети у разматрање и могућност примене мере кућног притвора. На пример, уколико постоји опасност да ће окривљени утицати на саучеснике или прикриваче, или ако специфичне околности указују на то да окривљени може да доврши покушано дело, или да понови кривично дело или да изврши дело којим прети, суд може наложити примену електронског надзора или забрану посете одређених места или састајање са одређеним особама **као независне мере.**

⁴⁶² Дакле, према решењу у нашем праву није могуће да електронски надзор обављају приватне компаније, као што је то случај рецимо у Енглеској.

⁴⁶³ Према члану 142 ЗКП притвор се може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело ако:

- 1) се крије или ако се не може утврдити његова истоветност, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства;
- 2) постоје околности које указују да ће уништити, сакрити изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, вештаке, саучеснике или прикриваче.
- 3) особите околности указују даче поновити кривично дело, или довршити покушано кривично дело, или да ће учинити кривично дело којим прети.
- 4) у својству оптуженог који је једном уредно позва, очигледно избегава да дође на главни претрес
- 5) је за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно преко пет година за кривично дело са елементом насиља и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела
- 6) пресудом првостепеног суда лицу изречена казна затвора од пет година или тежа казна и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела.

Јасно је да би у овим ситуацијама кућни притвор био јача гаранција него наведене забране као самосталне мере, тако да би требало омогућити да се **кућни притвор примењује у истим случајевима као и електронски надзор и мере из чл.136 ст.2 ЗКП** (забрана посећивања одређених места, забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе) **као самосталне мере**, тј. да се кућни притвор осим ради обезбеђења присуства окривљеног (у случају постојања опасности од бекства или скривања) може примењивати и а) у циљу заштите оштећеног или сведока, б)спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, ц) или ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети.

2.2. Нови ЗКП

За разлику од важећег ЗКП у којем је у оквиру једне мере, тј. мере забрана напуштања стана или места боравишта било предвиђено више мера, било као самосталних било као адхезионих (забрана напуштања стана или места боравишта, забрана посећивања одређених места, забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе) у чл. 188 новог ЗКП-а као *самосталне мере* предвиђене су забрана напуштања стана, забрана напуштања боравишта и забрана састајања или комуницирања са одређеним лицем.

Према чл.208 новог ЗКП-а **забрана напуштања стана** је самостална мера, одвојена од забране напуштања места боравишта. У односу на важећи ЗКП према којем је меру забране напуштања стана било могуће применити **само у случају постојања околности које указују да би окривљени могао побећи или сакрити се**, према чл.208 ст.1 односно чл.211 ст.1 тач. 1, 3 и 4 новог ЗКП предвиђена је **проширена примена мере забране напуштања стана**, па је ову меру могуће применити и у случају:

а) ако се окривљени крије или се не може утврдити његова истоветност или у својству оптуженог очигледно избегава да дође на главни претрес или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства,

б) ако особите околности указују да ће у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети

ц) ако је за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка.

Сматрамо да је у односу на важећи ЗКП проширење мере кућног притвора односно забране напуштања стана оправдано у случају постојања особитих околности које указују да ће окривљени у кратком временском периоду поновити кривично дело или довршити покушано кривично дело или учинити кривично дело којим прети.

Међутим, не сматрамо оправданим проширење мере забране напуштања стана у два случаја где тежина кривичног дела и посебно тешке околности кривичног дела (тј. у случају ако је за кривично дело које се окривљеном ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка) не би оправдали примену мере забране напуштања стана уместо притвора.

С друге стране сматрамо неоправданим што као разлог за примену мере забране напуштања стана у чл. 208 ст.1 новог ЗКП-а није предвиђен и разлог из чл.211 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а , тј. ако постоје околности које указују да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче.

Изузетак у којем окривљени може и без одобрења напустити свој стан је ако је то неопходно ради хитне медицинске интервенције у односу на њега или лице са којим живи у стану, односно ради избегавања или спречавања озбиљне опасности по живот или здравље људи, односно имовину већег обима. Окривљени је дужан до о напуштању стана, разлогу и месту на којем се тренутно налази, без одлагања обавести повереника изоргана управе надлежног за извршење кривичних санкција.

Према чл.190 новог ЗКП електронски надзор се може применити **само као адхезиона мера у случају изрицања мере забране напуштања стана**. Сматрамо да је примена електронског надзора неоправдано ограничена само на случај контролисања поштовања забране мере напуштања стана и да је требало задржати решење из важећег ЗКП према којем би примена електронског надзора као контролне мера требала да буде могућа и у случају примене мере забрана напуштања боравишта или мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем, као и да примена електронског надзора буде могућа као самостална мера у циљу спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети.

Према чл.208 новог ЗКП-а уз меру забрана напуштања стана као адхезионе мере више не могу бити изречене мере 1) забрана посећивања одређених места, 2) забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, 3) налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, 4) привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе. Међутим, на основу чл.188, чл.189 ст.2 и 197 новог ЗКП-а неке од ових мера могу бити изречене уз меру напуштања стана као самосталне мере (забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем).

Пошто прва адхезиона мера (забрана посећивања одређених места) и један део друге адхезионе мере (забрана прилажења одређеним лицима) и нису спојиве са природом мере забране напуштања стана, а један део друге адхезионе мере се може изрећи као самостална мера (забрана састајања или комуницирања са одређеним лицем) сматрамо оправданим што су забрана посећивања одређених места и забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем изостављене као адхезионе мере уз меру забране напуштања стана.

С друге стране, сматрамо неоправданим што су налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу и привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе изостављене као адхезионе мере које се могу применити уз меру забране напуштања стана. Наиме, налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу и привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе могу бити добре превентивне мере за примену мере забране напуштања стана.

Са становишта права на приватност, сматрамо да је у чл.208 новог ЗКП-а који регулише забрану напуштања стана пропуштено да се наведе да се овом мером не може ограничити право окривљеног да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима, осим ако та лица нису обухваћена мером из чл.197 новог ЗКП-а, тј. мером забрана прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним, као и са својим браниоцем, а што је предвиђено у чл.136 ст.3 важећег ЗКП-а.

Што се тиче мере **забране напуштања боравишта**, и ова мера је на основу чл.199 новог ЗКП-а дефинисана као **самостална мера**. Услови за примену ове мере исти су као и услови за примену мера забране напуштања стана или места боравишта из чл.136 важећег ЗКП-а, тј. да постоје околности које указују да би окривљени могао:

- 1) побећи,
- 2) сакрити се, или
- 3) отићи у непознато место или у иностранство.

У случају постојања неке од ових околности суд може забранити окривљеном да без одобрења напусти место боравишта или **територију Републике Србије**. Према чл.136 важећег ЗКП-а окривљени без одобрења суда није могао напустити **стан или место боравишта**.

Према чл.199 новог ЗКП-а услови за примену ове мере су шире постављени, тако да се се ова мера може изрећи и тако да окривљени **без одобрења суда може** напустити место боравишта али не и територију Републике Србије. Стога је назив ове мере требао да гласи забрана напуштања боравишта или територије Републике Србије а не само забрана напуштања боравишта јер боравиште окривљеног не може бити на целој територији Републике Србије већ у неком одређеном месту на територији Републике Србије.

Уз ову меру забране напуштања боравишта и даље као адхезионе мере могу изрећи:

- 1) забрана посећивања одређених места,
- 2) налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу,
- 3) привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе.

У чл.199 ст.3 новог ЗКП-а предвиђено је да се применом мере забране напуштања боравишта као самосталне мере или наведених адхезионих мера које се уз њу могу изрећи не може ограничити право окривљеног да се виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим браниоцем, али пропуштено је да се предвиди изузетак од овог права ако су та лица обухваћена мером из чл. 197 новог ЗКП-а тј. мером забране прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним.

Мера **забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем**, на основу чл.197 новог ЗКП је **самостална мера**. Услови за примену ове мере су да постоје околности које указују да би окривљени могао:

- 1) ометати поступак утицањем на оштећеног, сведоке, саучеснике или прикриваче или
- 2) би могао поновити кривично дело, довршити покушано дело или учинити кривично дело којим прети.

Као адхезионе мере уз ову меру суд може наложити окривљеном да се повремено јавља полицији, поверенику из органа државне управе надлежног за извршење кривичних санкција или другом државном органу одређеном законом.

Сматрамо неоправданим што као адхезиона мера уз ову меру није предвиђен и електронски надзор окривљеног, јер би примена електронског надзора омогућила адекватну контролу и правовремену реакцију приликом примене ове мере, поготову ако се ради о забрани прилажења *оштећеном*.

2.3. Кривичноправни аспект електронског надзора

Посматрано искључиво у односу на казну затвора, електронски надзор је несумњиво важна алтернатива овој казни. Електронски надзор може бити **директна алтернатива казни затвора** кад је електронски надзиран кућни затвор одређен **као самостална санкција уместо казне затвора**. Такође, електронски надзор може бити **директна алтернатива казни затвора** и кад се комбинује са радом у јавном интересу, условном осудом или пробацијом, којом приликом осуђени буквално не доспева у затвор.

Као **парцијална алтернатива**, електронски надзор може смањити трајање казне затвора или време проведено у затвору (када се комбинује уз превремени условни отпуст, условни отпуст, условно помиловање и слично).

Најзад, електронски надзор може утуцати на смањење часова које осуђено лице проводи у затвору у току дана, ако се примењује за време док осуђивани ради ван затвора или се налази на полуслободи, као што показују примери из Француске.⁴⁶⁴

Систем кривичних санкција у нашем кривичном праву садржи четири врсте кривичних санкција.⁴⁶⁵ То су:

- 1) казне,
- 2) мере упозорења (условна осуда и судска опомена),
- 3) мере безбедности
- 4) васпитне мере

С обзиром на наведено могло би се говорити о плуралистичком систему кривичних санкција. Ипак је реч о дуалистичком систему кривичних санкција где се с једне стране јавља казна, а с друге, мере безбедности. Наиме, мере упозорења су алтернатива казни и тешко су замисливе без њеног постојања, а васпитне мере су у ствари у крајњој линији специјална врста мере безбедности које се примењују према одређеној категорији учинилаца (малолетницима).⁴⁶⁶

⁴⁶⁴ P.V. Tournier, P.V., *Towards prisons without inmates? Re: the Introduction of Electronic Monitoring in France*, Penological Information Bulletin, decembar 2002, br.23-24, стр.53.

⁴⁶⁵ Кривичне санкције су законом предвиђене репресивне мере које се с циљем сузбијања криминалитета примењују према учиниоцу противправног дела које је у закону предвиђено као кривично дело на основу одлуке суда донете након спроведеног кривичног поступка. Елементи, односно основна обележја кривичних санкција према томе су: 1) циљ кривичних санкција је сузбијање криминалитета; 2) оне су по својој природи репресивне мере; 3) примењују се према учиниоцу противправног дела које је у закону предвиђено као кривично дело; 4) морају бити предвиђене законом; 5) примењује их, односно изриче суд; 6) изричу се у кривичном поступку (З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009, стр.245).

⁴⁶⁶ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009, стр.246

Као једна врста кривичних санкција, казна се може дефинисати као законом предвиђена репресивна мера која се у циљу сузбијања криминалитета примењује према учиниоцу кривичног дела на основу одлуке суда након спроведеног кривичног поступка.⁴⁶⁷ Најважнија разлика у овом појму у односу на појам кривичних санкција јесте што се овде, као претпоставка за примену казне, тражи да је учињено кривично дело. Члан 2 КЗ садржи начело кривице које захтева постојање кривице као неопходан услов за примену казне (*nulla poena sine culpa*).

Систем казни у нашем кривичном законодавству обухвата четири казне. То су(чл.43 КЗ):

- 1) затвор
- 2) новчана казна
- 3) рад у јавном интересу
- 4) одузимање возачке дозволе

Према КЗ Републике Србије, **електронски надзор** могуће је применити као **као директну алтернативу казни затвора** код електронски надзираног кућног затвора, тј. **као модалитет казне затвора**. То је зато што се, иако је могуће предвидети више врста казне лишења слободе, наш законодавац одлучио само за једну врсту: затвор.

Према чл.45.ст.5 КЗ осуђеном којем је изречена казна затвора до једне године, суд може одредити да се ова казна изврши на тај начин што осуђени не сме напуштати просторије у којима станује, осим у случајевима прописаним Законом о извршењу кривичних санкција. Ова одредба (45.ст.5 КЗ) ствара основ **за примену електронског надзора** јер се у ставу 7 истог члана(45. КЗ) прописује да ће суд приликом одређивања ове казне водити рачуна **о техничким могућностима извршења**, као и о другим околностима од значаја за одмеравање казне.⁴⁶⁸ У случају да осуђени самовољно напусти просторије у којима станује у којима издржава изречену казну затвора, једном у трајању до дванест часова⁴⁶⁹, или два пута у трајању до шест часова, остатак казне ће издржати у затвору(чл.45 ст.6 КЗ).

Извршење казне затвора на овај начин не може се одредити учиниоцу кривичног дела против брака и породице уколико живи са оштећеним у истом породичном домаћинству.(чл.45.ст.8 КЗ).

Код електронски надзираног кућног затвора преступник јесте лишен слободе, али се не налази у казненом заводу. С тога би, између казне лишења слободе (која без обзира на место извршења не губи суштину) и казне затвора неопходно било направити разлику.

Према нашем мишљењу **електронски надзор** у нашем кривичном праву могао би да има примену **и код условне осуде(са заштитним надзором) и код условног отпуста**.

⁴⁶⁷ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009, стр.248.

⁴⁶⁸ Околности које утичу на одмеравање казне су: степен кривице, побуде из којих је дло учињено, јачина угрожавања или повреде заштићеног добра, околности под којима је дело учињено, ранији живот учиниоца, његове личне прилике, његово држање после учињеног кривичног дела а нарочито његов однос према жртви кривичног дела, као и друге околности које се односе на личност учиниоца. (чл.54.ст.1 КЗ).

⁴⁶⁹ Што се најбоље утврђује електронским надзором

Сврха условне осуде, као и судске опомене је да се према учиниоцу лакшег кривичног дела не примени казна кад се може очекивати да ће упозорење уз претњу казне (условна осуда) или смо упозорење (судска опомена) довољно утицати на учиниоца да више не врши кривична дела (чл.64 КЗ). Дакле, елементи који одређују сврху и суштину условне осуде и судске опомене су:

избегавање примене казне
утицај на учиниоца да више не врши кривична дела
условна осуда је упозорење уз претњу казне

Битни елементи условне осуде као самосталне кривичне санкције у КЗ су *утврђена казна и време проверавања*.

Изрицање и извршење утврђене казне одлаже се под условом да осуђени у току времена проверавања које суд одређује у оквиру законског распона од једне до пет година, не изврши ново кривично дело. (чл.65 ст.1 КЗ). Поред главне обавезе да не изврши ново кривично дело, решење у КЗ предвиђа могућност постављања и других обавеза условно осуђеном. Тако суд може у условној осуди одредити да ће се казна извршити и ако осуђени у одређеном року не врати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дела, не накнади штету коју је проузроковао кривичним делом или ***не испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама***. Рок за испуњење тих обавеза утврђује суд у оквиру одређеног времена проверавања(чл.65.ст.2.КЗ).

Услови за изрицање условне осуде су објективни (чл.66.ст.1. и 2. КЗ) и субјективни (чл.66. ст.3 и 4. КЗ). Објективни услови су везани за кривично дело, односно казну а субјективни за учиниоца.

Основни објективни услов одређује да се условна осуда може изрећи онда када је у конкретном случају учиниоцу утврђена казна затвора у трајању мањем од две године(чл.66. ст.1. КЗ). Казна се претходно одмерава по општим правилима за одмеравање казне, а затим утврђује у конкретном случају. Уколико тако утврђена казна не достиже две године, суд може, уколико су и остали услови испуњени, изрећи условну осуду. Поред овог основног услова постоји и допунски, који има за циљ искључење примене условне осуде код тешких кривичних дела. Тако, за кривична дела за која се може изрећи казна затвора у трајању од десет година или тежа казна, условна осуда се не може изрећи.(чл.66.ст.2.КЗ).

У погледу услова везаних за учиниоца полази се од става да донекле треба ограничити круг лица којима се може изрећи условна осуда. Према решењу из КЗ, условна осуда се не може изрећи ако није протекло више од пет година од правоснажности осуде којом је учиниоцу изречена казна затвора за умишљајно кривично дело (чл.66.ст.3.КЗ). При одлучивању да ли ће изрећи условну осуду суд ће, водећи рачуна о сврси условне осуде, посебно узети у обзир личност учиниоца, његов ранији живот, његово понашање после извршеног кривичног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учињено(чл.66.ст.4. КЗ).

Повезујући ову одредбу са сврхом условне осуде из чл.64.КЗ, суд ће изрећи условну осуду онда када се може са основом очекивати да ће, с обзиром на личност учиниоца и друге околности, упозорење уз претњу казне довољно на њега утицати да више не врши кривична дела, те да због тога није нужно применити казну.

У случају опозивања условне осуде реализује се претња казном, тј. претња казном се претвара у казну. Утврђена казна се изриче и извршава. До опозивања условне осуде може доћи у 3 случаја: због новог кривичног дела, због раније учињеног кривичног дела и због неиспуњења одређених обавеза. За потребе наше теме задржаћемо се само код овог задњег разлога, тј. код **опозива условне осуде због неиспуњења одређених обавеза.**

Ако је условном осудом условно осуђеном одређено да врати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дела, или да накнади штету коју је проузроковао кривичним делом, **или да испуни неку другу обавезу предвиђену кривичноправним одредбама** (рецимо обавезу предвиђену уз условну осуду са заштитним надзором), а он не испуни ту обавезу у року одређеном у пресуди, суд може, у оквиру времена проверавања, продужити рок за испуњење обавезе или може опозвати условну осуду и изрећи казну која је утврђена у условној осуди. Ако утврди да осуђени, из оправданих разлога, не може да испуни постављену обавезу, суд ће га ослободити од испуњења те обавезе или је заменити другом одговарајућом обавезом предвиђеном законом.(чл.69 КЗ).

У погледу рокова за опозивање условне осуде (чл.70 КЗ) правило је да се условна осуда може опозвати само у току проовавања. Изузетно, до опозивања условне осуде због новог кривичног дела може доћи у року од једне године од дана протеча времена проверавања, уколико је пресуда за то дело донета после истка времена проверавања (чл.70.ст.1 КЗ).

Наше кривично право, осим обичне условне осуде, познаје и **условну осуду са заштитним надзором.** (чл.71.КЗ).

Према чл.71 КЗ суд може одредити да се учинилац коме је изречена условна осуда стави под заштитни надзор за одређено време у току времена проверавања. Заштитни надзор обухвата законом предвиђене мере помоћи, старања, надзора и заштите. Ако у току трајања заштитног надзора суд утврди да је **испуњена сврха ове мере**, може заштитни надзор укинути пре истека одређеног времена.(чл.71 ст.3). С обзиром да није утврђена нека посебна сврха условне осуде са заштитним надзором, то значи да је сврха иста без обзира да ли је уз условну осуду одређен заштитни надзор или није. И у једном и у другом случају циљ је да се без примене казне изврши утицај на учиниоца да не врши кривична дела.

Разлика је само у томе како се то постиже, јер је код условне осуде са заштитним надзором потребно и активно деловање са тим циљем, упозорење уз претњу казном добија нови квалитет.

То значи да је заштитни надзор према решењу у КЗ само једна допунска мера (иако важна) уз условну осуду која толико не проширује њено поље примене и на оне случајеве где је пре његовог увођења требало изрицати затвор, колико смањује ризик код одређене категорије условно осуђених да ће поново извршити кривично дело. Условна осуда са заштитним надзором изрећи ће се у оним случајевима где постоји одређена сумња у учиниоца и његове способности да се уздржи од вршења кривичних дела ако би се препустио сам себи, као код обичне уловне осуде.

Из одредаба члана 75 КЗ произилази да се време трајања заштитиног надзора неће поклопити са веременом проверавања у 2 случаја, тј. трајаће краће него и сама условна осуда. Прво, могуће је да суд приликом изрицања условне осуде одреди да заштитни надзор траје краће од времена проверавања, и друго, ако у току трајања заштитног надзора суд утврди да је испуњена његова сврха може га укинути и пре истека времена на које је одређен. Члан 75 КЗ предвиђа и могућност укидања појединих обавеза и пре истека рока на који су постављене, а не само укидање заштитног надзора у целини, или пак могућност замене појединих обавеза другим.

Садржај заштитиног надзора може обухватити једну или више следећих обавеза:

- 1) јављање органу надлежном за извршење заштитиног надзора у роковима које тај орган одреди
- 2) оспособљавање учиниоца за одређено занимање
- 3) прихватање запослења које одговара способностима учиниоца
- 4) испуњавање обавеза издржавања породице, чувања и васпитања деце и других породичних обавеза
- 5) уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредби, ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела
- 6) благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места
- 7) уздржавање од употребе дроге или алкохолних пића
- 8) лечење у одговарајућој здравственој установи
- 9) посећивање одређених професионалних и других саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима
- 10) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела.

По нашем мишљењу, **примена електронског надзора могућа је код условне осуде са заштитним надзором** када је осуђеном изречена обавеза уздржавања од посећивања одређених места, локала или приредби, ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела.

У случају да условно осуђени не испуњава наложене обавезе суд га може опоменути, наложену обавезу заменити другом, продужити трајање обавезе, и најзад може условну осуду опозвати због неиспуњавања обавезе. Према чл. 76.КЗ суду је, дакле, дата могућност да опозове условну осуду ако осуђени не испуњава обавезе из заштитног надзора (између осталих и због неиспуњавања обавезе уздржавања од посеђивања одређених места, локала или приредби..., код које се може применити електронски надзор). Међутим, поставља се питање, у којем року суд може да опозове условну осуду ако осуђени не испуњава обавезе из заштитног надзора. Да ли само у току трајања времена проверавања, или у року од годину дана након протеча времена проверавања, како је то утврђено у случају да условно осуђени који није стављен под заштитни надзор али му је постављена нека обавеза уз условну осуду (чл.70 ст.2 КЗ), па ту обавезу не испуни ? С обзиром на то да КЗ изричито наводи случајеве кад се осуђеном условна осуда може опозвати и после протеча времена проверавања (ако у одређеном року не врати имовинску корист прибављену извршењем кривичног дела, не накнади штету коју је проузроковао кривичним делом или не испуни друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама) не обухватајући и случај када условно осуђени који је стављен под заштитни надзор не испуњава постављене обавезе, то се у том случају условна осуда не би могла опозвати након истека времена проверавања. Ипак, пошто обавезе које суд може изрећи код условне осуде са заштитним надзором (чл. 73 КЗ), свакако спадају у "друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама" (чл.65.ст.2 КЗ), сматрамо да у чл.65 ст.2 КЗ као разлог за опозив условне осуде и после протеча времена проверавања треба додати и и случај када условно осуђени који је стављен под заштитни надзор не испуњава постављене обавезе.

Што се тиче **условног отпуста**, према чл.46 КЗ осуђеног који је издржао две трећине казне затвора суд може отпустити са издржавања казне под условом да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело. Осим да је издржао две трећине изречене казне, потребно је да се осуђени у току издржавања казне тако поправио да се са основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна неће учинити ново кривично дело.Суд може у одлуци о условном отпусту одредити да је осуђени дужан да испуни обавезе **предвиђене кривичноправним одредбама**(чл.46 ст.2 КЗ). Спорно је које су то обавезе које су предвиђене кривичноправним одредбама. Према нашем мишљењу, иако се условно отпуштени изричито не ставља под заштитни надзор, обавезе које су предвиђене код условне осуде са заштитним надзором су свакако **обавезе које су предвиђене кривичноправним одредбама** и могу наћи примену и код условног отпуста. Ипак требало би изричито предвидети да суд у одлуци о условном отпусту може одредити да је осуђени дужан да испуни бар неке од обавеза предвиђених код условне осуде са заштитним надзором. Ово решење би могло да има примену нарочито код тзв.превременог условног отпуста који постоји у упоредном праву, а који би се под наведеним условима, тј. да је осуђени дужан да испуни неке од обавеза које су предвиђене код условне осуде са заштитним надзором, могао применити и код осуђеног који је издржао мање од две трећине казне. Електронски надзор би стога могао да има значајну примену приликом изрицања условног отпуста уз обавезу уздржавања од посеђивања одређених места, локала или приредби док траје условни отпуст.

3. Упоредно правни приказ електронског надзора

3.1. САД

Програми електронског надзора прихваћени су у 32 државе САД. Од укупног броја изречених мера електронског надзора чак 50% односи се на Флориду и Мичиген, где постоје системи покретног сателитског праћења. У САД, према извештају Бироа за правосудну статистику, деведесетих година било је у примени око 400 програма електронског надзора у које је било укључено 12.000 учинилаца. После доношења новог савезног кривичног законодавства 1994.проширени су основи за примену мере, тако да од јануара 1998.г. постоји 1.500 програма, који се примењују према 95.000 лица. Ту су укључени појединци **према којима се води кривични поступак, према којима је одређен кућни притвор, одређена пробација или на условном отпусту.** Такође, овде спадају и кажњени малолетници. Према подацима из 2005.г. око 20% надзора у САД укључује примену електронских уређаја, а опрему обезбеђује око 20 приватних компанија.

На Флориди се електронски надзор користи нарочито према учиниоцима сексуалних кривичних дела. По закону из априла 2005.године ако су осуђени кажњени затвором од најмање 25 године због сексуалне злоупотребе деце млађе од 12 година, уређај за електронски надзор после пуштања на слободу носе доживотно.⁴⁷⁰

Америчка истраживања показују да су у 87% случајева праћена лица мушкарци, а 13% жене, старости између 10 и 79 година, претежно (у 55% случајева) старости испод 30 година.

3.2. Европске земље

За разлику од САД и Велике Британије, у континенталним европским земљама електронски надзор се не изриче тако масовно. Европска истраживања, до сада вршена у Енглеској, Велсу, Шведској, Холандији, Француској и покрајини Хесе у Немачкој, показују да се већином електронски надзор користи за кривична дела у вези са злоупотребом дрога, вожњом у пијаном стању и имовинским криминалитетом. Просечно трајање мере најкраће је у Шведској (1,3 месеца), док је у осталим државама од 3 до 5 месеци. Досадашњи резултати указују на велику успешност примене мере: у Енглеској и Велсу, у којој се и најмасовније примењује, електронски надзор је успешно окончан у 82% случаја, док је у другим државама делотворност још израженија и расте до 95%.

⁴⁷⁰ Ова мера уведена је после убиства две младе девојке од лице које је већ било осуђивано за сексуална кривична дела, а избегло је обавезе које су му изречене у складу са законом који налаже пријављивање учинилаца кривичних дела у локалној заједници. (H.J.Albrecht, , *The Electronic monitoring for adult offenders*, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006, стр.7.).

И смањење стопе рецидивизма указују на успешност примене мере електронског надзора. Чак 90% учинилаца према којима се примењује електронски надзор су мушкарци и то пунолетни, сем у Великој Британији и Велсу где се мера, за разлику од других европских законодавстава одређује у значајном броју и према малолетницима.⁴⁷¹

3.3. Енглеска , Велс и Шкотска

У Енглеској и Велсу електронски надзор уведен је *Criminal Justice Act-ом* из 1991.г. после серије претходних експеримената. Најпре је мера електронског надзора примењивана у оквиру кућног притвора као **замене за притвор**, а потом је примена мере проширена и на случајеве **ранијег условног отпуста** уколико је према учиниоцу изречена казна затвора трајања до 4 године. Електронски надзор је често саставни део санкција које се извршавају у локалној заједници, у циљу боље индивидуализације санкција, нарочито ако је потребно искомбиновати потребе учиниоца, жртве и друштва.

Према подацима СЕР организације из 2003.године преко 4.400 учинилаца кривичних дела дневно у Великој Британији је подвргнуто електронском надзору било на основу одредби о електронском праћењу или одредби о кућном притвору, што чини укупно близу 70.000 лица. Међу њима су најбројнији малолетни учиниоци кривичних дела, према којима се надзор користи уз васпитне мере, краткотрајни затвор или у фази условног отпуста, повезано са обавезама да не напуштају куће током одређеног периода и да се оспособе за одређени посао.

Не може се етичним сматрати надзор на основу поткожно имплементираних чипова особама које су означени као педофили, који се, према подацима из 2002.године користи у Великој Британији. Од 2005.године у Великој Британији на основу посебних статутарних одредби електронски надзор се одређује у склопу кућног притвора према лицима осумњиченим за тероризам.

Као и у Енглеској и Велсу и у Шкотској на основу *sec.5 Crime and Punishment (Scotland) Act* из 1997.године могуће је да суд одреди примену електронског надзора. Електронски надзор спроводи се ради надгледања обавеза боравка у одређеном месту максимално 12 сати по дану, најдуже 12 месеци или на специфичном месту или местима дуже од 12 месеци. Између 2002. и 2005. године у Шкотској је примењено 2.600 оваквих мера забране напуштања одредишта, а нарочито повећање (чак за 65% више у односу на претходну годину) забележено је 2005.године. Уобичајено се ове мере примењују у трајању од 3 до 6 месеци, према учиниоцима старим између 16 и 25 година. Електронски надзор се најчешће одређује **уз пробацiju**, при чему кршење пробацije не мора аутоматски да доведе до опозива пробацije и обрнуто.⁴⁷²

⁴⁷¹ H.J.Albercht, *Electronic Monitoring in Europe: A Summary and Assesment of Recent Developments in the Legal Framework and Implementation of Electronic Monitoring*, Max-Planck Internationales Strafrecht, Online publ., 2005-07, 17 стр. 14-16.

⁴⁷² H.J.Albercht, *Electronic Monitoring in Europe: A Summary and Assesment of Recent Developments in the Legal Framework and Implementation of Electronic Monitoring*, Max-Planck Internationales Strafrecht, Online publ., 2005-07, 17 стр.2

3.4. Шведска

Друга европска држава у којој је уведен електронски надзор је Шведска. У њој се ова мера примењује од 1994. и то као **замена за казну краткотрајног затвора**. Од 1994.г. више од 17.000 затворских осуда замењено је интензивним електронским надзором, нарочито 1997.године када је електронским надзором масовно **заменењивана тромесечна казна затвора** за деликте учињене у пијаном стању. Један од услова за одређивање електронског надзора је да се окривљени сагласи са учешћем у програму, прихвати да плати тошкове програма и пристане да се, увек када то пробациони службеник затражи, подвргне тестирању на присуство психотропних супстанци или алкохола. Практичан резултат тог поступка било је затварање десетак малих затворских институција (са укупно око 400 места за осуђенике), тако да се сматра да је држава на тај начин уштедела 90 милиона шведских круна. **Мера електронског надзора комбинује се и са радом у јавном интересу** или са другим алтернативама казни затвора. Поред тога, примењује се и нови програм према осуђеницима пуштеним на **условни отпуст**. Ради се о лицима која су осуђена на казну затвора и издржали су најмање 3 године, а пуштају се на условни отпуст последњих 4 месеца пре истека казне.

3.5. Холандија

Од 2.000. године електронски надзор примењује се у целој Холандији, као програм који води пробациона служба, како у **току кривичног поступка**, тако и по пуштању осуђеног лица на **условни отпуст**. С обзиром на то, електронски надзор се често комбинује са другим обавезама (на пример, поштовање утврђеног недељног плана) или санкцијама које се извршавају у оквиру заједнице, као што су рад у јавном интересу, **условна осуда** и слично. Такође, електронски надзиран кућни притвор може бити одређен као **самостална санкција уместо казне затвора до 6 месеци**. У овом случају потребно је да постоји сагласност осуђеног, али и одраслих чланова домаћинства у погледу примене електронског надзора. **Као модификација извршења казне затвора**, електронски надзор може бити уведен после половине издржане казне затвора (али минимално после годину дана), уз престанак осуђеног да прихвати овакву меру. Овде је електронски надзор део корекционог програма који надгледа затворска администрација и може да траје од шест недеља до једне године. На тај начин електронски надзор у суштини постаје алтернатива извршењу краткотрајног затвора у установи са минималним обезбеђењем. У оквиру електронски надгледаног боравака на слободи осуђено лице има обавезу да суделује у мерама рехабилитације минимално 20 часова недељно.

У првом холандском пилот истраживању за 18 месеци 279 лица је носило електронски уређај, а сада се дневно извршава око 200 електронских надзора. Истраживања су у међувремену указала на предности и недостатке електронског надзора. Најважније предности јесу што окривљено лице задржава посао и може несметано да обавља радне активности током предвиђеног радног времена. Такође, оно има сталан распоред дневних активности што помаже у процесу рехабилитације. Међутим, стални боравак у кући током одређеног времена, нарочито увече и викендом, може довести до напете атмосфере и чешћих сукоба међу члановима породице.

3.6. Француска

Електронски надзор у Француској примењује се на основу одредби посебног Акта од 19 децембра 1997.године и чл.723-7 Закона о кривичној процедури. Модел електронског надзора примењен у Француској усмерен је **на замену затвора или на одлагање његовог извршења**. Ова мера може бити одређена према лицима осуђеним **на казну затвора до једне године** или према осуђеницима који су издржали претежни део казне затвора, те им преостаје до једне године до краја издржавања. По основу чл.62 Акта од 15 јуна 2000. године могуће је да електронски надзор буде, сходно условима из чл.723-7 ЗКП, примењен и **као алтернатива притвору током истражног поступка**. Осим могућности да суд одреди примену електронског надзора, на основу захтева осуђеног лица или јавног тужиоца, за одређивање мере надлежан је и судија за извршење, ако се ради о замени казне затвора током поступка извршења.

У том случају електронски надзор не може да траје дуже од 4 месеца и може се тражити од окривљеног да учествује у мерама рехабилитације.⁴⁷³

Према извештају ЦЕП-а у Француској се примењује 9 локалних пилот пројеката. Ипак, изрицање електронског надзора је нешто спорије од очекиваног: дневно се примењује око 100 надзора. Релативни неуспех везује се за околност да се електронски надзор примењује **као замена за безуслован затвор, али не може да замени условну осуду**, те се због тога оцењује да је електронски надзор под овим условима више виртуелна него што је стварна алтернатива, а нарочито када би требало да послужи замени мере притвора.⁴⁷⁴

3.7. Немачка

Као већина програма електронског надзора у Европи, тако је и пилот пројекат који је 2003.године примењен у окрузима *Darmstadt i Wiesbaden* у Хесену, заснован на тзв. активном систему праћења преко одашиљача смештеног на телу учесника у програму који емитује сигнал. Уређај се може налазити у стану или је прикључен за телефон уз компјутер. Уколико се изгуби сигнал, компјутер емитује аларм који сугерише прекршај електронског надзора. Носилац уређаја је истовремено на програмираном кућном притвору, у смислу да се у одређено време, најчешће од вечери до јутра другог дана мора налазити у кући. Електронски надзор при кућном притвору регулисан је параграфом 10а *Закона о извршењу кривичних санкција*. Поред тога, електронски надзор се може применити и на основу правоснажне пресуде на мере које укључују надзор, **приликом пуштања на ранији условни отпуст или у оквиру условног помиловања**. Такође, **постоји могућност да замени притвор**.

⁴⁷³ P.V. Tournier,P.V., *Towards prisons without inmates? Re: the Introduction of Electronic Monitoring in France*, Penological Information Bulletin, decembar 2002, br.23-24, стр.4-5.

⁴⁷⁴ P.V. Tournier,P.V., *Towards prisons without inmates? Re: the Introduction of Electronic Monitoring in France*, Penological Information Bulletin, decembar 2002, br.23-24, стр. 5.

Електронски надзор који се примењује у **оквиру условне осуде са заштитним надзором** и којим је експериментисано у Хесену, сматра се мером «последње шансе» у оквиру мера примењених у локалној заједници. Али, ова опција примене електронског надзора није масовна. Због тога се очекивало да на савезном нивоу буду примењени програми електронског надзора **током условног отпуста**. Али постојеће уставне одредбе које уређују расподелу надлежности између савезне и држава чланица онемогућавају реформисање система кривичних санкција у циљу увођења електронског надзора, те да се већином ова мера примењује као замена дана новчане казне и затвора у средњем трајању или условне осуде.

3.8. Друге европске земље

Слично као у Холандији, и у **Белгији**, у оквиру **условног отпуста** примењује се електронски надзор. До сада је одређен према 1.200 осуђених лица (дневно око 200), при чему је за праћење мере задужена служба социјалног старања.

Експериментална провера електронског надзора предузета је и у **Шпанији** (Каталонија) током 2002.године. Прихваћен је систем примене електронског надзора током **условног отпуста**. Амбиције су да се електронским надзором обезбеди 3000 прераних условних отпуста годишње (на дневном нивоу 160, а годишње 500).

Швајцарски органи такође на истом моделу, по угледу на Шведску, примењују електронски надзор као **замену казне затвора кратког трајања**, при чему програм надзире затворска управа. У шест швајцарских кантона примењени су пилот пројекти који су окончани 2002.године. У појединим кантоним електронски надзор се комбинује са радом у јавном интересу. Преко 600 учинилаца се надгледа, а успешност се процењује на 93%.

У **Италији** електронски надзор примењује полиција, док у **Португалији** служи искључиво као **алтернатива притварању** и изриче је суд.

4. Предности електронског надзора

Најважнија предност програма електронског надзора јесте да је то, у односу на казну затвора, мање ретрибутивна и јефтинија мера, која ефикасно смањују ризик да учинилац настави са извршењем кривичних дела. Електронски надзор не може да промени понашање учиниоца, али може да га за извесно време онемогући. Управо је то најважнија предност електронског надзора, која је потврђена и резултатима истраживања која указују на велики број замена електронским надзором и ниску стопу рецидивизма учинилаца подвргнутих електронском надзору. Европска искуства указују да електронски надзор може значајно редуковати број затворских осуда (на пример у Шведској од 10 до 30%), а да се истовремено велики број електронских надзора успешно окончава (80% у Великој Британији, чак 90% у Шведској).

Међутим, у САД, у којој се електронски надзор најчешће користи, није запажено да је примена ове мере утицала на снижење броја осуда на затвор.⁴⁷⁵

⁴⁷⁵ M. Black R.G.Smith, Electronic Monitoring in the Criminal Justice System, Australian Institute of Criminology, Issues, no.254, May 2003, доступно на www.aic.gov.au. Стр.5.

С обзиром на то да се електронски надзор успешно може комбиновати са другим санкцијама које се извршавају у локалној средини подеснији је од краткотрајног затвора према учиниоцима кривичних дела у вези злоупотреба дрога, алкохола или за саобраћајне прекршаје, посебно ако су учиниоци малоленици или млађа лица која по први пут врше кривична дела.

Како су показала истраживања вршена у периоду од 2000. до 2003. године на Новом Зеланду већина осуђеника је сматрала да је електронски надзор прихватљивији пошто им омогућава да избегну све неповољне последице боравка у затвору, као што су насиље, понижавања, обавезно сврставање у кланове и слично.⁴⁷⁶

У поређењу са трошковима затвора, примена електронског надзора јефтинија је по пореске обвезнике, не само зато што омогућава да учинилац ради током дана, него што на одређени начин он суделује у трошковима извршења мере. На пример, на Флориди, у Швајцарској и Шведској учесник у програму дневно плаћа од 2 до 20 евра за трошкове електронског надзора. Тако је уштеда очигледна: електронски надзор код условног отпуста износи 16,89 долара по дану, док један дан затвора износи 40 долара, што значи уштеду од 5 до 25 долара за сваки дан затвора по једној особи.⁴⁷⁷

И европска истраживања указују на прихватљивост мере, јер дневни трошкови за примену електронског надзора износе 50 евра, што је значајно ниже у односу на дневне трошкове казне затвора, при чему се применом мере на сваких 100 евра издатака за извршење кривичних санкција уштеди 10 центи (Француска), преко 50 центи (Шведска) до 80 центи (Енглеска и Велс). Према званичним подацима из Велике Британије, електронски надзор по једном лицу је за 70 фунти јефтинији од дана затвора.⁴⁷⁸

Електронски надзор јесте економски исплативији у односу на казну затвора, али истраживањима није било могуће поуздано утврдити да ли је електронски надзор јефтинији у односу на друге санкције које би могле бити алтернатива затвору.⁴⁷⁹ Како трошкови електронског надзора више нису везани за саму цену електронских уређаја и опреме, него управо највише зависе од пратећих програма који се уз сам надзор остварују, није могуће поуздано тврдити да је електронски надзор јефтина мера. Због тога је *Nellis* оценио да се « предности електронског надзора могу свести на једну: он је бољи од затвора, али није довољно добар.⁴⁸⁰

⁴⁷⁶ M. Black R.G.Smith, *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology, Issues, no.254, May 2003, стр.4.

⁴⁷⁷ *Keeping Track of Electronic Monitoring*, Nacional Law Enforcement and Corrections Technology Center, Nacional Institut of Justice, Bulletin, October 1999, стр.1-2.

⁴⁷⁸ H.J.Albrecht, , *The Electronic monitoring for adult offenders*, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006, стр.12 и 16.

⁴⁷⁹ H.J.Albrecht, , *The Electronic monitoring for adult offenders*, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006, стр.16.

⁴⁸⁰ M. Neillis, *The Ethics and Practice of Electronically Monitoring Offenders*, Seminar for the Glasgow School of Social Work 16th February 2006, стр.4.

5. Недостаци електронског надзора

И поред извесних предности на плану рехабилитације осуђеног лица, није увек јасно која од функција електронског надзора треба да има превагу: социјална заштита, кажњавање или дисциплиновање. Негативне стране примене електронског надзора везане су и за **нарушавање права на приватност целе породице** чији је члан учесник у програму, што може интензивирати сукобе међу члановима породице.

Постоје и неке друге тешкоће које могу довести у питање делотворност електронског надзора. Најпре, електронски надзор не може да утиче на стварне промене понашања учиниоца кривичног дела. Генерални проблем је тај што понекад дом не мора да буде и «мирна лука» у којој ће једино надзор омогућити поправљање учиниоца. Учиниоци често потичу из криминогене средине или из породица у којима влада неслога, насиље, зависност од алкохола или дрога. У таквим условима електронски надзор не утиче на прекид односа са дојучерашњим друштвом нити омогућава било какво поправљање.⁴⁸¹ То се посебно односи на малолетнике. Такође, живот младих се не одвија претежно у кући, па отуда млади могу много пунитивније да доживљавају ову меру него одрасли, чије су животне навике другачије.⁴⁸²

Упркос томе што су нека истраживања вршена у САД почетком 90-тих година прошлог века, показивала извесне предности коришћења електронског надзора у смањењу стопе рецидивизма, ипак се не може са извесношћу утврдити да електронски надзор постиже те ефекте. Новија истраживања која су вршена у САД и Енглеској (Bonta, Wallace-Carpeta and Rooney, 1999, Jackson, DeKeijser and Michon, 1995, John Howard Society, 2000), указују да се може довести у питање закључак о великој ефикасности мере. Електронски надзор се примењује према учиниоцима који иначе не би требало да буду кажњени казном затвора, због врсте и тежине извршеног кривичног дела и личних одлика, што управо утиче на то да они не врше у поврату кривична дела, а то ствара лажну слику о успешности електронског надзора.⁴⁸³

Иако се то може учинити парадоксалним, електронски надзор је **нехумана мера**. Уређај, телефон и рачунар су кључне «карике» у извршењу ове мере. Непосредног контакта између осуђеног лица и службеника пробације по правилу нема, осим ако је дошло до кршења обавеза из електронског надзора. Због тога је, са гледишта који обавља електронски надзор, овај посао рутински, али се обавља у таквим условима који онемогућавају да се испољи људска солидарност и човечност.⁴⁸⁴

⁴⁸¹ M. Black R.G.Smith, *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology, Issues, no.254, May 2003, стр.5.

⁴⁸² M. Neillis, *The Ethics and Practice of Electronically Monitoring Offenders*, Seminar for the Glasgow School of Social Work 16th February 2006, стр.4.

⁴⁸³ R.K.Gable, R.S. Gable, *Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies*, Federal Probation, June 2005, vol.69, no1, стр.2.

⁴⁸⁴ R.K.Gable, R.S. Gable, *Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies*, Federal Probation, June 2005, vol.69, no1, стр.4.

Неке ситуације које би човек, да сам непосредно одлучује, проценио као неважна кршења обавеза за електронски надзор, машина пажљиво региструје. Због тога се дешава да се као кршење обавезе сматра отказивање уређаја зато што је учесник програма пао са бицикла, покисао на киши или је мобилни телефон отказао у присуству компјутера. Један од учесника у програму је приметио да комшији преко пута треба помоћ, па је притрчао да му помогне, али је тиме иступио из дозвољеног радијуса кретања, што је довело до активирања аларма. У Великој Британији, где се приватним компанијама поверава надгледање, између службеника пробације и учесника у програму посредује и запослени у предузећу задужено за електронски надзор. У таквим случајевима дешава се да запослени по неколико дана одуговлаче са провером неисправног уређаја, иако је осуђени на време пријавио квар уређаја, али је у међувремену ипак одведен у затвор. Други осуђени је пријављен за кршење обавезе, иако је навео да је све време био у кући и чак је донео телефонске рачуне као доказ. Пробациони службеник је тражио да компанија провери уређај и тек четири недеље касније установљено је да је на уређају отказала батерија. Установљен је и обрнути случај: да је осуђени прекршио забрану, која није регистрована. Пробациони службеник је установио да је компанија пријавила присуство осуђеног у стану, иако се он са својим партнером удаљио из дозвољеног радијуса кретања отишавши у суседни стан. С обзиром на то да је био довољно близу уређаја га је детектовао као да се налази у властитом стану.⁴⁸⁵

Због оваквих очигледних недостатака, популарно је речи да је електронски надзор «Тројански коњ» за **задирање у право на приватност** као једно од основних људских права.⁴⁸⁶

Ипак, најважнији приговори који се могу упутити примени електронског надзора односе се на неетичност проширене примене «свевидећег ока», јер не треба заборавити да је електронски надзор мера техно-корекције.⁴⁸⁷ Као таква подобна је да се примени не само према осуђенима за кривична дела, него и према лицима која могу бити на било који начин означена као опасна по друштво.

Не може се етичним сматрати надзор на основу поткожно имплементираних чипова особама које су означени као педофили, који се, према подацима из 2002. године користи у Великој Британији. Од 2005. године у Великој Британији на основу посебних статутарних одредби електронски надзор се одређује у склопу кућног притвора према лицима осумњиченим за тероризам. У Аустралији електронски надзор почиње да се примењује и према азилантима.⁴⁸⁸

⁴⁸⁵ *Prison Privatisation Report International*, no 74, october 2006, published by the Public Services International Research Unit University of Greenwich, London, стр.19.

⁴⁸⁶ M. Neillis, *The Ethics and Practice of Electronically Monitoring Offenders*, Seminar for the Glasgow School of Social Work 16th February 2006, стр.7. H.J.Albrecht, , *The Electronic monitoring for adult offenders*, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006, стр.1.

⁴⁸⁷ Технокорекција (Technocorrections) значи примену нове технологије у циљу смањења трошкова надзора над понашањем учиниоца и минимализације ризика криминалитета по друштво (T.Fabelo, «*Technocorrections*»: *The Promises, the Uncertain Threats, Sentencing and Corrections*, Issues for the 21st Century, Washington, Department of Justice, may 2000, no 5, стр.1).

⁴⁸⁸ M. Black, R.G.Smith, *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology, Issues, no.254, May 2003, стр.3

На Флориди се електронски надзор користи нарочито према учиниоцима сексуалних кривичних дела. По закону из априла 2005.године ако су осуђени кажњени затвором од најмање 25 година због сексуалне злоупотребе деце млађе од 12 година, уређај за електронски надзор после пуштања на слободу носе доживотно.⁴⁸⁹

Оваква лица немају никакве шансе да било у којој средини несметано наставе живот, јер је деведесетих година, у складу са тада заоштреним односом према учиниоцима сексуалних кривичних дела, на основу усвојених одредби о обавези пријављивања у локалној заједници била предузета прва рана мера техно-корекције тако што је путем интернета јавност упозната са више од 20.000 криминалних досијеа и фотографија учинилаца сексуалних кривичних дела, како би били у могућности да овакве преступнике идентификују у властитој средини.

6. Криминалистички аспект електронског надзора

Уобичајено се системи електронског надзора разликују на: пасивне и активне. У складу са брзим напретком телеметријске технологије, електронски надзор је из првобитног система пасивног надгледања врло брзо напредовао ка активном праћењу.

Пасивни систем надзора подразумева обавезу осуђеног да се редовно са свог кућног телефона јавља полицији у одређеним интервалима. Са каснијим развојем електронског надзора, установљена је његова обавеза да одговара на периодичне телефонске позиве, кмпјутерски програмиране. У складу са савременом технологијом, контрола присуства учесника у програму у властитом дому олакшана је употребом телефона са видео дисплејем. Понекад је потребно да учесник у програму пошаље снимак при чему чини тачно одређени покрет на захтев онога ко надзире примену мере(на пример, да подигне два прста и пошаље такву слику). Ако то не би учинио, сматра се да је дошло до кршења обавезе. Други вид пасивног праћења укључује проверу забране коришћењ алкохола, тако што се датим уређајима уграђеним у слушалицу телефона у стану осуђеног, са кога се он јави истовремено мери концентрација алкохолних пара у његовом даху. На пример, у случају да је истовремено мерено присуство алкохолних испарења у даху учесника у програму, и установљено да је учесник био позитиван на алкохол, проверава се информација другим позивом.Тек у случају да и овај налаз буде позитиван, следи провера у кући учесника програма.⁴⁹⁰

⁴⁸⁹ Ова мера уведена је после убиства две младе девојке од лице које је већ било осуђивано за сексуална кривична дела, а избегло је обавезе које су му изречене у складу са законом који налаже пријављивање учинилаца кривичних дела у локалној заједници. (H.J.Albrecht, , *The Electronic monitoring for adult offenders*, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006, стр.7.).

⁴⁹⁰ S.Bergmann, *Training der burgerlichen Normzustandes Ethnographie zum Project elektronische Fuffessel*, Magisterarbeit fur Institut fur Kulturanthropologie und Europaische Ethnologie, Universitat Frankfurt am Main, 2004, доступно на www.copyriot.com/electronic-minitoring, стр.4.

Такође, могуће је да пасивни систем буде допуњен тиме што се тражи од учесника у програму да наведе лозинку, или да отисак прста, односно омогући идентификацију путем снимка зенице.⁴⁹¹

Поред пасивног надзора, који претпоставља "програмирано успостављање контаката", тако што се путем компјутерски програмираних телефонских позива у тазличито време проверава присуство лица у кући, користи се и друга врста технологије којом се активно прати кретање лица преко одашиљача на његовом телу који континуирано емитује сигнале. Најновији системи су комбиновани, најчешће активни, са циљем да се омогући "покретљиво праћење" и током боравка лица ван затвореног простора, или у одређеном радијусу у ком му је дозвољено кретање. Ова технологија на почетку је користила пејцере, па је и била слична том принципу. Даљи напредак у технологији омогућио је примање послатих порука кодираних у бинарном моделу, а касније и коришћење компјутера у те сврхе.

Да би пасивно праћење било делотворно, потребно је да осуђено лице активно сарађује са надлежном службом у програму. Оваква његова улога уопште није неопходна код система активног надзора. За разлику од скромних резултата активног праћења на почетку примене мере, захваљујући уређајима "друге генерације" заснованим на систему глобалног позиционирања (*global positioning system* - GSP) значајно је повећана ефикасност електронског надзора. Такође, са усавршавањем мобилне телефоније постаје могућ надзор преко мобилног телефона снабдеженог нарочитим сензорима. Тако се развија систем популарно назван тзв. *electronic "tracking"*.

Глобални систем позиционирања значи да се посредством сателита и преко мрежа великих станица прати мобилна фреквенција уређаја индивидуалног корисника који се надгледа. Преко сателита се одређује тачна локација покретног објекта у реалном времену, при чему објект може бити надзиран све време током 24 часа, што је посебно корисно уколико се лице налази на пробацији или условном отпусту.

На европском простору иновације су омогућене развојем Galileo-стелитског система праћења фирме "Tracking" који такође омогућава тачну локацију објеката у простору. Али, у складу са све већим захтевима потенцијалних наручилаца, у међувремену је направљена и "трећа генерација" уређаја који не само да омогућава праћење кретања учесника у програму, него и директно реаговање из центра у случају д носилац уређаја предуземе неко забрањено понашање (на пример, примени насиље или покуша да учини сексуално кривично дело).

Тада уређај који он носи служи као "електронска батина": учинилац добија струјни удар или се укључује главни сигнал који га блокира и слично.⁴⁹²

⁴⁹¹ M.Black, R.G. Smith, *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology, Canberra, may 2003, str.

⁴⁹² S.Bergmann, *Training der burgerlichen Normzustandes Ethnographie zum Project elektronische Fuffessel*, Magisterarbeit fur Institut fur Kulturantropologie und Europaische Ethnologie, Universitat Frankfurt am Main, 2004, доступно на www.copyriot.com/electronic-monitoring, стр.3-4.

Предности ситема глобалног позиционирања искоришћене су данас тако да се учесник у програму не надгледа само док се креће у кући или у дозвољеном радијусу, него и тзв. "врелим зонама", у којим му је забрањено да се креће (на пример, да прилази особи коју је злостављао или детету). Тако је праћење добило нову функцију заштите жртава насиља у породици или других сличних дела код којих је учиниоцу одлуком суда забрањено да прилази жртви.

ДЕСЕТА ГЛАВА

Х ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПИСМА, ТЕЛЕГРАМА И ДРУГИХ ПОШИЉКИ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Задржавање и предаја писама и телеграма и других пошиљки

У члану 41. Устава Републике Србије предвиђено је :

«Тајност писама и других средстава комуницирања је неповредива.

Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности

Републике Србије, на начин предвиђен законом.»

Члан 41.став.2 Устава Републике Србије приликом ограничења права на тајност (приватност) писама и других пошиљки, уздиже временску ограниченост (привременост), судски надзор и легалитет на ранг уставних начела. Према чл.41.ст.2 Устава постоје само два алтернативна, додуше доста широко формулисана, разлога или основа за ограничење права на тајност писама и других пошиљки. Први, 1) « када је то неопходно ради вођења кривичног поступка» и други, ради 2) «заштите безбедности Републике Србије».

Према чл.85 ст.1 ЗКП-а, истражни судија може сам или на предлог јавног тужиоца, наредити да поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за пренос информација задрже и њему, уз потврду пријема, предају писма, телеграме и друге пошиљке које су упућене **окривљеном** или које он шаље. Иако се у члану 85.ст.1. говори о **окривљеном** нема разлога да се ова мера не примени и на **осумњиченог** у преткривичном поступку (с тим што би и у том случају био неопходан предлог јавног тужиоца).

Разлог за овакво поступање истражног судије и у односу на окривљеног предвиђа сам закон – ако постоје околности због којих се са основом може очекивати да ће наведене пошиљке **послужити као доказ у поступку**. То значи да су у ставу 1 чл. 85 ЗКП-а испуњена уставна начела судског надзора и легалитета, као и први разлог за ограничење права на тајност писама и других пошиљки, тј. ради вођења кривичног поступка. Такве пошиљке отвара истражни судија у присуству два сведока, о чему се саставља записник. **Ваља приметити да обавеза присуствова два сведока није уставна већ законска категорија.** При отварању ће се пазити да се не повреди печати, док ће се адресе и омоти сачувати(чл.85 ст.2 ЗКП).

Уколико интереси поступка дозвољавају, садржај пошиљке се може саопштити у целини или делимично окривљеном (осумњиченом), односно лицу коме је она упућена, а може му се пошиљка и предати. Ако је окривљени (осумњичени) одсутан, пошиљка ће бити враћена пошалоциу, под условом да се то не противи интересима поступка(чл.85. ст.3 ЗКП). Дакле ако окривљени није присутан садржај пошиљки се не може саопштити, нити се оне могу предати његовим блиским сродницима, већ се оне морају вратити пошалоциу. Другачији поступак вређао би **право на приватност окривљеног**.

Узапћење поштанских пошиљки по овом члану може бити у поступку за свако дело за које се гони по службеној дужности, без обзира на то пред којим судом тече поступак. Ова мера се преиспитује на свака *три месеца*, а може трајати најдуже *девет месеци*.⁴⁹³ Спровођење мере се прекида чим престану разлози за њихову примену (чл.85 ст.4 ЗКП). То значи да је последњим ставом чл.85 ЗКП испуњено и последње уставно начело за примену ове мере, а то је њена временска ограниченост.

Према чл.150 ст. 4 ЗКП притвореник се може дописивати с лицима ван затвора са знањем и **под надзором истражног судије**. Формулација да се притвореник може дописивати под надзором истражног судије значи да истражни судија под условом из чл. 85.ст.1 ЗКП⁴⁹⁴ може отворити притвореникову пошту. Истражни судија може забранити слање и примање писама и других пошиљки штетних за вођење поступка. Против решења истражног судије притвореник може изјавити жалбу која не задржава извршење решења.

Међутим, наведена забрана не односи се на преписку притвореника са својим браниоцем, осим ако ЗКП-ом није прописано другачије, као и писма које притвореник шаље међународним судовима, међународним организацијама које баве заштитом људских права, заштитнику грађана и домаћим органима законодавне, судске и извршне власти, или их од њих прима (чл.150.ст.5 ЗКП).

Не може се забранити ни слање молбе, притужбе или жалбе лица лишеног слободе или притвореног лица. *Оваква писмена шаљу се и примају у запечаћеној коверти, која се затвара и отвара пред притвореником и то само у циљу прегледа садржаја коверте, а не и садржаја писмена.* (чл.150.ст.6 ЗКП).

Поставља се питање, а и у пракси је било случајева, да ли као доказ могу послужити писма која је притвореник мимо притворских органа и предвиђене процедуре браниоцу и укућанима упутио тајним каналима па таква писма на неки начин доспеју до суда(нпр ако је писмо упућено преко других притвореника који су пошалоциу обећали да ће тајним каналима писма доставити браниоцу или његовим укућанима а у ствари та писма предају затворским властима чији су сарадници или једноставно затворске власти приликом пресецања тајних канала доставе пронађу ова писма).

⁴⁹³ Притвор у истрази може трајати најдуже шест месеци, и то кад су у питању најтежа кривична дела.

⁴⁹⁴ Ако постоје околности због којих се са основом може очекивати да ће наведене пошиљке послужити као доказ у поступку

Према пракси Европског суда за људска права читање поште коју затвореник прима од адвоката и коју овом шаље може једино бити допуштено у изузетним околностима, када органи власти имају разуман основ да верују како се ова повластица злоупотребљава јер њен садржај угрожава безбедносне мере у затвору или друге људе, или су на неки други начин кривичне природе.

«Разуман основ» се процењује на основу околности и претпоставља постојање чињеница или обавештења која би уверила објективног посматрача да је повлашћени начин комуникације злоупотребљен. Тако је у случају *Golder*⁴⁹⁵ Суд заузео став да иако казна лишења слободе по својој природи претпоставља ограничења у вршењу права на приватан и породичан живот, право затвореника на нецензурисану преписку са адвокатом или судом не трпи ограничења, пошто је то главно средство које он може користити како би остварио своја права. Као што је речено, у таквој ситуацији, власти могу отворити писмо затвореника само онда када имају разуман разлог да верују да његов садржај угрожава безбедност затвора, сигурност других лица или онда када је писмо по својој природи криминално.⁴⁹⁶

У наведеном примеру, тј. ако притвореник писмо покуша да пошаље мимо затворских власти тј. на противправан начин, па ако затворске власти до њега ипак дођу, оно се као доказ може користити у кривичном поступку јер његово задржавање и отварање не би било неовлашћено. И по правилима ЗКП (пошто је писмо послато мимо затворских власти и предвиђене процедуре из чл 150 ст.6 ЗКП) и према ставу Европског суда за људска права (јер кад се писмо шаље тајним каналима затворске власти имају разуман разлог да верују да његов садржај може угрожавати безбедност затвора или сигурност других лица) задржавање и отварање писама која су послата на противправан начин не би било неовлашћено, тј. задржавањем и отварањем оваквог писмена не би била испуњена обележја кривичног дела повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ, а чим задржавање и отварање оваквог писмена нема обележја кривичног дела то значи да оно може послужити као доказ. Наравно у складу са чл.41 устава Република Србије потребно је и да суд доносе одлуку да се ово писмено изведе као доказ. Ипак треба правити разлику између писама које је затвореник упутио тајним каналима и писама које су рецимо током претреса пронађена у његовој ћелији. За ова задња задржавање и читање не би било овлашћено јер је притвореник можда тек завршио са њиховим писањем и имао намеру да их пошаље легалним каналима.

Овде се може поставити и питање валидности сведочења других притвореника у поступку за кривично дело за које се суди неком од њих, тј. о сведочењу о стварима које је окривљени испричао осталим притвореницима везано за конкретно кривично дело, рецимо ако притвореник призна цимеру из ћелије да је извршио кривично дело за које се терети.

⁴⁹⁵ *Golder v the United Kingdom* (1975).

⁴⁹⁶ *Campbell v the United Kingdom* (1992).

У ЗКП-у нема одредбе које би бранила да се притвореници саслушају као сведоци везано за чињенице које су сазнали у притвору али ствар слободног судијског уверења колико ће оваквим искозима поколонити веру. Овакви искази, уколико су праћени материјалним доказима (нпр. указивањем на место где се налази леш, дрога или опљачкане ствари) могу се показати као веродостојни.

После подигнуте оптужнице, до правоснажности пресуде, наведена овлашћења уместо истражног судије врши председник већа (чл.85.ст.7 ЗКП).

2. Нови ЗКП

У чл.166 **новог** ЗКП-а предвиђено је да ако су испуњени материјални услови из чл. 161 ст.1 и 2 на образложени предлог јавног тужиоца суд може одредити надзор и снимање комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзор електронске или друге адресе осумњиченог **и заплону писама и других пошиљки.**

Дакле, у чл.161 ст.1 и 2 **новог** ЗКП-а предвиђени су **материјални услови** за заплону писама и других пошиљки осумњиченог.

1) услов који се односи на врсту кривичног дела – неопходно је да постоје **основи сумње** да је учињено кривично дело из чл.162 **новог** ЗКП-а, и

2) услов који се односи на доказне тешкоће из којих произилази да су ове посебне доказне радње својеврсни доказни *ultima ratio*⁴⁹⁷ – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Заплена писама и других пошиљки осумњиченог изузетно се може одредити и ако постоје **основи сумње** да се припрема неко кривично дело из чл.новог 162 ЗКП-а, а околности случаја указују да се такво кривично дело на други начин:

- 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би
- 2) то изазвало несразмерне тешкоће, односно велику опасност.

Формални услови за заплону писама и других пошиљки осумњиченог према чл.166 и 167 **новог** ЗКП-а су:

- 1) Постојање одговарајуће процесне иницијативе у виду образложеног предлога јавног тужиоца, и
- 2) Доношење одлуке (наредбе) судије за претходни поступак (у важећем ЗКП-у то је истражни судија) којом се наређује заплена писама и других пошиљки осумњиченог

⁴⁹⁷ «Крајње средство»

Материјални услови за примену заплене писама и других пошиљки осумњиченог из чл.161 новог ЗКП-а различити су од материјалних услова предвиђених важећим ЗКП-ом. Материјални услов за примену ове мере према чл.85 важећег ЗКП-а је **постојање околности због којих се са основом може очекивати да ће ове пошиљке послужити као доказ у поступку** а према чл.161 ст.1 и 2 материјални услов за примену ове мере су **постојање основа сумње** да је учињено кривично дело из чл.162 новог ЗКП-а и да се **на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.**

Из наведених материјалних услова за примену ове мере код старог и новог ЗКП-а упечатљива разлика је да је према чл. 85 важећег ЗКП примена ове мере могућа у поступку **за свако дело за које се гони по службеној дужности**, а према чл.161,162 и 166 новог ЗКП-а **само за дела која су наведена у чл. 162 новог ЗКП-а.**

Даља разлика је да према члану 85 ст.1 важећег ЗКП-а, истражни судија **може сам или на предлог јавног тужиоца**, наредити да поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за пренос информација задрже и њему, уз потврду пријема, предају писма, телеграме и друге пошиљке које су упућене **окривљеном** или које он шаље. Према чл.166 и 167 новог ЗКП **судија за претходни поступак примену ове мере не може наредити сам** већ само на основу образложеног предлога јавног тужиоца. Иако се у члану 85.ст.1. важећег ЗКП говори о **окривљеном** нема разлога да се ова мера не примењује и на **осумњиченог** у преткривичном поступку (с тим што би и у том случају био неопходан предлог јавног тужиоца), али је ипак **боље** што је у **новом** ЗКП-у изричито предвиђено да се ова мера може применити и **на осумњиченог.**

Разлика новог у односу на важећи ЗКП је и у томе што према важећем ЗКП-у (85.ст.2) овакве пошиљке отвара истражни судија **у присуству два сведока**, о чему се саставља записник. Међутим, **обавеза присуствова два сведока није уставна већ законска категорија**, па нема сметње што у **чл.166 новог ЗКП-а** **обавеза присуства два сведока није предвиђена као услов приликом отварања писма или других пошиљки осумњиченог.**

Разлика између старог и новог ЗКП-а је и у томе што се према чл.85 ст.4 важећег ЗКП-а ова мера се преиспитује на свака три месеца и може трајати најдуже **девет месеци**.⁴⁹⁸, а према чл.167 ст.3 новог ЗКП ова мера може трајати **најдуже дванаест месеци**, тј. исто као и остале посебне доказне радње из новог ЗКП-а.

⁴⁹⁸ Притвор у истрази може трајати најдуже шест месеци, и то кад су у питању најтежа кривична дела.

Новина је и што у чл.220 ст.2 новог ЗКП-а за разлику од чл.150 ст.6 важећег ЗКП-а нису предвиђена правила слања и примања односно отварања притвореникове поште. У чл. 150 ст.6 важећег ЗКП-а предвиђено је да се молбе притужбе или жалбе притвореника *шаљу и примају у запечаћеној коверти, која се затвара и отвара пред притвореником и то само у циљу прегледа садржаја коверте, а не и садржаја писмена*, док ово правило није предвиђено и у чл.220 ст.2 новог ЗКП-а, што са становишта права на приватност сматрамо пропустом.

Генерална новина у односу на важећи ЗКП је што су у чл. 166 новог ЗКП-а материјални и формални услови за примену мере заплене писама или других пошиљки осумњиченог исти као и услови за примену мере надзора и снимања комуникација осумњиченог.

3. Пракса европског суда за људска права

Европска комисија за људска права (Комисија) је дуго времена сматрала, да поред ограничења наведених у ству 2, члана 8 ЕКЉП, право на поштовање преписке може бити подложно и имплицитним ограничењима. Она је, наиме, била мишљења да специјални правни статус затвореника, лица у притвору, пацијената у психијатријским устновама, војника и државних службеника подразумева мањи обим права и слобода гарантованих европском конвенцијом, у односу на лица која не припадају тим категоријама. Тако се, према овој доктрини, сматрало да право на поштовање преписке има ограничени карактер за затворенике, с обзиром на инхерентна ограничења која извршење казне затвора укључује у остваривање овог права.⁴⁹⁹

Европски суд за људска права је, међутим, одбацио доктрину "инхерентних ограничења" Комисије, тј. схватање да издржавање казне затвора претпоставља имплицитно уграђена ограничења у остваривању права на поштовање преписке. Он је усвојио став, да држава може припадност одређеној категорији - нпр. затворској популацији у конкретном случају - узети у обзир приликом ограничавања права и слобода, али да се затворенику, када је у питању право на поштовање преписке, могу наметнути само она ограничења која су изричито наведена у ству 2 члана 8 ЕКЉП. Дакле, рестрикције не могу бити наметнуте затворенику као прикривена санкција, тј. имати карактер додатног кажњавања.

Према пракси Суда ометање комуникације врши се у виду цензуре или стопирања писма,⁵⁰⁰ било да је оно послато или да је примљено. Односи се и на ометање започињења комуникације, на пример у ситуацијама када власти ограниче или забране лицу лишеном слободе комуникацију са спољним светом, или када му учине недоступним прибор за писање.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ Представка бр.2375/64, *X против Савезне Републике Немачке*, Збирка 22 (1967), стр.45; представка бр. 2749/66, *Kenneth Hugh de Courcy v the United Kingdom*, Годишњак Н (1967), стр.388.

⁵⁰⁰ *Silver v the United Kingdom* (Nos. 5947/72;6205/73;7052/75;7061/75;7107/75;7113/75;7136/75), 1983.

⁵⁰¹ *Cotlet v Romania* (No.38565/97),2003.

У највећем броју предмета, Суд је разматрао случајеве ометања преписке затвореника са спољним светом. Тако је Суд имао прилике да закључи да је суштина чл.6 ЕКЉП испуњење процесноправних претпоставки током суђења, како би се обезбедило поштено суђење. Према томе, ометање и цензура комуникације лица лишеног слободе са својим адвокатом представља кршење и чл.6 и чл. 8 ЕКЉП.⁵⁰² Ово право мора бити заштићено и у ситуацији када клијент још није ангажовао адвоката али путем писмене комуникације ради на томе да дође до заснивања клијентског односа.⁵⁰³ Исто правило односи се и на ометање преписке затвореника са институцијом омбудсмана,⁵⁰⁴ неком другом домаћом институцијом⁵⁰⁵ или међународним телом које се бави заштитом људских права.⁵⁰⁶

У случају *Radaj v Poland* Суд је истакао да пракса отварања и читања писма затвореника доводи до ометања права на поштовање преписке у виду кршења чл.8 ЕКЉП, али исто тако и до ометања делотворности система индивидуалних представки гарантованих чл.34 ЕКЉП. На овај начин, онемогућава се слободна комуникација између лица и Суда која није изложена контроли и притисцима домаће власти и зато оваква пракса мора бити у најкраћем року измењена.⁵⁰⁷

У случају *Campbell v Уједињено Краљевство*⁵⁰⁸, предлагач се жалио да су му преписку са адвокатом и Европском комисијом за људска права отварао и читала службена лица у затвору, супротно чл.8 ЕКЉП. У својој пресуди Суд је напоменуо следеће:

«... одмах на почетку своје жалбе Комисији, упућене 14.јануара 1986.г., предлагач се жалио да је његова преписка са адвокатом и Европском комисијом за људска права редовно подвргавана контроли утолико што је отворана, испитивана, пажљиво прегледана и цензурисана од стране службених лица у затвору.» Он је додао да су му били ограничени контакти са адвокатом и Комисијом зато што је знао да ће « ову преписку читати и евидентирати службена лица у затвору.»

Суд сем тога напомиње како влада није спорила да предлагачева примљена и послата преписка с адвокатом, поред оне која се односи на тужбени захтев комисији, може по затворским правилима бити прегледана. И заиста, одговарајући орган обавестио је предлагача и његовог адвоката да ова преписка подлеже затворским правилима која предвиђају отварање и читање таквих писама. У овим околностима предлагач може тврдити да је био жртва мешања у његово право на поштовање преписке по чл.8 ЕКЉП. Суд је сматрао, у овом случају, да отварање и читање предлагачеве преписке са адвокатом и отварање писма примљених од Комисије није представљало било какву нужну друштвену потребу и да стога све то није било «неопходно у демократском друштву» у смислу члана 8 став 2 ЕКЉП.

⁵⁰² *Calogero Diana v Italy* (No. 15211/89), 1996.

⁵⁰³ *Schonenberger and Durmaz v Switzerland* (No.11368/85), 1985.

⁵⁰⁴ *Niedbala v Poland* (No.27915/95), 2002.

⁵⁰⁵ *William Faulkner v the United Kingdom* (No. 37471/97),2002.

⁵⁰⁶ *Puzians v Lithuania* (No. 44800/98),2002.

⁵⁰⁷ *Radaj v Poland* (No.29537/95; 35453/97), 2002

⁵⁰⁸ Пресуда од 25.марта 1992.г., серија А бр.233, стр.16.

Међутим, ометање преписке може бити оправдано уколико је испуњен трипартитни тест, установљен у предмету *Rinzivillo v Италија*⁵⁰⁹.

1.Први услов је да контрола преписке мора бити предвиђена законом. Суд је изнео мишљење да таква законска мера мора бити у довољној мери прецизна. У пресуди у случају *Caloger Diana v Италија*⁵¹⁰, који се односио на контролу поште предлагача, коју је наложио судија одговоран за извршење изречених казни, Суд је заузео следећи став:

Суд поново напомиње да није могуће, и поред тога што закон који даје дискреционо право мора назначити подручје примене тог права, постићи апсолутну сигурност при састављању закона, и вероватно би се у потрази за сигурношћу показала претерана крутост. У овом случају, ипак, Закон бр.354 органима власти допушта превелику ширину. Конкретно, у њему се само идентификује категорија лица чија се преписка може цензурисати као и надлежни суд, а да се **не наводе трајање мере или разлози који ту меру оправдавају**. Све у свему, италијански закон не показује у разумној мери јасно подручје примене и начин вршења релевантног дискреционог права које је дат органима власти, тако да г. *Diana* није уживао минимални степен заштите на коју грађани имају право сходно начелима владавине права у демократском друштву.

Суд је заузео сличан став и у случају *Petra v Румунија*⁵¹¹, где је Суд изнео мишљење да је закон оставио органима власти превелику ширину, тиме што је рестриктиван, и нарочито, што је уопштено назначио да осуђени затвореници имају право да примају и шаљу преписку и што службеним лицима у затвору дају овлашћење да задрже било које писмо или новине, књигу или часопис који није целисходан за рехабилитацију осуђеног затвореника, тако да се контрола преписке изгледа врши по аутоматизму, без обзира на било какву одлуку судског органа, и није подложна било каквом правном леку.

2.Други услов је да до ометања преписке може доћи само ради заштите националне безбедности, и ради превенције нереда или криминала.

3.Треће, оваква мера мора бити неопходна, односно морају постојати чињенице или информације које би објективном посматрачу указале на постојање злоупотребе привилегованих канала комуникације.⁵¹² У случају *Campbell v the United Kingdom*⁵¹³ Суд је разматарао питање потребе да се врши контрола преписке са адвокатом:

... појам неопходности подразумева да се мешање мора односити на хитну друштвену потребу и, конкретно, да је у сразмери са легитимним циљем којем се тежи.

⁵⁰⁹ Пресуда од 21.децембара 2000 (No.31543/96),

⁵¹⁰ Пресуда од 15.новембра 1996.године, (No бр.1521/89).

⁵¹¹ Пресуда од 23.септембра 1998.г. (No 27273/95).

⁵¹² *Fox, Campbell and Hartley v the United Kingdom* (No.12244/86;12245/86;12383/86), 1990, пар.32.

⁵¹³ Пресуда од 25.марта 1992.г. (серија А бр.233, стр. 18 и 19, ставови 44-48).

При утврђивању да ли је мешање»неопходно у демократском друштву» може се водити рачуна о извесној слободи процене коју има држава. Мора се признати да је потребна извесна мера контроле затвореникове преписке и да то није у супротности са Конвенцијом, с тим да се мора водити рачуна о уобичајеним и разумним затворским условима. При процени допуштене мере такве контроле уопште, не треба ипак испустити из вида да је писање и пријем писама понекад једина затвореникова веза са спољним светом. Сасвим је јасно да би у општем интересу било да сваком лицу које жели да консултује адвоката допустити да то учини под условима који погодују пуном и неометаном разговору.

Доиста, у својој пресуди у случају *S v Швајцарска*⁵¹⁴ Суд је истакао важност затворениковог права да одржава контакт са својим заступником ван домашаја затворских органа. Сматра се, у смислу члана 6 ЕКЉП, да ако адвокат не би био у стању да разговара са својим клијентом без надзора и од њега прими поверљива упутства, његова помоћ не би била од неке велике користи, с обзиром на чињеницу да је сврха Конвенције да зајемчи права која су практична и делотворна. По мишљењу Суда, слични разлози постоје и када је у питању затвореникова преписка са адвокатом око предстојећег судског поступка или оног који је у току где је потреба за тајношћу подједнако важна, нарочито када се преписка односи, као у овом случају, на тврдње и жалбе на поступање затворских органа. Подложност такве преписке рутинским прегледима, нарочито од стране појединаца или органа који су можда непосредно заинтересовани за предмет који се у њој износи, није у складу са начелима тајности и професионалне повластице који припадају односу између адвоката и његовог клијента.

Као што је познато, што је и влада истакла, тешко је повући граничну линију између поште која се односи на предстојећи судски поступак и оне која је опште природе, а преписка са адвокатом се може тицати питања која имају мало или нимало везе са судским поступком. И поред свега, Суд не види разлог због којег не би правио разлику између различитих категорија преписке са адвокатом која се, без обзира на сврху, тиче питања која су приватног и поверљивог карактера. У начелу, таква писма су заштићена на основу чл.8 ЕКЉП. Ово значи да затворски органи могу отворити писмо које је адвокат упутио затворенику када постоји разуман основ за веровање да се у њему налази незаконит садржај који се не може открити уобичајеним средствима. **Писмо се, ипак може отворити, али не и прочитати.** Требало би обезбедити одговарајућа јемстава да писмо неће бити прочитано; на пример да се оно отвори у присуству затвореника.

Читање поште коју затвореник прима од адвоката и коју овом шаље, с друге стране, може једино бити допуштено у изузетним околностима, када органи власти имају разуман основ да верују како се ова повластица злоупотребљава јер њен **садржај угрожава безбедносне мере у затвору или друге људе, или су на неки други начин кривичне природе.** «Разуман основ» се процењује на основу околности и претпоставља постојање чињеница или обавештења која би уверила објективног посматрача да је повлашћени начин комуникације злоупотребљен.

⁵¹⁴ Пресуда од 28. новембра 1999. г. (серија А бр. 220, стр. 15 и 16, став 48).

Слично је било и у случају *Golder*⁵¹⁵, где је Суд заузео став да иако казна лишења слободе по својој природи претпоставља ограничења у вршењу права на приватан и породичан живот, право затвореника на нецензурисану преписку са адвокатом или судом не трпи ограничења, пошто је то главно средство које он може користити како би остварио своја права. Као што је речено, у таквој ситуацији, власти могу **отворити писмо затвореника само онда када имају разуман разлог да верују да његов садржај угрожава безбедност затвора, сигурност других лица или онда када је писмо по својој природи криминално.**⁵¹⁶

Тако писма приватне садржине могу бити отворана само онда када **садрже претњу насиљем или дискусију о неким кривичним активностима**, док ће у другим ситуацијама таква мера бити супротна чл.8 ЕКЉП.⁵¹⁷ Ипак, под ова ограничења никако се не може подвести ситуација у којој адвокат саветује свог клијента да се брани ћутањем. Исти принцип примењује се и на притворена лица.⁵¹⁸

У вези с тим, треба поменути пресуду у случају *Silver и др. v Уједињено Краљевство*⁵¹⁹ где је Суд прихватио изузетке од члана 8 ст.2 ЕКЉП. Суд је сматрао да су затворски органи могли да задрже писма једног од притвореника како би трајно спречили избијање нереди. Између осталог, Суд је напоменуо следеће:

«Писма *г. Cooper-a*, бр.28-31, одузета су не само због тога што се служио веома непримереним речником већ и зато што су се у њима износиле претње насиљем. Његов заступник је оспоравао мишљење Комисије да је мешање у његову преписку било «неопходно» по другом основу. Суд се слаже са мишљењем Комисије. У писмима бр.28-30 јасно су изречене претње, док се писмо бр.31 може сматрати наставком онога што је речено у претходнима. По мишљењу Суда, надлежни органи имали су довољно разлога да закључе како је неопходно одузети та писма «да би се спречио неред и злочин», у смислу чл.8 ст.2 ЕКЉП.

У посебном смислу поставља се питање права на тајност пошљици притворених лица осумњичених за тероризам. Суд је то истакао у случају *Erdem v Germany*⁵²⁰ :

«Данас се демократска друштва осећају угроженим од крајње софистицираних облика шпијунаже и тероризма, и, да би се ефикасно борила против таквих претњи, држава мора бити у могућности да предузме тајно надгледање субверзивних елемената који се налазе под њеном јурисдикцијом.

⁵¹⁵ *Golder v the United Kingdom* (1975).

⁵¹⁶ *Campbell v the United Kingdom* (1992).

⁵¹⁷ *Boyle and Rice v the United Kingdom* (No.9659/82;9658/82), 1998.

⁵¹⁸ *Schonenberg i Durmaz v Switzerland* (1988).

⁵¹⁹ Пресуда од 25 марта 1983.г. (Серија А бр.61,стр.40, став 103).

⁵²⁰ *Erdem v Germany*(No.38321/97), пар.64.

Зато Суд, у изузетним околностима, прихвата постојање закона којим се дозвољава тајни надзор писама, пошта и телекомуникација што јесте неопходно у демократском друштву, у интересу националне безбедности и/или превенције криминала.»

Међутим, и поред овог признања, Суд сматра да комуникација између затвореника и адвоката представља фундаментално право лица лишеног слободе, и да непосредно утиче на право на одбрану. Управо из тог разлога, као што је то Суд претходно изнео, може се у посебним случајевима уз овлашћење одступити од тог начела, али се при том морају пружити довољна јемства против злоупотреба, па ометање ове комуникације мора бити изузетно и мора бити праћено адекватним и довољним гаранцијама против било које злоупотребе.

Генерална контрола писама, која није временски ограничена и која нема унапред утврђене разлоге за спровођење, сматра се незаконитом.⁵²¹ Такође, власти нису у обавези да доставе затворенику писмо или новине, књигу или магазин који није у складу са процесом његове рехабилитације, осим уколико оваква мера није прешироко постављена и без могућности да је преиспита неко независно тело.⁵²² Међутим, онемогућавање иницирања преписке затворенику, нпр. путем обезбеђивања прибора, не може се никако правдати превенцијом од нереда или криминала.⁵²³

У предмету *Стојановић против Србије*⁵²⁴ подносилац представке се између осталог жалио због мешања затворских органа у његову преписку са Судом, као и са разним домаћим телима. Суд је у поступку утврдио да је дописом од 21.јула 2004.године Здравствена инспекција обавестила подносиоца представке о покрићу његовог здравственог осигурања. Овај допис имао је печат затвора од 22.јула 2004.г. и регистарски број 713/9033. На допису подносиоца представке од 10.августа 2004.г., који је упутио Суду, такође се налазио печат затвора од 10.августа 2004.г., као и регистарски број 24/9684. Дописом од 21. децембра 2004.г., између осталог, Секретаријат Суда је на српском језику обавестио подносиоца представке о наведеном печату, претпостављајући да он можда не зна за то. У каснијем допису од 11 јануара 2005.г., подносилац представке је навео да је сва његова преписка са Судом, као и са другим телима, морала да прође кроз затворску управу, где је отворана, и да је наводно то била стандардна пракса на основу важећих законских прописа. Овај допис је такође имао печат затвора од 11 јануара 2005.г., и регистарски број 24/67. Подносилац представке је у јуну 2006.г. доставио Суду изјаву коју је потписало 78 затвореника којом се потврђује, између осталог, да су затворски органи рутински отварали њихову преписку.

⁵²¹ *Lavents v Latvia* (2002).

⁵²² *Petra v Romania* (No.27273/95), 1998.

⁵²³ *Cotlet v Romania* (No.38565/97), 2003.

⁵²⁴ *Stojanovic v Serbia* (No.34425/04) од 19.маја 2009.г.

Влада је тврдила да није било повреде чл.8 Конвенције. Навела је да систем функционисао на следећи начин: 1) затвореници би достављали своју преписку у два примерка, 2) на други примерак би се затим стављао печат и датум, као одговор на њихове захтеве, и враћао би им се, и 3) први примерак би се стављао у коверат и прослеђивао на назначену адресу. Преписку затвореника на тај начин нису ни отварали ни читали затворски органи.

Влада је тврдила да се овај систем заснива на чл.65 ст.3 Закона о извршењу кривичних санкција из 1997.г.⁵²⁵, који се иако можда недовољно прецизан није могао тумачити тако да значи да се сва преписка затвореника мора аутоматски надгледати. Могуће кршење Конвенције није, како је влада тврдила, било последица намере законодавца, већ последица административне праксе која је утврђена пре него што је Конвенција ступила на снагу у односу на Србију. Влада је даље тврдила да је подносилац представке достављао отворене дописе затворским органима и није тражио да му се да коверат.⁵²⁶

Најзад, Влада је истакла да се мешање у преписку подносиоца представке предузимало како би се сачувала јавна безбедност и спречио криминал и потврдила да, у релевантном тренутку, судско разматрање овог мешања није било могуће.⁵²⁷ Међутим, ново затворско законодавство, у складу са стандардима Савета Европе, је касније усвојено.

Суд је оценио да пошто не постоји доказ да је подносилац представке икада пристао на праксу по којој су затвореници обавезни да достављају своја отворена писма затворским органима, и с обзиром на чињеницу да су они, такође, отварали и стављали печат на његову долазну преписку, Суд сматра да је јасно дошло до «мешања јавног органа» у остваривању права подносиоца представке на поштовање права на преписку зајамченог чланом 8 ст.1. Конвенције. Такво мешање ће повредити чл.8 сем ако је « у складу са законом», тежи једном или више законитих циљева о којима је реч у ставу 2 истог, и штавише, ако је «неопходно у демократском друштву». Израз « у складу са законом» , међутим, не захтева само усклађеност са домаћим правом, већ се, такође, односи и на квалитет права.

⁵²⁵ Чл.65 ст.3 ЗИКС из 1967.г.: « Осуђени поднеске прима и упућује преко завода».

⁵²⁶ Треба напоменути да се према важећем чл. 150 ст.6 садашњег ЗКП-, не може забранити слање молбе, притужбе или жалбе лица лишеног слободе или притвореног лица. Оваква писмена шаљу се и примају у запечаћеној коверти, која се затвара и отвара пред притвореником и то само у циљу прегледа садржаја коверте, а не и садржаја писмена.

⁵²⁷ Чл.103 ЗИКС из 1967.г.

«Осуђени има право притужбе управнику због повреде права или других неправилности које су

у заводу учињене према њему.

Притужбу је управник дужан да пажљиво испита и да о њој донесе решење.

Осуђени који не добије одговор на притужбу или није задовољан донетим решењем има право

да поднесе писмену представку директору управе (за извршење кривичних санкција).

Осуђени има право да без присуства запослених и постављених лица у заводу притужи

овлашћеном лицу које надзире рад завода.

Садржина представке представља тајну.»

Домаће право мора да назначи са довољном јасноћом обим и начин остваривања релевантног дискреционог права које имају јавни органи како би се појединцима обезбедио минимални ниво заштите на коју имају право у једном демократском друштву.

У вези са предметним случајем Суд примећује да су и чл.19. Устава Србије из 1990.г. и чл.24 ст.1 и 2. Повеље о људским и мањинским правима и грађанским слободама, који су били на снази у релевантном тренутку, предвиђали да се нико не може мешати у нечију преписку у одсуству одређене судске одлуке у том смислу. Пошто таква одлука никада није донета у вези са подносиоцем представке, а затворски прописи на снази су и сами били нејасни у том смислу, произилази да мешање на које се жали подносиоц није било « у складу са законом» у материјалном тренутку.

С обзиром на претходни закључак, Суд не сматра да је неопходно да се утврди да ли су поштовани остали захтеви из става 2 члана 8 Конвенције. Сходно томе, Суд закључује да је дошло до повреде чл. 8 Конвенције.

Интересантно је **делимично сагласно мишљење** *ad hoc* судије Миленка Креће са наведеном пресудом. Судија Миленко Крећа навео је да је у предмету *Хорват против Хрватске*⁵²⁸ подносилац представке тврдио да су затворски органи отварају његову преписку са Судом, чиме је повређено његово право утврђено према чл.8 Конвенције. Влада је ставила примедбу да «подносилац представке није исцрпео домаћа правна средства, јер своју притужбу није упутио домаћим органима, као што је Управа затвора у Вараждину или судији задуженом за извршење казни».

Суд је у пресуди утврдио да:

«... подносилац представке није упутио притужбу у вези са отварањем његове преписке ниједном домаћем органу, иако је према одељку 15(2) Закона о спровођењу затворских казни могао да поднесе такву притужбу или управнику Затвора у Вараждину, судији надлежном за спровођење казни или Управи тог затвора».

Из овог следи закључак да:

«... у вези са овом притужбом подносилац представке није исцрпео домаћа правна средства и да се због тога ова притужба мора одбацити у складу са чл.35 ст.1 и 4. Конвенције».

Судија Миленко Крећа наводи да се подразумева да Суд има овлашћење да одступи од своје претходне одлуке, али Суд ово овлашћење треба да остварује из доброг разлога.

⁵²⁸ Представка број 8883/04, пресуда од 14 јуна 2007.године.

Претпостављено овлашћење претходне одлуке не постоји када се предмети, засновани на различитим начелима, разликују. У вези са овим предметима – Хорват против Хрватске и Стојановић против Србије – изгледа да постоји скоро исти идентитет релевантних елемената и чињеничног и законског оквира. Судија Крећа наглашава да је чињеница да према законима Хрватске, осим управнику затвора и Управи затвора подносилац представке може, такође, да се обрати судији надлежном за извршење казни, овде ирелевантна. У пресуди Хорвта против Хрватске, Суд је алтернативно назначио могуће адресе на које је подносилац представке могао поднети притужбу. То јасно и недвосмислено значи да је притужба поднета на једну од горе наведених адреса делотворно правно средство у сврху члана 35 Конвенције. Или, да су, ако применимо прецедентно овлашћење у пресуди Суда у предмету Хорват против Хрватске на овај конкретан случај, административна средства, како је предвиђено Законом о извршењу кривичних санкција, делотворна правна средства.

Судија Миленко Крећа наводи да ни додатна тврдња већине да је «сама Влада признала да је наводно мешање проистекло из административне праксе» не чине се од одлучујуће важности у овом конкретном контексту. Признање је првенствено изражено на апстрактан начин, као одбрана, а не као доказима поткрепљено и званично признање. Штавише, чак и под претпоставком да је отварање преписке била административна пракса, сама та чињеница није разлог да се притужба вишим административним структурама дисквалификује као делотворна. Пракса нижих административних структура да отварају преписку је једно, при чему је пракса, било да је утврђена или оправдано могућа, виших структура, које имају овлашћење да цензуришу пошту заснована на посебним правилима, нешто сасвим друго.

4. Кривично дело повреда тајности писама и других пошиљки (чл.142 КЗ)

Заштитни објект овог кривичног дела јесте право на поштовање приватности преписке. Право на поштовање нечије преписке представља право на непрекинуту и нецензурисану комуникацију са другим лицима. "Преписка" у смислу чл.8 ЕКЉП се тумачи екстензивно, тако да обухвата читав поступак комуникације, почев од одашиљање писмена, средство саме комуникације, пријем писмена, као и његову садржину. Под преписком се подразумева свака врста саопштења која потиче од појединца, било да је она упућена другом појединцу или, пак, државним органима.⁵²⁹

У облике преписке спадају и сви начини саопштавања који се не чине писмено *stricto sensu*, као што су е-маил и друге врсте интернет комуникација⁵³⁰.

Поштовање преписке подразумева сваку забрану контроле, цензуре, задржавања писама и других саопштења, њиховог отварања и читања, коју би вршили државни органи.⁵³¹ У принципу, свако цензурисање кореспонденције представља повреду из чл.8,ст.1 Конвенције и захтева посебно оправдање базирано на разлозима наведеним у ставу 2 истог члана. У цензурисање би спадало копирање саопштења⁵³², брисање појединих делова и слично.

Најшира заштита пружа се комуникацији оствареној између адвоката и клијента који је лишен слободе. Ово право мора бити заштићено и у ситуацији када клијент још није ангажовао адвоката али путем писмене комуникације ради на томе да дође до заснивања клијентског односа.⁵³³

Кривично дело има два основна и један тежи облик.

Основни облик (став 1) може се извршити на више начина. Први начин јесте неовлашћено отварање туђег писма, телеграма, или каквог другог затвореног писмена или пошиљке или у повреди њихове тајности на други начин. То значи да се радња извршења састоји у отварању неког од наведеног објекта радње или у сазнавању њихове садржине на други начин (на пример, писмо се може читати, или се може сазнати садржај пошиљке и без њиховог отварања коришћењем посебних уређаја).

Други начин извршења првог основног облика јесте неовлашћено задржавање, прикривање, уништавање или предаја другом туђег писма, телеграма или друге пошиљке. Није од значаја да ли се учинилац упозно са садржајем писмена.

Трећи начин предузимања радње извршења првог основног облика јесте повреда тајности електронске поште или другог средства за телекомуникацију.

⁵²⁹ *Niemitz*, пресуда од 16.12.1992., Series A, No.251-B,br.32.

⁵³⁰ *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, пресуда од 22.10.2002,бр.18

⁵³¹ *Silver*, пресуда од 25.03.1983. series A, No.61, br.83

⁵³² *Foxley*, пресуда од 20.06.2000, бр.30.

⁵³³ *Schonenberger and Durmaz v. Switzerland* (No.37471/97),2002.

Објекат радње јесте туђе писмо, телеграм, затворено писмено, пошиљка, или електронска пошта. Писмена могу бити послата поштом, преко доставне књиге, преко трећег лица које лично доноси писмено (на пример судски позивар). Телеграм је писмено саопштење упућено путем телеграфског или радио телеграфског уређаја. У погледу објекта радње треба рећи да је прихваћено схватање да сви наведени предмети морају бити затворени, односно када њихов садржај није доступан било ком лицу. У вези с тим јавља се као спорно питање да ли постоји ово кривично дело када се ради о предметима који нису затворени и то нарочито код другог начина извршења првог основног облика кривичног дела (неовлашћено задржавање, прикривање, уништење или предаја другом), јер тај део инкриминације има и другу сврху осим заштите тајности, а то је да пошиљка буде уручена ономе коме је намењена. На пример, да ли постоји ово кривично дело када се ради о дописници, разгледници, честититки, или пак о обавештењу поште о приспелој пошиљци (препорученом писму, пакету). У погледу овог последњег, према схватању ОСБ⁵³⁴ неће постојати то кривично дело када неко лице неовлашћено узме и прикрије то обавештење. Изгледа да се тај став ипак може прихватити, јер је основни смисао и циљ целе инкриминације у заштити тајности тј. приватности писама или других пошиљки.⁵³⁵ Спорна је и ситуација када се нека од тих пошиљки, које иначе нису затворене, узме из закључаног сандучета за пријем поштанских пошиљки. Има аргумената да се под одређеним условима, ако се не ради о неком другом кривичном делу, у зависности од околности конкретног случаја узме да у тој ситуацији постоји ово кривично дело (чл.142 КЗ).⁵³⁶

Невлашћено значи да не постоји пристанак лица коме је писмо или друга пошиљка послата. Без знања и пристанка тог лица овлашћење може постојати само у случајевима предвиђеним уставом⁵³⁷ и ЗКП-ом⁵³⁸.

⁵³⁴ Кж. 3204/91.

⁵³⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, службени гласник, Београд, 2009.г., стр.392.

⁵³⁶ Ибид

⁵³⁷ На основу чл. 41 ст.2 Устава,Одступања су дозвољена само на одређено време и на основу одлу-

ке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

⁵³⁸ Према чл.85 ст.1 ЗКП-а, истражни судија може сам или на предлог јавног тужиоца, наредити да поштанска, телеграфска и друга предузећа, друштва и лица регистрована за пренос информација задрже и њему, уз потврду пријема, предају писма, телеграме и друге пошиљке које су упућене **окривљеном** или које он шаље. Иако се у члану 85.ст.1. говори о **окривљеном** нема разлога да се ова мера не примени и на **осумњиченог** у преткривичном поступку (с тим што би и у том случају био неопходан предлог јавног тужиоца). Разлог за овакво поступање истражног судије и у односу на окривљеног предвиђа сам закон – ако постоје околности због којих се са основном може очекивати да ће наведене пошиљке **послужити као доказ у поступку**. Према чл.150 ст. 4 ЗКП притвореник се може дописивати с лицима ван затвора са знањем и **под надзором истражног судије**. Сматрамо да формулација да се притвореник може дописивати под надзором истражног судије значи да истражни судија под условом из чл. 85.ст.1 ЗКП може отворити притвореникову пошту. Истражни судија може забранити слање и примање писама и других пошиљки штетних за вођење поступка. Против решења истражног судије притвореник може изјавити жалбу која не задржава извршење решења.Међутим, наведена забрана не односи се на преписку притвореника са својим браниоцем, осим ако ЗКП-ом није прописано другачије, као и писма које притвореник шаље међународним судовима, међународним организацијама које баве

Поставља се питање да ли ово кривично дело постоји у случају кад неко искористи одсутност неког лица да неовлашћено са стола или другог места узме мобилни телефон одсутног лица и прегледа његове смс поруке. С обзиром да је објекат радње овог кривичног дела туђе писмо, телеграм или какво друго затворено писмено или пошиљка, сматрамо да се смс поруке у мобилном телефону могу подвести под појам „затворено писмено“ и да овај облик повреде права на приватност може имати кривичноправну заштиту овог кривичног дела.

Други основни облик постоји онда када извршилац саопшти другоме садржину коју је сазнао повредом тајности туђег писма, телеграма или каквог другог затвореног писмена или пошиљке, или се том садржином послужи. То значи да је предуслов за постојање овог облика да је извршено дело из става 1 (ако је дело извршио исти извршилац постојаће само дело из става 2, што значи да се не би радило о стицају већ о привидном идеалном стицају, тј. постојаће само други облик који ће укључивати први као претходно некажњиво дело).

Спорна ситуација је у случају када исти учинилац отвори или другом лицу саопшти садржину више различитих писмена, напр. и туђих писама и туђих телеграма. Сматрамо да ће се у случају у којем се ради о истом оштећеном лицу (коме је отворено више различитих писмена, или је њихов садржај саопштен трећем лицу од стране истог учиниоца) радити о једном продуженом кривичном делу (чл. 61 ст 1 и 2 КЗ).⁵³⁹ У случају да се ради о више оштећених лица, постајаће стицај, јер у складу са чл.61 ст.2 КЗ кривична дела управљена према личности могу чинити продужено кривично дело само ако су учињена према истом лицу, а кривично дело повреда тајности писама и других пошиљки из чл. 142 КЗ штити права личности на поштовање тајности њихове преписке.

Учинилац у већини случајева има лични интерес да сазна садржину писмена које је упућено лицу које он познаје и има интерес да ту садржину саопшти другим лицима или да ту садржину искористи за остваривање неких својих циљева.

За постојање овог кривичног дела правно је ирелевантна намера са којом је учинилац поступао приликом сазнавања садржине, њеног преношења другим лицима или коришћењем тих сазнања за остваривање сопствених интереса. Битно је да је неовлашћено дошао до тих сазнања.

заштитом људских права, заштитнику грађана и домаћим органима законодавне, судске и извршне власти, или их од њих прима (чл.150.ст.5 ЗКП). Не може се забранити ни слање молбе, притужбе или жалбе лица лишеног слободе или притвореног лица. Оваква писмена шаљу се и примају у запечаћеној коверти, која се затвара и отвара пред притвореником и то само у циљу прегледа садржаја коверте, а не и садржаја писмена. (чл.150.ст.6 ЗКП).

⁵³⁹ Јер ће према истом оштећеном постојати и јединствен умишљај учиниоца, а према чл.61ст.1 КЗ-а за постојање продуженог кривичног дела потребно да постоје најмање две од следећих околности: истоветност оштећеног, истоврсност предмета дела, коришћење исте ситуације или истог трајног односа, јединства места или простора извршења дела или јединственог умишљаја учиниоца. Наравно, потребна је да постоји и временска повезаност која, због постојања најмање две наведене околности, представља целину.

За постојање оба основна облика кривичног дела неопходан је било директни, било евентуални умишљај. Умишљајем мора да буде обухваћена свест учиниоца да он неовлашћено поступа у односу на туђе писмо, телеграм, пошиљку, електронску пошту и друга писмена. За оба основна облика гоњење се предузима по приватној тужби (чл.153 ст.1 КЗ).

Тежи облик (став 3) постоји онд када је дело из става 1 или 2 извршено од стране службеног лица у вршењу службене дужности.

Учиниоца мора да поступа са умишљајем који обухвата свест да неовлашћено поступа са туђим писменом у вршењу службе. Такав случај постојаће нпр. ако поштоноша или други запослени у пошти изврши неку од радњи набројаних у ст. 1 и 2.

ЈЕДАНАЕСТА ГЛАВА

ХИ ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА О ЛИЧНОСТИ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Аутоматско рачунарско претраживање личних и других података

Ова истражна техника састоји се у аутоматизованом (компјутеризованом) претраживању идентификационих података одређених лица, који имају индицијални значај, односно сужавају круг осумњичених или упућују на евентуалног учиниоца кривичног дела. Приликом примене ове мере у упоредној правној пракси говори се још и о аутоматском рачунарском претраживању личних и других података, компјутерском срањивању података, растер прочешљавању и слично.

Ова посебна истражна радња означава се као растер потрага јер њен назив долази од речи растер, што значи контролно обележје. Растер прочешљавање је коришћење података који се налазе у приватним или јавним банкама података према унапред утврђеним криминалистичким критеријумима (растери) с циљем откривања осумњиченог и проналажења других лица и предмета. Повезивањем различитих банака података, стварањем интегралних система података отвара се и могућност приступања информацијама различите природе (здравствено осигурање, пореско стање, банковни рачуни, војна обавеза, судски поступци и слично) о грађанима и стварање комплетне слике о њиховој личности. Уобичајена форма ове радње је упоређивање доступних података путем аутоматске обраде са постојећим подацима или са новим подацима који су настали програмским прочешљавањем.

Позитивна растер потрага користи се за утврђивање круга сумњивих лица, полазећи од одређених регистрованих карактеристика. *Негативна растер потрага* искључује из даље провере одређено лице које није сумњиво. Приступ компјутерским системима и компјутерско срањивање података односи се на упоређивање личних података грађана, који су обрађени у одговарајућим базама података, са подацима и регистрима који се налазе у оквиру полицијских евиденција. Сазнања о траженом лицу, унета у један регистар личних података, упоређују се са другим базама података, у којим би се сумњиво лице могло налазити. Тако добијени резултат може дати више података о лицу за које се сумња да је извршило кривично дело. Растер потрага није мануелно претраживање датотека или картотека, већ компјутерско претраживање.

У члану 42. Устава Републике Србије предвиђено је:

« Зајемчена је заштита података о личности.

Прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности уређују законом.

Забрањена је и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка, или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и право на судску заштиту због њихове злоупотребе.»

Према нашем ЗКП-у (чл.504.љ) *материјални услов* за примену аутоматског рачунарског претраживања личних и других са њима повезаних података, састоји се у кумулативној испуњености два услова:

1. Услов који се односи на врсту кривичног дела
2. Услов који се односи на доказне тешкоће

Што се тиче првог услова, тј. врсте кривичних дела код којих се ова истражна техника може применити, тренутно је прилично широко постављен. У кривична дела у погледу којих је могуће применити ову доказну радњу спадају: 1) Кривична дела организованог криминала; 2) Кривична дела корупције 3) Друга изузетно тешка кривична дела 4) Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, те 5) друга таксативно набројана кривична дела, односно њихови поједини облици, ако су извршена у вези са кривичним делима организованог криминала, односно кривичним делима против човечности и других добара заштићених међународним правом

Организовани криминал представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе или њених припадника. Под организованом криминалном групом подразумева се група у односу на коју су кумулативно испуњени следећи услови: 1) бројчани састав – групу чине *три или више лица*, 2) одговарајући континуитет постојања – група мора постојати *одређено време* и 3) одговарајућа организована и усмерена криминална активност – група *делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је прописана казна затвора од четири године или тежа казна*, ради стицања, посредно или непосредно, финансијске или друге користи

У кривична дела *корупције* у погледу којих се и ако нису резултат деловања органозоване криминалне групе, може применити ова посебна доказна радња, спадају и кривична дела: злоупотреба службеног положаја (чл.359 КЗ), трговина утицајем (чл.366 КЗ), примање мита (чл.367 КЗ) и давање мита (чл.368 КЗ).

У друга изузетно тешка кривична дела у односу на која се и онда, када она нису резултат деловања организоване криминалне групе, може користити ова посебна доказна радња, спада низ класичних кривичних дела, односно одређених њихових облика, као што су начелно најтежа кривична дела против живота и тела – убиство и тешко убиство; једно кривично дело против личне слободе – отмица; нека кривична дела против имовине као што су разбојништво и изнуда; те још један број таксативно набројаних кривичних дела, односно одређених њихових облика, где спадају: фалсификовање новца; прање новца; неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога; кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије; недозвољена производња, ношење, држање и промет оружја и експлозивних материја; недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи; трговина људима; трговина малолетним лицима ради усвојења, међународни тероризам, узимање талаца и финансирање тероризма.

Ова доказна радња примењује се и у односу на *кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом* (чл.370. до 384. и чл.385. и 386. КЗ), као и у погледу кривичних дела извршених на територији бивше СФРЈ од 1. јануара 1991., која су наведена у статуту Међународног кривичног суда за бившу Југославију.

У кривична дела у односу на која се може применити ова посебна доказна радња спадају још и нека *друга таксативно набројана кривична дела*, која су у *одговарајућој функционалној вези* са неким специфичним посебним кривичним делима. Ту се сврставају одређена кривична дела када су извршена у вези са кривичним делима организованог криминала, као и једно кривично дело уколико је извршено у вези са кривичним делом против човечности и других добара заштићених међународним правом. У круг кривичних дела, која представљају «посебна» кривична дела, ако су на одговарајући начин повезана са кривичним делима организованог криминала спадају: спречавање службеног лица у вршењу службене радње, ако је учињено према носиоцу правосудне функције, полицајцу итд., напад на службено лице учињен у односу на носиоца правосудне функције итд, давање лажног исказа, спречавање и ометање доказивања, ометање правде, повреда тајности поступка, бекство и омогућавање бекства лица лишеног слободе. У посебно кривично дело које такав статус стиче захваљујући функционалној вези са неким кривичним делом из сфере организованог криминала или кривичним делом против човечности и међународног права, спада кривично дело из чл.333 КЗ – помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела.⁵⁴⁰

Из другог материјалног услова за примену ове доказна радње произилази да је она својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

⁵⁴⁰ Тзв. »јатаковање«

Такође, ова доказна радња се изузетно може одредити и ако постоје основи сумње да се припрема неко од набројаних кривичних дела, а околности случаја указују да се то кривично дело на други начин: 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би 2) то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Сама радња аутоматског рачунарског претраживања личних и других са њима повезаних података састоји се у две паралелне и повезане активности:

- 1) у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других са њима непосредно повезаних података, и
- 2) у аутоматском поређењу тих података са подацима који се односе на неко од наведених кривичних дела и на осумњиченог

што се чини да би се на тај начин као могући осумњичени искључила лица у погледу којих не постоји вероватноћа да су повезана са кривичним делом.⁵⁴¹

Формални услов за ову посебну доказну радњу је доношење наредбе истражног судије, што се не чини по службеној дужности, већ искључиво на предлог јавног тужиоца. Наредба истражног судије садржи: законски назив кривичног дела у погледу кога се предузима ова посебна доказна радња, опис података које је потребно аутоматски прикупити и проследити, означавање државног органа који је дужан да аутоматски прикупља тражене податке и доставља их јавном тужиоцу и органу унутрашњих послова, обим посебне доказне радње и време њеног трајања. Примарно ова доказна радња може трајати највише *6 месеци*, а из важних разлога њено трајање се може продужити за још *3 месеца* (дакле ова доказна радња максимално може трајати *9 месеци*).

Аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података спроводе органи унутрашњих послова, Безбедносно-информативна агенција, Војно-безбедносна агенција, органи царинске службе или други државни органи, односно друга правна лица која на основу закона врше одређена јавна овлашћења.

Истражни судија доноси решење о уништењу прикупљеног материјала, када се алтернативно ради о некој о следећих ситуација: 1) непокретање кривичног поступка у одређеном року – кад јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са материјалом који је прикупљен аутоматским рачунарским претраживањем личних и других са њима повезаних података, 2) када јавни тужилац изјави да прикупљени материјал неће користити у поступку, те 3) када јавни тужилац изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка. О доношењу решења истражни судија може обавестити лице према коме су спровођене мере, уколико је у току спровођења мера утврђен његов идентитет. Материјал се уништава под надзором истражног судије о чему истражни судија саставља записник (чл. 504љ ст 7 ЗКП у вези чл. 504 з ст. 3 ЗКП).

⁵⁴¹ Дакле, према нашем ЗКП-у могућа је негативна растер претрага

Према нашем мишљењу, ова доказна радња била је практичније регулисана ранијим ЗКП из 2006.г.

Према чл. 155. ст.1 и 2 ЗКП-а из 2006.г., аутоматско рачунарско претраживање личних и других података састојало се у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других, са њима непосредно повезаних, података и њиховом аутоматском поређењу са подацима који се односе на кривична дела за која се ова доказна радња може применити *и лице које се основано може довести у везу са тим кривичним делом.* Дакле, ранији ЗКП примену ове истражне радње није ограничавао само на *осумњиченог* (као важећи ЗКП) већ је примену ове истражне радње омогућавао и кад је у питању било које *лице које се основано може довести у везу са неким од таксативно наведених кривичних дела.* То значи да је примена ове доказне радње била дозвољена и ради проналажења *сведока*, што је јако значајно. Наима, ова истражна радња могла је да има практичну примену и приликом проналаска сведока таксативних кривичних дела, поготову сведока очевидаца, који непосредно по извршењу кривичног дела због различитих разлога (страх, неповерење у правосудни систем, користољубље) не желе да се самостално јаве ради сведочења.

Према члану 155.ст.3. ЗКП-а из 2006 било је предвиђено и да се применом аутоматског рачунарског претраживања личних и других података као могући осумњичени искључују лица у погледу којих не постоји вероватноћа да су повезана са кривичним делом, *а издавају она лица у односу на која су прикупљени подаци из којих произилазе основи сумње.* Сматрамо да је раније решење било практичније јер је **омогућавало и негативну и позитивну растер претрагу**, за разлику од важећег ЗКП-а који *омогућује само негативну растер претрагу.*

Такође, према ранијем решењу, у **хитним ситуацијама, а које се у пракси могуће**, ова доказна радње могла се **применити и на основу наредбе јавног тужиоца**, али уз прецизно дефинисану у кратком року извршену контролу од стране истражног судије. Наиме, у чл. 155.ст.4 ЗКП-а из 2006.г било је предвиђено да ову доказну радњу наређује истражни судија на предлог јавног тужиоца, а у случају постојања околности које не трпе одлагање **јавни тужилац је могао и сам донети наредбу, коју је а у року од 24 часа морао поднети истражном судији на потврђивање.** Ако истражни судија не потврди наредбу јавног тужиоца у року од 24 часа од када је наредбу примио, она се без одлагања стављала ван снаге, а сви прикупљени подаци су се одмах уништавали под надзором истражног судије и јавног тужиоца .

2. Нови ЗКП

Према важећем ЗКП-у (чл.504.љ) и према чл.161 ст 1 и 2 и 178 **новог** ЗКП *материјални услови* за примену рачунарског претраживања података, **су идентични**, и састоје се у *кумулятивној* испуњености два услова:

1.Услов који се односи на врсту кривичног дела (круг кривичних дела на која се могу применити посебне доказне радње није исти у важећем ЗКП-у и нацрту новог ЗКП-а , о чему је детаљније писано у уводним излагањима о посебним доказним радњама новог ЗКП-а)

2.Услов који се односи на доказне тешкоће

Из другог материјалног услова за примену ове доказна радње произилази да је она својеврсни доказни *ultima ratio* – потребно је да се на други начин не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Такође, ова доказна радња и према важећем чл. 504љ ЗКП-а и према чл.161 ст 1 и 2 и 178 **новог** ЗКП-а се изузетно може одредити и ако постоје основи сумње да се припрема неко од набројаних кривичних дела, а околности случаја указују да се то кривично дело на други начин: 1) не би могло открити, спречити или доказати, или би 2) то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност.

Формални услови такође су исти и у важећем ЗКП-у и у **новом** ЗКП-у. За примену ове мере потребно је доношење *наредбе* истражног судије односно судије за претходни поступак, што се не чини по службеној дужности, већ искључиво на предлог јавног тужиоца.

Наредба судије за претходни поступак судије садржи: законски назив кривичног дела у погледу кога се предузима ова посебна доказна радња, опис података које је потребно аутоматски прикупити и проследити, означање државног органа који је дужан да аутоматски прикупља тражене податке и доставља их јавном тужиоцу и органу унутрашњих послова, обим посебне доказне радње и време њеног трајања. Максимално трајање ове радње и према важећем и према новом ЗКП-у је **9 месеци**.

Сама радња рачунарског претраживања података, и према важећем и према нацрту новог ЗКП-а састоји се у две паралелне и повезане активности:

- 1) у аутоматском (рачунарском) претраживању већ обрађених личних и других података, и
- 2) у поређењу тих података са подацима који се односе на осумњиченог и неко од наведених кривичних дела.

У чл.178 новог ЗКП-а нема формулације која постоји у чл.504љ ст.3 важећег ЗКП-а, по којој се ова доказна радња примењује само у циљу „искључења лица у погледу којих не постоји вероватноћа да су повезана са кривичним делом, што је добро решење. Наиме, у новом ЗКП-у **избачена је формулација која је ову доказну радњу ограничавала само на негативну растер потрагу.**

Такође, из члана 178 ЗКП приликом дефиниције посебне доказне радње рачунарског претраживања података **избачена је и формулација која постоји у чл.504љ ст.1 важећег ЗКП-а, тј. да се ова доказна радња састоји у аутоматском претраживању и других података који су непосредно повезани са личним подацима,** што је основано решење јер се рачунарска потрага не ограничава само на податке који се односе на лица (тј. отвара се могућност да се ова посебна доказна радња користи и за претрагу података који се односе на ствари, нпр. за проналажење возила која су учествовала у саобраћајном удесу).

Ипак, у чл. 178 новог ЗКП-а није преузето решење које је постојало у чл.155 ст.1 и 2 ЗКП-а из 2006г. а које је према нашем мишљењу било основано. Према чл. 155. ст.1 и 2 ЗКП-а из 2006.г., аутоматско рачунарско претраживање личних и других података састојало се у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других, са њима непосредно повезаних, података и њиховом аутоматском поређењу са подацима који се односе на кривична дела за која се ова доказна радња може применити **и лице које се основано може довести у везу са тим кривичним делом.**

Према чл.178 новог ЗКП-а рачунарско претраживање података састоји се у рачунарском претраживању већ обрађених личних и других података и њиховом поређењу са подацима који се односе на **осумњиченог** и кривично дело. Дакле, ЗКП из 2006.г. примену ове истражне радње није ограничавао само на **осумњиченог** (као важећи и нови ЗКП) већ је примену ове истражне радње омогућавао и кад је у питању било било које **лице које се основано може довести у везу** са неким од таксативно наведених кривичних дела. То значи да је примена ове доказне радње била дозвољена и ради проналажења **сведока**, што је јако значајно.

Наиме, ова истражна радња могла је да има практичну примену и приликом проналаска сведока таксативно наведених кривичних дела, поготову сведока очевидаца, који непосредно по извршењу кривичног дела због различитих разлога (страх, неповерење у правосудни систем, користољубље) не желе да се самостално јаве ради сведочења.

Такође, у чл. 178 и 179 новог ЗКП-а није предвиђено решење које је постојало у чл. 155.ст.4 ЗКП-а из 2006.г. које је омогућавало да се у **хитним ситуацијама, које су у пракси могуће,** ова доказна радње **примени и на основу наредбе јавног тужиоца,** уз прецизно дефинисану и у кратком року извршену контролу од стране истражног судије.

Наиме, у чл. 155.ст.4 ЗКП-а из 2006.г било је предвиђено да ову доказну радњу наређује истражни судија на предлог јавног тужиоца, а у случају постојања околности које не трпе одлагање **јавни тужилац је могао и сам донети наредбу, коју је а у року од 24 часа морао поднети истражном судији на потврђивање.**

Ако истражни судија не потврди наредбу јавног тужиоца у року од 24 часа од када је наредбу примио, она се без одлагања стављала ван снаге, а сви прикупљени подаци су се одмах уништавали под надзором истражног судије и јавног тужиоца.

Због наведених разлога тј. због хитности поступања, сматрамо да је било оправдано да се ово решење нађе и у чл.179 новог ЗКП-а, поготово јер постоји и у упоредном праву, нпр. у немачком где у случају потребе ову меру може наредити и државни тужилац, уз накнадно, тј. **у року од 3 дана**, добијање судског налога.

3. Упоредно - правни приказ

У САД је правни основ за коришћење компјутерског срањивања података *Privacy Act* из 1974.године и *Computer Matching and Privacy Protection Act* из 1984.године. Компјутерско срањивања података, ради откривања и спречавања прања новца, већ дуго година се користи у САД. Ову методу као једну од главних користи Служба за сузбијање финансијског криминала (FINCEN), с циљем откривања и сузбијања прања новца, анализирањем постојећих евиденција пореских пријава, финансијских трансакција, пријава осигуравајућих друштава и банака о примању, уплати и иностраним дознакама готовинских износа већих од 10.000 америчких долара, и слично. Такође, ова мера користи се и за проверу социјалног статуса лица у САД. На пример, Закон о социјалној безбедности изричито предвиђа прикупљање података о приходима запослених лица у периоду од по 3 месеца. Овим законом предвиђен је и приступ службеника извршне власти подацима пореске управе и другим сличним евиденцијама, у циљу провере добијених сазнања о противправном понашању и злоупотребама у вези са пријављивањем пореза и коришћењем социјалне помоћи. На тај начин се истражује да ли је лице које прима социјалну помоћ истовремено уписано у евиденцију власника скупочених возила и др.

Добијени подаци могу се користити само у те сврхе. Закон о приватности садржи опште одредбе о правној заштити података који су похрањени у евиденцијама савезних органа, чије је главно начело да се прикупљени подаци могу користити само у тачно одређене, свима познате сврхе. Коришћење ових података у друге сврхе могуће је само уз претходно одобрење дотичног лица.

У САД, државни криминалистичко - обавештајни центар (*National Criminal Intelligence Center - NCIC*) који делује у оквиру ФБИ-а, садржи 12 датотека различитих података (о украденим предметима, починиоцима тешких кривичних дела, несталим лицима, лицима за којима се трага и сл.).

Такође, у САД се уз помоћ компјутера и постојећих банака података из криминалистичких евиденција израђује компјутерски профил различитих извршилаца кривичних дела (*Computer profiling*), што служи полицији у оперативне сврхе, а за стварање широког круга могућих учинилаца кривичних дела према неким карактеристикама, односно *modus operandi* саставу, личном опису и слично.

У Немачкој компјутерско срањивање података уређено је савезним и покрајинским полицијским законима, као и у члановима 98а-ц немачког ЗКП. Њима су прецизирани услови примене ове мере ради аутоматизованог (компјутерског претраживања) идентификационих података особа, њихових карактеристичних физичких или психичких особина, а који вероватно упућују на учиниоце тачно одређених кривичних дела, да би се искључио број осумњичених или сузио круг особа који би на основу показатеља могле доћи у обзир као потенцијални извршиоци ових кривичних дела. Овај начин истраге се због тога и назива негативна растер претрага.

Мера се примењује само за каталошки наведена кривична дела из члана 98а немачког ЗКП⁵⁴², на основу постојања довољно разлога за сумњу. Мера се користи као *ultima ratio*, односно само онда када истраживање чињеничног стања на неки други начин не би имало успеха, или би било повезано са знатним тешкоћама. Може је наредити истражни судија искључиво писмено, а у случају потребе и државни тужилац, уз накнадно (у року од 3 дана) добијање судског налога. Међутим, потребно је указати да се наведени услови не примењују на ручне прегледе постојећих полицијских картотека или датотека. За полицијско предузимање ове мере није потребан судски налог, већ је законски контролни механизам успостављен кроз форму извештавања надлежног државног тужиоца о садржају прикупљених обавештења.

У немачкој се прибављени подаци морају уништити, уколико за њима више не постоји потреба ради успешног вођења кривичног поступка. Изузетно, могу се користити у другом кривичном поступку, уколико се дође до закључка да су ти подаци потребни за разјашњавање неког другог, каталошки одређеног кривичног дела из чл.98а ЗКП. Ова мера може се користити и у циљу компјутерског усклађивања података прикупљених у једном кривичном поступку у циљу разјашњавања кривичног дела, кривичног гоњења, извршења изречене казне, отклањања опасности или утврђивања боравишта лица за којим се трага у актуелном кривичном поступку.

За Француску треба нагласити да је област прикупљања, информатичке обраде и коришћења података за потребе стварања различитих база података уређено посебним Законом о заштити података.

⁵⁴² То су: илегална трговина дрогом, оружјем;напад на уствни поредак; опште опасна кривична дела против живота и тела, полног интегритета, личне слободе; или су кривична дела извршена на професионалан начин, организовано, из навике, од неког члана банде или злочинчке организације.

Одредбама овог закона из 1978.године уређена је обавеза свих корисника банака података, били они државни органи или приватна лица, да се за свако отварање нове банке података морају обратити писменим захтевом за одобрење државној Комисији за информатику и слободе грађана, која је овлашћена да се брине о информацијском самоодређивању грађана. Ако се удовољи таквом захтеву, то се мора објавити у облику уредбе у службеном листу, са напоменом која се врста података сме прикупљати, обрађивати и чувати и са условима за њихово коришћење и роковима чувања тих података.

У Аустрији су новелом Закона о кривичном поступку из 1997.године унети нови чланови (149и - 149л), којима су предвиђени услови коришћења растер претраживања. На основу њих се може извршити идентификација лица осумњичених за извршење кривичних дела, у случају када се на други начин не би успело или би ово било знатно отежано, а ради се о подацима који служе за потребе кривичног поступка. Ако је у питању кривично дело за које је прописана казна тежа од 10 година затвора, круг могућих извора података се знатно шири и на податке о нарученој роби и услугама, на чланство у удружењима и слично. Прикупљање података о расном пореклу, вероисповести, здравственом стању и сексуалном опредељењу није дозвољено, осим ако су ти подаци потребни за откривање злочиначке групе, али се мора водити рачуна о сразмерности.

У Италији се компјутерско срањивање података у **свакодневној полицијској пракси** користи само као "позитивна растер претрага", с циљем утврђивања осумњичених лица у групи обележеној одређеном особином или способношћу. Не постоје никаква законска ограничења за полицијско коришћење на било који начин прикупљених података, осим института "службене тајне" и техничких потешкоћа приликом умрежавања свих компјутерских база података које воде јавне институције. Полицији је допуштено стварање и неограничено коришћење властитих база података, у циљу сузбијања свих врста криминалног понашања.

На територији Енглеске и Велса такође постоји могућност спровођења мера компјутерског срањивања података, јер постојеће писано и "неписано" право такву праксу не забрањује. У Енглеској, према одредби која је садржана у чл.69. Закона о полицији и доказима у кривичним стварима, начелно не смеју бити употребљени као доказ пред судом изводи из компјутера, осим ако нека од странака не докаже да нема разумних разлога за уверење да је информација нетачна због погрешног руковања рачунаром. Иначе, пред суд се смеју изнети само оне информације које говоре о постојању или непостојању одређених чињеница, ако су обе странке имале прилику да провере њихову веродостојност.

У Енглеској постоје бројни, хоризонтално и вертикално повезани полицијски, царински, порески и други компјутерски информациони системи, укључујући и централни систем базе криминалистичко-обавештајних података, похрањених и обрађиваних у току деловања британске Криминалистичко-обавештајне службе (*National Criminal Intelligence Service - NCIS*).

У Хрватској је компјутерско срањивање података регулисано одредбама члана 195 ЗКП из 2003.године, према којем је прописано да органи унутрашњих послова могу личне податке грађана у базама и другим регистрима срањивати са полицијским евиденцијама, регистрима и базама са аутоматском обрадом података, ако постоје основи сумње да је учињено каталoшки наведено кривично дело из члана 192 ЗКП. Тако прикупљена обавештења се достављају државном тужиоцу, с тим што ће се избрисати из наведених евиденција чим престану бити потребне за успешно вођење кривичног поступка, али најкасније у року од месец дана од дана њиховог улагања у банку података. Тај рок може продужити истражни судија, најдуже за још три месеца, под условом да ће се на овај начин успешно окончати расписана потрага за одређеном особом или предметом.

У Републици Српској компјутерско срањивање података предвиђено је чл.226 ЗКП-а из 2003.године. Компјутерско срањивање података може се користити када постоје основи сумње да је лице извршило каталoшки наведена кривична дела из члана 227 ЗКП Републике Српске, а може је наредити наредбом истражни судија за претходни поступак, на образложени предлог тужиоца, и најдуже може трајати до месец дана.⁵⁴³

⁵⁴³ М.Симовић, *Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске*, Виша школа унутрашњих послова, Бања Лука 2005.г., стр.389-402.

4.Пракса европског суда за људска права

У случају *Rotaru v Румунија*⁵⁴⁴, који се тичао прикупљања и архивирања информација о лицима, Суд је установио изванредан број нијанси. Влада је оспоравала применљивост члана 8 ЕКЉП тврдећи да се информација у писму РИС-а од 19.децембра 1990.г. није односила на приватан живот предлагача већ на његов живот као јавне личности. Тиме што је одлучио да се укључи у политички живот и да штампа памфлете, предлагач се прећутно одрекао права на "анонимност" која је саставни део приватног живота. Што се тиче његовог полицијског испитивања и његовог криминалног досијеа, то су информације доступне јавности.

Суд је истакао да је складиштење информација које се односе на приватан живот појединца у тајној архиви и откривање таквих информација нешто што улази у домен члана 8 став 1 ЕКЉП.⁵⁴⁵ Поштовање приватног живота мора, до извесне мере, обухватити право да се успостављају и развијају односи са другим људима: сем тога, не постоји начелни разлог који би оправдао искључење професионалних или пословних активности из појма "приватан живот".⁵⁴⁶

Суд је истакао да постоји подударност између овако широког тумачења и става изнетог у *Конвенцији Савета Европе за заштиту појединца у погледу аутоматске обраде личних података*, од 28 јануара 1981.г. која је ступила на снагу 1.октобра 1985.године, и да је његова сврха да "сваком појединцу обезбеди поштовање његових права и основних слобода, а нарочито његово **право на приватност** у погледу аутоматске обраде личних података који се на њега односе (члан 1), при чему су такви лични подаци дефинисани у члану 2. као " свака информација која се односи на појединца чији је идентитет утврђен или се може утврдити".

Суд је заузео став да **јавне информације могу ући у оквир приватног живота када се систематски прикупљају и чувају у досијеима органа власти, утолико пре уколико су информације о животу лица из далеке прошлости.** У предметном случају, Суд је напоменуо да је писмо РИС-а од 19 децембра 1990.г. садржало низ различитих информација о животу предлагача, нарочито о његовим студијама, политичком деловању и криминалном досијеу, од којих су неке прикупљене пре више од 50 година. По мишљењу Суда, такве информације, када се системски прикупљају и чувају у досијеима државних органа, улазе у оквир појма "приватни живот" за сврхе члана 8 став 1 Конвенције. Ово се утолико пре односи на предметни случај пошто су неке информације проглашене лажним и вероватно би штетиле угледу предлагача. Сходно томе примењује се члан 8 ЕКЉП.

⁵⁴⁴ Пресуда од 4 маја 2000.г., поднесак бр.28341/95, ставови 42-44.

⁵⁴⁵ Слично и у пресуди *Leander v Шведска* од 26 марта 1987.г., серија А бр.116, стр.22, став 48.

⁵⁴⁶ Слично као у пресуди *Niemietz v Немачка* од 16 децембра 1992.г., серија А бр.251-Б,стр.33-34, став 29; и у пресуди *Halford v Уједињено Краљевство* од 25 јуна 1997.г., Извештаји 1997. - III,стр. 1015 и 1016, ставови 42-46.

У случају *Atman v Швајцарска*⁵⁴⁷ Швајцарске власти су прислушкивале телефон подносиоца представке, иначе швајцарског бизнисмена који је продавао апарате за депилацију. Када је 1981.г. добио телефоном наруџбу из бивше совјетске амбасаде, швајцарска тајна служба је аутоматски почела да му прислушкује све телефонске разговоре, као и да спроводи тајне истраге о његовом укупном пословању. Подносилац представке је тек 1990.г. сазнао да му се разговори прислушкују. Суд је сматрао да постоји повреда права из члана 8 ст.1 ЕКЉП, јер мера није била пропорционална циљу који је тиме хтео да се постигне (национална безбедност).

Суд је установио да је **чување информација о предлагачу у датотеци на флопи-диску представљало мешање у приватни живот**, и поред тога што ту није било осетљивих информација и што никада нису ни биле тражене.

Суд је стога потврдио став из случаја *Rotaru v Румунија* да досијеи које су формирале службе безбедности о одређеном појединцу улазе у подручје примене члана 8. чак и када се до тих информација није дошло бесправним наметањем или на скривен начин.

Међутим, чување података, који се **односе на кривична дела почињена у прошлости**, у већини случајева сматра се неопходним средством у превенцији криминала. Информације које полиција може чувати углавном су оправдане, уколико се чувају ради сузбијања организованог криминала или тероризма (случај *McVeigh v The United Kingdom*).⁵⁴⁸ Да би утврдио да ли је дошло до кршења чл.8 ст.2 ЕКЉП, Суд ће у оваквој ситуацији првенствено узети у обзир природу и домашај информације коју снима полиција или тајне снаге (случај *Murray v The United Kingdom*).⁵⁴⁹ Такође, постоји признато право државе да штити националну безбедност скупљањем и похрањивањем информација које нису доступне јавности (случај *Leander v Sweden*).⁵⁵⁰ Прихватљиво је и да власти користе ове информације како би утврдиле прикладност кандидата за одређено место, које је од значаја за националну безбедност државе. Тиме се држави оставља широко поље слободне процене у погледу избора средстава, ради постизања законитог циља заштите националне безбедности. Међутим, морају постојати одговарајуће и делотворне процедуралне гаранције против злоупотреба које чини држава. На држави лежи одговорност да идентификује специјалне услове и послове који су од значаја за њену националну безбедност. У сваком случају, Суд захтева постојање адекватних и ефикасних гаранција против злоупотреба, како власти не би довеле до уништења демократије једног друштва у име њене одбране (случај *Leander v Sweden*).⁵⁵¹ Потребно је да парламент или друге независне институције, међу којима је и институција омбудсмана, имају надзор над изрицањем и извршењем таквих мера.

⁵⁴⁷ Пресуда бр.27798/95, ЕКЉП 2000-II ставови 65-67.

⁵⁴⁸ *McVeigh v The United Kingdom* (No.8022/779, 1981).

⁵⁴⁹ *Murray v The United Kingdom* (1994).

⁵⁵⁰ *Leander v Sweden* (1987), пар.59.

⁵⁵¹ *Leander v Sweden* (1987)

5. Криминалистички аспект растер претрага

Растер програмом се утврђени подаци могу даље дорађивати и употпуњавати са другим растер програмима, што служи служи сужавању круга сумњивих лица. Метод растер претрага унео је нови квалитет у криминалистички рад, јер се активности усмеравају на велики број лица која нису класичним методама рада полиције осумњичена за извршено кривично дело. Из прикупљене масе података ће осумњичени бити издвојен тек након прибављања података који указују на индиције у вези са жртвом, посредно на учиниоца или на неке околности конкретног случаја. Ради се о обради огромног броја података, који се класичним радом полиције не би ни могли искористити. Растер претраживања су апстрактне природе и претходе раду усмереном на одређено лице. Суштину ове мере представља омогућавање слободног приступа полиције свим евиденцијама, које се воде аутоматизовно, што опет представља ограничење права на приватност.

Као један од опште познатих примера растер прочешљавања, користи се у раду саобраћајне полиције приликом идентификације моторног возила непознатог извршиоца саобраћајног кривичног дела. Тада се на основу расположивих података, прибављеним од очевидаца догађаја или криминалистичким увиђајем, преко компјутерске банке података полиција претражују подаци за сва возила одређених карактеристика (марке и типа, места регистрације, боје шасије и сл.), након чега се формира ужи круг власника интересантних возила, са којима се криминалистичка обрада врши класичним полицијским методама.

За претраге информатичких банака података, могу се користити и специјално конструисани компјутерски програми. Познат је случај сузбијања тероризма из Немачке, када се коришћењем програма "рачуна за струју и плаћање најамнине" дошло до сужавања круга осумњичених лица, а потом до идентификације и процесуирања. Проучавањем навика терориста, установљено је да они рачуне за струју у изнајмљеним становима плаћају готовим новцем инкасаторима или закуподавцу. Одлуком надлежног суда, полицији је допуштено да изврши приступ у банку података о потрошачима електричне енергије на подручју Хамбурга. Путем растер претраге, прибављени подаци су упоређивани са осталим подацима до којих је полиција дошла оперативним радом на терену, у првом реду са регистром лица који имају боравишта на другом подручју Немачке. Установљено је да је у једном броју случајева, уместо лица које је пријављено на одређену адресу, струју плаћа неко друго лице или се струја плаћа готовином. На тај начин, полиција је дошла до једног ужег круга сумњивих лица, у погледу којих је криминалистичка обрада настављена класичним средствима. Из наведеног примера је уочљиво, како се обрадом великог броја независно повезаних података може доћи до одређених резултата у раду полиције, који другим класичним средствима рада не би били никада остварени.⁵⁵²

⁵⁵² И. Фејеш, *Савремени криминалитет и доказно право*, Нови Сад 2002. година, стр.94-96.

Такође, у САД се уз помоћ компјутера и постојећих банака података из криминалистичких евиденција израђује компјутерски профил различитих извршилаца кривичних дела (*Computer profiling*), што служи полицији у оперативне сврхе, а за стварање широког круга могућих учинилаца кривичних дела према неким карактеристикама, односно *modus operandi* саставу, личном опису и слично.

На нивоу Европске Уније, значајну улогу у прикупљању и обради личних података има *Eurojust* - Европска правда (тело Европске Уније са правним субјективитетом, које обезбеђују сарадњу између тужилачких и судских органа држава чланица). У оквиру своје надлежности, "Европска правда" сакупља и компјутерски обрађује личне податке. Поступање са личним подацима мора бити у складу са одредбама Конвенције Савета Европе о заштити лица приликом компјутерске обраде личних података⁵⁵³ од 28.јануара 1981.године. "Европска правда" формира и одржава базу података која представља индекс података о истрагама заједно са одговарајућим личним и другим подацима. Обрађени подаци се чувају све док се не постигну циљеви због којих се прикупљају. Овом одлуком прописана су и ограничења за поступање са личним подацима. У том смислу, могу се обрађивати само одређени подаци о лицима, која су према националном законодавству држава чланица, којих се ти подаци тичу, под истрагом или кривичним гоњењем за једну или више врста кривичних дела прописаних овом одлуком, и то: презиме, девојачко име, име, или било које име под којим је лице познато, датум и место рођења, националност, пол, место становања, занимање, место боравка, број социјалног осигурања, возачке дозволе, личне карте и пасоша, банкарски рачуни као и рачуни у другим финансијским установама, опис и природа наводних преступа, датум када су они били извршени, напредак у истрагама, чињенице које указују на међународни елемент кривичног дела и детаљи који се тичу наводног чланства у криминалној организацији.

Евиденције које на основу чл.76 Закона о полицији води полиција Републике Србије су евиденције:

- 1) лица којима је по било ком основу ограничена или одузета слобода (довођење, задржавање, ограничење кретања, лишавање слободе и друго);
- 2) лица за које постоје основи сумње да су учинила кривична дела и прекршаје
- 3) учињених кривичних дела за која се гони по службеној дужности, прекршаја и лица оштећених тим делима
- 4) учињених кривичних дела непознатих учинилаца за које се гони по приватној тужби
- 5) тражених лица и предмета и лица којима је забрањен улазак у земљу
- 6) провера идентитета лица
- 7) лица над којима је спроведено утврђивање идентитета, дактилоскопираних лица, фотографисаних лица и ДНК анализа
- 8) оперативних извештаја, оперативних извора сазнања и лица под посебном полицијском заштитом

⁵⁵³ Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (ETS 108).

- 9) примењених оперативних и оперативно-техничких средстава и метода
- 10) догађаја
- 11) употребљених средстава принуде
- 12) притужби

Према чл.75 Закона о полицији, полиција прикупља, обрађује и користи личне податке, обезбеђује заштиту и води наведене евиденције ради спречавања и откривања кривичних дела и прекршаја и ради проналажења њихових учинилаца. Осим наведене, полиција друге податке о личности може прикупљати, обрађивати и користити само ако је за то овлашћена другим законом и ако обезбеђује законом утврђену заштиту тих података.

6. Кривично дело неовлашћено прикупљање личних података (чл. 146 КЗ)

Објекат кривичноправне заштите јесте право на приватан живот. Европска комисија је у свом извештају поводом предмета *Van Oosterwijk против Белгије* из 1979.године, ближе одредила домен приватног живота речима да «право на поштовање приватног живота јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности,» а «до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности.»

Данас је развојем савремене технологије постало могуће, а и потребно, да се у разним областима живота прикупљају, обрађују и користе лични подаци. Међутим, то се мора чинити само у случајевима који су предвиђени законом и уз пристанак грађана. Ова област у себи крије опасност од озбиљних злоупотреба. Зато је и потребно и оправдано у односу на те злоупотребе реаговати и кривичним правом.

Кривично дело има два основна (ст.1 и 2) и један тежи облик (став 3). Радња извршења првог основног облика јесте неовлашћено прибављање, саопштавање другом, или употреба у сврху за коју нису намењени података о личности који се прикупљају, обрађују⁵⁵⁴ и користе на основу закона. Лични подаци се могу прикупљати, обрађивати и користити само за сврхе утврђене законом, а у друге сврхе само ако постоји писмени или на записник усмено дати пристанак лица, након што га руковалац податка (физичко или правно лице, односно орган власти који обрађује податке) претходно обавести о обради.⁵⁵⁵

Према чл. 12 Закона о заштити података о личности обрада личних података без пристанка лица дозвољена је:

- 1) да би се остварили или заштитили животни важни интереси лица или другог лица, а посебно живот, здравље и физички интегритет

⁵⁵⁴ Обрада података је свака радња предузета у вези са подацима као што су : прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање путем преноса или на други начин чињење доступним, прикривање, измештање и на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматску или на други начин - чл.3 ст.1 тачка 3 Закона о заштити података о личности.

⁵⁵⁵ Чл.10 ст.1 и 2 Закона о заштити података о личности

- 2) у сврху извршења обавеза одређених законом, актом донетим у складу са законом или уговором закљученим између лица и руковоаца, као и ради припреме закључења уговора
- 3) у другим случајевима одређеним овим законом или другим прописом донетим у складу са овим законом, ради остварења претежног оправданог интерес лица, руковоаца или корисника.

Наведена 3 основа представљају основе за искључење противправности и кад се лични подаци обрађују без пристанка лица на које се односе. И органи власти могу обрађивати личне податке без пристанка лица на које се ти подаци односе, ако је обрада неопходна ради обављања послова из своје надлежности одређених законом или другим прописом у циљу остваривања интереса националне или јавне безбедности, одбране земље, спречавање, откривање, истраге и гоњења за кривична дела,⁵⁵⁶ економских, односно финансијских интереса државе, заштите здравља и морала, заштите права и слобода другог јавног интереса, а у другим случајевима на основу писменог пристанка лица.⁵⁵⁷

Неопходно је да се ради о неовлашћеном прибављању, саопштвању другом или употреби у сврху за коју нису намењени података о личности који се на основу закона могу прикупљати, обрађивати, или користити. Реч је о злоупотреби личних података који сами по себи, под условима утврђеним законом, могу бити предмет прикупљања, обраде и коришћења у сврхе одређене законом.⁵⁵⁸

⁵⁵⁶ Нпр. према чл.76 *Закона о полицији* евиденције које води полиција Републике Србије су евиденције:

- 1) лица којима је по било ком основу ограничена или одузета слобода (довођење, задржавање, ограничење кретања, лишавање слободе и друго);
- 2) лица за које постоје основи сумње да су учинила кривична дела и прекршаје
- 3) учињених кривичних дела за која с гони по службеној дужности, прекршаја и лица оштећених тим делима
- 4) учињених кривичних дела непознатих учинилаца за које се гони по приватној тужби
- 5) тражених лица и предмета и лица којима је забрањен улазак у земљу
- 6) провера идентитета лица
- 7) лица над којима је спроведено утврђивање идентитета, дактилоскопираних лица, фотографисаних лица и ДНК анализа
- 8) оперативних извештаја, оперативних извора сазнања и лица под посебном полицијском заштитом
- 9) примењених оперативних и оперативно-техничких средстава и метода
- 10) догађаја
- 11) употребљених средстава принуде
- 12) притужби

⁵⁵⁷ Чл.13 *Закона о заштити података о личности*

⁵⁵⁸ Нпр. наведени подаци из чл. 76 *Закона о полицији*

Објект радње јесу *лични подаци*. Према резолуцији Скупштине Савета Европе⁵⁵⁹, која се односи на мас-медије и људска права и приватни живот појединца, лични подаци су они подаци који се односе на лични и породични живот, физички и морални интегритет, част и углед, тј. они подаци којима се износе нерелевантне и изненађујуће чињенице и информације које су као тајне саопштене појединцима.⁵⁶⁰ *Податак о личности* је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена и носач информације (папир, трака, филм, електронски медиј и сл.), по чијем налогу, у чије име, односно за чији рачун је информација похрањена, датум настанка информације, место похрањивања информације, начин сазнавања информације (непосредно, путем слушања, гледања и сл., односно посредно, путем увида у документ у којем је информација садржана и сл.), или без обзира на друго својство информације.⁵⁶¹

Подразумева се да су лични подаци тачни. Уколико то не би био случај, могло би се радити о неком другом кривичном делу (нпр. клевети).⁵⁶²

Дело из става 2. чини оно лице које прикупља податке о личности грађана кршећи при томе закон. То значи да, или прикупља податке који се по закону не смеју прикупљати, или то чини на начин супротан закону. На пример, подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља и осуду за кривично дело и сексуални живот, сматрају се *нарочито осетљивим подацима* и могу се обрађивати само на основу слободног датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак. Изузетно, подаци који се односе на припадност политичкој странци, здравствено стање и примање социјалне помоћи, могу се обрађивати без пристанка лица, само ако је то законом прописано.⁵⁶³

Радњу извршења представља и коришћење података о личности који су прикупљени противно закону.

⁵⁵⁹ Савет Европе - CoE (engl. Council of Europe, fr. Conseil de l'Europe) јер регионална међународна организација европских земаља, чије се седиште налази у Палати Европе (fr. Palais de l'Europe), у Стразбуру, на граници Француске и Немачке. Сврха Света Европе огледа се у остваривању основних личних и демократских права и слобода у Европи, а најважнији акти су доношење Европске конвенције о људским правима (1950) и успостављање Европског суда за људска права (1998), као сталног система правне заштите (Протокол бр.11 Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима. Иако је организација наднационалног и европског карактера, Савет Европе не припада институцијама Европске уније, није Европски савет ни Савет Европске уније. Чланство у Савету Европе није условљено чланством у Европској унији, мада је свих 27 земаља Европске уније, учлањено у Савет Европе. Поред чланица, Савет Европе и Европску унију повезује идеја о уједињеној Европи, а у Нацрту Европског устава је наглашено да права и слободе Европске конвенције о људским правима чине саставни део највишег европског правног акта (Европски устав, чл.9).

⁵⁶⁰ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, 908.

⁵⁶¹ Чл.3 ст.1 тачка 1 *Закона о заштити података о личности*

⁵⁶² З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.398.

⁵⁶³ Члан 16 ст.1 и 2 *Закона о заштити података о личности*

Умишљај учиниоца мора обухватити и свест о томе да код облика из става 1 неовлашћено прикупља податке, односно да код облика из става 2 то чини супротно закону.

За сатв 1 и 2 гоњење се предузима по приватној тужби (чл.153 ст.1 КЗ).

Тежи облик постоји онда када дело учини службено лице у вршењу службе (ст. 3).

ДВАНАЕСТА ГЛАВА XII ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА НА РАЧУНИМА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

На основу чл.42 Устава Републике Србије : *"Зајемчена је заштита података о личности. Прикупљање,држање, обрада и коришћење података о личности уређују се законом. Забрањена је и кажњива употреба података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, у складу са законом, и прво на судску заштиту због њихове злоупотребе."*

Члан 12 Универзалне декларације о људским правима⁵⁶⁴ одређује да се: **"Нико не сме изложити произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед. Свако има право на заштиту закона против оваковог мешања или напада."**

Према чл. 8 Конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁵⁶⁵ предвиђено је да : **" Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке. Јавне власти неће се мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других."**

Пошто подаци о стању на рачуну неког лица спадају у његов приватни живот, врло је важно одредити границу када право на приватност података на рачуну може бити ограничено у јавном интересу. Иако постоје неке пресуде Суда за људска права којима се и правна лица сматрају титуларима права на приватност, као што су право на заштиту података⁵⁶⁶, заштиту човекове околине⁵⁶⁷ и сл., треба направити разлику између **података са рачуна физичких и података са рачуна правних лица**.

⁵⁶⁴ Усвојена и проглашена резолуцијом Генералне скупштине Уједињених нација 217 (III) од 10.децембра 1948.г.: 48 држава је гласало за, ниједна против, док је 8 било суздржано (укључујући Југославију,Судијску Арабију, Јужну африку и СССР).

⁵⁶⁵ Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Covention on Human Rights*, фр. *la Convention europeenne des Droits de l Homme*) је правни акт авета Европе (1949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4.новембра 1950.године. Оригинална верзија, састављена на енглеском и француском језику и објевљена под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3.септембра 1953.године. У периоду од 1950. до 2004.године, Конвенцију је потписало 46 земаља. Потписивањ је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признање надлежности Европског суда за људска права. Текст је званично преведен и објављен на 30 језика а ратификација је извршена у свим државама Савета Европе.Конвенција се састоји из преамбуле,основног текста и 13 протокола.

⁵⁶⁶ *Stes Colas*, пресуда од 16.04.2002.г. бр.40.

⁵⁶⁷ *Green Peace et 47 autres personnes physiques et l association Greenpeace – Luxembourg*, пресуда од 26.09.1999.г. бр.1.

Наиме, из текста Устава Републике Србије (који је *lex superior i lex fundamentalis* за све остале акте, укључујући пресуде Суда за људска права) као и Универзалне декларације о људским правима и Конвенције о људским правима и основним слободама произилази да право на приватност података са рачуна уживају само физичка а не и правна лица јер правно лице није *личност* (термин који је употребљен у Уставу Републике Србије), нити има *приватни и породични живот* (термин који је употребљен у Универзалној декларацији о људским правима и Конвенцији о људским правима и основним слободама).

Питање контроле података о стању на рачунима физичких и правних лица у пракси има велики значај јер је све чешћи случај да органи унутрашњих послова који раде на пословима сузбијања привредног криминала на основу чл.225 ст.1 и 2 ЗКП банкама упућују захтеве за омогућавање увида и достављање документације о пословању одређених правних лица, а да банке то одбијају позивајући се на чл.234 ЗКП и чл.48 *Закона о банкама*. У овим случајевима најчешће се ради о документацији која се односи на платни промет који су правна лица остварила преко рачуна одређене банке, тзв. изводима (уплате и исплате са рачуна правних лица).

У свом образложењу банке наводе да је чл.234 ЗКП *lex specialis* одредба у односу на чл. 225 ЗКП, као и да органи унутрашњих послова на основу чл.48 *Закона о банкама*⁵⁶⁸ не спадају у државне органе који су изузети од правила чувања банкарске тајне, па за увид и достављање документације о пословању правних лица траже наредбу суда.

2. Ранија законска решења

У чл.225 ст.1. и 2 ЗКП између осталог предвиђено је :

"Ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, органи унутрашњих послова **дужни су да** предузму потребне мере **да се пронађе учинилац кривичног дела**, да се учинилац или саучесник не сакрије или не побегне, **да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ**, као и да прикупе сва обавештења која би могла бити од користи за успешно вођење кривичног поступка.

У циљу испуњења дужности из става 1. овог члана, органи унутрашњих послова могу да траже потребна обавештења од грађана; да изврше потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага; да за неопходно потребно време ограниче кретање на одређеном простору; да предузму потребне мере у вези са утврђивањем истоветности лица и предмета; да распишу потрагу за лицем и стварима за којима се трага; да у присуству одговорног лица прегледају одређене објекте и просторије државних органа, предузећа, радњи и **других правних лица (у која спадају и банке - прим.Ж.С.) остваре увид у њихову документацију и да је по потреби одузму, као и да предузму друге потребне мере и радње."**

⁵⁶⁸ Сл.гласник РС 107/2005

У чл.234 ст.1 ЗКП-а ,пре измена и допуна ЗКП-а из септембра 2009.г., било је предвиђено :

"Кад постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године, истражни судија може на писани и образложени предлог јавног тужиоца наредити банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних или личних рачуна осумњиченог.

Ако се утврди да наведени подаци нису потребни за вођење поступка или ако државни тужилац изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, сви достављени подаци ће се уништити под надзором истражног судије, о чему ће истражни судија сачинити записник."

Дакле, за примену чл.234.ст.1 ЗКП било је потребно да кумулативно буду испуњена два услова:

1. Да постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године
2. Да се ради о стању пословних и личних рачуна **осумњиченог**

Међутим, постављало се питање како поступити у случају када се ради о контроли рачуна осумњиченог - **физичког лица** кад постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна која је блажа од четири године затвора, односно како поступити кад се не ради о контроли пословног и личног рачуна физичког **већ правног лица**.

2.1. Контрола рачуна физичких лица према ранијем законском решењу

Приликом контроле **рачуна физичких лица** биле су могуће две ситуације:

1. Кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора **тежа од четири године, а за чије доказивање је била неопходна контрола рачуна физичког лица.**
2. Кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора **блажа од четири године, а за чије доказивање је била неопходна контрола рачуна физичког лица.**

1.У првом случају, тј.кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана **казна затвора тежа од четири године за чије доказивање је неопходна контрола рачуна физичког лица**, органи унутрашњих послова, у складу са чл.234 ст.1 ЗКП, **податке са рачуна физичког лица могли су добити само на основу наредбе истражног судије** (уз претходан писани и образложени предлог државног тужиоца).

У овој формулацији био је садржан **материјални услов за контролу рачуна физичких лица** и он се сводио на процену надлежног органа, а у суштини је представљао *questi facti*, подложен слободној оцени надлежног органа у сваком конкретном случају, а у светлу свих релевантних постојећих субјективних и објективних околности. Ту процену је вршио како онај орган, односно субјект који је **предузимање таквих мера предлагао – јавни тужилац**, тако и онај који је те мере **одобравао – суд у одговарајућем функционалном облику, тј. истражни судија**. Наравно, процена субјекта који је подносио процесну иницијативу у виду предлога – јавни тужилац, по логици ствари, претходила је процени коју је чинио субјект који је ту иницијативу требао да одобри, или у супротном, одбије – истражни судија.⁵⁶⁹

Формални услов за одобравање контроле рачуна физичког лица огледао се у потреби постојања одговарајуће процесне иницијативе, те одлуке којом се та иницијатива одобрава. Процесна иницијатива морала је потећи од јавног тужиоца који је подносио предлог да се доставе подаци о стању личних и пословних рачуна лица за које постоји сумња да је само или заједно са другим лицима извршило једно или више кривичних дела за која је запрећена казна затвора тежа од 4 године. Одлуку којом се та процесна иницијатива јавног тужиоца одобравала, доносио је истражни судија у форми писмене и образложене наредбе. Иако није изричито предвиђено било је неопходно да та наредба има следећи садржај:

- 1) податке о лицу чији рачуни се контролишу
- 2) податке о кривичном делу у погледу којег постоје основи сумње да га је то лице учинило – опис дела
- 3) начин спровођења наредбе (најчешће преко органа унутрашњих послова)

Интересантно је да је у чл.234.ст.1 ЗКП ("Кад постоји **сумња** ...) био предвиђен блажи степен сумње (обична сумња) од степена сумње из чл.225.ст.и 2 ЗКП ("Ако постоје **основи сумње...**) где су предвиђени "основи сумње", тј. за поступање од стране истражног судије био је потребан блажи степен сумње (обична сумња) од степена сумње који је потребан за поступање органа унутрашњих послова (основи сумње) иако би по логици ствари требало да буде обрнуто.

У правној литератури сматра се да **основи сумње** постоје ако је могућност да је окривљени извршио кривично дело, која се заснива на одређеним чињеницама и околностима, **мања** од могућности да он то није учинио. Уколико је та могућност **једнака**, постојала би **основана сумња**, а уколико би чињенице и околности само наговештавале, наслућивале или указивале на неверицу, радило би се о **обичној сумњи**.⁵⁷⁰ Уколико је могућност да је окривљени извршио кривично дело **већа** од могућности да он то није учинио, постојала би **вероватноћа**.

⁵⁶⁹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2006.год.,стр.295.

⁵⁷⁰ Ђ. Лазин, *In dubio pro reo*, Научна књига,Београд,1985.г. стр.27.

2.У другом случају, тј. кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана **казна затвора блажа од четири године**, по питању добијања података са рачуна физичког лица, била су могућа два тумачења:

а) Прво, пошто је на основу чл.234 ст.1 ЗКП било предвиђено да кад постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од **најмање четири године** истражни судија **МОЖЕ** на писани и образложени предлог државног тужиоца наредити банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних и личних рачуна осумњиченог, то је могло да значи да **ако постоји сумња да је извршено кривично дело за које законом није прописана казна затвора од најмање четири године него блажа казна, истражни судија НЕ МОЖЕ наредити достављање података о стању пословних и личних рачуна осумњиченог (физичког лица)**, тј. у случају кад је постојала основана сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора контролу рачуна физичког лица није било могуће извршити, већ је контролу рачуна физичког лица било могуће извршити само ако је за конкретно кривично дело била забрањена казна затвора већа од 4 године.

б) Друго, пошто је на основу чл.234 ст.1 ЗКП било предвиђено да кад постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године истражни судија **може** на писани и образложени предлог државног тужиоца наредити банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних и личних рачуна осумњиченог, то је могло да значи да **ако постоји сумња да је извршено кривично дело за које законом није прописана казна затвора од најмање четири године него блажа казна, не долази до примене чл.234.ЗКП већ до примене чл.225 ст.1 и 2.ЗКП**, тј. ако је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора органи унутрашњих послова на основу чл.225 ст.1 и 2 ЗКП могли су и без наредбе истражног судије да контролишу лични и пословни рачун физичког лица.

Иако интенција законодавца није била да онемогући контролу и доказивање кривичних дела против привреде за која је законом била прописана казна блажа од четири године затвора, услед употребљене формулације у чл.234.ЗКП, тј. да кад постоји сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године истражни судија **може...**, применом тумачења *argument contrario* сматрамо да у супротном случају тј. да кад није постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године већ нека блажа казна, истражни судија **није могао** наредити достављање података о стању пословних и личних рачуна осумњиченог (физичког лица), а кад то није могао истражни судија нису могли ни органи унутрашњих послова применом чл.225 ст.1 и 2 ЗКП.

То значи да контрола рачуна физичког лица није била могућа у случају кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора.

То је био један од разлога за прецизирање члана 234 ЗКП јер се формулацијом пре измена и допуна ЗКП-а из септембра 2009.г., у случају кад је постојала сумња да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна затвора блажа од четири године, контрола рачуна **физичког лица није била могућа.**

Овакво решење било је противно циљевима криминалне политике јер су се нека кривична дела (без обзира што им је забрањена казна блажа од 4 године затвора) могла доказати само контролом рачуна физичких лица, односно без контроле рачуна физичких лица одређена кривична дела не би могла бити процесуирана (нпр. кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блажа од четири године затвора - Издавање чека и коришћење платне картице без покрића из чл.228 ст.1 и 2 КЗ; Пореска утаја из чл.229 ст.1 КЗ; Оштећење повериоца из чл. 237 ст.1 КЗ; Несавестан рад у привредном пословању из чл.234 ст.1 КЗ; Недозвољена трговина из чл.243 ст.1, 2 и 3 КЗ), што значи да су према ранијем решењу чл.234.ЗКП кривична дела за која је забрањена казна блажа од 4 године затвора на индиректан начин била декриминализована јер се за њих нису могли прикупљати докази, а самим тим нису ни могла бити ни процесуирана.

Нажалост, изменама и допунама ЗКП-а из септембра 2009.г. ова недоумица није отклоњена.

2.2. Контрола рачуна правних лица према ранијем законском решењу

Банке су у својим тумачењима често наводиле да на основу чл.234 ЗКП-а само истражни судија, на образложени предлог јавног тужиоца, може наредити банкарској, финансијској и другој организацији да достави податке о стању пословних и личних рачуна **осумњиченог**, и то у тачно одређеном случају. Напомињемо да је у овом тумачењу кључни термин био **осумњичени** за којег су банке тумачиле да се односи и на правна и на физичка лица.

Тачно је да је одредба чл.234 ЗКП била *lex specialis* у односу на одредбу из чл.225 ЗКП **али само кад се радило о контроли рачуна физичких лица**, а кад је у питању била контрола рачуна правних лица важиле су одредбе чл.225 ЗКП. Наиме, није било законског основа да банке дају своје тумачење ЗКП-а кад је сам ЗКП у чл. 221 ст.1 тачка 1 дао тумачење појма **осумњичени** наводећи да је **осумњичени** лице према коме је пре покретања кривичног поступка надлежни државни орган предузео неку радњу због постојања основа сумње да је **извршило кривично дело.**

Како је по нашем КЗ-у пре доношења *Закона о одговорности правних лица за кривична дела*⁵⁷¹ било несумњиво да **правно лице не може бити извршилац кривичног дела** већ то може бити само физичко лице (правно лице могло је бити одговорно само за привредни преступ или прекршај) несумњиво је да се појам **осумњичени** из чл.234 ст.1 ЗКП на основу чл.221.ст.1 тачка 1 ЗКП односио **само на физичка лица**, што је важило и за све друге одредбе ЗКП-а у којима се помињао термин **осумњичени**. Из наведеног је произишло да је чл.234 ст.1. ЗКП био *lex specialis* у односу на чл.225 ст.1 и 2 ЗКП **само када је у питању контрола личног или пословног рачуна физичког лица**, док су у случају контроле пословања правног лица важиле одредбе чл.225 ст.1 и 2 ЗКП.

Међутим, ситуација је постала сложенија после доношења *Закона о одговорности правних лица за кривична дела* («Сл.гласник РС»бр.97/2008), којим је у наш правни систем уведена и кривична одговорност правних лица, тако да се након доношења овог закона термин **осумњичени** могао употребљавати и за правна лица. Међутим, потврду да **посебну заштиту приватности уживају само подаци са рачуна физичких а не и подаци са рачуна правних лица** пружао је и *Устав Републике Србије* и *Универзална декларација о људским правима и Конвенција о људским правима и основним слободама* јер као што је објашњено правно лице *није личност* (термин који је употребљен у Уставу Републике Србије), нити има *приватни и породични живот* (термин који је употребљен у Универзалној декларацији о људским правима и Конвенцији о људским правима и основним слободама).

Да је чл.234 ЗКП био *lex specialis* у односу на чл. 225 ЗКП само у случају кад се радило о контроли рачуна физичких а не и правних лица, поред чл.221.ст.1 тачка 1. ЗКП **потврду је пружао и сам чл.234 ЗКП.**

Наиме, у члану 1а *Закона о приватним предузетницима*⁵⁷² предвиђено је да је приватни предузетник у смислу овог закона **физичко лице** које, ради стицања добити, оснива радњу и самостално обавља делатност. У чл.3 истог закона предвиђено је да за обављање самосталне делатности предузетник **оснива радњу, односно одговарајући облик пословања (радионица, канцеларија, биро, сервис, агенција, студио, пансион, апотека, ординација и сл.)** и да оснивач може основати само једну радњу с тим што делатност може обављати и у више посебних простора на територији исте или више општина.

⁵⁷¹ («Сл.гласник РС»97/2008)

⁵⁷² (Сл.гласник РС 19/91;46/91;31/93; 55/2004;61/2005)

Слично је предвиђено и у *Закону о привредним друштвима*⁵⁷³ где је у чл. 48.ст.1 предвиђено да предузетник, у смислу овог закона, **јесте физичко лице** које је регистровано и које ради стицања добити у виду занимања обавља све законом дозвољене делатности, укључујући уметничке и старе занате и послове домаће радиности.

У **чл.234 ст.1. ЗКП** било је предвиђено да се примењује када су у питању **лични и пословни рачуни осумњиченог**.

Дакле, пошто **правно лице не може имати лични рачун** већ лични рачун може имати само физичко лице, док је обрнути случај могућ, тј. да **пословни рачун сем правних могу имати и физичка лица** (нпр. како је већ наведено Самосталне трговинске радње и Самосталне занатске радње, тзв. СТР и СЗР, апотеке и др. који имају статус физичког лица), несумњиво је да поред члана 221.ст.1. тачка 1 ЗКП, потврду да је чл.234 ЗКП важио само кад се радило о контроли рачуна физичких лица пружао је и сам чл.234.ст.1 ЗКП формулацијом **пословни и лични рачун осумњиченог**, зато што само физичка лица могу имати и пословни и лични рачун, док правна лица могу имати само пословне рачуне.

Стога су органи унутрашњих послова на основу чл.225 ст1 и 2 ЗКП **могли да изврше контролу рачуна правног лица без судске наредбе** без обзира да ли су у питању основи сумње за кривично дело код кога је запређена казна већа или кривично дело код кога је запређена казна мања од 4 године затвора.

⁵⁷³ (Сл.Гласник РС 125/04)

3. Банкарска тајна

У чл.46. Закона о банкама предвиђено је :

"Банкарска тајна је **пословна тајна**"

Банкарском тајном сматрају се:

- 1) подаци који су познати банци а односе се на личне податке, финансијско стање и трансакције, као и на власништво или пословне везе клијената те или друге банке
- 2) подаци о стању и промету на индивидуалним депозитним рачунима
- 3) други подаци до којих банка дође у пословању са клијентима

Банкарском тајном не сматрају се:

- 1) јавни подаци и подаци који су заинтересованим лицима са оправданим интересом доступни из других извора
- 2) консолидовани подаци на основу којих се не открива идентитет појединачног клијента
- 3) подаци о акционарима банке и висини њиховог учешћа у акционарском капиталу банке, као и подаци о другим лицима са учешћем у банци и подаци о том учешћу, без обзира на то да ли су они клијенти банке
- 4) подаци који се односе на уредност испуњавања обавеза клијента према банци

У чл.48.ст.1. тачка.7, 8 и 9 истог закона предвиђено је да:

"Обавеза чувања банкарске тајне **не постоји** ако се подаци саопштавају:

- 1) на основу одлуке или захтева надлежног суда
- 2) за потребе органа надлежног за спречавање прања новца, у складу с прописима којима се уређује спречавање прања новаца
- 3) у вези са имовинским поступком, а на основу захтева староца имовине или конзуларних представништва страних држава, после подношења писмених докумената којима се доказује оправдани интерес ових лица.
- 4) у вези са извршењем надлежног органа на имовини клијента банке
- 5) регулаторним телима у Републици Србији ради обављања послова из њихове надлежности
- 6) лицу које су банке основале ради прикупљања података о укупном износу, врсти и ажурности у испуњавању обавеза физичких и правних лица клијената банака
- 7) **надлежном органу у вези са вршењем контроле обављања платног промета код правних и физичких лица која обављају делатност, у складу са прописима којима се уређује платни промет**
- 8) пореској управи, у складу с прописима којима се уређују послови из њене надлежности

- 9) органу надлежном за контролу девизног пословања
- 10) на захтев организације за осигурање депозита, у складу са законом којим се уређује осигурање депозита
- 11) страном регулаторном телу под условима предвиђеним споразумом о сарадњи закљученим између тог тела и Народне банке Србије

Позивајући се на наведене одредбе *Закона о банкама*, Банке су тумачиле да органи унутрашњих послова који се баве сузбијањем кривичних дела против привреде према чл.48 *Закона о банкама* (Сл.Гласник РС 107/2005) не спадају у државне органе у односу на које не важи обавеза чувања банкарске тајне.

Међутим банке су пренебегавале тачку 7. члана 48 *Закона о банкама* где је предвиђено да **обавеза чувања банкарске тајне не постоји ако се подаци саопштавају надлежном органу у вези с вршењем контроле обављања платног промета код правних и физичких лица која обављају делатност** (СТР-ови и СЗР-ови), у складу с прописима којима се уређује платни промет.

Пошто је у складу са чл.225.ст.1 и 2. ЗКП основна делатност специјализованих органа унутрашњих послова за сузбијање привредног криминала управо откривање кривичних дела против привреде чије доказивање није могуће без контроле платног промета, то значи да су органи унутрашњих послова у циљу откривања и доказивања кривичних дела против привреде на основу члана 225 ст.1. и 2 ЗКП-а овлашћени за контролу платног промета правних лица , и да органи унутрашњих послова на основу члана 48 ст.1 тачка 7 *Закона о банкама* припадају кругу државних органа према којима се не примењују одредбе о банкарској тајни.

То значи да су органи унутрашњих послова који су специјализовани за сузбијање привредног криминала на основу чл.48 ст.1 тачка 7 *Закона о банкама* и чл.225.ст.1 и 2 ЗКП без наредбе суда могли да контролишу пословање правних, **па чак и физичких лица која обављају делатност - тзв. СТР и СЗР** (што је компатибилно са чл. 234 ст.1 ЗКП где се сем личних рачуна осумњиченог помињу и његови пословни рачуни што је случај са Самосталним трговинским и Самосталним занатским радњама који имају пословне рачуне иако су физичка лица али нису личности), **док им је за контролу рачуна физичких лица која не обављају делатност (личности) , на основу чл.234 ст.1 ЗКП била потребна наредба истражног судије.**

Такође, пошто су у чл.48.ст.1.тачка 2,5, 8 и 9 *Закона о банкама* као органи према којима се не примењују одредбе о банкарској тајни изричито наведени и органи надлежни за спречавање прања новца (Комисија за спречавање прања новца), регулаторна тела у Републици Србији(Комисија за хартије од вредности и Народна банка Србије), пореска управе (пореска полиција) и органи контроле девизног пословања (девизна инспекција), постављало се питање који би још државни органи на основу чл.48.ст.1 тачка 7 *Закона о банкама* могли бити надлежни за обављање контроле платног промета сем органа унутрашњих послова који су специјализовани за сузбијање привредног криминала (јер органи за спречавање прања новца, регулаторна тела као и порески и девизни органи нису обухваћени тачком 7 чл.48 ст.1 *Закона о банкама* , већ су наведени органи као државни органи према којима се не примењују одредбе о банкарској тајни изричито предвиђени тачком 2,5,8 и 9 истог члана, тј. чл.48 *Закона о банкама*).

Било би више него нелогично да Комисија за спречавање прања новца, Комисија за хартије од вредности, НБС, као и пореске и девизне инспекције на основу чл.48 *Закон о банкама* без наредбе суда **могу да контролишу платни промет правних лица** а да органи унутрашњих послова који се баве сузбијањем привредног криминала без наредбе истражног судије **то не могу**, иако органи унутрашњих послова генерално имају много већа овлашћења од других наведених државних органа (лишење слободe и задржавање лица до 48 сати на основу чл.229 ЗКП; лишење слободe и спровођење лица истражном судији на основу чл.227 ЗКП; претресање стана и лица на основу чл.77-81 ЗКП).

Врло је важно напоменути и да је у чл.23 *Кривичноправне конвенције о корупцији*⁵⁷⁴ предвиђено да ће свака земља потписница усвојити такво законодавство и друге мере које су потребне, укључујући и оне које дозвољавају **употребу посебних истражних техника**, у сагласности са унутрашњим правом, како би се омогућило сакупљање доказа везаних за кривична дела корупције, као и идентификација, проналажење и одузимање имовине и предмета прибављених корупцијом. Такође је предвиђено да ће свака земља потписница усвојити законодавство којим ће овластити судове **или друге компетентне органе да доносе наредбе које ће омогућити доступност банкарских, финансијских или комерцијалних исправа и њихово одузимање у циљу сакупљања доказа везаних за кривична дела корупције, идентификације и проналажења и одузимање предмета прибављених корупцијом и да банкарска тајна не може бити препрека за предузимање ових мера.**

Значи према Кривичноправној конвенцији о корупцији, која је ратификована од стране Републике Србије, у циљу доказивања коруптивних кривичних дела⁵⁷⁵, не само судови већ и други државни органи могу доносити наредбе које ће омогућити доступност банкарских, финансијских или комерцијалних исправа, и ни банкарска тајна не може бити препрека за предузимање ових мера.

Контрола рачуна правних лица од стране надлежних државних органа без наредбе суда посебно је значајна за доказивање кривичних дела корупције која Кривичноправна конвенција о корупцији одређује као обавезна кривична дела и од сваке државе уговорнице захтева да их уведе у свој национални правни систем.

⁵⁷⁴ Комитет министара Савета Европе је у новембру 1998.г. усвојио Кривично правну конвенцију о корупцији, а од краја јануара 1999.г. Конвенција је отворена за потписивање. Република Србија донела је *Закон о потврђивању Кривичноправне конвенције о корупцији* (Сл.лист СРЈ - Међународни уговори"бр.2/2002 и "Сл.лист СЦГ - Међународни уговори", бр.18/05).

⁵⁷⁵ Као коруптивна кривична дела смтрају се скоро сва кривична дела из главе 33 Кривичног законика РС - Кривична дела против службене дужности (чл.359-369) јер је заштитни објекат ових кривичних дела службена дужност или служба, а као извршилац ових дела јавља се службено лице чији је појам детаљно одређен у чл.112 истог законика који кореспондира са одговарајућим одредбама из Кривичноправне конвенције о корупцији (поготово са чл.1 Конвенције).

Ради се о 13 кривичних дела која се предвиђена члановима 2-14 Конвенције а која се односе на: активно подмићивање домаћих јавних функционера; пасивно подмићивање домаћих јавних функционера; подмићивање чланова домаћег парламента; подмићивање страних јавних функционера; подмићивање чланова страних парламената; активно подмићивање у приватном сектору; пасивно подмићивање у приватном сектору; подмићивање функционера међународних организација; подмићивање чланова међународних парламената; подмићивање судија и функционера међународних судова; трговина утицајем; прање новца који потиче из кривичног дела корупције; и рачуноводствени прекршаји.

У случају да важи супротно, тј. у случају да је за контролу рачуна правних лица органима унутрашњих послова потребна наредба суда, (због укидања некадашњег ЗОП-а после чега је целокупни платни промет, тј платни промет свих правних и физичких лица прешао на банке) створила би се пракса да све банке на захтев органа унутрашњих послова ради контроле рачуна било ког правног лица (макар и за једну дневну промену на рачуну) захтевају наредбу суда.

4. Важеће право

Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (Сл.Гласник РС 72/09 од 31.08.2009.г.), који је ступио на снагу 08.09.2009.г., између осталог измењен је и чл.234 ЗКП-а да гласи:

«Јавни тужилац може захтевати да надлежни државни орган, банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања лица за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године и да му достави документацију и податке које могу послужити као докази о кривичном делу или имовини прибављеној кривичним делом, као и обавештења о сумњивим новчаним трансакцијама у смислу Конвенције о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стеченим криминалом и о финансирању тероризма. О захтеву и прикупљеним подацима јавни тужилац је дужан да одмах обавести истражног судију.»

Надлежни државни органи којима јавни тужилац може упутити захтев за контролу пословања наведених лица су нпр:

- Народна банка Србије(ако постоји основана сумња да су за извршење кривичних дела коришћене банке или осигуравајућа друштва – јер је за контролу пословања ових институција према Закону о НБС и Закону о банкама и другим финансијским организацијама надлежна НБС)
- Пореска полиција

- Комисија за спречавање прања новца (ако постоји основана сумња да је извршено кривично дело прање новаца из чл.231. КЗ или неко од пореских кривичних дела – чл.173, 173а, 176. и 176.а Закона о пореском поступку и пореској администрацији)
- Специјализована одељења органа унутрашњих послова за борбу против привредног и организованог криминала
- Девизна и буџетска инспекција (ако постоји основана сумња да је извршено неко од кривичних дела против привреде или неко од кривичних дела према Закону о девизном пословању)
- Агенција за регистрацију привредних субјеката (ако треба утврдити осниваче неких правних лица и висине њихових оснивачких улога)
- Комисија за хартије од вредности и берза (ако су кривична дела вршена приликом продаје акција на берзи)
- Регистар за хартије од вредности (ако треба утврдити власнике неких акција)
- Агенција за приватизацију (ако постоји основана сумња да је извршено кривично дело приликом приватизације правног лица или приликом стечајног поступка неког правног лица – јер је Агенција за приватизацију по слову закона и стечајни управник за правна лица која су у друштвеној или државној својини)...

Документација и подаци који приликом контроле пословања могу бити пронађени а могу послужити као **доказ** о кривичном делу су:

- Банкарски изводи(доказ за банкарске трансакције у земљи)
- SWIFT-ови (доказ за банкарске трансакције са иностранством)
- Износ новца на жиро-рачуну(податак значајан за правна лица)
- Новац који се чува у сефовима код банака (податак значајан за физичка лица мада није искључен и за правна лица али је то ређи случај)
- Уговори о акредитиву (покривени и непокривени, као и потврђени и непотврђени)
- Банкарске гаранције и Уговори о јемству
- Уговори о осигурању
- Записници о штетном догађају – осигураном случају
- Купопродајни уговори
- Уговори о лизингу
- Уговори о консалтинг(могу се јавити код кривичног дела прања новца)
- Уговори о франшизингу
- Уговори са добављачима и пратећа документација код јавних набавки
- Уговори о пословно-техничкој сарадњи
- Потврде о власништву над акцијама
- Благајнички и Комерцијални записи...

На писани и образложени захтев јавног тужиоца, под условима из става 1. овог члана, истражни судија може одлучити да надлежни орган или организација привремено обустави одређену финансијску трансакцију, исплату, односно одузимање сумњивог новца, вредносних папира или предмета за које постоје основи сумње да потичу од кривичног дела или од добити стечене кривичним делом, или су намењени извршењу, односно прикривању кривичног дела.

Одлука истражног судије из става 2 овог члана доноси се у облику решења. Против решења истражног судије власник новчаних средстава има право жалбе. О жалби одлучује веће из чл.24.ст.6 овог закона.

У захтеву из става 2. овог члана јавни тужилац ће ближи означити садржај мере или радње коју налаже.

Ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са подацима прикупљеним применом мера из ст.1. и 2. овог члана или ако изјави да их неће користити у поступку, односно да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка, сви достављени подаци ће се уништити под надзором истражног судије, о чему ће истражни судија сачинити записник".

Уочљиво је да је некадашњи чл.234 ст.1 ЗКП замењен некадашним чланом чл.504к ст.1 ЗКП, који је до доношења Закона о изменама и допунама законика о кривичном поступку важио само за кривична дела организованог криминала.

Овај члан, који се приликом контроле рачуна примењивао само у случају да постоји **основана сумња**⁵⁷⁶ **да је у питању кривично дело организованог криминала**, изменама и допунама Законика о кривичном поступку примењује се и у случају постојања **основа сумње и за сва друга кривична дела** за која је запређена казна затвора од 4 године или тежа казна.

На први поглед уочљиво је да је раније за примену овог члана био потребан већи степен сумње (основана сумња) и то када су у питању била кривична дела организованог криминала, а да је изменама и допунама ЗКП-а примена овог члана дозвољена и у случају сумње нижег степена (основи сумње) и то кад су у питању много лакша кривична дела (4 године затвора).

Сматрамо да овакво решење није пронашло прави баланс између **права на приватност** података на рачуну и потребе његовог ограничења у јавном интересу. На овај начин отишло се у другу крајност, тј. дошло је до угрожавања права на приватност о подацима на рачуну.

⁵⁷⁶ Иако у чл.504к ЗКП није било предвиђено које је степен сумње потребан за његову примену, у чл. 504а било је предвиђено да се одредбе ове главе примењују на случајеве **основане сумње** да је извршено кривично дело резултат организованог деловања више од два лица чији је циљ вршење тешких кривичних дела ради стицања добити или моћи

Оваквим решењем и употребљеном формулацијом ("Јавни тужилац може захтевати да надлежни државни орган, банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања **лица...**) произилази да јавни тужилац у случају кад постоји мањи степен сумње да је извршено неко лакше кривично дело **без судске наредбе** може захтевати контролу рачуна како правних тако и **физичких лица**.

До доношења измена и допуна законика о кривичном поступку из септембра 2009.г., изузетак да јавни тужилац без наредбе суда може да захтева контролу рачуна физичких лица могао се применити јако уско, тј. могао се применити само у случају **постојања основане сумње да је извршено кривично дело организованог криминала**, односно (уколико би се директно примениле одредбе Кривичноправне конвенције о корупцији) **само у случају сумње да се ради о коруптивним кривичним делима** .

Сматрамо да је изменама и допунама ЗКП-а јавном тужиоцу дато прешироко овлашћење да без судске наредбе захтева контролисање **рачуна физичких лица** (чак и у случају нижег степена сумње за блажа кривична дела), тј. да после измена и допуна ЗКП-а може доћи до **повреде права на приватност** података на рачуну **физичких лица** (која у смислу Устава Републике Србије , Универзалне декларације о људским правима, као и Конвенције о људским правима и основним слободама имају право на приватност података на рачуну). Контролисање рачуна физичких лица без наредбе суда морало би се , у смислу наведених прописа, много уже примењивати, за разлику од садашњег решења које је јако широко постављено.

Даље, оваквим решењем поставља се већ раније наведено спорно питање како поступити у случају да постоје основи сумње да је почињено кривично дело за које је забрањена казна затвора испод 4 године. Иако интенција законодавца вероватно није била да онемогући контролу и доказивање кривичних дела за која је законом прописана казна блажа од четири године затвора, услед употребљене формулације у чл.234.ст.1 ЗКП, тј да:

"Јавни тужилац **може** захтевати да надлежни државни орган,банкарска или друга финансијска организација обави контролу пословања **лица** (дакле и правних и физичких, прим.Ж.С.) **за које постоје основи сумње да је учинило кривично дело за које је законом прописана казна затвора од најмање четири године...**"

применом тумачења *argumentum contrario* у супротном случају тј. да кад не постоје основи сумње да је неко лице (било правно било физичко) извршило кривично дело за које је законом прописана казна од најмање четири године затвора већ нека блажа казна, јавни тужилац **не може** захтевати контролу пословања ни правних ни физичких лица), а кад то не може јавни тужилац не би могли ни органи унутрашњих послова применом чл.225 ст.1 и 2 ЗКП.

То значи да контрола рачуна како правних тако и физичких лица није могућа у случају кад постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора.

То је још један разлог за прецизирање члана 234 ЗКП јер после измена и допуна ЗКП-а , у случају кад постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора, не би била могућа контрола рачуна ни правних ни физичких лица.

Овакво решење противно је циљевима криминалне политике јер се нека кривична дела (без обзира што им је запређена казна блажа од 4 године затвора) могу доказати само контролом рачуна било правних било физичких лица, односно без контроле рачуна правних и физичких лица одређена кривична дела не би могла бити процесуирана (нпр. кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блажа од четири године затвора - Издавање чека и коришћење платне картице без покрића из чл.228 ст.1 и 2 КЗ; Пореска утаја из чл.229 ст.1 КЗ; Оштећење повериоца из чл. 237 ст.1 КЗ; Несавестан рад у привредном пословању из чл.234 ст.1 КЗ; Недозвољена трговина из чл.243 ст.1, 2 и 3 КЗ), што значи да би у случају задржавања наведене формулације из чл.234.ЗКП кривична дела за која је запређена казна блажа од 4 године затвора на индиректан начин била декриминализована јер се за њих не би могли прикупљати докази, а самим тим не би могла бити ни процесуирана.Такође, није јасно да ли органи унутрашњих послова на основу своје обавезе и овлашћења из чл.225 ст.1 и 2 ЗКП могу самостално извршити контролу рачуна *правних лица* или им је за контролу рачуна свих лица (и правних и физичких) на основу новог чл.234 ст.1 потребан захтев тужилаштва.

Према нашем мишљењу, органи унутрашњих послова на основу својих овлашћења из чл.225 ст.1 и 2 ЗКП могу самостално извршити контролу рачуна правних лица, дакле и без захтева тужилаштва.

5. Недоумице у примени ове доказне радње

Сматрамо да одбијањем да органима унутрашњих послова доставе документацију о промету рачуна правних лица банке уствари онемогућавају органе унутрашњих послова да прибаве документацију која је неопходна за откривање и обезбеђивање трагова евентуланог кривичног дела и предмета који могу послужити као доказ у кривичном поступку, и на тај начин повређују одредбе чл. 225 ст.1 и 2. ЗКП које предвиђају да су органи унутрашњих послова **дужни да предузму потребне мере да се пронађе учинилац кривичног дела, да се открију и обезбеде трагови кривичног дела и предмети који могу послужити као доказ** и да у циљу испуњења ових дужности између осталог органи унутрашњих послова могу остварити увид и одузети документацију државних органа, предузећа, радњи и других правних лица (банака), **као и да предузму друге потребне радње и мере.**

Када органи унутрашњих послова захтевају документацију о промету рачуна правних лица у складу са чл 225 ст. 1 и 2 ЗКП Београд, органи унутрашњих послова **предузимају друге радње и мере** ради откривања и обезбеђивања трагова кривичног дела. Дакле, органи унутрашњих послова поред одузимања документације, **могу да предузму и друге радње и мере у циљу испуњења дужности из чл. 225.ст. 1 ЗКП.**⁵⁷⁷

Одузимање документације на основу чл.225.ст.1 ЗКП је тежа мера⁵⁷⁸ од достављања документације⁵⁷⁹ тако да **сем предузимања других радњи и мера** на основу чл.225 ст2. у вези ст.1 ЗКП., у овом случају важи и правило да ко може више може и мање. **Доставља** копија тражене документације у пракси се најчешће врши у **просторијама банке.**

То значи да је достављање потребне документације органима унутрашњих послова у просторијама банке блажа мера од одузимања документације јер се приликом достављања документације не предају оригинали (који остају банци) већ копије тражене документације (којом приликом органи унутрашњих послова уместо потврде о одузетим предметима радницима банке потписују пропратни акт са спецификацијом преузете документације што радницима банке служи као доказ да су документацију предали овлашћеним државним органима).

Стога би се **онемогућавање органа унутрашњих послова да изврше контролу промета рачуна правних лица**, тј. одбијање одговорних лица у банкама да на основу чл.225 ст.1 и 2 на писмени захтев органа унутрашњих послова доставе документацију о промету рачуна правних лица, могло квалификовати као кривично дело *Онемогућавање вршења контроле* из чл. 241 КЗ, а ако би се утврдило да је коришћењем рачуна правног лица извршено неко кривично дело против привреде, онда би се на страни одговорних лица у банкама,

⁵⁷⁷ Дужност органа унутрашњих послова је да предузму потребне мере ради откривања и обезбеђивања трагова кривичног дела и предмета који могу послужити као доказ

⁵⁷⁸ Јер се том приликом на основу чл.82 ЗКП уз потврду о одузетим предметима одузима оригинална документација.

⁵⁷⁹ Јер се том приликом одузимају само копије докумената.

у случају недостављања документације о промету преко ових рачуна, могло радити и о кривичном делу *Помоћ учиниоцу после извршеног кривичног дела* из чл. 333 КЗ.

Као што смо већ поменули, након укидања некадашњег ЗОП-а целокупни платни промет, тј платни промет свих правних и физичких лица, прешао је на банке. Уколико би се заузео став да одговорна лица у банкама нису кривично одговорна ако се оглуше на захтев органа унутрашњих послова и одбију да доставе документацију о промету рачуна **правних лица**, тј. уколико би се заузео став да у том случају не постоји кривично дело *Онемогућавање вршења контроле* из чл.241 КЗ (што је у раду неких тужилаштва био случај) , створила би се опасна пракса да све банке, на захтев органа унутрашњих послова, ради контроле рачуна било ког правног лица (макар и за једну дневну промену на рачуну) знајући да неће бити кривично санкционисане одбију да доставе тражену документацију и захтевају достављање захтева тужилаштва или наредбе суда што би у многоме отежало рад и полиције и тужилаштва и суда.

Наиме, на основу наведеног тумачења ЗКП од стране банака, и за само једну дневну промену на рачуну било ког правног лица органи унутрашњих послова би (пре измене и допуна законика о кривичном поступку) морали да се обраћају тужилаштву које би потом морало да пише образложени предлог истражном судији како би истражни судија издао наредбу за достављање документације о промету са рачуна правног лица.

Треба узети у обзир и да банке по овом питању између себе ажурно и радо размењују информације и да ће, уколико не буде санкционисан применом члана 241 КЗ, наведени проблем свакако заживети у пракси.

Уколико је смисао важећег чл.234.ст.1. ЗКП у томе да је захтев јавног тужиоца потребан и за контролу правних и за контролу физичких лица ,у пракси би се појавио још низ важних питања.

Например, појавило би се питање да ли органи унутрашњих послова ради контроле рачуна правних лица (које су пре измена и допуна ЗКП-а из септембра 2009.г. вршили самостално на основу чл.225.ст.1 и 2 ЗКП) морају прво да се обрате тужилаштву како би од тужилаштва на основу чл.234.ст.1 ЗКП претходно добили захтев за контролу.

С обзиром да постоји јако велики број правних лица са енормним бројем промена на својим рачунима, на овај начин би полиција, тужилаштва и истражне судије били затрпани међусобним дописивањем (тј. полиција тужилаштву, а тужилаштва истражном судији) што би умногоме отежало и рад полиције и тужилаштва и суда, поготово што по нашем мишљењу смисао одредбе чл.234.ЗКП није у томе да се додатни степен гаранције и заштите пружи рачунима правних већ рачунима физичких лица.

Овакав закључак произилази као што је објашњено из самог чл.234 ЗКП али и из Устава Републике Србије, Универзалне декларације о људским правима, Конвенције о људским правима и основним слободама и Кривичноправне конвенције о корупцији, из којих произилази да право на приватност података са рачуна уживају само физичка а не и правна лица јер правно лице није *личност* (термин који је употребљен у Уставу Републике Србије), нити има *приватни и породични живот* (термини који су употребљени у Универзалној декларацији о људским правима и Конвенцији о људским правима и основним слободама), као да у циљу откривања коруптивних кривичних дела и други државни органи (а не само судови) могу издати наредбе за издавање банкарских исправа и да банкарска тајна не може бити препрека за откривање коруптивних кривичних дела (Кривичноправна конвенција о корупцији).

Да би се избегли сви наведени проблеми, а посебно да не би остала несакционисана кривична дела за које је запређена казна блажа од четири године затвора, сматрамо да је требало задржати решење из чл. 234. ЗКП пре измена и допуна из септембра 2009.г., с тим што би ст.1 овог члана требало преформулисати да гласи:

«Кад постоје основи сумње да физичко лице које је осумњичено за кривично дело које се гони по службеној дужности поседује рачуне или обавља трансакције, истражни судија може на писани и образложени предлог јавног тужиоца наредити банкарској, финансијској или другој организацији да достави податке о стању пословних или личних рачуна ФИЗИЧКОГ ЛИЦА».

На овај начин би се отклониле све нејасноће и недоумице да је наредба истражног судије из чл.234 ЗКП неопходна само приликом контроле рачуна физичких лица, јер се после доношења *Закон о одговорности правних лица за кривична дела* термин **осумњичени** може примењивати и на правна лица.

Даље, на тај начин би само физичка лица добила гаранцију за право на приватност података на рачуну јер би предложеном формулацијом контрола рачуна физичких лица била дозвољена само уз наредбу истражног судије (уз уске изузетке у којима би контрола рачуна физичких лица била дозвољена и на основу захтева тужиоца, нпр. у случају кривичних дела организованог криминала и коруптивних кривичних дела што би могло да буде предвиђено одредбама ЗКП у тој глави).

Такође, предложеном формулацијом избегло би се важеће ограничење да се контрола рачуна физичких и правних лица не може извршити уколико се ради о кривичним делима за која је запређена казна блажа од четири године затвора, тј. предложеном формулацијом и за ова кривична дела, на основу наредбе истражног судије, могли би се прибављати докази контролом рачуна физичких лица, док би за контролу рачуна правних лица и даље важио чл.225 ЗКП.

У супротном кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блаже од четири године затвора, за чије је доказивање потребна контрола рачуна физичких и правних лица, не би могла бити ни доказана ни процесуирана што је у супротности са циљевима криминалне политике и генералне превенције.

6. Нови ЗКП

Према чл.143 новог ЗКП-а провера рачуна и сумњивих трансакција обухвата: 1) прибављање података; 2) надзор над сумњивим трансакцијама; 3) привремено обустављање сумњиве трансакције

6.1. Прибављање података

Према чл.143 ст.1 и чл.144 ст.1 новог ЗКП-а *материјални услови за прибављање података* су:

1) да постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, односно да је извршено неко од *таксативно набројаних кривичних дела за која је прописана казна затвора нижа од четири године* (приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију из чл.185 ст.4 КЗ; прање новца из чл.231 ст.5 КЗ; трговина утицајем из чл.336 ст.2 КЗ; примање мита из чл.367 ст. 4 КЗ; и давање мита из чл.368 ст.2 КЗ).

2) да *осумњичени* поседује рачуне или обавља трансакције

Према чл.144 ст.1 новог ЗКП-а *формални услов за прибављање података* је **наредба јавног тужиоца** банци или другој финансијској организацији да му у одређеном року достави податке о:

- 1) рачунима које осумњичени има или контролише и средствима која на њима држи
- 2) из евиденције података

Банка или фин.организација је дужна да чува као тајну податак да је доставила тражене податке. Ако не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са прикупљеним подацима или ако изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка или ако сматра да прикупљени подаци нису потребни за вођење поступка, јавни тужилац ће донети **решење о уништењу прикупљеног материјала**, што је **новина** у односу на чл.234 ст.5 важећег ЗКП-а.

Још једна новина у чл.144 ст.4 новог ЗКП-а у односу на чл.234 ст.5 важећег ЗКП-а је да надзор над уништавањем прикупљеног материјала уместо истражног судије врши јавни тужилац који уместо истражног судије саставља и записник о уништењу прикупљеног материјала.

Даља новина у чл.144 ст.4 новог ЗКП-а у односу на чл.234 ст.5 важећег ЗКП-а је да јавни тужилац о доношењу решења о уништењу прикупљеног материјала **обавештава лице према коме је ова доказна радња спроведена.**

По питању *материјалних услова* за примену ове мере, решењем из чл.143 и 144 новог ЗКП-а није разрешено раније наведено спорно питање како поступити у случају да постоје основи сумње да је почињено кривично дело које *не припада кругу таксативно набројаних кривичних дела* за која је могуће применити ову меру иако је запређена казна затвора испод 4 године, а осумњичени поседује рачуне или обавља трансакције.

Иако интенција законодавца вероватно није била да онемогући доказивање кривичних дела за која је законом прописана казна блажа од четири године затвора, услед таксативно набрајања кривичних дела за која је примена ове мере могућа иако су им запређене казне ниже од четири године затвора, у чл.143 ст.1 новог ЗКП-а, применом тумачења *argumentum contrario* у супротном случају тј. у случају постојања основа сумње да је извршено неко од кривичних дела чија је запређена казна мања од четири године затвора а које не припада кругу таксативно наведених кривичних дела из чл. 143 ст.1 новог ЗКП-а, *примена ове мере не би била могућа.*

То значи да прибављање података како са рачуна правних тако и са рачуна физичких лица не би била могућа у случају да постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је законом прописана казна блажа од четири године затвора сем ако то дело не припада кругу таксативно наведених кривичних дела из чл.143 ст.1 новог ЗКП-а.

Овакво решење противно је циљевима криминалне политике јер се нека кривична дела (без обзира што им је запређена казна блажа од 4 године затвора) могу доказати само контролом рачуна било правних било физичких лица, односно без контроле рачуна правних и физичких лица одређена кривична дела не би могла бити процесуирана (нпр. кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блажа од четири године затвора - Издавање чека и коришћење платне картице без покрића из чл.228 ст.1 и 2 КЗ; Пореска утаја из чл.229 ст.1 КЗ; Оштећење повериоца из чл. 237 ст.1 КЗ; Несавестан рад у привредном пословању из чл.234 ст.1 КЗ; Недозвољена трговина из чл.243 ст.1, 2 и 3 КЗ), што значи да би у случају задржавања наведене формулације из чл.143 ст.1 новог ЗКП-а кривична дела за која је запређена казна блажа од 4 године затвора, а која не припадају кривичним делима која су таксативно набројана у чл.143 ст.1 новог ЗКП-а, на индиректан начин била декриминализована јер се за њих не би могли прикупљати докази, а самим тим не би могла бити ни процесуирана.

На основу одредби из чл. 143 и 144 ст.1 новог ЗКП-а јавни тужилац у случају постојања мањег степена сумње⁵⁸⁰ без судске наредбе може захтевати достављање података како са рачуна правних тако и са рачуна физичких лица.

До доношења измена и допуна законика о кривичном поступку из септембра 2009.г., изузетак да јавни тужилац без наредбе суда може да захтева контролу рачуна физичких лица могао се применити јако уско, тј. могао се применити само у случају постојања већег степена сумње (основана сумње) да је извршено кривично дело организованог криминала, односно (уколико би се директно примениле одредбе Кривичноправне конвенције о корупцији) само у случају основане сумње да се ради о коруптивним кривичним делима.

Такође, није јасан однос одредби из чл. 144 и 286 новог ЗКП-а, тј. да ли полиција на основу својих обавезе и овлашћења из чл.286 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може од банака самостално захтевати достављање података са рачуна *правних лица* или је полицији за добијање података са рачуна свих лица (било правних било физичких) на основу чл.144 новог ЗКП-а неопходна наредба тужилаштва.

Ако на основу својих обавеза и овлашћења из чл.286 ст.1 и 2 ЗКП-а полиција не би могла самостално од банака да захтева достављање података о промету рачуна *правних лица* већ би полицији за то на основу чл.144 ЗКП била неопходна наредба јавног тужиоца, то би значило да би ради контроле само једне дневне промене на рачуну било ког правног лица полиција морала да се обраћа тужилаштву које би потом морало да пише наредбу за достављање података о промету са рачуна правног лица.

С обзиром да постоји јако велики број правних лица са енормним бројем промена на својим рачунима, на овај начин би полиција и тужилаштва били затрпани међусобним дописивањем, што би умногоме отежало и рад полиције и тужилаштва, иако по нашем мишљењу смисао одредби чл.143 и 144 новог ЗКП-а не би требао да буде у заштити права на приватност правних већ права на приватност физичких лица.

Према нашем мишљењу, полиција би на основу својих овлашћења из чл.286 ст.1 и 2 ЗКП могла од банака самостално да захтева достављање података са *рачуна правних лица*, дакле и без наредбе тужилаштва. У супротном би пореска полиција и девизна инспекција, на основу чл.48.ст.1. тачка 8 и 9 Закона о банкама и овлашћења из Закона о пореском поступку односно Закона о девизном пословању, самостално, дакле без наредби јавног тужиоца могли да контролишу промет рачуна правних лица а криминалистичка полиција не би, што би био апсурд јер полиција генерално гледајући има много шира овлашћења од пореске полиције и девизне инспекције (нпр. у неким ситуацијама овлашћење за претрес стана и лица и без наредбе суда чл.158 и 159 новог ЗКП).

⁵⁸⁰ Основи сумње

Да би се избегли сви наведени проблеми који могу проистећи приликом примене чл.143 и чл.144 новог ЗКП-а, а посебно да не би остала несакционисана кривична дела за које је забрањена казна блажа од четири године затвора а која не припадају кругу таксативно наведених кривичних дела из чл.143 ст.1 новог ЗКП-а, сматрамо да је чл.143 ст.1 новог ЗКП-а требао да гласи:

„Ако постоје основи сумње да је *физичко лице* извршило кривично дело које се гони по *службеној дужности* орган поступка може одредити да се изврши провера његових рачуна или сумњивих трансакција.“

Предложена формулација с разлогом наглашава да се ради о провери рачуна физичког лица јер се после доношења *Закон о одговорности правних лица за кривична дела* термин *осумњичени* (које је употребљен у чл.143 ст.1 новог ЗКП-а) може примењивати и за правна лица, тј. након доношења наведеног закона термин *осумњичени* не може се више везивати само за физичка лица.

Такође, у чл. 143 ст.1 новог ЗКП-а требало би додати став 3 који би гласио:

«Проверу рачуна и трансакција *правних лица* врши полиција на основу својих овлашћења из чл. 286 ст.1 и 2 овог законика.»

На овај начин би се отклониле све нејасноће и недоумице да је наредба тужилаштва неопходна само приликом контроле рачуна физичких лица а да контролу рачуна правних лица на основу својих овлашћења може вршити полиција.

Такође, предложеном формулацијом избегло би се важеће ограничење да се контрола рачуна физичких и правних лица не може извршити уколико се ради о кривичним делима за која је забрањена казна *блажа од четири године затвора* која не припадају кругу таксативно наведених кривичних дела из чл. 143 ст.1 новог ЗКП-а, тј. предложеном формулацијом и за ова кривична дела, на основу наредбе судије за претходни поступак, могли би се прибављати подаци са рачуна физичких лица, док би податке са рачуна правних лица прибављала полиција на основу својих овлашћења из чл.286 ЗКП.

У супротном кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блаже од четири године затвора , (нпр. - издавање чека и коришћење платне картице без покрића из чл.228 ст.1 и 2 КЗ; пореска утаја из чл.229 ст.1 КЗ; оштећење повериоца из чл. 237 ст.1 КЗ; несавестан рад у привредном пословању из чл.234 ст.1 КЗ; недозвољена трговина из чл.243 ст.1, 2 и 3 КЗ) за чије је доказивање потребно прибављање података са рачуна правних или физичких лица, не би могла бити ни доказана ни процесуирана, што је у супротности са циљевима криминалне политике и генералне превенције.

6.2. Надзор над сумњивим трансакцијама

Према чл.143 ст.1 и 145 ст.1 новог ЗКП-а *материјални услови* за **надзор на сумњивим трансакцијама** исти су као *материјални услови* за **прибављање података**, тј.:

- 1) да постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, односно да је извршено неко од *таксативно набројаних кривичних дела за која је прописана казна затвора нижа од четири године* (приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију из чл.185 ст.4 КЗ; прање новца из чл.231 ст.5 КЗ; трговина утицајем из чл.336 ст.2 КЗ; примање мита из чл.367 ст. 4 КЗ; и давање мита из чл.368 ст.2 КЗ).
- 2) да осумњичени поседује рачуне или обавља трансакције

Према чл.145 ст.1 и 2 новог ЗКП-а *формални услови* за **надзор над сумњивим трансакцијама** су:

- 1) захтев јавног тужиоца за одређивање надзора над сумњивим трансакцијама
- 2) образложена наредба судије за претходни поступак

У наредби се наводе подаци о осумњиченом, ознака рачуна, обавеза банке или финансијске организације да доставља периодичне извештаје јавном тужиоцу и трајање надзора. Надзор може трајати најдуже три месеца, а због важних разлога може бити продужен највише за још три месеца. Надзор се обуставља чим престану разлози за његову примену.

Ако у наредби није другачије одређено, банка или друга финансијска организација је дужна да пре сваке трансакције обавести јавног тужиоца да ће трансакција бити извршена и да наведе рок у којем ће се извршити. Ако то због природе трансакције није могуће, банка или друга финансијска организација ће обавестити јавног тужиоца одмах после извршења трансакције и навешће разлоге кашњења. Банка или финансијска организација је дужна да чува као тајну података да се врши надзор над сумњивим трансакцијама.

Ако јавни тужилац не покрене кривични поступак у року од шест месеци од дана када се упознао са подацима добијеним надзором или ако изјави да против осумњиченог неће захтевати вођење поступка или ако сматра да прикупљени подаци нису потребни за вођење поступка, **судија за претходни поступак ће донети решење о уништењу прикупљеног материјала и о томе обавестити лице према коме је ова доказна радња спроведена. Прикупљени материјал ће се уништити под надзором судије за претходни поступак који о томе саставља записник.**

6.3. Привремено обустављање трансакције

Према чл.146 ст.1 *материјални услови* за **привремено обустављање трансакције** су:

- 1) да постоје основи сумње да је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, односно да је извршено неко од *таксативно набројаних кривичних дела за која је прописана казна затвора нижа од четири године* (приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију из чл.185 ст.4 КЗ; прање новца из чл.231 ст.5 КЗ; трговина утицајем из чл.336 ст.2 КЗ; примање мита из чл.367 ст. 4 КЗ; и давање мита из чл.368 ст.2 КЗ).
- 2) да осумњичени поседује рачуне или обавља трансакције
- 3) да постоје основи сумње да осумњичени обавља сумњиву трансакцију

Према чл.146 ст.1 новог ЗКП-а *формални услови* за **привремено обустављање трансакцију** су:

- 1) писани и образложени захтев јавног тужиоца за привремено обустављање трансакција
- 2) наредба судије за претходни поступак

Привремено обустављање сумњивих трансакције може трајати најдуже 72 часа, а у случају да трајање мере обухвата и наредне дане може се по наредби суда продужити највише за још 48 часова, што значи да је *максимално трајање мере 120 часова*.

Банка или друга финансијска организација дужна је да чува као тајну податак да је привремено обуставила сумњиву трансакцију.

7. Кривично дело одавање пословне тајне (чл.240 КЗ).

Пошто је, као што је већ наведено, у чл.46. *Закона о банкама* предвиђено да је банкарска тајна **пословна тајна**, као и да банкарску тајну чине подаци који се односе на **финансијско стање** и трансакције као и подаци **о стању** и промету на индивидуалним депозитним рачунима, те да осим изузетака предвиђених у члану 48 *Закона о банкама*, важи обавеза чувања банкарске тј. пословне тајне, то значи да је право на приватност података на рачунима заштићено кривичним делом одавања пословне тајне из чл. 240 КЗ.

Радња извршења основног облика (став1) састоји се у неовлашћеном саопштавању, предаји, или на други начин чињењем доступним непозваном лицу података који представљају пословну тајну. Под појмом непозвано лице сматра се свако оно лице које није овлашћено да буде упућено у податке или документацију која представља пословну тајну. Саопштавање се може извршити на више начина, писмено или усмено, посредно или непосредно или преко средстава комуникација (електронска пошта, обична пошта, телефон). Предаја може бити непосредно другом лицу или посредно (преко другог лица, или остављањем на неком договорном месту). Чињење доступним јесте омогућавање да се друго лице на било који начин упозна са подацима који представљају пословну тајну. Код ове радње извршења за довршено кривично дело није потребно да се друго лице упозна са подацима који представљају службену тајну. Кривично дело се може извршити и прибављањем података који представљају пословну тајну у намери да се предају непозваном лицу.

Објекат радње јесу подаци и документи који представљају пословну тајну. Појам пословне тајне одређен је у ставу 4. Прихваћен је рестриктивни, формално-материјални појам службене тајне што значи да кумулативно морају бити остварени и формални и материјални елемент.⁵⁸¹ Наиме, службеном тајном сматрају се подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа проглашени пословном тајном (формални елемент) и чије је одавање проузроковало или могло да проузрокује штетне последице за предузеће или други субјект привредног пословања (материјални елемент). Међутим, овде се не предвиђа изузетак као код других кривичних дела одавања тајне (државне тајне из чл.316 КЗ, службене тајне из чл.369 КЗ и војне тајне из чл.415 КЗ) у смислу да се пословном тајном не сматра тзв. илегална тајна. За то разликовање нема посебних разлога, већ се ради о пропусту законодавца.⁵⁸²

⁵⁸¹ З.Стојановић, *Коментар законика о кривичном поступку*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.572.

⁵⁸² З.Стојановић, *Коментар законика о кривичном поступку*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.573.

И заиста, нема разлога да се пословном тајном сматрају подаци или документи који су управљени на тешке повреде основних права човека, или на угрожавање уставног уређења и безбедности Србије, као и подаци или документи који за циљ имају прикривање учињеног кривичног дела за које се по закону може изрећи затвор од пет година или тежа казна (такозвана илегална тајна).

Извршилац кривичног дела може бити било које лице. Извесне дилеме у том погледу јављају се због тога што се подаци који представљају пословну тајну неовлашћено другом саопштавају, односно што се такви подаци прибављају у намери да се предају непозваном лицу, што посредно указује на то да извршилац може бити само лице које је овлашћено да има у поседу податке који представљају пословну тајну (напр. само банкарски службеник може имати податке о стању на рачуну било физичког било правног лица). Иако ће то најчешће бити тако, ипак извршилац може бити и друго лице, напр. лице које је од банкарског службеника сазнало стање на рачуну трећег лица па то неовлашћено саопшти четвртом лицу, а извршилац може бити и оно лице које је до пословне тајне дошло на противправан начин.

Тежи облик (став2) постоји онда када ј приликом извршења дела из става 1 остварена једна од две квалификаторне околности: ако је дело учињено из користољубља, или ако је учињено у погледу нарочито поверљивих података. Имовинска корист не мора да буде примљена. Довољно је да је учињено дело из користољубља. Поверљивост, односно тајност података се може степеновати. Да ли постоји висок степен поверљивости зависи од природе податка, као и од последице њиховог одавања.

Осим умишљајног, предвиђен је и нехатни облик (став 3). Спорно је да ли ће нехатни облик постојати и у оним ситуацијама када се подаци који представљају пословну тајну не обезбеде, односно држе на месту и на такав начин да се тиме створи ситуација да могу бити доступни непозваном лицу. Пошто ни за умишљајно дело код тог облика радње извршења није потребно да се друго лице упознало са садржином службене тајне, и овде треба узети да је дело тиме довршено (под условом да су остварени општи елементи нехата, свесног или несвесног).⁵⁸³ Наравно, нехатни облик може постојати само за став 1, јер би се у случају из става 2 радило о умишљају.

⁵⁸³ З.Стојановић, *Коментар законика о кривичном поступку*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.573.

ТРИНАЕСТА ГЛАВА

ХИИ ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Увод

Право детета на поштовање приватности у свим фазама поступка је одраз права на заштиту приватности садржаног у члану 16 *Конвенције о правима детета*.⁵⁸⁴ То у првом реду значи да треба избећи штету коју изазива непримерено објављивање у јавности или поступак етикетирања. Комитет за права детета, надзорно тело *Конвенције за права детета*, јасно указује да: "није дозвољено објављивање било каквих података којима се малолетни учинилац може идентификовати, из разлога стигматизације, као и због тога што то може утицати на доступност у школовању, запошљавању или на безбедност детета"⁵⁸⁵. То истовремено значи да представници релевантних служби и институција треба да буду веома опрезни код давања изјава за медије у ситуацијама када се малолетна лица појављују као учесници кривичног поступка, без обзира да ли се ради о њима као учиниоцима кривичних дела или жртвама.

Приликом предузимања мера и радњи према лицима млађим од 18 година живота, поступање у најбољем интересу детета⁵⁸⁶ императив је за све професионалце, који морају да воде рачуна о зрелости, другим личним својствима и заштити приватности малолетних лица како предузете мере и радње не би штетно утицале на њихов даљи развој. Према чл.16. *Конвенције о правима детета* "деца имају право на законску заштиту од мешања у њихову **приватност** и право на заштиту своје части и угледа", док је чланом 17. *Конвенције о правима детета* наглашено да медији могу имати веома значајну превентивну улогу у предузимању мера са циљем заштите деце од штетних информација и материјала, уз ширење информација од друштвене и културне користи за децу.

Право детета на приватност је и саставни део Стандардних минималних правила за администрацију малолетничког правосуђа (*Пекињика правила*), која је усвојила Генерална скупштина УН 1985.године. У члану 40.став 2 тачка vii *Правила*, државе се обавезују да поштују приватност детета у свим фазама поступка. *Пекињика правила*, иако су пре свега битна за малолетничко правосуђе, представљају и приручник за тумачење члана 16. *Конвенције о правима детета*.⁵⁸⁷

⁵⁸⁴ *Конвенција о правима детета* ("Службени лист СФРЈ - Међународни уговори", бр.15/90).

⁵⁸⁵ У периоду од 15.јануара до 02.фебруара 2007.г., у Женеви је одржана 44. сесија Комитета за права детета на којој је, између осталог, Комитет донео и 10. Општи коментар посвећен систему малолетничког правосуђа (Committee on Rights of the Child, *Childrens rights in Juvenile Justice*, General Comment No.10, 09 February 2007, стр.15).

⁵⁸⁶ У складу са одредбом члана 1. *Конвенције о правима детета* под дететом подразумева се "свако људско биће које није навршило 18 година живота, уколико се, по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније". Српски Кривични законик који се примењује од 01.јануара 2006.г., по први пут, у чл. 112 ст. 8-10 јасно дефинише појомове: дете, малолетник и малолетно лице.

⁵⁸⁷ И.Стевановић, *Заштита права детета на приватност у кривичном поступку и медијско извештавање*, Темида бр. 2, 2008.г., стр.бр.51.

Према правилу 8. *Пекинских правила*, прокламовано је право малолетника на поштовање њихове приватности у свим фазама поступка, као и у фази пре покретања кривичног поступка. Ова заштита се огледа у томе да **ниједна информација која води идентификацији малолетних преступника неће бити објављена.**

Право на заштиту приватности у поступцима према малолетнику садржано је и у правилу 7, које прецизира основна правила заштите у току поступка, међу којим је укључено и право малолетника на ћутање. Један аспект овог права је осветљен у *Међународном пакту о грађанским и политичким правима*⁵⁸⁸, у члану 14.ст.1, у коме се у поступку пред судовима и трибуналима предвиђа, у одређеним случајевима, могућност искључивања јавности, а у поступку са малолетницима дозвољава одступање од принципа јавног објављивања пресуде. У наставку истог члана потврђује се поштовање права на приватност и у брачним споровима приликом поверавања детета на старатељство једном од родитеља. Изузетак од правила искључења јавности може постојати само ако је то у најбољем интересу детета.

Иначе, Комитет за права детета истиче да поштовање приватности детета мора постојати "у свим фазама поступка, када се деца налазе у систему малолетничког правосуђа"⁵⁸⁹, као и у кривичним и породичним споровима када су деца жртве насиља.

Поступак према малолетницима више није регулисан одредбама Законика о кривичном поступку, већ су све одредбе овог посебног кривичног поступка садржане у *Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* (у даљем тексту Закон о малолетницима или ЗМ).

2. Право на приватност малолетника према коме се води кривични поступак

2.1. Увод

Примена одредаба *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* (у даљем тексту Закон о малолетницима или ЗМ)⁵⁹⁰ зависи од тога у којој је години свога животног пута малолетник извршио кривично дело. Основну категорију ових лица, према којима у потпуности важе одредбе поступка према малолетним лицима⁵⁹¹, чине она која су извршила кривично дело између своје 14 и 18 године и која у време покретања кривичног поступка нису навршила 21 годину живота. (чл.3, чл. 41 и чл. 46 ЗМ).

⁵⁸⁸ *Међународни пакт о грађанским и политичким правима*, "Службени лист СФРЈ - Међународни уговори", бр.7/71.

⁵⁸⁹ Committee on Rights of the Child *Children's rights in Juvenile Justice*, General Comment No.10, 09 February 2007, стр.15.

⁵⁹⁰ «Службени гласник» РС бр.85/2005.г.

⁵⁹¹ Појам "малолетног лица" је шири од појма "малолетника", тако да обухвата сва физичка лица која нису навршила 18 година, тј. нису постала пунолетна, а где у кривичноправном смислу спадају, како деца (лица која нису навршила 14 година), тако и малолетници (лица која имају 14 година, а још немају 18 година). Према члану 112 став 9 КЗ, малолетником се сматра лице које је навршило 14, а није навршило 18 година, а према истом члану (112) ст.10 КЗ малолетним лицем се сматра се лице које није навршило 18 година.

Даља подела, значајна за примену неких одредби, прави се на млађе и старије малолетнике, па тако у категорију млађих малолетника спадају они од 14 до 16 година(чл.3.ст.2 ЗМ), док су старији малолетници лица старија од 16, а млађа од 18 година(чл.3 ст.3 ЗМ).

Млађе пунолетно лице је лице које је у време извршења кривичног дела навршило осамнаест, а у време суђења није навршило двадесет једну годину (чл.3 ст.4 ЗМ). Ако је лице учинило кривично дело као млађи малолетник а у време суђења је навршило 21 годину, поступак према њему се не може покренути, а ако је већ покренут, обуставиће се.(чл.40 ст.1 ЗМ).

За разлику од ове потпуне примене одредаба Закона о малолетницима, њихова ограничена примена, која подразумева примену само неких одредби, предвиђена је и за лица која су учинила кривично дело као пунолетна, тј. када су у време извршења кривичног дела навршила 18 година, а до почетка главног претреса нису навршила 21 годину и када се до тог момента установи да долази у обзир изрицање васпитне мере према њима. То је категаорија млађих пунолетних лица(чл.3.ст.4;чл.41 и чл.46 ЗМ)

С друге стране, доња граница кривичне одговорности у нашем праву је 14 година, те се лица која нису достигла овај узраст називају децом и према њима се не може водити кривични поступак, нити се могу применити кривичне санкције(чл.2 ЗМ). Сходно томе, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву односно предлог оштећеног за гоњење овог лица, а ако суд током поступка утврди ову чињеницу донеће решење о обустави поступка и о томе обавестити орган старатељства да би он предузео одговарајуће мере.

Као што смо рекли, поступак према малолетницима више није регулисан одредбама Законика о кривичном поступку, већ су све одредбе овог посебног кривичног поступка садржане у *Закону о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* (у даљем тексту ЗМ). Када је реч о кривичнопроцесним одредбама овај ЗМ садржи две групе таквих одредби: 1) одредбе које се односе на поступак према малолетницима и 2) одредбе оје се односе на кривични поступак у коме се малолетно лице појављује као оштећено одређеном категоријом кривичних дела, које и не представљају неки посебан кривични поступак, већ се њима само модификују одређена правила кривичног поступка у коме се појављује оштећени који спада у одређену старосну категорију.

Општа правила поступка према малолетницима своде се на законско дефинисање одређених посебних начела која важе у овом поступку, односно на модификовање одређених кривичнопроцесних начела која делују у општем кривичном поступку, те уопште, другачије уређење конструкције поступка, права и дужности одређених процесних субјеката, формулисање неких других процесних механизма у односу на општи кривични поступак итд. Сва ова општа правила могу се груписати у три целине: 1) правила која представљају модификацију одређених општих кривичнопроцесних начела, 2) правила која се могу сматрати посебним начелима карактеристичним за поступак према малолетницима, и 3) остала општа правила поступка према малолетницима.

2.2. Заштита права на приватност малолетника у току кривичног поступка и након окончања кривичног поступка од његових последица

Начело повишене процесне дискреције у поступку према малолетницима огледа се у постојању стриктних законских правила, којима се у типу кривичне процедуре, начело јавности своди на најмању могућу меру у циљу потпуне заштите интереса малолетника, ефикаснијег вођења поступка, спречавање стигматизације малолетног лица током трајања процедуре и посебно ради његове лакше и успешније ресоцијализације, након окончања кривичног поступка и после извршења кривичне санкције, уколико дође до њеног изрицања.⁵⁹² Иако је прави *ratio legis* начела повишене процесне дискреције у поступку према малолетницима спречавање стигматизације малолетног лица током трајања поступка као и његова лакша ресоцијализација након окончања поступка, ово начело истовремено штити и **право на приватност малолетника**.

Специфично начело процесне дискреције има *два основна облика*: 1) искључење јавности са суђења и 2) процесна ограничења у погледу обавештавања јавности.

Законик прописује да ће се јавност увек искључити када се суди малолетнику (чл. 75 ст. 1 ЗМ). Изузетно, веће може дозволити да претресу присуствују лица која се баве заштитом и васпитањем малолетника или сузбијањем преступништва младих. Међутим, за разлику од наведеног искључења јавности по сили закона, веће може у току претреса наредити да се удаље сва или поједина лица којима је дозвољено присуство, осим јавног тужиоца за малолетнике, браниоца и представника органа старатељства, чије је присуство увек обавезно и који се не могу удаљити. За време извођења појединих доказа или говора странака, веће може наредити да се малолетник удаљи из заседања.

Ratio legis оваквог удаљавања малолетника је настојање да се малолетник заштити, односно да се у одређеним ситуацијама сачува његов лични интегритет, као када би на пример, било речи о његовом душевном стању (када није прикладно да малолетник буде упознат са оценом његове психе и сл.) или о микро-социјалној средини малолетника, као када би на пример, било говора о карактеристикама породице из које потиче и сл.⁵⁹³

Према чл. 55 ст. 1 ЗМ без дозволе суда не сме се објавити ток кривичног поступка према малолетнику, ни одлука донесена у том поступку. Ограничење које законик прописује у погледу објављивања тока кривичног поступка према малолетницима, као и донетих одлука за које се мора тражити претходна дозвола суда, последица је претходно наведеног искључења јавности. Међутим, док се ово прво искључење јавности односи само на претрес, ово друго ограничење обухвата цео ток кривичног поступка према малолетницима, као и одлуке које су изречене.

⁵⁹² М.Шкулић, *Основна начела поступка према малолетницима*, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.1, 2008.г.стр.77.

⁵⁹³ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009, стр.465.

У случају да је дата дозвола, може се објавити само део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али и у том случају не смеју се навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч(чл.55 ЗМ).

Непридржавање одредаба о тајности поступка који се води према малолетнику представља кривично дело повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ. За разлику од правила општег кривичног поступка, **у поступку према малолетницима јавност је увек искључена са суђења**, а смисао оваквог нормативног решења огледа се у легислативном настојању да се спречи "разглашавање случаја", које би могло да штетно утиче на малолетника. У судској пракси се усталило схватање да постоји повреда одредбе кривичног поступка којом се забрањује јавност суђења малолетнику, уколико се у пресуди која је донета у општем кривичном поступку у погледу кривичног дела пунолетног оптуженог, *наведу пуна имена и презимена малолетних саучесника*, с обзиром да се и на тај начин проузрокују штетне последице по малолетнике, што и представља *ratio legis* забране јавног суђења малолетницима.⁵⁹⁴

То значи да се у нашој судској пракси право на приватност малолетних лица штити и након што су осуђена за кривично дело, тј. да право на приватност малолетних лица ужива заштиту како у току самог кривичног поступка тако и након окончања кривичног поступка од његових последица.

Такође, за разлику од поступка који се води против пунолетног лица, где се може објавити све сем онога што је изричито забрањено, **у поступку према малолетнику не сме се објавити ништа, осим онога што је изричито дозвољено**. Ово правило односи се на све овлашћене службе и органе који поступају са овим лицима. Тако нпр. када полицијски службеници обавештавају јавност о свом раду са малолетним учиниоцима кривичних дела они то чине преко средстава јавног информисања и на други прикладан начин, а на основу одредаба члана 3. *Законика о кривичном поступку*, чланова 5, 74 и 78 *Закона о полицији*, односно одредаба *Упутства о основним стандардима у поступању полиције са медијима*. Министарство унутрашњих послова Републике Србије посредством Бироа за сарадњу са медијима обавештава јавност о свом раду.

У складу са наведим актима, уколико се извештава о кривичном делу учињеном од стране малолетника, саопштење за јавност може садржати иницијале малолетног учиниоца и основ сумње да је у извршењу кривичног дела учествовао малолетник, с тим што се више од наведеног не сме објавити без дозволе надлежног суда. У случајевима кривичних дела или догађаја у којима се малолетно лице појављује у својству оштећеног - жртве, саопштење може садржати једино податке о годинама и полу тог лица (нпр.петогодишњи дечак, четрнаестогодишња девојчица, итд.). Такође, приликом давања саопштења треба строго водити рачуна да изношење информација не угрози даљи ток поступка и не оствари штетан утицај на достојанство, психофизички и социјални развој малолетног лица, као и на углед његове породице, односно да избегне произвољне интерпретације.⁵⁹⁵

⁵⁹⁴ Врховни суд Србије Кж.бр.2857/64 од 28.12.1964.г. - Према З.Јекић: *Кривично процесно право*, Београд, 1994., стр.427-428.

⁵⁹⁵ И.Стевановић, *Заштита права детета на приватност у кривичном поступку и медијско извештавање*, Темида бр. 2, 2008.г., стр.бр.52.

Заштита малолетних лица од препознавања установљена је чланом 41 *Закона о јавном информисању*. Ако је објављеном информацијом неовлашћено употребљен лични запис или податак из приватног живота, повређени може од оснивача јавног гласила тужбом захтевати део добити остварене објављивањем, сразмерно томе колико је употреба његовог личног записа или податка из приватног живота допринела остварењу добити (чл.46). Међутим, *Закон о јавном информисању* не одређује с колико година малолетно лице стиче самостално право на давање сагласности за објављивање информација која се тичу његовог приватног живота што сматрамо пропустом јер је у члану 44 поменутог закона јасно предвиђено да малолетно лице од навршене 16. године живота даје пристанак за објављивање информације о умрлом родитељу.

Међутим, медији у недостатку адекватне контроле још увек не поштују доследно одредбе које се тичу заштите малолетног лица од препознавања.⁵⁹⁶

Последњих година запажа се да медији, готово по правилу, користе иницијале када пишу о малолетној жртви. Међутим, иако не наводе име, наводе све друге податке по којима је могуће идентификовати малолетно лице⁵⁹⁷ (нпр. иницијале и адресу малолетника). У оваквом случају радило би се о кривичном делу повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ јер се без обзира што се не објављује име објављују подаци на основу којих се може установити о ком малолетнику је реч а што је супротно чл.75 ЗМ и 337 ст.2 КЗ.

Из наведених одредаба ЗМ о искључењу јавности увек када се суди малолетнику (чл.75 ст.1 ЗМ) и да се без судске дозволе не сме објавити ток кривичног поступка према малолетнику, нити одлука донесена у том поступку и да се у случају да је судска дозвола дата може објавити само део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али се и у том случају **не смеју навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч(чл.55 ЗМ)**, као и из става судске праксе да постоји повреда одредбе кривичног поступка којом се забрањује јавност суђења малолетнику, уколико се у пресуди која је донета у општем кривичном поступку у погледу кривичног дела пунолетног оптуженог, **наведу пуна имена и презимена малолетних саучесника**, с обзиром да се и на тај начин проузрокују штетне последице по малолетнике, што и представља *ratio legis* забране јавног суђења малолетницима⁵⁹⁸, **произилази да је право на приватност малолетника заштићено како у току самог кривичног поступка тако и након окончања кривичног поступка од његових последица.**

⁵⁹⁶ Држава не предузима системске мере у заштити малолетних лица од кршења њиховог права на приватност, а појединачне тужбе које подносе оштећени немају довољан ефекат. Разлог је мали број оштећених који покрену поступак, али и висина накнаде штете коју домаћи судови досуђују у таквим ситуацијама након дуготрајног поступка. Видети: *Примена Конвенције о правима детета у Србији*, стр.28-29 (Извештај је припремила коалиција 16 НВО из Србије и представила Комитету з права детета у Женеви 04. фебруара 2008. године.).

⁵⁹⁷ М.Петровић, Н.Вучковић Шаховић, И.Стевановић : *Права детета у Србији*, Центар за права детета, Београд 2007.г.,стр.30.

⁵⁹⁸ Врховни суд Србије Кж.бр.2857/64 од 28.12.1964.г. - Према З.Јекић: *Кривично процесно право*, Београд, 1994., стр.427-428.

Искључењем јавности са суђења малолетнику и забраном да се без судске дозволе не сме објавити ток поступка према малолетнику, тј. да се ни у којем случају не сме објавити име малолетника нити други подаци помоћу којих се малолетник може идентификовати, малолетник се штити од непријатности које би могао да доживи у току самог поступка, као и од стигматизације односно осуде околине и „жигосања“ као деликвента након окончања поступка, тј. на овај начин малолетник се штити од последица које би могао да доживи након окончања кривичног поступка. **То значи да малолетници уживају заштиту права на приватност како у току самог кривичног поступка тако и након окончања кривичног поступка од његових последица.**

2.3. Посебно поступање органа унутрашњих послова према малолетнику

Прикупљање обавештења од малолетника обавља специјализовани полицајац за малолетнике који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих и то чини у присуству родитеља, усвојиоца, односно стараоца малолетника. Одредбе о задржавању лица од стране органа унутрашњих послова не примењују се у овом поступку, обзиром да је изричито прописано да органи унутрашњих послова не могу задржати малолетника.

Закон такође предвиђа да службена лица органа унутрашњих послова, када спроводе меру довођења према малолетнику, то чине у цивилној одећи, на што неупадљивији начин (чл.54.ст.2 ЗМ). Овим одредбама којима се предвиђа **дискретност** приликом довођења малолетника индиректно се штити и **његово право на приватност**. Иако је *Ratio legis* ове мере да средина у којој малолетник живи пре времена не сазна да се према малолетнику предузимају неке радње за које се касније може испоставити да су биле неосноване, а које могу довести до негативних реакција и подозрења средине у којој живи, ова мера индиректно штити и право на приватност малолетника.

2.4. Позивање малолетника и достављање одлука

Основно правило које важи за позивање малолетника је да се то чини преко његових родитеља, одн. законског заступника. Изузетак је допуштен само ако због хитног поступања или других околности није могуће позвати малолетника на описани начин.

Што тиче достављања одлука и других писмена малолетнику, ту се примењују општа правила о достављању, са изузетком да се малолетнику неће достављати писмена истицањем на огласној табли суда, нити ће му се одлука усмено саопштавати. (чл.54 ст.3 ЗМ). Овај изузетак да се малолетнику писмена не могу достављати истицањем на огласној табли суда, представља још један облик индиректне **заштите права на приватност малолетника**.

Наиме, овом одредбом се онемогућава да се малолетнику писмено доставља истицањем на огласној табли суда, где свако може видети и малолетничково име и да је против њега покренут поступак, тј. спречава се "разглашавање случаја" и тако истовремено штити и право на приватност малолетника.

2.5. Забрана суђења малолетнику у одсуству и заштита приватности

Закон о малолетницима не само да је прописао забрану суђења малолетнику у одсуству, него је одредио и начин опхођења према малолетнику када у припремном поступку он присуствује предузимању појединих радњи, а нарочито када се малолетник саслушава.(чл.48 ст.1 и 2 ЗМ). У том случају органи који учествују у поступку дужни су да поступају обазриво, водећи рачуна о зрелости, другим личним својствима и **заштити приватности малолетника** како вођење кривичног поступка не би штетно утицало на његов развој.

2.6. Бранилац малолетника

У поступку према малолетницима одбрана је увек обавезна, те тако малолетник мора имати браниоца већ приликом првог саслушања, а ако га он сам односно његови законски заступници или сродници не ангажују, браниоца по службеној дужности поставља судија за малолетнике. У складу са посебном специјализацијом свих службених актера у поступку према малолетницима, и бранилац малолетника може бити само адвокат који је стекао посебна знања из области права детета и преступништва младих.(чл.49 ЗМ). С обзиром да бранилац малолетника може бити само адвокат који је специјализован за ову област, то значи да је законом предвиђено стручно лице које ће се бринути за остварење свих права малолетника, **укључујући и право на приватност**.

2.7. Одлике поступка према малолетницима које се односе на сведочење

Особеност поступка према малолетницима у погледу сведочења односи се на немогућност ослобађања било кога од дужности да сведочи о околностима потребним за 1) оцењивање зрелости малолетника, 2) упознавање његове личности и 3)прилика у којима живи(чл.50 ЗМ). Иако је ова одредба у први поглед **у конфликту са правом на приватност малолетника**, *ratio legis* ове одредбе је утемељен у карактеру поступка према малолетницима, који је начелно, у великој и чак претежној мери оријентисан на психолошко-социјалну анализу личности малолетник и његових релевантних животних околности.

2.8. Учешће органа старатељства

Једна од основних кривичних одлика кривичног поступка према малолетницима је учешће органа старатељства. У свом најопштијем изразу, ово учешће обухвата право органа старатељства да се упозна са током поступка, да у току поступка ставља предлоге, да указује на чињенице и доказе који су од важности за доношење правилне одлуке.

Ова уопштена формулација овлашћења органа старатељства у поступку према малолетницима конкретизована је у одредбама које се односе на његово учешће у појединим фазама тог поступка. Међутим, логична претпоставка за то учешће је сазнање овог органа о томе да се води поступак према малолетнику. Због тога је и предвиђена обавеза јавног тужиоца за малолетнике да о сваком покретању поступка обавести орган старатељства. У случају да пропусти ову обавезу, то ће учинити судија за малолетнике, који ће органу старатељства доставити копију захтева јавног тужиоца за покретање припремног поступка.

Орган старатељства је комплексан субјект чију процесно-правну природу није једноставно дефинисати. Он нема страначки карактер, што значи да није у функцији ни оптужбе ни одбране, нити пак, непосредно учествује у доношењу одлуке суда, али је и поред тога, важан субјект поступка према малолетницима, који располаже **правом увида у списе поступка, присуствује поступку** и има могућност доказне и уопште, процесне иницијативе. Ради се о *sui generis*⁵⁹⁹ процесном субјекту, који се веома ретко појављује у неким ситуацијама у општем кривичном поступку, а по правилу је присутан у парничном поступку, када се ради о брачним и породичним споровима, као и у неким другим ситуацијама. Иако се право органа старатељства на присуствовање поступку и право на увид у списе **на први поглед конфронтирају са правом на приватност**, улога органа старатељства у поступку према малолетницима је претежно саветодавне природе у односу на начин решавања предмета поступка, а он такође, **тима што учествује у том поступку**, стиче и прилику да се непосредно упозна са личношћу малолетника и приликама под којим малолетник живи, те да онда, по потреби, **предузима и одређене мере из сфере социјалне заштите, независно од самог кривичног поступка**. Термин "орган старатељства" је процесне природе, а функцију тог органа у пракси врше надлежни центри за социјални рад.

2.9. Обавеза суда, других органа и установа

За све органе који учествују у поступку према малолетнику, као и друге органе и установе од којих се траже обавештења, извештаји или мишљења, важи иста дужност најхитнијег поступања, а њен је циљ што брже завршавање овог поступка. Посебно је прописана обавеза судије за малолетнике да *сваких месеца дана* обавештава председника суда о томе који предмети малолетника нису окончани, као и о разлозима због којих је по појединим предметима поступак још у току. Председник суда ће, по потреби, предузети мере да се поступак убрза.

⁵⁹⁹ Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009, стр.469.

Социјални амбијент који је начелно од великог значаја када се уопште ради о малолетничкој деликвенцији, па и њеним (материјалним и процесним) кривичноправним аспектима, по правилу, намећу потребу брзог решавања одређеног питања, чиме се **индиректно штити и право на приватност** малолетника, јер ако се одређено питање брзо реши мања је могућност за "разглашавање случаја".

2.10. Давање података из казнене евиденције

Заштита право на приватност малолетника према коме се води кривични поступак предвиђено је и у чл. 34. *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* (у даљем тексту ЗМ). Ту је предвиђено да се подаци о осуди на казну малолетничког затвора не могу дати никоме осим у случајевима предвиђеним у чл.102 ст.2 Кривичног законика.⁶⁰⁰

3. Право на приватност малолетног лица које се појављује као сведок или оштећени у кривичном поступку

3.1. Увод

Посебне одредбе које се односе на одговарајуће модификовање општих кривичнопроцесних правила, онда када се у кривичном поступку појављује оштећени одређеним кривичним делом, а који је малолетно лице, нису садржане у Законику о кривичном поступку (иако ЗКП садржи одређене специфичне одредбе о посебној заштити сведока и оштећених у кривичном поступку), већ у Трећем делу *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника*.⁶⁰¹ Те се одредбе, зависно од врсте кривичног дела које је предмет поступка, могу применити како у општем, тако и у скраћеном поступку, односно зависно од других процесних услова, у обзир долази њихова примена и у другим типовима кривичног поступка.

⁶⁰⁰ Према чл.102.ст.2 КЗ подаци из казнене евиденције могу се дати само суду, јавном тужиоцу и полицији у вези са кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, органу за извршење кривичних санкција и органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања, рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде, као и органима старатељства, кад је то потребно за вршење послова из њихове надлежности. Подаци из казнене евиденције могу се дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела, када је то посебним законом прописано.

⁶⁰¹ Наслов овог Закона у његовом другом делу који се односи на положај малолетних лица као оштећених кривичним делима, апсолутно није адекватан, јер се ту уопште не ради о *кривичноправној заштити малолетних лица*, којом се иначе бави један део Кривичног законика (кривична дела против брака и породице, неки облици кривичних дела против живота и тела итд.), већ је у питању *заштита малолетних лица у самом кривичном поступку* у којем се они појављују као оштећени и сведоци, а у односу на неке често уобичајене негативне последице кривичне процедуре, која у многим ситуацијама може довести до тзв. секундарне виктимизације жртве, тј. оштећеног. М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр.482.

Посебна правила поступка чија је основна сврха заштита психичког интегритета малолетних лица као посебне категорије оштећених, примењује се онда када се води кривични поступак против пунолетних лица за одређено кривично дело којим је оштећено малолетно лице.

Ради се о кривичним делима за која је по правилу карактеристично да проузрокују висок степен секундарне виктимизације,⁶⁰² где спадају одређена кривична дела против живота и тела (тешко убиство из чл.114 КЗ, навођење на самоубиство и помагање у самоубиству из чл. 119 КЗ, тешка телесна повреда из чл. 121 КЗ), кривична дела против слобода и права (отмица из чл.134 КЗ), кривична дела против полне слободе (силовање из чл.178 КЗ, обљуба над немоћним лицем из чл. 179 КЗ, обљуба са дететом из чл.180 КЗ, обљуба злоупотребом положаја из чл.181 КЗ, недозвољене полне радње из чл. 182 КЗ, подвођење и омогућавање полног односа из чл.183 КЗ, посредовање у вршењу проституције из чл.184 КЗ, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију из чл.185 КЗ, против брака и породице (ванбрачна заједница са малолетником из чл.190 КЗ, одузимање малолетног лица из чл. 191 КЗ, промена породичног стања из чл.192 КЗ, запуштање и злостављање малолетног лица из чл.193 КЗ, насиље у породици из чл.194 КЗ, недавање издржавања из чл.195 КЗ, родоскрвњење из чл.197 КЗ); против имовине (разбојништво из чл.206 КЗ и изнуда из чл. 214 КЗ); против здравља људи (омогућавање уживања опојних дрога из чл.247 КЗ); против човечности и других добара заштићених међународним правом (ратни злочин против цивилног становништва из чл.372 КЗ, трговина људима из чл. 388 КЗ, трговина малолетним лицима ради усвојења из чл.389 КЗ, заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу из чл.390 КЗ).

Законодавац оставља могућност да јавни тужилац који је стекао посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица, покрене поступак против пунолетних окривљених за друга кривична дела, у складу са одредбама које омогућавају посебну заштиту малолетних лица као оштећених, онда када јавни тужилац оцени да је то потребно ради посебне заштите таквих малолетних лица. У погледу надлежности и састава суда који води поступак против пунолетних окривљених за кривична дела учињена на штету малолетних лица, сходно се примењују одредбе *Законика о кривичном поступку*, ако нису у супротности са одредбама *Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетника*.

⁶⁰² Уобичајено се сматра да тиме што одређено лице постаје жртва одређеног кривичног дела, наступа његова *примарна виктимизација*, а да затим, како због примене одређених редовних поступака у кривичној процедури (испитивање оштећеног као сведока, суочавање са окривљеним итд.), а посебно због неадекватних процесних правила, те грешака у кривичном поступку, долази до наредне и нове, тзв. секундарне виктимизације, која се своди на поновно психичко доживљавање код жртве већ претрпљеног зла насталог кривичним делом. Наиме, свако ново подсећање на кривично дело учињено на штету жртве, а нарочито када се то учестало дешава у кривичном поступку (посебно у случају поновљених испитивања оштећених), доводи и до нове патње жртве, која у таквом случају није поново физички повређена, али доживљава психичке повреде, које понекад могу бити и теже од реалних, тј. физичких повреда. У некој мери је ово неизбежно, али је секундарна виктимизација у великом броју случајева последица неадекватног поступања у кривичном поступку, те непостојања адекватних процесних форми за њено минимизирање. М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр.482.

Иначе, кривични поступак против окривљених за кривична дела којима су оштећена малолетна лица, а када се примењују посебна протективна правила у односу на оштећене, спроводи се према одредбама Законика о кривичном поступку.

Приликом анализе посебних одредби које се односе на одговарајуће модификовање општих кривичнопроцесних правила, онда када се у кривичном поступку као оштећени или сведок појављује малолетно лице, задржаћемо се на питањима која су везана за нашу тему.

3.2. Начелно правило о минимизирању секундарне виктимизације

Начелно правило о минимизирању секундарне виктимизације своди се на увођење посебне обавезе за службене актере кривичног поступка чији је предмет кривично дело којим је оштећено малолетно лице.

Саслушање малолетног лица посебно се регулише тако што се:

- 1)уводи правило о обавезној асистенцији приликом саслушања малолетних лица
- 2)начелно ограничава број саслушања у истом кривичном поступку
- 3)омогућава саслушање путем аудио-видео линка
- 4) ствара процесна могућност за саслушање ван суднице

Када воде поступак за кривична дела учињена на штету малолетних лица, јавни тужилац, истражни судија и судије у већу односиће се према оштећеном водећи рачуна о његовом узрасту, својствима личности, образовању и приликама у којима живи, посебно настојећи да се избегну могуће штетне последице поступка на његову личност и развој. **Ова одредба доприноси заштити права на приватност малолетног лица** јер су готови сви учесници у поступку (јавни тужилац, истражни судија, судије у већу) у обавези да **избегну могуће штетне последице по малолетникову личност и развој, а до чега лако може доћи у случају незаконитог нарушавања права на приватност малолетног лица.**

Саслушање малолетног лица обавља се уз помоћ психолога,педагога или другог стручног лица.Ова одредба такође представља **заштиту права на приватност малолетног лица, јер су стручна лица уз чију се помоћ саслушава малолетно лице још једна брана за заштиту његовог права на приватност**, тј. стручна лица неће дозволити да приликом саслушања дође до бесправне повреде права на приватност малолетног лица.

И у *Законику о кривичном поступку* (чл.102.ст.4) поклања се посебна пажња заштити малолетних сведока, нарочито ако су у питању оштећени, што се огледа како у дефинисању посебног приступа суда испитивању сведока млађих старосних категорија, тако и стварањем могућности за ангажовање стручњака посебних профила који током испитивања малолетника могу суду пружити специфичну експертску помоћ, те утицати на боље очување психичког интегритета малолетног сведока.

Приликом испитивања малолетног лица, нарочито ако је оно оштећено кривичним делом, поступиће се обазриво да испитивање не би штетно утицало на психичко стање малолетника, ако је то потребно, испитивање малолетног лица обавиће се уз помоћ педагога или другог стручног лица.

Ако се као сведок саслушава малолетно лице оштећено кривичним дело које спада у категорију дела која захтевају примену посебних правила, саслушање се може спровести *највише два пута*, а изузетно и више пута ако је то неопходно ради остварење сврхе кривичног поступка. У случају да се малолетно лице саслушава више од два пута, судија је дужан да посебно води рачуна о заштити личности и развоја малолетног лица. Ограничењем броја саслушања малолетног лица и увођењем обавезе судија да посебно води рачуна о заштити личности и развоју малолетног лица **умањује се и могућност за повреду његовог права на приватност.**

Законодавац уводи и могућност коришћења аудио-видео линка приликом саслушања малолетног лица. Такав начин саслушања представља *посредно узимање исказа*⁶⁰³ у фактичком смислу, јер се сведок саслушава ван просторије у којој се одвија суђење, али оно није и формално одступање од начела непосредности у његовом објективном смислу, јер и овај сведок свој исказ даје током трајања суђења и у реалном времену, а сви актери поступка који и иначе имају то право могу да му постављају питања, односно предлажу судији да сведок одговори на одређено питање.

Ако с обзиром на особености кривичног дела и својства личности малолетног лица оцени да је то потребно, судија ће наредити да се малолетно лице саслушава употребом техничких средстава за пренос слике и звука, а саслушање се спроводи без присуства странака и других учесника поступка, у просторији у којој се сведок налази, тако да му странке и лица која на то имају право, питања постављају посредством судије, психолога, педагога, социјалног радника или другог стручног лица. Иако је **примарни циљ ове мере избегавање могућих штетних последице поступка на личност и развој малолетног лица**, саслушањем малолетног лица употребом техничких средстава за пренос слике и звука без присуства странака и других учесника поступка у просторији где се малолетно лице налази, **индиректно се штити и његово право на приватност, јер малолетно лице има већи осећај приватности уколико се у просторији у којој даје исказ налази што мањи број лица.**

Малолетна лица, као сведоци и оштећени, могу се саслушавати у свом стану или у другој просторији, односно овлашћеној установи-организацији, која је стручно оспособљена за испитивање малолетних лица, а приликом саслушања оваквог сведока и оштећеног, може се наредити и коришћење аудио-видео линка. **Ова одредба такође индиректно штити право на приватност малолетног лица које се осећа безбедније и приватније уколико изјаву даје у свом стану.** Уколико је малолетно лице саслушавано ван суднице, на главном претресу се увек чита записник који садржи његов исказ, односно пушта се снимак саслушања.

⁶⁰³ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр.484.

Законодавац начелно искључује *суочење* између оштећеног малолетног лица, које спада у категорију посебно осетљивих лица и окривљеног. *Ratio legis* ове одредбе темељи се начињеници да је **суочење** по дефиницији **врло тензиона процесна радња**, чија суштина и јесте у изазивању одговарајућег "конфликта" између два даваоца супротних исказа, да би се на темељу тога или један од даваоца исказа навео да одступи од лажног исказа, или да би се тако омогућило судији да боље стекне сопствену непосредну импресију о доказном кредибилитету и уопште о веродостојности појединих међусобно супростављених исказа.

С друге стране, у пракси суочење врло ретко доводи до одступања у односу на већ дати исказ, тј. оно се не сматра ефикасном радњом. Стога, суочење, као радњу која је истовремено изузетно тензиона и начелно конфликтног карактера, а није довољно ефикасна у пракси, по правилу не треба ни спроводити у поступку за кривична дела којима је оштећено малолетно лице, а оно је и формално забрањено када је малолетно лице у посебно тешком стању, тј. спада у категорију тзв. посебно рањивих лица. Ако се као сведок саслушава малолетно лице које је услед природе кривичног дела, последица или других околности, посебно осетљиво, односно налази се у посебном душевном стању, забрањено је вршити суочење између њега и окривљеног.

Одредбом која забрањује да се малолетно лице које спада у категорију посебно рањивих лица суочава са окривљеним (чл.153 ЗМ), **тј. искључењем суочења као радње која је и изузетно тензиона и начелно конфликтног карактера свакако се индиректно штити и право на приватност малолетних лица.**

Малолетно лице као оштећени мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног (чл.154 ЗМ). У случају да малолетно лице нема пуномоћника, њега ће решењем из реда адвоката који су стекли посебна знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица поставити председник суда, а трошкови таквог заступања падају на терет буџетских средстава суда. Законодавц је вероватно сматрао да малолетно лице мора имати пуномоћника већ од почетка првог саслушања окривљеног, без обзира што оштећени, као ни његов пуномоћник, иначе немају право присуствања том првом саслушању. Ово произилази из опште интенције законодавца да у најранијим фазама кривичног поступка омогући што повољнији положај овој категорији оштећених, **тј. да што је могуће раније оштећено малолетно лице добије специјализованог адвоката који ће се старати о заштити свих њихових права укључујући и право на приватност.**

Када малолетно лице врши препознавање окривљеног, суд ће поступати посебно обазриво, а такво препознавање ће с у свим фазама поступка вршити на начин који у потпуности онемогућава да окривљени види малолетно лице (чл.155 ЗМ). Овом одредбом, тј. да окривљени у било којој фази поступка приликом препознавања не може видети малолетно лице, **свакако се штити и право на приватност малолетног лица.**

4. Пракса европског суда за људска права

У случају *Woditschka i Wilfing против Аустрије*⁶⁰⁴ лица су се жалила на аустријски закон који инкриминише добровољне хомосексуалне радње између пунолетног мушкарца и малолетног лица узраста од 14 до 18 година. Упутиоци поднеска су тврдили да је оваква одредба дискриминаторна јер се не односи на исте сексуалне радње у хетеросексуалним или лезбијским односима, тј. хетеросексуални или лезбијски односи са малолетним лицем узраста од 14 до 18 година нису били кривично санкционисани. Суд је овде пронашао кршење чл.14 у вези са чл. 8 ЕКЉП јер држава није пронашла убедљив и битан аргумент којим би оправдала овакво поступање.⁶⁰⁵

Слично је било и у случају *Sutherland против Уједињеног Краљевства*,⁶⁰⁶ где је пронађено кршење чл.14 ЕКЉП у вези са чл.8, услед постојања закона који је прописивао минималан узраст хомосексуалаца на пристанак на секс са навршених 18 година живота, у односу на прописаних 16 година за женски пол.

У погледу хомосексуалних односа, бивша Комисија је нашла да је законодавство Енглеске (*English Sexual Offence Act*) који забрањује хомосексуални однос са лицем млађим од 21 године, односно кажњавање таквих лица која се баве хомосексуалним активностима, оправдано у смислу чл.8 ст.2 ЕКЉП, јер служи заштити права и слобода других лица, али је истакнуто да приватне сексуалне активности не могу бити забрањене само зато што могу шокирати или увредити друге људе.⁶⁰⁷

У тако интимној сфери као што су сексуални односи морају постојати посебно озбиљни разлози да би ометање овог права било оправдано, а држава може задржати право да утврди старосну границу за ступање у овакве односе, како би заштитила млађу популацију.⁶⁰⁸

У сличној ситуацији, поводом легислативе у Северној Ирској која је забрањивала и кажњавала лица због хомосексуалних односа, чак и када су старија од 21 године, Суд је наша да је тиме повређено право на приватан живот из чл. 8 Конвенције. Насупрот томе, забрана која се односила на лица млађа од 21 године има оправдања, јер штити морал у демократском друштву (чл.8 ст.2 ЕКЉП).⁶⁰⁹

⁶⁰⁴ *Woditschka i Wilfing v Austria* (No.69756/01 and 6306/02), 2004.

⁶⁰⁵ Слични и у случајевима *L. i V. v Austria* (39392/98; 39829/98), 2003 и *B.B. v the United Kingdom*, 53760/00, 2004.

⁶⁰⁶ *Sutherland v the United Kingdom* (No.25186/94),2001. Овај предмет скинут је са листе после усвајања амандмана на поменути закон.

⁶⁰⁷ *Dungeon v the United Kingdom* (1980). Пресуда од 22.11.1980, Серија А но. 45, бр.41.

⁶⁰⁸ *A.D.T. v the united Kingdom* (2000).

⁶⁰⁹ *Dungeon v the United Kingdom* (1980). Пресуда од 22.11.1980, Серија А но. 45, бр.41.

5. Кривично дело повреда тајности поступка чл.337 ст.2 КЗ

Као што је већ наведено, *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица* прописује да ће се јавност увек искључити када се суди малолетнику(чл.75 ст.1 ЗМ). Изузетно, веће може дозволити да претресу присуствују лица која се баве заштитом и васпитањем малолетника или сузбијањем преступништва младих. Међутим, за разлику од наведеног искључења јавности по сили закона, веће може у току претреса наредити да се удаље сва или поједина лица којима је дозвољено присуство, осим јавног тужиоца за малолетнике, браниоца и представника органа старатељства, чије је присуство увек обавезно и који се не могу удаљити. За време извођења појединих доказа или говора странака, веће може наредити да се малолетник удаљи из заседања.

Према чл. 55 ст.1 ЗМ без дозволе суда не сме се објавити ток кривичног поступка према малолетнику, ни одлука донесена у том поступку. Ограничење које законик прописује у погледу објављивања тока кривичног поступка према малолетницима, као и донетих одлука за које се мора тражити претходна дозвола суда, последица је претходно наведеног искључења јавности. Међутим, док се ово прво искључење јавности односи само на претрес, ово друго ограничење обухвата цео ток кривичног поступка према малолетницима, као и одлуке које су изречене. У случају да је дата дозвола, може се објавити само део поступка, односно само онај део одлуке за који постоји одобрење, али и у том случају не смеју се навести име малолетника и други подаци на основу којих би се могло закључити о ком је малолетнику реч(чл.55 ст.2 ЗМ).

Непридржавање одредаба о тајности поступка који се води према малолетнику представља кривично дело повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ. За разлику од правила општег кривичног поступка, **у поступку према малолетницима јавност је увек искључена са суђења**, а смисао оваквог нормативног решења огледа се у легислативном настојању да се спречи "разглашавање случаја", које би могло да штетно утиче на малолетника.

Такође, за разлику од поступка који се води против пунолетног лица, где се може објавити све сем онога што је изричито забрањено, **у поступку према малолетнику не сме се објавити ништа, осим онога што је изричито дозвољено**. Ово правило односи се на све овлашћене службе и органе који поступају са овим лицима. Тако нпр. када полицијски службеници обавештавају јавност о свом раду са малолетним учиниоцима кривичних дела они то чине преко средстава јавног информисања и на други прикладан начин, а на основу одредаба члана 3. *Законика о кривичном поступку*, чланова 5, 74 и 78 *Закона о полицији*, односно одредаба *Упутства о основним стандардима у поступању полиције са медијима*. Министарство унутрашњих послова Републике Србије посредством Бироа за сарадњу са медијима обавештава јавност о свом раду.

У складу са наведим актима, уколико се извештава о кривичном делу учињеном од стране малолетника, саопштење за јавност може садржати иницијале малолетног учиниоца и основ сумње да је у извршењу кривичног дела учествовао малолетник, с тим што се више од наведеног не сме објавити без дозволе надлежног суда. У случајевима кривичних дела или догађаја у којима се малолетно лице појављује у својству оштећеног - жртве, саопштење може садржати једино податке о годинама и полу тог лица (нпр. петогодишњи дечак, четрнаестогодишња девојчица, итд.). Такође, приликом давања саопштења треба строго водити рачуна да изношење информација не угрози даљи ток поступка и не оствари штетан утицај на достојанство, психофизички и социјални развој малолетног лица, као и на углед његове породице, односно да избегне произвољне интерпретације.⁶¹⁰

Кривично дело повреда тајности поступка из чл. 337 КЗ има два облика. Њихов циљ и смисао су различити. Док одредба којом је прописан први облик за циљ има заштиту тајне у судском, управном, прекршајном или другом законом прописаном поступку, сврха одредбе којом је прописан други облик јесте заштита малолетника од одређених негативних последица вођења кривичног поступка према њему.

Другим обликом (ставом 2) кривичног дела повреда тајности поступка штити се интегритет малолетника у вези са вођењем поступка. Радња извршења састоји се у објављивању без дозволе суда тока кривичног поступка према малолетнику или одлуке која је у том поступку донета, имена малолетника против којег је поступак вођен или податке из којих се може закључити о којем се малолетнику ради. У погледу објављивања тока кривичног поступка или донете одлуке постоји релативна забрана, тј. кривично дело постоји онда када се објављивање учини без дозволе суда (чл.55 ст.1 ЗМ). У погледу имена малолетника према којем је поступак вођен, односно података из којих се оно може сазнати постоји апсолутна забрана (чл.55 ст.2 ЗМ). И за овај облик кривичног дела (као и за став 1) потребан је умишљај учиниоца.

⁶¹⁰ И.Стевановић, *Заштита права детета на приватност у кривичном поступку и медијско извештавање*, Темида бр. 2, 2008.г., стр.бр.52.

ЧЕТРНАЕСТА ГЛАВА

XIV ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ПРИЛИКОМ СВЕДОЧЕЊА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Ослобођење чланова породице, сродника и лица са којима окривљени живи од дужности сведочења, у циљу заштите права на приватност

Као сведоци позивају се лица за која је вероватно да ће моћи да дају обавештења о кривичном делу и учиниоцу и о другим важним околностима. Оштећени, оштећени као тужилац и приватни тужилац могу се испитати као сведоци. Сведок има законску обавезу давања исказа (чл.96 ст.3 ЗКП). Та дужност представља истовремено и одређену моралну обавезу, као део укупног корпуса грађанских дужности. Пошто је у питању законска обавеза, она је праћена и законском могућношћу одговарајућег санкционисања њеног кршења. Ако сведок који је уредно позван не дође а изостанак не оправда, или се без одобрења или оправданог разлога удаљи са места где треба да буде испитан, може се наредити да се принудно доведе, а може се и казнити новчано до 100.000,00 динара (чл. 108 ЗКП). Сведок се може новчано казнити до 100.000,00 динара и уколико су кумулативно испуњена три услова:

- 1) да је сведок дошао у суд, тј. да се одазвао позиву доласком на место на коме треба да буде испитан
- 2) да је сведок упозорен на последице свог одбијања да сведочи
- 3) да је сведок без законског разлога одбио да сведочи

Уколико након првобитног кажњавања сведока он и после тога одбије да сведочи, суд га може још једном казнити истом казном, тј. новчаном казном до 100.000,00 динара. О жалби против решења којим је изречена новчана казна, одлучује ванрасправно веће суда.

Ипак, неке категорија лица су ослобођене од дужности сведочења. Та лица могу да сведоче уколико то желе, дакле ако се својом слободном вољом определе за давање исказа, али они немају такву обавезу, па самим тим не могу ни сносити уобичајене последице у виду одређеног санкционисања, уколико искористе своје право те одбију да сведоче. Правни основ за ослобођење од дужности сведочења је пре свега сроднички однос одређеног квалитета у односу на окривљеног, или неки правни односно фактички однос с њим, који се своди на одређену блиску везу са окривљеним.

Ratio legis оваквог решења се с једне стране, темељи како на потреби очувања опште хуманости, јер би било нечовечно захтевати од неких лица веома блиских окривљеном (нпр. брачни друг, отац, мајка, деца), да потпуно непристрасно исказују у својству сведока и да тако нпр. терете окривљеног, мада по логици ствари њему не желе никакво зло, док је он с друге стране, утемељен на свести законодавца да би исказ ове категорије лица по правилу био доказно неупотребљив, јер они не би могли да делују довољно непристрасно.⁶¹¹

⁶¹¹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр. 209.

Поред тога, када ова лица не би била ослобођена дужности сведочења, тиме би их законодавац у многим случајевима практично доводио у ситуацију да изврше кривично дело давања лажног исказа из чл. 335 КЗ, јер они у највећем броју случајева не би могли да дају исказ лишени утицаја свог блиског односа са окривљеним. С обзиром да увек постоји могућност да исказ ових лица ипак буде доказно употребљив и да нека лица имају довољно моралне снаге да се издигну изнад својих личних односа, те да дају реалан исказ, тиме што их ослобађа од обавезе сведочења законодавац не искључује могућност да они ипак могу сведочити, што у потпуности зависи од њихове слободне воље. Другим речима, ова лица могу да сведоче, али то не морају и ако се одлуче да не сведоче, они због тога не могу да сnose никакве последице, што произилази из чињенице да тиме само реализују своје законско право. Наравно, уколико неко од ових лица пристане да сведочи, он тада мора да поштује све опште дужности сведока, те да наравно говори истину и ништа не прећути, а у супротном чини кривично дело давања лажног исказа из чл. 335 КЗ.(чл.102 ЗКП).

Према чл.98 ст.1 ЗКП ослобођени су од дужности сведочења:

- 1) брачни друг окривљеног (*формални основ*) и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници (*фактички основ*)⁶¹²
- 2) сродници окривљеног по крви у правој линији, сродници у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродници по тазбини до другог степена закључно
- 3) усвојеник и усвојилац окривљеног

Суд који води поступак дужан је да наведена лица пре њиховог испитивања, или чим сазна за њихов однос према окривљеном, упозори да не морају сведочити, а ово упозорење и одговор сведока на њега уноси се у записник. Малолетно лице које, с обзиром на узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права да не мора сведочити, не може се испитати као сведок, осим ако то сам окривљени захтева.⁶¹³

⁶¹² Осим брачног друга окривљеног, од дужности сведочења је ослобођено и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници. У питању је веома широка и потенцијално нејасна формулација, која у пракси може довести до одређених нејасноћа и чак до неких фактичких или процесних злоупотреба. Наиме, оваква опасност произилази из чињенице да је ванбрачна заједница, а посебно «каква друга трајна заједница», фактичког карактера, тако да се не може доказати формалним средствима, као када је у питању брачна заједница, а свако такво доказивање је увек потенцијално тешко, те скопчано и са многобројним доказним тешкоћама. Посебно је нејасан термин каква друга трајна заједница, јер је он у ствари веома широко формулисан, тако да би се могло на пример, разматрати да ли ту спадају «цимери» у студентском дому, или «гастарбајтери» (особе које спадају у тзв. економску емиграцију) а који у циљу уштеде живе заједно док дуже време бораве на раду у иностранству и сл., мада је законодавац по свему судећи под утицајем одређених «лобија», те појединих «бораца за мањинска права» вероватно имао у виду хомосексуалне заједнице као «пара» (ван)брачне заједнице. (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд, 2009.г., стр.211.

⁶¹³ Малолетно лице се испитује у складу са чл. 102.ст 4 ЗКП, дакле поклања се посебна пажња заштити малолетних сведока, нарочито ако су у питању оштећени, што се огледа како у дефинисању посебног приступа суда испитивању сведока млађих старосних категорија, тако и стварањем могућности за ангажовање стручњака посебних профила који током испитивања малолетника могу суду пружити специфичну експертску помоћ, те утицати на боље очување психичког интегритета малолетног сведока. Приликом испитивања малолетног лица, нарочито ако

Лице које има основа да ускрати сведочење према једном од окривљених, ослобођено је од дужности сведочења и према осталим окривљеним, ако се његов исказ према природи ствари не може ограничити само на остале окривљене, што представља *questio facti* у сваком конкретном случају.

Ослобођењем од дужности сведочења чланова породице , блиских сродника и других лица са којима окривљени живи , умногome се штити како право на приватност окривљеног тако и право на приватност наведених лица, јер по природи ствари, ова категорија лица зна највише ствари из приватног живота окривљеног, па би без привилегије⁶¹⁴ да се уздрже од сведочења, ова лица под претњом законске санкције била у обавези да изнесу све што знају о чињеницама које су у питању, тј. податке којима би се врло често повредило како право на приватност окривљеног, тако и њихова лична приватност , будући да се ради о лицима која су у најинтимнијим односу са окривљеним.

Например, ако од дужности сведочења не би било ослобођено лице које са окривљеним живи у ванбрачној заједници, а које је истог пола као и окривљени , самим појављивањем тог лица у суду уколико оно не жели да сведочи, дошло би до повреде права на приватност како окривљеног тако и лица које сведочи, јер би оно морало да објасни природу свог односа са окривљеним.

Дакле, лицима која су ослобођена од дужности сведочења индиректно се штити и право на приватност у току кривичног поступка (јер се ослобођењем од дужности сведочења овим лицима индиректно штити и право на приватност тј. ова лица су заштићена од могућности да током сведочења себе или окривљеног изложе непријатности и моралној осуди околине).

је оно оштећено кривичним делом, поступиће се обазриво да испитивање не би штетно утицало на психичко стање малолетника, ако је то потребно, испитивање малолетног лица обавиће се уз помоћ педагога или другог стручног лица.

⁶¹⁴ Понекад се лица која су ослобођена од дужности сведочења, означавају као «привилеговани сведоци», јер законодавац тим лицима признаје «бенефицију» да не сведоче због одређених односа, нарочито брачних и сродничких између њих и окривљених, који код њих могу изазвати тешке моралне дилеме између дужности казивања и заинтересованости за судбину окривљеног (О.Цвијовић и Д.Поповић, Закон о кривичном поступку са коментаром, објашњењима и упутствима за практичну примену, Привредна штампа, Београд, 1981., стр.193). Објашњени *ratio legis* ослобађана појединих лица од дужности сведочења се може прихватити, али није могуће да се прихвати израз «привилеговани сведоци» јер те категорије лица, уколико се користе својом законском могућношћу несведочења уопште и не постају сведоци, а уколико су, супротно томе, ипак одлуче да сведоче, они тада не поседују никакве привилегије, већ имају сва она права и дужности које и иначе поседују други сведоци у кривичном поступку. Уколико би се ипак инсистирало на употреби атрибута «привилеговани», он би се могао односити само на одређена «лица» (поједине категорије особа), која су због свог односа са окривљеним ослобођени дужности сведочења, тако да могу одбити да сведоче без икаквих законских последица које би иначе наступиле, али ако они то своје право не искористе, тада постају сведоци и уз њих се у том случају не може користити атрибут «привилеговани», јер они тада више ни не поседују никакве посебне привилегије. (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.210).

Ипак, постоји једна категорија сведока која се не може позвати на погодност ослобођења од дужности сведочења, тј. реч је о **сведоцима сарадницима** (чл.504п важећег ЗКП).Међутим, сведоци сарадници имају право на друге бенефиције. У чл.504т ст.1 и 2 важећег ЗКП-а предвиђене су **бенефиције за сведока сарадника** који је дао исказ у складу са преузетим обавезама. Према ст.1 то је **двоструко ублажавање казне**: прво се утврђује минимална казна прописана Кривичним закоником за кривично дело које је признао и за које је у поступку доказано да га је учинио, а затим се тако утврђена казна изриче умањена за једну половину, с тим што не може бити мања од 30 дана затвора. Према ст.2 истог члана суд на предлог јавног тужиоца може изузетно (узимајући у обзир значај исказа сведока сарадника, околности кривичних дела која му се стављају на терет, његово држање пред судом, ранији живот и друге битне околности) сведока сарадника огласити кривим и изрећи му блажу казну или га **ослободити од казне**.

На основу члана 99 ЗКП-а, ако је као сведок испитано лице које се не може испитати као сведок (члан 97) или лице које не мора сведочити (члан 98), а није на то упозорено или се није изричито одрекло тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник, или ако је испитан малолетник који не може схватити значај права да не мора сведочити, или ако је исказ сведока изнуђен силом, претњом или другим сличним забрањеним средством (чл.131 став 4), **на таквом исказу сведока не може се заснивати судска одлука**.

2. Ослобођење дужности сведока од давања одговора на поједина питања у циљу заштите права на приватност

Према чл.100 ЗКП, било који сведок, без обзира на његов однос са окривљеним, ослобођен је од дужности да одговара на поједина питања, уколико су испуњени одређени процесни услови. Сведок није дужан да одговара на поједина питања ако је вероватно да би тиме себе или наведена лица из чл.98.ст.1 ЗКП тј. 1) свог брачног друга и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници, 2) сродника по крви у правој линији, сродника у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродника по тазбини до другог степена закључно, и 3) свог усвојеника и усвојица изложио некој од следећих алтернативно формулисаних последица:

- 1) **тешкој срамоти**
- 2) **знатној материјалној штети, или**
- 3) **кривичном гоњењу**

Ослобођењем од обавезе сведока да одговори на поједина питања којима би себе, чланове породице , блиске сроднике и друга лица са којима живи , између осталог, изложио и **тешкој срамоти, умногоме се штити како право на приватност сведока тако и право на приватност наведених лица**, јер по природи ствари, о овој категорија лица сведок зна највише ствари из приватног живота , па би без привилегије да се уздржи од одговара на питања којима би себе или наведена лица , између осталог , могао да изложи и **тешкој срамоти**, сведок под претњом законске санкције био у обавези да одговори и на таква питања, тј. да **изнесе податке којима би се врло често нарушило како његово, тако и право на приватност наведене категорије лица** , будући да се ради о лицима која су у најинтимнијим везама са сведоком.

Одредбама о ослобођену дужности сведока од давања одговора на поједина питања индиректно се штити њихово и њима блиских лица право на приватност у току поступка (јер нису дужни да дају одговоре на питања која њих или њима блиска лица могу изложити тешкој срамоти) **али и након окончања поступка од последица њиховог сведочења** (јер су ослобођени од давања одговара на питања која њих или њима блиска лица могу изложити кривичном гоњењу у неком другом кривичном поступку где би уместо сведока били у својству окривљених, а након окончања или паралелно са поступком у којем су се појавили као сведоци).

Као и код ослобађања од дужности сведочења постоји једна категорија сведока који се не могу позвати на погодност ослобођења од дужности одговарања поједина питања, а то су **сведоци сарадници** (чл.504п ЗКП), који ,као што је наведено, уместо ове имају право на друге **бенефиције**.

3. Посебне мере у циљу заштите права на приватност заштићеног сведока

Када постоје околности које указују да би сведоку или њему блиским лицима јавним сведочењем били угрожени живот, тело, здравље, слобода или имовина већег обима, а нарочито када се ради о кривичним делима организованог криминала, корупције и другим изузетно тешким кривичним делима, суд може решењем одобрити да се сведоку обезбеде мере посебне заштите, а такав сведок се назива *заштићени сведок* (чл.109а ст.1 ЗКП). Мере посебне заштит оваквог сведока обухватају: 1) испитивање сведока под условима и на начин који обезбеђује да се не открије **његова истоветност** и 2) мере физичког обезбеђења сведока у току поступка.

За нашу тему значајне су прве мере, тј. **мере скривања идентитета(истоветности) заштићеног сведока**, јер иако је ratio legis ових мера физичка заштита сведока **чим се некоме штити идентитет, тиме се истовремено штити и његова приватност**.

Испитивање прикривеног иследника се одвија сходном применом правила о испитивању заштићеног сведок, а мере посебне заштите сведока могу се предузети и када се испитује сведок сарадник.

Материјални услов да се сведоку обезбеде мере посебне заштите, те да му се практично да статус заштићеног сведока, се своди на постојање одређених околности које указују да би сведоку или њему блиским лицима јавним сведочењем била угрожена одређена алтернативно наведена добра: живот, тело, здравље, слобода или имовина већег обима, а нарочито када се ради о кривичним делима организованог криминала, корупције и другим изузетно тешким кривичним делима, која су предмет конкретног кривичног поступка.

Формални услов је доношење решења од стране суда којим се одобравају конкретне мере заштите и на темељу чега сведок о коме се ради постаје заштићени сведок. Решење о мерама посебне заштите сведока суд може донети: 1) по службеној дужности или 2) на захтев странака или самог сведока

Захтев да се сведоку обезбеде мере посебне заштите садржи следеће податке 1) о кривичном делу о коме се сведок испитује; 2) личне податке о сведоку, 3) чињенице и доказе који указују да у случају јавног сведочења постоји озбиљна и стварна опасност за живот, тело, здравље, слободу или имовину већег обима сведока или њему блиских лица, и 4) опис околности на које се сведочење односи.

Захтев се подноси у запечаћеном омоту на коме је назначено "заштита сведока - службена тајна" и предаје се у току истраге истражном судији, а након ступања оптужнице на правну снагу председнику већа.

У Законику се утврђује и посебан "прећутни"⁶¹⁵ начин на који сведок испољава своју вољу да му се обезбеде мере посебне заштите у кривичном поступку. Ако сведок приликом испитивања код истражног судије ускрати податке о себи, одговор на поједина питања или сведочење у целини, уз образложење да постоје околности које представљају материјални услов за испитивање сведока под мерама посебне заштите (опасност по живот, тело итд.), сматраће се да је сам сведок поднео захтев да му се обезбеде мере посебне заштите, након чега ће га истражни судија, ако оцени да је опасност основана, позвати да у року од 3 дана поднесе формални захтев да буде испитан као заштићени сведок, тј. да буде испитан под мерама посебне заштите.⁶¹⁶ Ако истражни судија оцени да је ускраћивање података, одговора или сведочења очигледно неосновано, или сведок у остављеном року не поднесе захтев, примениће се одредбе које се односе на поступање (могућност новчаног кажњавања), када сведок, пошто је упозорен на последице, без законског разлога неће да сведочи.

⁶¹⁵ М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.232.

⁶¹⁶ С обзиром да се решење о посебним мерама заштите у односу на сведока, може донети не само по захтеву овлашћеног субјекта, већ и на иницијативу самог суда, односно по службеној дужности, није сасвим оправдано, што законодавац овде инсистира да сведок на објашњени начин, свакако мора сам поднети захтев да добије статус заштићеног сведока. (Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г., стр.232.

Решење о мерама посебне заштите сведока доноси у току истраге истражни судија, а након ступања оптужнице на правну снагу, претресно веће ако је у заседању, односно ванрасправно веће, ако претресно веће није у заседању. Претресно веће приликом одлучивања о мерама посебне заштите сведока искључује јавност, што се чини у складу са општим правилима која се односе на искључење јавности на главном претресу, при чему у таквом случају не постоји могућност да изузетно одређена лица на основу дозволе већа присуствују главном претресу на коме је јавност одлуком суда искључена. Ако се истражни судија не сагласи са захтевом да сведок добије статус заштићеног сведока, затражиће да о захтеву одлучи ванрасправно веће, које је дужно да одлуку донесе у року од 3 дана од пријема списка.

Ако истражни судија или претресно веће прихвати захтев, донеће решење које садржи: шифру која ће замењивати име сведока, наредбу за брисање из списка имена и других података помоћу којих се може утврдити **истоветност** сведока, начин на који ће се испитивање спровести и мере које је потребно предузети да би се спречило откривање истоветности, пребивалишта и места боравка сведока или њему блиских лица.

Против решења суда којим је усвојен захтев да одређени сведок добије статус заштићеног сведока, тако да у односу на њега буду одобрене посебне мере, као и обрнуто, против решења којим је такав захтев одбијен, жалбу могу изјавити странке и сведок. О тој жалби у истрази одлучује ванрасправно веће, а након ступања оптужнице на правну снагу другостепени суд. Одлуку о жалби веће је дужно да донесе у року од 3 дана, а другостепени суд у року од 8 дана од пријема списка.

Мере посебне заштите сведока постоје у два облика:

- 1) **Мере скривања идентитета** - испитивање сведока под условима и на начин који обезбеђују да се не открије његова истоветност
- 2) Мере физичког обезбеђења сведока у току поступка

За нашу тему важне су прве мере, тј. **мере скривања идентитета заштићеног сведока**, јер иако је ratio legis ове мере физичка заштита сведока, **чим се некоме штити идентитет, тиме се истовремено штити и његова приватност.**

Кад решење о мерама посебне заштите сведока постане правоснажно, суд ће посебном наредбом, **која представља службену тајну**, на поверљив начин обавестити странке и сведока о дану, сату и месту испитивања сведока. Пре почетка испитивања сведок се обавештава о следећем:

- 1) о добијеном статусу заштићеног сведока - тј. да ће бити испитан под мерама посебне заштите
- 2) садржини конкретних мера заштите - тј. које су то мере под којима ће се обавити његов испитивање

- 3) о ексклузивном кругу лица која ће бити упозната са идентитетом сведока - тј. обавештава се да се подаци о његовом идентитету (истоветности), неће никоме открити, осим што ће са тим подацима бити упознате две категорије лица: а) судије које одлучују о предмету, и б) странке и бранилац, који ће податке о идентитету заштићеног сведока сазнати месец дана пре почетка главног претреса.⁶¹⁷

Испитивање заштићеног сведока може се обавити на један или више следећих начина:

- 1) установљавањем изузетка у односу на начело јавности - тј. искључењем јавности са главног претреса
- 2) прикривањем изгледа сведока
- 3) сведочењем из посебне просторије уз промену гласа и лика сведока посредством техничких уређаја за пренос звука и слике

Све наведене мере (искључење јавности са главног претреса, прикривање изгледа сведока, сведочење из посебне просторије уз промену гласа и лика сведока) које штите живот, тело, здравље итд. заштићеног сведока, **истовремено штите и његову приватност**, јер чим се некоме штити идентитет, по природи ствари, штити се и његово право на приватност.

Податке о истоветности сведока и њему блиских лица и о другим околностима које могу довести до откривања њихове истоветности, истражни судија, односно веће, затвориће у посебан омот, запечатити и предати на чување јединици за заштиту сведока. Запечаћени омот може отворити само другостепено веће које одлучује о жалби против пресуде, а на омоту се назначује дан и час отварања, као и имена чланова већа који су упознати са садржајем података, након чега ће се омот поново запечатити и вратити јединици за заштиту сведока.

Пресуда се не може заснивати само на изјави заштићеног сведока. Ради се о једном од случајева када се у самом Законику на одговарајући начин ограничава деловање начела слободне оцене доказа.

Суд је дужан да сва лица која присуствују испитивању заштићеног сведока упозори да податке о њему или блиским лицима, њиховом пребивалишту, борвишту, премештању, довођењу, чувању, месту и начину испитивања заштићеног сведока, **чувају као тајну и да њихово одавање представља кривично дело.**

⁶¹⁷ Једино прикривени иследник, када се испитује као сведок има потпуну заштиту идентитета у смислу чл.540њ ст.1.ЗКП, када се ни странкама не открива његов прави идентитет.

3.1. Кривично дело повреда тајности поступка чл.337.ст.3 КЗ

Кривични законик у чл.337 ст.3 предвиђа и нови облик кривичног дела повреда тајности поступка, који се односи на неовлашћено откривање података о идентитету или других личних података лица заштићеног у кривичном поступку или посебним програмом заштите. Законски опис овог облика није сасвим у складу са *Законом о програму заштите учесника у кривичном поступку*. Наиме, заштита учесницима у кривичном поступку и њима блиским лицима се обезбеђује спровођењем програма заштите (члан 2 став 1), тако да је свеза «или» сувишна.⁶¹⁸ Програм заштите је скуп мера које су предвиђене наведеним законом, а које за циљ имају заштиту живота, здравља, физичког интегритета, слободе или имовине заштићеног лица. Ово кривично дело постоји и у случају да се ради о лицу које је блиско заштићеном учеснику у кривичном поступку које такође може бити обухваћено програмом заштите. Пасивни субјект, према томе, може бити како заштићени учесник у кривичном поступку, тако и њему блиско заштићено лице.И овај облик се може извршити само са умишљајем који обухвата и знање да се ради о лицу заштићеном у кривичном поступку. За овај облик (став 3) запређена је казна затвора до три године.

Уколико су услед дела из става 3 наступиле тешке последице по заштићено лице, или је кривични поступак био онемогућен, или у знатној мери отежан, постојаће тежи облик (став 4). За овај облик запређена је казна затвора од шест месеци до пет година.

4. Лица која се у циљу заштите права на приватност не могу испитати као сведоци

Када су у питању лица која се не могу испитати као сведоци, односно категорија лица која су искључења од сведочења, онда они такође, слично као и лица која су ослобођена од дужности сведочења, имају право да не сведоче, али већина тих лица истовремено има и дужност несведочења, што је битно различита процесна и правна ситуација у односу на особе које су ослобођене дужности сведочења. У категорију лица која су искључена од сведочења те имају истовремено право , али и дужност несведечења, према чл.97 ЗКП, спадају:

1. лице које би својим исказом повредило дужност чувања државне, војне или службене тајне, док га надлежни орган не ослободи те дужности
2. бранилац окривљеног о ономе што му је окривљени као свом браниоцу поверио
3. лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне
4. овлашћено службено лице органа унутрашњих послова у односу на садржај обавештења које је добило од грађана односно осумњичених у преткр. поступку.

⁶¹⁸ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд 2009.г., стр.728.

Дужност несведочења ових лица конституисана је ради заштите одређених виших интереса од потребе за сведочењем неког од тих лица. Тиме се пре свега штити одређена категорија тајне, али се тиме штити и оно на шта се тајна односи, а што би да није такве заштите, било повређено, било да је реч на пример безбедности државе ако је у питању државна или војна тајна, било да је у питању интерес одбране када се ради о тајни у погледу односа браниоца и његовог браћеника, или да се ради о потреби заштите душевног мира и **права на приватност пацијента**, ако се ради о тајни коју чува лекар.

Одредбе ЗКП-а (чл.97) које предвиђају да се одређене категорије лица не могу испитати као сведоци индиректно штите и право на приватност окривљеног у кривичном поступку (поготово кад се ради о забрани испитивања адвоката, лекара и верског исповедника окривљеног).

Међутим, код лица која имају дужност чувања професионалне тајне, када се испуне законом тражени услови да се ослободе од те дужности, настаје једна веома интересантна процесна ситуација, где та лица истовремено губе једну а добијају другу дужност, тј. губе дужност чувања тајне а добијају дужност сведочења. До ове ситуација долази ако лица која имају дужност чувања професионалне тајне буду ослобођена од те тајне на једном од два законом прописана начина:

- 1) посебним прописом
- 2) изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне

Чак и да су посебним прописом ослобођени од дужности чувања професионалне тајне, интересантно питање је да ли лекари имају дужност сведочења уколико им је пацијент окривљени који припада кругу лица из чл.98 ст.1. ЗКП (брачни друг, дете, брат, сестра). На пример, ако се окривљени лечи код своје мајке или оца који су лекари, или ако се лечи код свог брата који је доктор, или ако се окривљени лечи код свог сина или ћерке који су лекари.

Сматрамо да у оваквим ситуацијама, тј. чак и када би на основу посебног прописа постојао основ за ослобођење лекара од чувања професионалне тајне (чл.97.ст. тачка 3 ЗКП), применом чл.98.ст.1 ЗКП, уколико је окривљени пацијент који припада кругу лица из чл.98.ст.1 ЗКП, лекар не би имао дужност сведочења.

Према чл. 99 ЗКП кад су током испитивања учињени одређени *пропусти суда* тј. ако је као сведок испитано лице које се не може испитати као сведок у смислу чл.97 ЗКП, или уколико је као сведок испитивано лице које је било ослобођено од дужности сведочења (чл.98 ЗКП), а није на то своје право упозорено или се није изричито одрекло тог права, или ако упозорење и одрицање није убележено у записник; те ако је као сведок испитан малолетник који не може схватити значај свог права да не мора сведочити, или ако је исказ сведока изнуђен силом, претњом или другим сличним забрањеним средством⁶¹⁹, на таквом исказу сведока не може се заснивати судска одлука.

⁶¹⁹ Овакве радње примењене у односу на сведока представљају обележја кривичног дела изнуђивање исказа из чл. 136 КЗ.

Слаба заштита приватности евидентна је и у пословном свету. Пример за то су медицински досијеи. Медицинске установе и лекари користе интерне мреже да омогуће размену пацијената, клиничких, финансијских и административних података. Изграђене на интернт технологијама и протоколима, приватне мреже повезују болнички информациони систем са фармацеутским и лабораторијским системима, транскрипционим системима, лекарским и клиничким кабинетима итд. Док употреба компјутерске технологије омогућава медицинском особљу коришћење информације у циљу наплате, обнове рецепата и осигурања, она у исто време изазива забринутост за приватност.

У недостатку свеобухватног законодавства које би штитило приватност пацијената, законска заштита медицинских досијеа може прилично да варира у зависности од тога како је мрежа структурирана, где и колико дуго се подаци чувају. Уколико се подаци чувају у компјутеру самог доктора, онда ће о приступу тим подацима "одлучивати" закон. Примена закона биће потребна како би се доктору упутио налог или судски позив. Доктор ће примити обавштење и имати прилику да заустави неодговарајуће трагање. Према федералном закону САД, међутим, пацијент не добија никакво обавештење, и нема прилику да спречи израду досијеа. Када је информација у транзиту између доктора и болнице, путем компјутреске мреже, деловање криминалистичке службе прописано је Актом о приватности електронских комуникација из 1986.године, тако да ни доктор ни пацијент не добијају никакво обавештење. Уколико се досијеи чувају на серверу изнајмљеном од провајдера заштита није јасна. У том случају до њих се може доћи обичним судским налогом.

5. Нови ЗКП

За разлику од члана 96 ст.1 важећег ЗКП-а у коме је превиђено да се као сведоци позивају лица за која је вероватно да ће моћи да дају обавештења о кривичном делу и и учиниоцу и о другим важним околностима у чл. 92 ст.1 новог ЗКП-а предвиђено је да свако лице које може да пренесе своја сазнања или опажања у вези са предметом сведочења има способност сведочења. Чл.92 ст.1 новог ЗКП-а није прецизан јер иако се ради о сведочењу у кривичном поступку, не одређује шта је предмет сведочења, већ одређује ко има способност сведочења. Насупрот томе, члан. 96 ст.1 важећег ЗКП-а много је прецизнији јер одређује да су предмет сведочења обавештења о кривичном делу и и учиниоцу и о другим важним околностима.

Разлози и начин кажњавања сведока исти су и у чл.108 важећег ЗКП-а и у чл. 101 новог ЗКП-а. Једина разлика је што се на основу чл.101 ст.2 новог ЗКП-а у случају да сведок дође, па пошто је упозорен на последице без законског разлога одбије да сведочи, може новчано казнити до 150.000 динара, а на основу чл.108 ст.2 важећег ЗКП-а сведок се у истом случају може новчано казнити до 100.000,00 динара. **Ако и после тога одбије да сведочи, сведок се и на основу чл.101 ст.2 новог ЗКП-а и на основу чл.108 ст.2 важећег ЗКП-а може још једном казнити истом казном.**

Лица која су ослобођења од дужности сведочења иста су и у члану 98 важећег ЗКП и у члану 94 новог ЗКП-а.

Лица која се не могу испитати као сведоци на основу члана 97 важећег ЗКП-а скоро су идентична **лицима која су искључена од дужности сведочења** на основу члана 93 новог ЗКП-а. Разлика је у томе што се лице из чл.97 ст.1 тачка 1 важећег ЗКП-а које би својим **исказом повредило дужност чувања** државне, војне или службене **тајне**, док га надлежни орган не ослободи те дужности, на основу чл.93 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а дефинише као лице које би својим **исказом повредило дужност чувања тајног податка, док надлежни орган, односно лице органа јавне власти не опозове тајност податка** и ослободи га те дужности.

Разлози за ослобођење сведока од дужности да одговори на поједина питања исти су и у чл.100 важећег ЗКП-а и у чл.95 ст.2 новог ЗКП-а. Једина разлика је у томе што је у чл.95 ст.2 новог ЗКП-а предвиђено да се упозорење сведоку да није дужан да одговори на поједина питања уноси у записник.

5.1. Заштићени сведок

Што се тиче **заштићеног сведока**, *материјални услов* да се сведоку обезбеде мере посебне заштите, те да му се практично да статус заштићеног сведока, скоро су идентични у чл. 105 новог ЗКП-а и чл.109а важећег ЗКП-а, и свде на постојање одређених околности које указују да би сведоку или њему блиским лицима давањем исказа или одговором на поједина питања била угрожена одређена алтернативно наведена добра: живот, здравље, слобода или имовина већег обима.

Међу угроженим добрима у чл.105 ст.1 новог ЗКП-а није наведено и *тело сведока* иако се у чл.107 ст.2 новог ЗКП-а (који одређује садржај захтева за стицање статуса заштићеног сведока) као угрожено добро помиње и тело сведока. Сматрамо да је изостављањем тела сведока, као потенцијално угроженог добра, а што је регулисано чл.109а ст.1 важећег ЗКП-а, начињен пропуст у чл. 105 ст.1 новог ЗКП-а.

Даља разлика између чл.109а ст.2 важећег ЗКП- и чл. 105 ст.2 новог ЗКП- је у томе што према чл.105 ст.2 новог ЗКП-а у мере посебне заштите више не спадају и мере физичког обезбеђења сведока у току поступка, што такође сматрамо пропустом новог ЗКП-а. Новина је и да мере испитивања сведока под условима и на начин који обезбеђују да се његова истоветност не открије јавности изузетно могу важити и за окривљеног и његовог браниоца.

Према чл.106 и 108 новог ЗКП-а мере посебне заштите су:

1)установљавањем изузетка у односу на начело јавности - тј. искључењем јавности са главног претреса (чл.106 ст.1 новог ЗКП).

- 2) забрана објављивања података о истоветности сведока (чл. 106 ст.1 новог ЗКП-а).
- 3) изменом или брисањем из списка података о истоветности сведока (чл.108 ст.2 новог ЗКП-а).
- 4)прикривањем изгледа сведока (чл.108 ст.2 новог ЗКП-а)
- 5)сведочењем из посебне просторије уз промену гласа сведока (чл. 108 ст.2 новог ЗКП-а).
- 6)сведочењем путем техничких средстава за пренос и промену звука и слике (чл.108 ст.2 новог ЗКП-а).

Све наведене мере (искључење јавности са главног претреса,прикривање изгледа сведока, сведочење из посебне просторије уз промену гласа сведока...) које штите живот, здравље итд. заштићеног сведока, важне су за нашу тему јер **истовремено и директно штите и његову приватност**, јер чим се некоме штити идентитет, по природи ствари, штити се и његово право на приватност.

Према чл.106 ст.2 новог ЗКП-а меру посебне заштите којом се окривљеном и његовом браниоцу ускраћују подаци о истоветности заштићеног сведока суд може изузетно одредити ако након узимања изјава од сведока и јавног тужиоца *кумулятивно* утврди да је:

1. живот, здравље или слобода сведока или њему блиског лица у тој мери угрожена
да то ограничава права на одбрану ,и
- 2..да је сведок веродостојан.

Истоветност заштићеног сведока суд ће окривљеном и његовом браниоцу открити најкасније **15 дана** пре почетка главног претреса. Према чл. 109г ст.2 важећег ЗКП-а овај рок је био **месец дана**.

Формални услов за стицање статуса заштићеног сведока којим се одобравају конкретне мере заштите и на темељу чега сведок о коме се ради постаје заштићени сведок је **доношење решења од стране суда**. Решење о стицању статуса заштићеног сведока суд може донети: 1) по службеној дужности или 2) на захтев јавног тужиоца или самог сведока

Према чл. 107 ст.2 новог ЗКП-а захтев о стицању статуса заштићеног сведока садржи следеће податке: 1) личне податке о сведоку 2) податке о кривичном делу о коме се сведок испитује; 3) чињенице и доказе који указују да у случају јавног сведочења постоји опасност по живот, тело, здравље, слободу или имовину већег обима сведока или њему блиских лица, и 4) опис околности на које се сведочење односи.

Захтев се подноси у запечаћеном омоту на коме је назначено "заштита сведока – строго поверљиво" и предаје се у току истраге судији за претходни поступак,а након потврђивања оптужнице председнику већа.

У чл.107 ст.4 новог ЗКП-а , за разлику од чл.109б ст.4 важећег ЗКП-а више не постоји и посебан "прећутни"⁶²⁰ начин на који сведок испољава своју вољу да му се обезбеде мере посебне заштите у кривичном поступку. Наиме, на основу чл.107 ст.4 новог ЗКП-а ако сведок приликом испитивања ускрати податке о себи, одговор на поједина питања или сведочење у целини, уз образложење да постоје околности које представљају материјални услов за испитивање сведока под мерама посебне заштите (опасност по живот, здравље итд.), суд ће позвати сведока да у року од три дана поднесе захтев за стицање статуса заштићеног сведока.

Ако ускраћивање података, одговора или сведочења сматра очигледно неоснованим или сведок у остављеном року не поднесе захтев, суд ће применити се одредбе које се односе на поступање (могућност новчаног кажњавања) , када сведок, пошто је упозорен на последице, без законског разлога одбије да сведочи.

Према чл. 108 ст.1 новог ЗКП-а решење о одређивању статуса заштићеног сведока у току истраге доноси судија за претходни поступак, а након потврђивања оптужнице веће. За разлику од чл.109в ст.1 важећег ЗКП-а у ком је прецизирано о ком већу се ради, тј. да је реч о претресном већу ако је у заседању, односно ванрасправном већу ако претресно веће није у заседању, у чл.108 ст.1 новог ЗКП-а то није прецизирано. Претресно веће приликом одлучивања искључује јавност, што се чини у складу са општим правилима која се односе на искључење јавности на главном претресу, при чему у таквом случају не постоји могућност да изузетно одређена лица на основу дозволе већа присуствују главном претресу на коме је јавност одлуком суда искључена.

У чл. 108 новог ЗКП-а за разлику од чл.109в ст.3 важећег ЗКП-а није предвиђено како поступити у случају ако се судија за претходни поступак не сагласи са захтевом да сведок добије статус заштићеног сведока, што сматрамо пропустом. Према чл.109в ст.3 важећег ЗКП-а у том случају истражни судија ће затражити да о захтеву одлучи ванрасправно веће, које је дужно да одлуку донесе у року од 3 дана од пријема списка.

У решењу којим се одређује статус заштићеног сведока наводи се: псеудоним сведока, трајање мере и начин на који ће бити спроведена:

1. Измена или брисање из списка података о истоветности сведока
2. Прикривање изгледа сведока
3. Испитивање из посебне просторије уз промену гласа сведока
4. Испитивање путем техничких средстава за пренос и промену звука и слике

Против решења суда којим је усвојен захтев да одређени сведок добије статус заштићеног сведока, тако да у односу на њега буду одобрене посебне мере, као и обрнуто, против решења којим је такав захтев одбијен, жалбу могу изјавити странке и сведок.

⁶²⁰ М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.232.

О жалби на решење судије за претходни поступак одлучује веће (чл.21 ст.4) а у осталим случајевима веће (чл.21 ст.4) непосредно вишег суда. Одлука о жалби доноси се у року од 3 дана од пријема списа.

Кад решење о одређивању статуса заштићеног сведока постане правоснажно, суд ће посебном наредбом, **која представља тајну**, на поверљив начин обавестити странке, браниоца и сведока о дану, часу и месту испитивања сведока. Пре почетка испитивања заштићени сведок се обавештава:

- 1) о ексклузивном кругу лица која ће бити упозната са његовим идентитетом, тј. обавештава се да се његова истоветност неће никоме открити осим што ће са тим подацима бити упознати суд, странке и браниоц или само суд и јавни тужиоц ако након узимања изјава од сведока и јавног тужиоца суд утврди да је: живот, здравље или слобода сведока или њему блиског лица у тој мери угрожена да то ограничава право на одбрану, те да је сведок веродостојан, у ком ће случају истоветност заштићеног сведока суд окривљеном и његовом браниоцу открити најкасније **15 дана** пре почетка главног претреса.
- 2) о начину на који ће бити испитан

Суд је дужан да упозори све присутне да чувају као тајну податке о заштићеном сведоку или њену блиским лицима, и о другим околностима које могу довести до откривања њихове истоветности и **да одавање тајне представља кривично дело. Новина** у чл. 109 ст.3 новог ЗКП-а у односу на чл. 109 њ важећег ЗКП-а је у томе што се ово упозорење и имена присутних уносе се у записник.

Податке о истоветности заштићеног сведока и њему блиских лица и о другим околностима које могу довести до откривања њихове истоветности, затвориће се у посебан омот са назнаком «заштићени сведок – строго поверљиво», запечатити и предати на чување судији за претходни поступак.. Запечаћени омот може отворати само суд који одлучује о правном леку против пресуде, а на омоту се назначује разлог, дан и час отварања, као и имена чланова већа који су упознати са подацима о истоветности заштићеног сведока, након чега ће се омот поново запечатити, са назначењем на омоту датума и часа печатења, и вратити вратити судији за претходни поступак.

Полиција и јавни тужилац су приликом прикупљања обавештења од грађана дужни да их обавесте о мерама посебне заштите.

За разлику од чл.109д важећег ЗКП-а у новом ЗКП-у пропуштено је да се наведе да се *пресуда се не може заснивати само на изјави заштићеног сведока* што сматрамо за пропуст јер се ради о једном од случајева када је у самом Законнику оправдано на одговарајући начин ограничити деловање начела слободне оцене доказа.

5.2. Посебно осетљиви сведок

Поред заштићеног сведока, који постоји и у важећем ЗКП-у, чланом.103 новог ЗКП.а уводи се и једна нова категорија сведока, тј. **посебно осетљиви сведок**.

Материјални услов за стицање статуса **посебно осетљивог сведока** је да је реч о сведоку који с обзиром на узраст, животно искуство, начин живота, пол, здравствено стање, природу, начин или последице извршеног кривичног дела, односно друге околности случаја посебно осетљив.

Формални услов за стицање статуса посебно осетљивог сведока је решење **јавног тужиоца, председника већа или судије појединца**. Наведени органи поступка Решење о стицању статуса заштићеног сведока могу донети: 1) по службеној дужности или 2) на захтев странака или самог сведока.

Ако сматрају да је то потребно ради заштите интереса посебно осетљивог сведока, јавни тужилац, председник већа или судија појединац ће донети решење о постављењу пуномоћника сведоку, а јавни тужилац или председник суда ће поставити пуномоћника по редоследу са списка адвоката са списка адвоката који суду доставља надлежна адвокатска комора по службеној дужности.

Против решења којим је усвојен или одбијен захтев није дозвољена посебна жалба. Сматрамо да није оправдано што је у овом случају одступљено од начела двостепености при одлучивању тј. што против решења којим се одбија или усваја захтев за стицање статуса посебно осетљивог сведока није дозвољена жалба, јер тиме право на жалбу губе и сведок и окривљени. Сведок оваквим решењем губи право на жалбу у случају да је његов захтев за стицање статуса посебно осетљивог сведока одбијен, иако је тај захтев можда био оправдан. Такође, и окривљени губи право на жалбу у случају да је захтев сведока за стицање статуса посебно осетљивог сведока усвојен, иако захтев можда није био оправдан.

Посебно осетљивом сведоку питања се могу постављати само преко органа поступка који ће се према њему односити са посебном пажњом, настојећи да се избегну могуће штетне последице кривичног поступка по личност, телесно или душевно стање сведока. Испитивање се може обавити уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица, о чему одлучује орган поступка.

Ако орган поступка одлучи да се посебно осетљиви сведок испита употребом техничких средстава за пренос слике и звука, испитивање се спроводи без присуства странака и других учесника у поступку у просторији у којој се сведок налази. Иако је **примарни циљ ове мере избегавање штетних последица кривичног поступка по личност, телесно и душевно стање сведока**, саслушањем сведока употребом техничких средстава за пренос слике и звука без присуства странака и других учесника поступка у просторији у којој се сведок налази, **индиректно се штити и његово право на приватност, јер сведок има већи осећај приватности уколико се у просторији у којој даје исказ налази што мањи број лица**.

Посебно осетљиви сведок може се испитати и у свом стану или другој просторији, односно овлашћеној институцији која је стручно оспособљена за испитивање посебно осетљивих лица.

И у том случају орган поступка може одредити да се посебно осетљиви сведок испита употребом техничких средстава за пренос слике и звука. **Ова одредба такође индиректно штити право на приватност посебно осетљивог сведока који ће се осећати безбедније и приватније уколико исказ даје у свом стану**

Посебно осетљиви сведок не може бити суочен са окривљеним, осим ако то сам окривљени захтева, а орган поступка то дозволи водећи рачуна о степену осетљивости сведока и о правима одбране.

Законодавац начелно искључује *суочење* између посебно осетљивог сведока и окривљеног, осим ако то окривљени захтева. *Ratio legis* ове одредбе темељи се начињеници да је **суочење** по дефиницији **врло тензиона процесна радња**, чија суштина и јесте у изазивању одговарајућег "конфликта" између два даваоца супротних исказа, да би се на темељу тога или један од даваоца исказа навео да одступи од лажног исказа, или да би се тако омогућило судији да боље стекне сопствену непосредну импресију о доказном кредибилитету и уопште о веродостојности појединих међусобно супростављених исказа.

С друге стране, у пракси суочење врло ретко доводи до одступања у односу на већ дати исказ, тј. оно се не сматра ефикасном радњом. Стога, суочење, као радњу која је истовремено изузетно тензиона и начелно конфликтног карактера, а није довољно ефикасна у пракси, приликом сведочења посебно осетљивог сведока треба примењивати с посебном пажњом. Ипак, због права и интереса одбране ова радња се не може искључити.

Одредбом којом се начелно искључује суочење посебно осетљивог сведока са окривљеним, односно којом се налаже да се у случају захтева окривљеног ова радња примени са посебном пажњом (чл.104 ст.4 новог ЗКП-а) **тј. делимичним искључењем суочења као радње која је и изузетно тензиона и начелно конфликтног карактера свакако се индиректно штити и право на приватност посебно осетљивог сведока.**

Против решења којим се одређује испитивање посебно осетљивог сведока:

1. уз помоћ психолога, социјалног радника или другог стручног лица,
2. употребом техничких средстава за пренос слике и звука
3. у свом стану или другој просторији, односно у овлашћеној институцији

није дозвољена посебна жалба.

6. Ограничење права на приватност дискредитацијом сведока

Једно од питања која се могу појавити у пракси је да ли се у току кривичног поступка може вршити дискредитација сведока односно утврђивање веродостојности исказа оштећеног као сведока или сведока очевидца својеврсним ограничавањем њиховог права на приватност, тј. тражењем података о медицинској документацији и лечењу оштећеног као сведока и сведока очевидца или извештаја из казнене евиденције о ранијој осуђиваности оштећеног као сведока или сведока очевидца.

На основу члана 37 ст.7 Закона о здравственој заштити подаци из медицинске документације **пацијента**, односно из здравствене евиденције, могу се достављати на увид, као и у облику записа, односно извода из медицинске документације, **само на захтев судских органа**, органа старатељства, организације здравственог осигурања, органа надлежног за послове статистике када је то прописано законом, друге законом овлашћене здравствене установе, као и на захтев других органа и организација када је то прописано законом.(ст.7).

Дакле, пошто је чланом 37 ст.7 Закона о здравственој заштити предвиђено да се подаци из медицинске документације пацијента (дакле то може бити и сведок) могу достављати на захтев судских органа, нема законских препрека да суд затражи и добије и податке из медицинске документације и за оштећеног као сведока или сведока очевидца. По питању достављања података из медицинске документације оштећеног као сведока или сведока очевидца не може се поставити неко генерално правило већ би судија ценећи све околности конкретног случаја требао да цени да ли ће допустити извођење ових доказа.

Нпр, због утврђивања веродостојности његовог исказа може бити врло значајно да ли су оштећени као сведок или сведок очевидац, који могу детаљно описивати неки догађај, раније лечени у душевној болници, тј. да ли су склони имагинацијама. Међутим, подаци из медицинске документације сведока не смеју бити одлучујући приликом оцене веродостојности његовог исказа већ да ли ће сведоковом исказу поклонити веру суд треба цени по слободном судијском уверењу у вези са осталим доказима и у складу са свим околностима конкретног случаја.

Нпр. уколико се неком суди за кривично дело крађе па одбрана изнесе да има сазнања да је оштећени као сведок или сведок очевидац, који својим исказом терети лице коме се суди, раније лечен у душевној болници и да је склон имагинацијама. У овом случају, постојао би **конфликт између права на приватност сведока** (јер уколико би се као доказ извели подаци из његове медицинске документације могло би да дође до накнадне стигматизације сведока јер је он лечење завршио и можда је здрав човек) и **начела истине у кривичном поступку** (ради чијег утврђивања подаци из медицинске документације оштећеног у наведеном примеру могу бити јако значајни) и **начела правичног суђења окривљеном** (где би окривљени имао интерес да се утврде чињенице везане за раније лечење сведока у у душевној болници).

Као што је наведено, по питању достављања података из медицинске документације за оштећеног као сведока или сведока очевидца не може се поставити неко генерално правило већ би суд узимајући у обзир све околности конкретног случаја требао да цени да ли ће допустити извођење ових доказа. Нпр. уколико би поред исказа оштећеног као сведока или сведока очевидца да је видео лице коме се суди како извршава кривично дело крађе било и других доказа који би указивали да је то лице извршило кривично дело крађе (нпр. ако су код лица коме се суди претресом пронађени предмети крађе) у циљу заштите права на приватност и спречавања накнадне стигматизације оштећеног суд не би требало да дозволи извођење доказа прибављањем извештаја из медицинске документације оштећеног као сведока или сведока очевидца. С друге стране, уколико би окривљеног за кривично дело крађе теретио само исказ оштећеног као сведока или сведока очевидца, тј. уколико би окривљени негирао да је извршио кривично дело крађе и да нема никаквих других доказа који би указивали да је он извршилац кривичног дела крађе, онда би у складу са начелом истине и правичности суђења према окривљеном требало дозволити извођење доказа читањем извештаја из медицинске документације оштећеног као сведока или сведока очевидца јер околност да је оштећени као сведок или сведок очевидца раније био лечен у душевној болници може бити значајна код оцене веродостојности његовог исказа у текућем поступку. Ипак, околност да је оштећени као сведок односно сведок очевидца раније био лечен у душевној болници, не може бити и одлучујућа, већ суд, на основу чл.18 ст.1 и чл.352 важећег ЗКП-а, односно чл.16 ст.3 и чл.419 новог ЗКП-а, на основу слободног судијског уверења и слободне оцене доказа одлучује да ли ће веру поклонити исказу окривљеног или оштећеног као сведока односно сведоку очевидцу, ценећи сваки доказ појединачно и у вези са осталим доказима.

У сваком случају, након извођења доказом увидом или читањем медицинске документације за оштећеног као сведока или сведока очевидца, суд би , **у циљу заштите њиховог права на приватност** , на основу чл.261 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац на основу чл.304 новог ЗКП-а требао да донесу наредбу о чувању тајности података из истраге који се односе на медицинску документацију, или да суд на основу чл.170 ст.3 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац или суд на основу чл.250 ст.3 новог ЗКП-а **ускрати или услови забраном јавне употребе имена сведока** разматрање, преписивање, копирање или снимање **кривичних списа који се односе на медицинску документацију сведока.**

Што се тиче питања достављања података из казнене евиденције оно није спорно када је питању окривљени али поставља се питање да ли се у неким случајевима може захтевати и достава података из казнене евиденције за оштећеног као сведока или података из медицинске документације за сведока очевидца.

Према чл.102 ст.2 КЗ предвиђено је да се подаци из казнене евиденције могу доставити само суду, јавном тужиоцу и полицији **у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено, органу за извршење кривичних санкција и органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде, као и органима стрателства, када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности и да се подаци из казнене евиденције могу дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела, када је то посебним законом прописано. У чл.102 ст.3 КЗ предвиђено је да се подаци из казнене евиденције могу на образложен захтев дати и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде или мере безбедности и **ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону**.

Пошто је у чл. 102 ст.2 КЗ предвиђено да се подаци из казнене евиденције достављају **у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено, дакле пошто КЗ не ограничава да се подаци из казнене евиденције достављају само за лице против кога се води поступак већ у одређује да се подаци из казнене евиденције **достављају у вези са кривичним поступком** који се води против лица које је раније било осуђено, (а ранија осуђиваност сведока као оштећеног или сведока очевидца је свакако је у вези са поступком који се води) нема законске забране да суд изведе доказ и **прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећеног као сведока или сведока очевидца**.

У сваком случају, на основу чл.102.ст.3 КЗ подаци из казнене евиденције могу се, на образложени захтев дати државном органу (што су свакако суд и тужилаштво), предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде или мере безбедности и **ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону**. **Постојање оправданог интереса заснованог на закону** је доста широк и флексибилан услов. Оправдани интерес заснован на закону би постојао уколико су подаци из казнене евиденције неопходни ради остварења начела истине у кривичном поступку или начела правичног суђења окривљеном.

Наиме у чл.17 важећег ЗКП-а предвиђено је да су суд и други државни органи који учествују у кривичном поступку дужни да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, и оно што је посебно важно, **да су суд и државни органи дужни да с једнаком пажњом испитују и утврде како чињенице које терете окривљеног, тако и оне које му иду у корист**. Слично је предвиђено и члану 6 ст.3 новог ЗКП-а где је предвиђено да су **јавни тужилац и полиција дужни су да непристрасно разјасне сумњу о кривичном делу за које спроводе службене радње, и да са једнаком пажњом испитују чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист**, односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а где је предвиђено да је суд дужан да непристрасно оцени изведене доказе и да на основу њих **са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном**.

Као и код података из медицинске документације извођење доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције за оштећеног као сведока или сведока очевидца понекад може бити значајно али не сме бити и одлучујуће за заснивање слободног судијског уверења.

Нпр. како поступити у случају уколико се неком суди за кривично дело силовања па одбрана изнесе да има сазнања да је оштећена правоснажно осуђивана за кривично дело лажног пријављивања из чл.334 КЗ јер је раније лажно пријављивала силовање или да је осуђивана за кривично дело давање лажног исказа из чл.335 КЗ јер је у неком другом поступку дала лажни исказ. У овом случају, постојао би **конфликт између права на приватност оштећене, с једне стране, и начела истине и права на правично суђење окривљеном, с друге стране.**

Наиме,уколико би се подаци из казнене евиденције оштећене извели као доказ, могло би да дође до њене накнадне стигматизације односно повреде права на приватност јер је она казну за раније лажно пријављивање, односно за ранији лажно дати исказ, већ издржала, тј. извршена је њена ресоцијализација. С друге стране подаци о ранијој осуђиваности оштећене за кривично дело лажног пријављивања односно давања лажног исказа свакако *јесу чињенице које окривљеном иду у корист и суд је на основу чл.17 ст.2 важећег односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а дужан да утврди ове чињенице, како би окривљени остварио право на правично суђење.* Начело истине и права на правично суђење су „оправдани интерес заснован на закону“ из чл.104.ст.3 КЗ који омогућују и извођење доказа увидом у казнену евиденцију оштећене или неког другог сведока.

Ипак, као и код достављања података из медицинске документације, по питању достављања података из казнене евиденције за оштећеног као сведока или сведока очевидца не може се поставити неко генерално правило већ би суд узимајући у обзир околности конкретног случаја требао да цени да ли ће допустити извођење ових доказа. Нпр. уколико би поред исказа оштећене било и других доказа који би указивали да је извршено кривично дело силовања (нпр. исказ сведока очевидца који је видео силовање или чуо како оштећена зове помоћ) у циљу заштите права на приватност и спречавања накнадне стигматизације оштећене суд не би требало да дозволи извођење доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећене.

С друге стране, уколико би окривљеног за кривично дело силовања теретио само исказ оштећене тј. уколико би окривљени тврдио да је однос са оштећеном био добровољан и да нема никаквих других доказа који би указивали да је реч о кривичном делу силовања, онда би **у складу са начелом истине и правичности суђења** требало дозволити извођење доказа читањем извештаја из казнене евиденције оштећене јер околност да је оштећена већ раније била осуђивана због кривичног дела лажног пријављивања и то баш за кривично дело силовања јесте чињеница која окривљеном иде у корист, и у том случају **суд је, на основу чл.17 ст.2 важећег односно чл.16 ст.2 новог ЗКП-а, дужан да ову чињеницу утврђује по службеној дужности.**

Ипак, околност да је оштећена раније већ осуђивана због лажног пријављивања истог кривичног дела не може бити и одлучујућа, већ суд, на основу чл.18 ст.1 и чл.352 важећег ЗКП-а, односно чл.16 ст.3 и чл.419 новог ЗКП-а, на основу слободног судијског уверења и слободне оцене доказа одлучује да ли ће веру поклонити исказу окривљеног или оштећене, ценећи сваки доказ појединачно и у вези са осталим доказима.

Као и код прибављања података из медицинске документације, након извођења доказа прибављањем извештаја из казнене евиденције оштећене као сведока, суд би, у циљу заштите њеног права на приватност, на основу чл.261 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац на основу чл.304 новог ЗКП-а, требао да донесу наредбу о чувању тајности података из истраге који се односе на извештај из казнене евиденције оштећене, или да суд на основу чл.170 ст.3 важећег ЗКП-а, односно јавни тужилац или суд на основу чл.250 ст.3 новог ЗКП-а, **ускрати или услови забраном јавне употребе имена оштећене** разматрање, преписивање, копирање или снимање **кривичних списа који се односе на извештај из казнене евиденције оштећене.**

7. Упоредно законодавство

Правни системи неких земаља имају далеко већу праксу у погледу обавеза чувања лекарске тајне, те одговорности лекара - појединаца, или медицинских институција због откривања лекарске тајне. Тако **немачко право** пружа апсолутну заштиту од откривања тајне, нпр. када се информације објављују у штампи за лица инфицирана ХИВ-ом. Дата је могућност давања података трећем лицу једино када постоји очигледно угрожавање других особа од стране пацијента. Судска пракса ове земље упућује да пре свега трба отклањати опасност од инфекције трећег лица саветодавним разговором инфицираног пацијента кога треба упутити на мере заштите, упозорити на његову кривичну и имовинску одговорност у случају преношења болести његовом кривицом. Тек уколико лекар стекне утисак да пацијент неће разумно поступити, лекар би имао право да о болести свог пацијента обавести треће лице које је директно угрожено инфекцијом пацијента.

У Великој Британији Генерални медицински савет је издао смернице које упућују на забрану откривања тајне и околности под којима та забрана не мора да се поштује. Посебно су формулисана и правила у погледу лекарске тајне у вези полних венеричних болести и СИДЕ, која дају могућност кршења тајне једино у случају и циљу лечења пацијента или превенције када се информације могу саопштити другом лекару или особи запосленој под руководством лекара.

Америчко законодавство у регулисању лекарске тајне можда понајвише респектује "право на приватност". Већина држава САД има веома разрађен систем судске заштите појединаца због откривања лекарске тајне, при чему се веома води рачуна о анонимности тужилаца током судског поступка, управо ради заштите његове приватности.

8. Пракса европског суда за људска прва - лекарска тајна

Европски суд за људска права тумачио је право на приватност из чл.8 ст.1 ЕКЉП тако " да се јавне власти не могу мешати у вршење овог права", али је судска пракса показала да се при том уз дужност државе да се уздржи од мешања, ово право ограничава неким важнијим циљевима и обавезама државе од саме приватности.

У предмету *3 против Финске*⁶²¹ изграђен је један од стандарда који ће олакшати изграђивање механизма у оцени да ли су "предузете мере сразмерне законитим циљевима". Утврђено чињенично стање указује да је господин Н. од децембра 1991.г. до септембра 1992.г. починио већи број сексуалних кривичних дела, а оптужен је и за покушај убиства, јер је жртве силовања свесно изложио могућој инфекцији ХИВ вирусом. Утврђено је да му је 19.03.1992.г. саопштен резултат анализе крви, и да је ХИВ позитиван. Апликант, госпођа З., такође заражена ХИВ вирусом, у то време била је са њим у браку. Од њега се развела септембра 1995.г. Доктори који су надгледали здравствено стање госпође З., упркос противљењу, били су присиљени да доставе све доказе и информације у вези њеног здравственог стања, а приликом претреса полиције у болници у којој је брачни пар лечен, заплењени су здравствени досијеи. Све ово је учињено ради утврђења датума када је господин Н. први пут сазнао или посумњао да је ХИВ позитиван. Господин Н. је осуђен пред домаћим судом за једно силовање и три покушаја убиства. Поступак је вођен без присуства јавности, током суђења, више пута су се појавили извештаји у новинама, а по доношењу пресуде јавно је објављен диспозитив и сажетак образложења. Суд је одлучио да цела пресуда и документи остану поверљиви 10 година иако су госпођа З. и друге оштећене захтевале да тај период буде знатно дужи. Све њихове жалбе су у каснијим поступцима у вези овог захтева одбијене. Документи из предмета могли су бити објављени јавности 2002.г.

Госпођа З. поднела је апликацију Европском суду за људска права, тврдећи да јој је кршено право на приватност.

С тим у вези, Суд узима у обзир да је заштита личних података, а не само медицинских, од основне важности за уживање прва личности на поштовање његовог или њеног приватног и породичног живота зајемченог чл.8 ЕКЉП. Од изузетне важности је да се поштује не само осећање приватности пацијента већ и да лекари и здравствене установе уопште очувају поверење које он или она имају у њих. Без такве заштите, они којима је потребна медицинска помоћ, можда ће нерадо откривати податке личне и интимне природе, а који су потребни како би им се пружило одговарајуће лечење и, чак, нерадо тражити такву помоћ, чиме би угрозили своје здравље, а када су у питању инфективне болести, и здравље заједнице. Домаће право мора стога обезбедити одговарајућа јемства како би се спречило пружање или одавање личних медицинских података, што није у складу са гаранцијама из чл.8 ЕКЉП.

⁶²¹ Пресуда од 25.02.1997.г.

Напред наведена запажања нарочито се односе на заштиту поверљивих података особе заражене ХИВ-ом. Одавање таквих података може озбиљно утицати на његов или њен приватни и породични живот, као и на положај тог лица у друштву и на радном месту, тиме што ће он или она бити изложени срамоти и опасности да их људи избегавају. Из овог разлога лица могу избегавати да затраже дијагнозу или лечење и тиме онемогућити заједницу да предузме све мере у спречавању опште заразе. Интерес да се заштити јавност таквих података стога ће увелико зависити од тога да се утврди да ли је мешање у приватни и породични живот у сразмери са легитимним циљем за којим се тежи. Такво мешање не може бити у сагласности са чланом 8 Конвенције уколико није оправдано изузетном потребом од јавног интереса.

Имајући у виду изузетно интимну и осетљиву природу података који се тичу лица оболелих од ХИВ-а, све мере државе којима се захтева пружање или одавање таквих података без пристанка пацијента налажу Суду да их с највећом пажњом темељно испита, што се види из гаранција предвиђених ради обезбеђења стварне заштите приватног и породичног живота. Истовремено, ***Суд признаје да спровођење истраге и кривичног поступка и јавност судског поступка могу превагнати над интересима пацијента и заједнице у целини да се заштити поверљивост медицинских података., када се покаже да су такви интереси од још веће важности.*** Када се говори о датим истражним мерама, мора се имати на уму, како Суд не може, уместо домаћих органа власти просуђивати релевантне доказе који се износе у судском поступку.

Што се тиче питања везаних за увид јавности у личне податке, Суд признаје да се морају разумети домаћи органи власти у настојању да уравнотеже потребу да судски поступак буде јаван, с једне стране, и интерес стране у поступку или трећег лица да се очува тјност таквих података, с друге стране. Ширина такве процене зависи од природе и важности интереса који су у питању и озбиљности мешања у приватни и породични живот.

Суд је затим наставио: Што се тиче налога којима се захтевало да предлагачеви лекари и психијатар доставе доказе, Суд напомиње да су ове мере предузете у контексту особе З., која је искористила своје право, по финском закону, да изнесе доказе против свог мужа. Циљ је искључиво био да се на основу изјава њених лекара установи када је особа Н постала свесна или имала разлога да сумња да је заражена ХИВ-ом. Постојала је могућност да њихови докази у датом тренутку буду одлучујући за то да ли је особа Н крива само за сексуално кривично дело или и за много теже кривично дело - покушај убиства без предумишљаја, у вези са два кривична дела извршена пре 19. марта 1992.г., када су добијени позитивни налази ХИВ теста. Нема сумње да су надлежни домаћи органи власти имали право да сматрају како су веома важни јавни интереси ишли наруку истражи и кривичном гоњењу особе Н за покушај убиства без предумишљаја за свих пет кривичних дела у питању, а не само за три.

Суд, сем тога, напомиње да је по релевантним одредбама финског закона, лекарима предлагача могло бити наложено да без њеног пристанка, уз њену пуну свест о томе, изнесу доказе у веома ограниченом обиму; наиме, само када су у питању истрага и подизање оптужбе за тешка кривична дела за која је забрањена казна затвора од најмање шест година. Пошто су они одбили да доставе доказе полицији, ова је морала затражити овлашћење од судског органа - Градског суда - да их саслуша као сведоке. Саслушање је обављено без присуства јавности пред Градским судом, који је одмах наложио да се предмет, укључујући и изводе са саслушања сведока, чува као поверљиви документ. Сви учесници у судском поступку били су дужни да добијене информације сматрају поверљивим. Повреда дужности у овом смислу повлачи грађанску и/или кривичну одговорност по финском закону.

Суд је закључио да је мешање у приватни и породични живот у питању било оправдано по чл. 8 став 2 ЕКЉП.

Разматрајући да ли је било оправдано мешање државе, пошто су коришћени медицински подаци апликанта у поступку у коме није била нити окривљена, нити оштећена, Суд је нашао да ништа не указује да предузете мере нису у складу са домаћим законом прибављањем здравственог картона апликанта, саслушањем њених лекара. Суд је нашао да је циљ био "заштита од....криминала" и "заштита права и слобода других". Ограничење поверљивости предмета и свих доказа из њега, по праву државе Финске омогућава сваком појединцу да по истеку постављеног судског рока оствари приступ предмету. Суд даље наводи да мора у светлу предмета у целини, размотрити да ли су разлози који су наведени да се мере оправдају, били релевантни и довољни и да ли су те мере биле сразмерне законитим циљевима. Поштовање поверљивости медицинских података је витално начело правних система свих држава потписница Конвенције и од кључне важности не само у смислу поштовања приватности пацијента, него је битно и за очување његовог поверења у медицинску професију и у медицинске установе. Суд је коначно одлучио да у погледу:

1. налога за сведочење медицинским радницима
2. заплене медицинске документације и укључивања у истражни спис

нема повреде из члана 8 ЕКЉП.

С друге стране,

1. омогућавање доступности јавности медицинских података апликанта већ 2002. године и
2. објављивање њеног идентитета и њеног здравственог стања у пресуди Апелационог суда,

представља повреду из чл.8 ЕКЉП. Одговорна држава је обавезана да подносиоцу захтева исплати 100.000 финских марака на име накнаде нематеријалне штете и 160.000 финских марака на име судских трошкова и издатака.

Интересантно је делимично супротно изражено мишљење судије *De Meyera* да "... ма какви били захтеви кривичног поступка, разматрање налога не оправдава откривање поверљивих информација које потичи из односа доктора и пацијента, или из докумената који се на њега односе". По њему "медицински подаци у списима морају заувек остати поверљиви. Интерес да се осигура јаност судског поступка није довољан да се оправда откривање поверљивих података, чак и након протекла много година." Судија закључује да је крајње врме да се суд ослања на степен "слободне процене" државних органа власти у овој области, за разлику од дозвољене процене кривичног суда о тежини случаја а за границу казне предвиђене законом. О људским правима, сматра, нема места за слободну процену која би државама дала могућност да одлуче шта је прихватљиво, а шта не. Граница која се не сме прећи мора бити јаснија и прецизнија.

У случају *М.С. против Шведске*⁶²², суд је приметио да је медицински досије особе у питању садржавао крајње лична и осетљива питања укључујући и информације о учињеном абортусу. Иако је досије био тајан, откривен је ширем кругу службеника, чиме је повређен чл.8 ЕКЉП.

9. Кривично дело неовлашћено откривање тајне (чл.141 КЗ)

Заштитни објект овог кривичног дела јесте право појединца на личну тајну. Кривично дело се врши неовлашћеним откривањем тајне сазнате у вршењу свог позива. КЗ не прихвата решење које је познато у неким страним законодавствима којим се прецизирају сва лица која могу бити извршиоци овог кривичног дела већ примера ради наводи оне професије које су посебно важне за ово кривично дело (адвокат и лекар). То су две типичне професије код којих у њиховом вршењу због њихове природе долази до сазнавања значајних личних тајни других лица. Но, извршилац може бити и свако друго лице које је неовлашћено открило тајну сазнату у вршењу свог позива (нпр. свештеник, лаборант, апотекар, социјални радник и др.). Између осталих и подаци који се односе *здравствено стање* сматрају се *нарочито осетљивим подацима* и могу се обрађивати само на основу слободног датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак. Изузетно, подаци који се здравствено стање могу се обрађивати без пристанка лица, само ако је то законом прописано.⁶²³

Радња извршења је откривање тајне. То значи саопштавање или на други начин чињење доступним података другом лицу који му нису били познати и који представљају професионалну тајну, тј. које је извршилац дужан на основу прописа или професионалног кодекса да чува у тајности. Изузетно, радња се може стварити и пропуштањем, као што је неспречавање другог лица да се упозна са одређеном документацијом која садржи податке који се сматрају тајним.⁶²⁴

⁶²² *M.S. v Sweden* (No. 20837/92), 1997.

⁶²³ Члан 16 ст.1 и 2 *Закона о заштити података о личности*

⁶²⁴ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.390.

Битни елемент кривичног дела јесте и то да се откривање тајне врши неовлашћено. Откривање тајне није неовлашћено ако је учињено у складу са чл 97 ЗКП тј. ако лица која имају дужност чувања професионалне тајне буду ослобођена на један од два начина: 1. посебним прописом или 2. изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне.

Постоје случајеви када је прописима предвиђена обавеза да се пријаве одређене чињенице сазнате у вршењу позива и у случају да могу да представљају личну тајну, тако да у тим случајевима одавање тајне не би било кривично дело (нпр. обавеза лекара да пријави одређене заразне болести, затим да се пријави рођење детета и др.). Осим тога, овде постоји и посебан основ искључења противправности који је предвиђен одредбом става 2.

Објекат кривичног дела јесте тајна, односно тајни подаци. Мора се радити о подацима везаним за личност лица од којег је тајна сазната или за личност неког другог лица, односно мора се радити о приватној тајни, јер би у супротном могло постојати неко кривично дело одавања неке друге врсте тајне.

Субјективно биће кривичног дела састоји се у умишљају који мора да обухвати и свест да се ради о тајни, као и да се тајна неовлашћено открива. За ово кривично дело гоњење се предузима **по предлогу оштећеног** (чл.153 ст.2 КЗ).

У ставу 2 предвиђен је посебан основ искључења противправности. То значи да нема кривичног дела ако је одавање тајне извршено под условима који су прописани том одредбом. Прописана су *два алтернативна услова* : да се тајна открива у општем интересу или интересу другог лица, као и да је тај интерес претежнији од интереса чувања тајне. Испуњавање ових услова треба ценити у сваком конкретном случају.

Што се тиче адвокатске тајне, према *Кодексу професионалне етике адвоката* у глави II - адвокатска тајна, обавеза чувања адвокатске тајне битна је претпоставка поверења клијента у адвоката и независности адвокатске професије. Адвокат је дужан да чува као тајну све што му је клијент поверио или што је током припреме предмета или заступања на други начин сазнао или прибавио, било да га је сам клијент упозорио на поверљивост садржаја, било да поверљивост садржаја произилази из природе предмета и брижљиве оцене свих околности. Адвокатску тајну представљају сви подаци које адвокат зна и сви списи, предмети, записи и депозити који се налазе у адвокатској канцеларији или су, по одлуци и под надзором адвоката, привремено смештени на друго место. Адвокат је дужан да чува као тајну и поверљиве податке, списе, предмете, записе и депозите који се односе на лице чијег се заступања није прихватио, а сопштени су му или предати у циљу заступања, као и на лице које је, након саопштавања или предаје, одустало од намере да адвокату повери заступање.

Адвокат тајну чува на тај начин што поверљиве садржаје чини недоступним органима власти и трећим лицима, изузев у опсегу, за сврхе и у односу на органе власти и трећа лица, којима су, у договору са клијентом, овакви садржаји намењени. У циљу чувања адвокатске тајне, адвокат је дужан:

- 1) да на обавезу чувања тајне упозори и лично обавезе службенике и сараднике своје канцеларије
- 2) да у преношењу поверљивих садржаја поштанским пошлицама, телефоном, телефаксом, компјутером, или на други начин, поступа са разумним опрезом и на најмању меру сведе могућност да тајна буде откривена, било случајно, било злоупотребом средстава комуникације.
- 3) да у ситуацији када има разлога да посумња да се његови разговори са клијентом у затвору, притвору, или на другом месту неовлашћено прислушкују, на то клијента упозори и препоручи му да не говори о ономе што жели да сачува као тајну
- 3) да лично, или посредством поузданог повереника, надзире сачињење преписа, копије или снимка исправе које су му поверене
- 4) да оригиналне исправе, као и њихове преписе, копије снимке и негативе, на одговарајући начин обезбеди и не предаје неовлашћеним лицима, без знања и одобрења клијента.
- 5) да преписе и копије судских списа не предаје на читање, или ради сачињења преписа или копије, ономе ко и сам није овлашћен да их чита, поседује или умножава
- 6) да на поверљивост садржаја, или на посебну обавезу у погледу одређеног садржаја упозори лице коме је овлашћен да такав садржај пренесе.
- 7) да списе, које више није дужан да чува, збрине или уклони на начин који неће омогућити неовлашћеним лицима да сазнају њихов садржај.

У *Кодексу* су предвиђене и ситуације када је адвокат ослобођен од чувања адвокатске тајне. Обавеза чувања адвокатске тајне постоји све док изношење поверљивог садржаја може да повреди интересе клијента, или док не наступе околности које адвоката ослобађају такве обавезе, без обзира да ли је заступање у току или је престало.

У *Кодексу* су предвиђене 3 *алтернативне* ситуације у којима је адвокат ослобођен од обавезе чувања адвокатске тајне, а то су:

- 1) када му клијент то на несумњиви начин дозволи
- 2) када је то неопходно за спречавање најављеног кривичног дела са знатном друштвеном опасношћу
- 8) када је то неопходно за одбрану самог адвоката или његовог сарадника

Треба приметити да су ситуације у којима је према *Кодексу* адвокат ослобођен од обавеза чувања адвокатске тајне компатибилне са чл.141 ст.2 КЗ који као посебне основе за искључење противправности кривичног дела неовлашћено откривање тајне предвиђа или да се тајна открива у општем интересу или интересу другог лица, као и да је тај интерес претежнији од интереса чувања тајне.

Адвокат не само да је ослобођен од чувања адвокатске тајне када је у питању припремање кривичних дела за које је законом забрањена казна затвора од пет година или тежа казна, већ је то и његова *обавеза*, јер би у супротном, пошто не спада у круг лица која су за непријављивање припремања ових кривичних дела изузета од кажњавања, **одговарао за кривично дело непријављивање припремања кривичног дела из чл. 331 КЗ.**

О одлуци да открије тајну, уколико је ослобођен обавезе њеног чувања, адвокат претходно треба да обавести лице на које се тајна односи, увек када природа случаја и конкретне околности то дозвољавају а морални обзира препоручују. Приликом откривања тајне адвокат треба, у највећој могућој мери, да штеди личност на коју се тајна односи и да настоји **да откривени подаци не добију већи публицитет него што је неопходно за основ и сврху који откривање тајне чини допуштеним.**

Кад не постоје услови за откривање тајне, адвокат не сме поверљиве податке да употреби на штету клијента, без изричите дозволе клијента, у властиту корист или у корист трећег лица.

Поверљиве податке, до којих је дошао у заступању правног лица или друге организације, адвокат не сме да употреби на њихову штету, нити на штету било ког њиховог заинтересованог члана, изузев на штету члана против кога је заступање усмерено.

Што се тиче лекарске тајне, пре измена и допуна *Закона о здравственој заштити* чланом 37 ст.1 било је изричито предвиђено да подаци из медицине документације спадају у **службену тајну** па је неовлашћено саопштавање односно предаја података из медицинске документације представљало кривично дело одвања службене тајне из чл. 369 КЗ. Након измена и допуна *Закона о здравственој заштити*⁶²⁵ од 28 јула 2011.године у члану 37 ст.1 предвиђено је да подаци о здравственом стању, односно подаци из медицинске документације спадају у податке о личности пацијента пацијента и представљају **тајне податке** у складу са законом. То значи да након измена и допуна *Закона о здравственој заштити* неовлашћено саопштавање и предаја података из медицинске документације није више санкционисано кривичним делом одавања службене тајне из чл. 369 КЗ већ кривичним делом неовлашћено откривање тајне из члана 141 КЗ.

У ст.2 истог закона предвиђено је да су **податке става 1 дужни да чувају** сви здравствени радници и здравствени сарадници, као и друга лица запослена у здравственим установама, приватној пракси, у другом правном лицу које обавља здравствену делатност у складу са законом, односно организацији обавезног здравственог осигурања, као и у правном лицу које обавља послове добровољног здравственог осигурања, код којих је пацијент здравствено осигуран, а којима су ти подаци доступни и потребни ради остваривања законом утврђених надлежности. У ст.3 предвиђено је да се **тајним подацима** сматрају и подаци о људским супстанцама на основу којих се може утврдити **идентитет лица** од кога оне потичу. **Дужности чувања тајних података** надлежни здравствени радници и здравствени сарадници, могу бити ослобођени само на основу писменог или другог јасно и недвосмислено изреченог пристанка пацијента или на основу одлуке суда(ст.4).

⁶²⁵ „Службени гласник РС“ бр. 57/11

Ако је пацијент дао пристанак надлежни здравствени радник може саопштити податке о здравственом стању пацијента пунолетном члану породице пацијента (ст.5). *Изузетно, надлежни здравствени радник може саопштити податке о здравственом стању пацијента пунолетном члану породице и у случају када пацијент није дао пристанак на саопштавање података о свом здравственом стању али је саопштавање тих података неопходно ради избегавања здравственог ризика члана породице.* (ст.6).

Изводи, односно копије медицинске документације за умрлог члана породице могу се дати члановима уже породице на њихов захтев, ради остваривања законом утврђених права, односно остваривања других законом утврђених интереса. (ст.7). *Дете које је навршило 15. годину живота и које је способно за расуђивање, односно за самостално доношење одлука, има права да на свој захтев изврши увид у медицинску документацију која се односи на његово здравствено стање, као и право на поверљивост података који се налазе у медицинској документацији* (ст.8). *Изузетно од става 8 овог члана, надлежни здравствени радник дужан је да, у случају озбиљне опасности по живот и здравље детета, и поред захтева детета да информације о његовом здравственом стању не саопште родитељима, старатељу, односно законском заступнику, податке о здравственом стању детета саопшти родитељима, старатељу, односно законском заступнику*(ст.9).

Нема сумње да дете треба да ужива право на приватност података о свом здравственом стању као и одрасла лице па и више од њих, али то би требало да важи у односу на трећа лица а не и на родитеље који (сем у неким екстремним случајевима) желе најбоље за своју децу и који у најбољем интересу детета у његово име доносе најбоље могуће одлуке до дететовог пунолетства. Претерани протекционизам права на приватност детета по питању његовог здравственог стања може се претворити у своју супротност, тј. управо због претераног протекционизма може доћи до угрожавања здравља детета. Законодавац у чл.37 ст.8 *Закона о здравственој заштити* и сам наводи да право на поверљивост медицинских података у односу на родитеље може имати „*дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање, односно за самостално доношење одлука.*“

Дакле законодавац ни сам није сигуран да ли је дете са навршених 15 година живота способно за самостално доношење одлука, чак и у ситуацијама које нису озбиљно опасне по живот и здравље детета али могу имати значајне последице у даљем психофизичком развоју детета. На пример, дете може да одлучи да не каже родитељима да треба да носи улошке због равних табана или зубну протезу због дубоког загрижаја а пошто у таквом случају нема *озбиљне опасности по живот и здравље детета* (законодавац је неосновано чак појачао и степен опасности по живот и здравље који лекару дају основ да се без дететове сагласности обрати родитељим уводећи у законски текст захтев да опасност мора бити *озбиљна*) лекар нема законског овлашћења да без сагласности детета ово чињенице саопшти његовим родитељима, иако би доношење уложака односно протезе, што не би могло да се окарактерише као *озбиљна опасност по живот и здравље детета*, касније ипак могле да изазову значајне последице код детета (криву кичму, неиметричан изглед лица...).

Такође, поставља се и питање ко треба да утврди степен зрелости детета, односно ко треба да установи да ли је дете способно за расуђивање, односно самостално доношење одлука. То свакако не би био могао бити педијатар већ евентуално психијатар или психолог што значи да би због овакве законске формулације дете морало да буде изложено и тој врсти прегледа која свакако није пријатна.

Из формулације чл.37 ст.9 *Закона о здравственој заштити* да је надлежни здравствени радник дужан да, у случају озбиљне опасности по живот и здравље детета, и поред захтева детета да информације о његовом здравственом стању не саопште родитељима, старатељу, односно законском заступнику, податке о здравственом стању детета саопшти родитељима, старатељу, односно законском заступнику, произилази да дете има право на поверљивост података који се налазе у медицинској документацији и у односу на родитеље само ако је изричито тражило да се информације о његовом здравственом стању не саопште родитељима, у супротном здравствени радник у односу на родитеље није везан забраном саопштавања здравственог стања детета.

Подаци из медицинске документације, односно изводи тих података, као и копије медицинске документације могу се дати органу стрателства, организацији обавезног здравственог осигурања и правним лицима која обављају делатност добровољног здравственог осигурања за обављање послова утврђених законом, као и другим правним лицима ако је то прописано законом.(ст.10).

На захтев надлежних правосудних органа могу се дати подаци, односно изводи из тих података, као и копије медицинске документације пацијената, а изузетно, може се дати и целокупна медицинска документација на увид док траје поступак пред надлежним правосудним органом.(ст.11).

Подаци из медицинске документације пацијената, односно из здравствене евиденције која се води у складу са законом, могу се достављати органу надлежном з послове статистике, као и здравственим установама које обављају послове јавног здравља, у складу са законом. (ст.12).

Подаци из ст.10-12 овог члана достављају се као тајни подаци, у складу са законом којим се уређује тајност података. (ст.13). Лица из става овог члана, као и друга лица која неовлашћено, односно без пристанка пацијента или пунолетног члана породице пацијента, располажу подацима из медицинске документације, у супротности са овим чланом и неовлашћено износе у јавност те податке, **одговорни су за одавање тајних података**, у складу са законом. (ст.14).

Дакле, **садржај из медицинске документације неког лица**, тј. право на приватност лица када је у питању његово здравствено стање, након измена и допуна *Закона о здравственој заштити* **штити се кривичним делом неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ.**

Имајући у виду овакву законску регулативу поставља се питање одговорности лекара у погледу обавезе чувања лекарске тајне, тј. извршења кривичног дела одавање службене тајне, у ситуацији када се:

- 1) лекар саслушава као парнична странка, те износи податке које је сазнао у вршењу своје професионалне дужности
- 2) лекар саслушава у својству сведока у суду
- 3) лекар саслушава у својству судског вештака

Лекар који се саслушава *као странка* није у обавези да да свој исказ и увек је у могућности да ускрати давање таквог исказа. Уколико то не жели, ограничења за давање његовог исказа везана су за одредбу чл. 37 *Закона о здравственој заштити*, те уколико приликом саслушања неовлашћено открије тајну то ће представљати и кривично дело.

Уколико се лекар саслушава *као сведок* у смислу одредбе чл. 237 ст.1 тачка 3 Закона о парничном поступку, има право да о чињеницама које је сазнао као лекар, ако постоји обавеза да се као тајна чува оно што сазна у вршењу тог позива или делатности, може ускратити сведочење, с тим што председник већа мора упозорити лекара као сведока да може ускратити давање исказа.

Слично је предвиђено и у наведеном чл. 97 ст.1 тачка 3 ЗКП где је предвиђено да се не може испитати као сведок лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне као што су лекар, бабица и други, осим ако је ослобођен од те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију корист је установљено чување тајне. Међутим, посебним прописом, тј. *Законом о здравственој заштити* предвиђене су ситуације у којима се и без сагласности пацијента могу достављати подаци из његове медицинске документације. Према члану 37 ст.4 *Закона о здравственој заштити* надлежни здравствени радници и сарадници могу бити ослобођени дужности чувања тајних података *алтернативно* у 2 случаја:

1. на основу писменог или другог јасног пристанка пацијента, или
2. **на основу одлуке суда**

Такође, у чл. 37 ст.11 *Закона о здравственој заштити* предвиђено је да се на **захтев надлежних правосудних органа** могу дати подаци, односно изводи из тих података, као и копије медицинске документације пацијената, а изузетно, може се дати и целокупна медицинска документација на увид док траје поступак пред надлежним правосудним органом.

Пошто медицинске установе односно лекари на основу чл. 37 ст.4 и 11 *Закона о здравственој заштити* на захтев суда могу достављати податке из медицинске документације пацијента и без његове сагласности, нема сметње да лекари на основу истих прописа на основу одлуке односно захтева суда и у својству сведока усмено у истрази или на главном претресу изнесу податке из медицинске документације о здравственом стању пацијента.

Међутим, након сведочења лекара или достављања медицинске документације, суд би , у циљу заштите права на приватност учесника у поступку, на основу чл.261 ЗКП требао да донесу наредбу о чувању тајности података из истраге који се односе на исказ лекара или медицинску документацију или да на основу чл.170 ст.3 ЗКП **ускрати или услови забраном јавне употребе имена учесника поступка** разматрање, преписивање, копирање или снимање **кривичних списа који се односе на исказ лекара или медицинску документацију.**

Поставља се питање како ће лекар који се саслушава пред судом одредити праву меру у којој ће сведочити у вези лекарске тајне, односно давати исказ саслушан као странка у парничном поступку, где је законски предвиђена могућност да сведок може ускратити сведочење, али исто тако има овлашћења и да сведочи. Европски стандарди изграђени у поступку пред европским судом за људска права даће одговор на ово питање применом принципа "пропорционалности" који је уграђен и у законској формулацији кривичног дела неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ. Овако формулисан појам, представља и право које није изричито формулисано било где у тексту ЕКЈП, али које је током година постало интегрални део Конвенције и европски стандард, јер представља суштину оправдања сваког нарушавања права које даје Конвенција.⁶²⁶

Приликом одлучивања о томе да ли ће се давањем исказа кршити право на приватност одавањем неке лекарске тајне, лекар ће одлучити о свом праву да ускрати сведочење тако што ће одговорити да ли су понуђени "релевантни и довољни разлози" за било какво нарушавање права на приватност и да ли је то неопходно и представља ургентну потребу. Одлучиће да ли постоји некаква алтернатива која би значила мање задирање у ово право, те да ли постоје релевантни и довољни разлози за ускраћивање сведочења, односно одавања лекарске тајне, да ли се ради о могућности злоупотребе, те да ли задирање у право на приватност није у пропорционалности са евентуалним непоштовањем лекарске тајне.⁶²⁷

Поставља се и питање, да ли постоји могућност кршења лекарске тајне приликом давања налаза и мишљења у поступку *вештачења*. Наиме, суд располаже стручним знањем једино из правне науке, стога се вештак никада не изјашњава о правним питањима, нити у паничном нити у кривичном поступку. Суд ће извести доказ вештачењем кад је ради утврђивања или разјашњења неке чињенице потребно стручно знање којим суд не располаже (чл.250 ЗПП), односно вештачење се одређује кад за утврђивање или оцену неке важне чињенице треба прибавити налаз и мишљење од лица које располаже потребним стручним знањем (чл.113 ЗКП).

⁶²⁶ В. Петровић Шкоро, *Право на приватност и лекарска тајна*, Избор судске праксе, 2005.г. бр.1, стр.6.

⁶²⁷ В. Петровић Шкоро, *Право на приватност и лекарска тајна*, Избор судске праксе, 2005.г. бр.1, стр.6.

Вештак је дужан да се одазове позиву суда и да изнесе свој налаз и мишљење, али у сложенијим случајевима, вештак даје писмени налаз и мишљење које се доставља странкама ради изјашњења. И вештак се на лични захтев може ослободити вештачења из разлога из којих и сведок може ускратити сведочење или одговор на поједина питања (чл.253 ст.2 ЗПП), а у кривичном поступку, за вештака се не може одредити лице које не може бити испитано као сведок (чл.116 ст.1 у вези чл. 97 ЗКП). Вештак стога има обавезу да чува професионалну тајну, али има законом прописану обавезу да своја стручна знања из области медицине употреби ради давања одговора на спорна питања која се постављају пред судом. Најчешће се уз налаз и мишљење који вештак саставља за потребе суда и који је у обавези да овакво писмено достави странкама у поступку, прилаже и лекарска документација.

Могућност увида у лекарску документацију друге стране у поступку као и свих осталих лица која имају право да изврше увид у списе⁶²⁸, свакако представља кршење права на приватност. У оваквој ситуацији сасвим је могућа и злоупотреба сазнатих података из лекарске документације која се прибавља и доставља уз налаз и мишљење судског вештака. Са ових разлога, а посебно имајући у виду постојећу судску праксу других земаља, свакако је препоручљиво да се сва медицинска документација која се односи на странку или другог учесника и може бити доступна и учесницима у поступку и трећим лицима обезбеди стављањем у запечаћени коверат, који ће се употребљавати за потребе суда или вештака, али неће угрозити право на приватност.

И у овом случају, тј. након достављања налаза и мишљења вештака које се односи на здравствено стање учесника у кривичном поступку, суд би, у циљу **заштите права на приватност учесника у поступку**, на основу чл.261 ЗКП требао да донесу наредбу о чувању тајности података из истраге који се односе на налаз и мишљење вештака који се односи на здравствено стање учесника у поступку или да на основу чл.170 ст.3 ЗКП **ускрати или услови забраном јавне употребе имена учесника поступка** разматрање, преписивање, копирање или снимање **кривичних списа који се односе на налаз и мишљење вештака медицинске струке**.

Управо ради очувања оваквог права на поштовање приватног живота, те ради чувања лекарске тајне која је дефинисана Законом о здравственој заштити - судски вештак који у одређеним медицинским установама прибавља потребне податке, врши увид у медицинску документацију, лекарске картоне, мора се легитимисати решењем суда којим је одређен да обави вештачење у конкретном предмету. Тако ће се извршити заштита здравствених и других радника који су дужни да чувају професионалну тајну, а себи омогућити несметан рад и могућност прибављања свих потребних података ради давања налаза и мишљења према решењу суда.

⁶²⁸ Што није могуће када је искључена јавност

Судска пракса наших судова у погледу заштите права на поштовање приватног живота због непоштовања лекарске - професионалне и службене тајне се све више развија. Правоснажном пресудом Окружног суда у Пожаревцу⁶²⁹ утврђено је да су радници здравствене установе повредили чување тајне тако што су обелоданили да је тужиља инфицирана ХИВ вирусом, па је здравствена установа због штете коју је радник у раду или вези са радом проузроковао трећем лицу, у смислу члана 170 став 1 и члана 171 став 1 Закона о облигационим односима обавезана да тужиљи накнади нематеријалну штету за душевне болове великог интензитета с обзиром на став средине у којој тужиља живи. Наиме, током поступка суд је утврдио да је медицинска сестра која је радила у туженој здравственој установи на родитељском састанку у школи, пред двадесетак људи изјавила да су тестови на СИДУ позитивни, те да је инфицирана ХИВ вирусом.

Тужиља је претрпела душевне болове великог интензитета с обзиром на став средине у којој тужиља живи, на избегавање контакта са њом, те јој је досуђена новчана накнада која представља правичну сатисфакцију. Сматрамо да је поред одговорности здравствене установе за нематеријалну штету коју је проузроковао њихов радник (медицинска сестра) у конкретном случају постојала и кривична одговорност радника, тј. медицинске сестре за кривично дело неовлашћено откривање тајне из чл. 141 КЗ или одавање службене тајне из чл. 369 КЗ.

Пресудом Врховног суда Србије⁶³⁰ одбијена је ревизија туженог здравственог центра против правоснажне пресуде којом је потврђена пресуда којом се тужени здравствени центар обавезује да тужиоцима исплати на име накнаде нематеријалне штете због претрпљених душевних болова због **повреде угледа** и то: малолетној деци по 50.000,00 динара, те родитељима по 150.000,00 динара, све са законском затезном каматом од 11.12.2001.г. На исплату овакве накнаде штете тужени је обавезан јер је тужиљи при крају трудноће узета и послата на анализу крв, а након порођаја стигао је и писмени налаз да је утврђено присуство ХИВ вируса. Анализа је поновљена и тужиљи и новорођенчету и налаз је био позитиван. Трећи пут крв је послата у Клинички центар у Београд и утврђено је да нема присуства ХИВ вируса. Надлежни лекар који је о налазима обавештавао тужиоце, то је саопштио и медицинском особљу ради предузимања мера превенције.

Међутим, вест о присуству ХИВ вируса у крви тужиље проширила се по целом граду што је проузроковало да сви грађани избегавају тужиоце, па чак и пријатељи и родбина. Деца су вређала малолетне тужиоце, бежала од њих. Комшије, пријатељи и рођаци су више од месец дана престали да посећују тужиоце, а са супругом породиље нико није хтео да ради нити да се с њим храни, па је предузеће морало да га распоређује на послове где је могао да ради сам. Вештачењем је утврђено да су тужиоци трпели јаке душевне патње због одбацивања од друштва, а сви су трпели и душевне болове због сазнања да болује од тешке и неизлечиве заразне болести, што је све трајало док нису добили налаз који је искључио постојање болести.

⁶²⁹ Гж. 183/96

⁶³⁰ Рев.392/03 од 15.05.2003.г.

Свим тужиоцима пружена је судска заштита због непоштовања лекарске тајне, због чега је очигледно кршено и људско право на поштовање приватног живота, јер није извршена заштита података о личности која је гарантована Уставом.⁶³¹ Према нашем мишљењу у овом случају постојала је и кривична одговорност члана медицинског особља који причу о првобитним позитивним налазима на ХИВ није изнео у сврхе превенције, тј. који је резултате налаза изнео ван медицинске установе, у граду. Кривична одговорност би постојала за кривично дело неовлашћено откривање тајне из чл. 141 КЗ или одавање службене тајне из чл. 369 КЗ.

У САД је забележен случај да су *CVS* апотеке и "*Giant Food*" открили поштанској и фармацеутској компанији податке о рецептима клијената.⁶³² Фармацеутска индустрија је искористила те податке да уђе у траг потрошачима који нису успели да обнове рецепте, а онда им је послала поруку да то учине а затим и размотре друге третмане.⁶³³ Захваљујући незадовољству јавног мњења, *CVS* и "*Giant Food*" су се сложили да промене маркетиншку политику.

Али, у сваком случају, продаја и обелодањивање личних здравствених података велики је бизнис и, у исто време, атак на приватност.⁶³⁴

Да се овакав случај десио у Републици Србији, тј. кад би у Републици Србији одговорна лица из апотека открили поштанској или фармацеутској компанији податке о рецептима пацијената, на основу чл. 37 ст.1 *Закон о здравственој заштити* и чл. 369 *КЗ*, извршили би кривично дело неовлашћено откривање тајне из чл.141 *КЗ*.

⁶³¹ Чл. 42 Устава

⁶³² R. Harrow Jr., Prescription Sales, Privacy Fears, CVS, Giant shares Customer With Drug marketing Firm, WASH. POST. Feb.15,1998,at A1.

⁶³³ Ibidem

⁶³⁴ У недавној рејклами "Patient Direct Metromail" обајвила је да је крајем 20-ог века било 7,6 милиона људи који пате од алергије,945.000 који има проблема са контролом бешике и 558.000 који пате од стомачних инфекција.

ПЕТНАЕСТА ГЛАВА XV ОГРАНИЧЕЊЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ ПОДАТАКА О ИМОВИНИ

1. Увод

У чл.31 *Конвенције УН против корупције*,⁶³⁵ у циљу делотворности у борби против корупције, предвиђа се **конфискација** средстава стечених корупцијом или имовине чија вредност одговара тим средствима, као и конфискација имовине, опреме или средстава која се користе или су намењена за коришћење у кривичним делима корупције. **Конфискацији подлеже и имовина у коју су претворена средства стечена корупцијом и имовина која је стечена корупцијом а која је помешана са законито стеченом имовином као и приходи од имовине стечене корупцијом.**

Такође, у чл.19ст.3. *Кривичноправне Конвенције СЕ о корупцији*⁶³⁶ предвиђено је да ће свака земља потписница усвојити такво законодавство и друге мере које су неопходне да им омогуће извршавање **конфискације или на други начин одузимање инструмената и производа из кривичних дела корупције, или власништва вредности које одговара таквим производима.**

Према *Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*⁶³⁷ може се одузети имовина која је проистекла из кривичних дела корупције⁶³⁸ али и других кривичних дела: организованог криминала, приказивања порнографског материјала и искоришћавања деце за порнографију(чл.185 ст.2и3 КЗ); против привреде (чл.223 ст.3 КЗ, чл.224 ст.2 КЗ, чл.225 ст.3 КЗ, чл.226 ст.2 КЗ, чл.229 ст.2 и3 КЗ, чл.230 ст.2КЗ, и чл.231 ст.2 КЗ); неовлашћења производња, држање и стављање у промет опојних дрога (чл.246 ст.1 и 2 КЗ); против јавног реда и мира (чл.348 ст.3 КЗ и чл. 350 ст.2 и 3 КЗ);против службене дужности (чл.359 ст.3 КЗ, чл.363 ст.3 КЗ, чл.364 ст.3 КЗ, чл.366 ст.5 КЗ, чл.367 ст.1 до 3,5 и 6 КЗ, и чл.368 ст.1 до 3 и 5 КЗ); против човечности и других добара заштићених међународним правом (чл.372 ст.1 КЗ, чл.377 КЗ,чл.278 ст.3 КЗ, чл.379 ст.3 КЗ,чл.388 до 390 КЗ и чл.393 КЗ).

⁶³⁵ СЦГ је ратификовала ову Конвенцију Законом ратификацији Конвенције УН против корупције - «Сл.лист СЦГ – Међународни уговори»,бр.12/2005

⁶³⁶ Комитет министара Савета Европе је новембра 1998.г. усвојио Кривично правну конвенцију о корупцију, а од краја јануара 1999.г. Конвенција је отворена за потписивање. До сада је Кривичноправну Конвенцију савета Европе о корупцији ратификовало, односно доставило инструменте о приступању 36 земаља, а потписало је 13. Интересантно је навести да се међу наведеним државама налазе и Сједињене Америчке Државе и Мексико, а да само Италија и Лихтенштајн од европских земаља нису приступиле овој Конвенцији. СЦГ је ратификовала ову Конвенцију - «Сл.лист СРЈ-Међународни уговори»,бр.2/2002 и «Сл.лист СЦГ – Међународни уговори»,бр.18/2005.

⁶³⁷ «Сл.гласник РС», бр.97/2008

⁶³⁸ Чл.2.ст.1тачка 6.

За кривична дела из чл. 185 ст.2 и 3 КЗ,чл.230 ст.2 КЗ, чл.348 ст.3 КЗ, чл.350 ст.2 и 3 КЗ,чл.355 ст.5 КЗ, чл.367 ст.1 до 3, 5 и 6 КЗ, чл.368 ст.1 до 3 и 5 КЗ, чл.372 ст.1 КЗ, чл.377 КЗ, чл.378 ст.3 КЗ, чл.388 до 390 КЗ и чл.393 КЗ одредбе *Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* примењују се ако имовинска корист прибављена кривичним делом, односно вредност предмета кривичног дела **прелази милион и петсто хиљада динара**.

Имовина⁶³⁹ се може одузети од окривљеног⁶⁴⁰, сведока сарадника, оставиоца⁶⁴¹, правног следбеника⁶⁴² и трећег лица⁶⁴³.

Према ЗОИПИКД имовина се може одузети **привремено** (чл.21), **може се привремено забранити располагање са имовином и привремено одузети покретна имовина** (чл.22) и **може се трајно одузети** (чл.28-36). О привременом и трајном одузимању имовине одлучује **суд решењем**, а о забрани располагања **јавни тужилац наредбом**.

Ratio legis **привременог одузимања имовине** проистекле из кривичног дела лежи у потреби да се отклони опасност која би отежала или онемогућила трајно одузимање проистекле из кривичног дела.

*Материјални услови за привремено одузимање имовине*⁶⁴⁴ су:

1. Да постоје докази о имовини коју власник поседује
2. Да постоји околност која указује на основу сумњу да имовина проистиче из кривичног дела из члана 2 овог закона
3. Да постоји околност која указује на опасност да би касније одузимање имовине проистекле из кривичног дела било отежано или онемогућено

Формални услови за привремено одузимање имовине су:

1. Да постоји захтев јавног тужиоца за привремено одузимање имовине
2. Да је одржано рочиште о захтеву јавног тужиоца
3. Да је донето решење о привременом одузимању имовине од стране суда

⁶³⁹ Имовином проистеклом из кривичног дела сматра се имовина окривљеног, сведока сарадника или оставиоца која је у шчигледној несразмери са његовим законитим приходима.

⁶⁴⁰ Према Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела под окривљеним се подразумевају :осумњичени, лице против кога је кривични поступак покренут, и осуђени

⁶⁴¹ Лице против кога услед смрти кривични поступак није покренут или је обустављен, а у кривичном поступку који се води против других лица је утврђено да је заједно са тим лицима учинио кривично дело из чл.2 овог закона.

⁶⁴² Наследник осуђеног,сведока сарадника, оставиоца или њихових наследника

⁶⁴³ Физичко или правно лице на које је пренета имовина проистекла из кривичног дела.

⁶⁴⁴ Привремено одузимање имовине траје до доношења одлуке о захтеву за трајно одузимање имовине, али суд и пре може преиспитати ту одлуку у случају смрти власника или ако се појаве околности које доводе у питање оправданост привременог одузимања имовине (чл.27 ст.1 и 2 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*).

Власником имовине сматра се окривљени, сведок сарадник, оставилац, правни следбеник или треће лице (чл.3 ст.1 тачка 7 ЗОИПКИД).

Ratio legis привремене забране располагања имовином и привременог одузимања покретне имовине исти је као и *материјални услов* за примену ове мере – постојање опасности да ће власник располагати имовином проистеклом из кривичног дела пре него што суд одлучи о захтеву за привремено одузимање имовине.

Формални услов за забрану располагања имовином и привремено одузимање покретне имовине је :

1. Наредба јавног тужиоца

Забрана располагања имовином и привремено одузимање покретне имовине траје до доношења одлуке суда о захтеву јавног тужиоца за привремено одузимање имовине.

Ratio legis трајног одузимања имовине је омогућавање ефикасније примене принципа да нико не може задржати противправну имовинску корист стечену кривичним делом увођењем могућности одузимања и оне имовинске користи за коју није доказано да је стечена кривичним делом, уколико у конкретном случају постоји (оборива) претпоставка, односно уверење суда да је имовина стечена кривичним делом, јер је пракса показала да је често веома тешко доказати да је одређена имовина прибављена конкретним кривичним делом за које је учинилац правноснажно осуђен.

Материјални услови за трајно одузимање имовине су:

1. Да је оптужница ступила на правну снагу или да није прошло више од годину дана по правоснажном окончању кривичног поступка за кривично дело из члана 2 овог закона
2. Да постоје докази о имовини коју окривљени односно сведок сарадник поседује и законитим приходима
3. Да постоји околност која указује на очигледну несразмеру између имовине и прихода
4. Да постоје разлози који оправдавају потребу за трајним одузимањем имовине
5. Ако је захтев уперен против правног следбеника треба да постоје и докази да је правни следбеник наследио имовину проистеклу из кривичног дела, а ако је захтев уперен против трећег лица треба да постоје докази да је имовина проистекла из кривичног дела пренета без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности у циљу осујећења одузимања

Формални услови за трајно одузимање имовине су:

1. Да постоји захтев јавног тужиоца за трајно одузимање имовине
2. Да је одржано припремно и главно рочиште ако је власник оспорио захтев тужиоца или је захтев поднет након правоснажног окончања кривичног поступка
3. Да је о захтеву тужилаштва суд решио пресудом или решењем

Као што је наведено *ratio legis* привременог одузимања имовине проистекле из кривичног дела је у потреби да се отклони опасност која би отежала или би, чак, онемогућила трајно одузимање проистекле из кривичног дела. Због тога би, као и због тежина последица, доказни стандарди код привременог одузимања имовине требали да буду блажи него код трајног одузимања.

Код привременог одузимање имовине од **трећег лица** овај принцип је испуњен јер су за привремено одузимање имовине од трећег лица предвиђени блажи услови, него кад је у питању трајно одузимање.

Код трајног одузимање имовине од трећег лица према чл.28 ст.2 и 33.ст.3 ЗОИПКД тужилац треба да докаже да је **имовина проистекла из кривичног дела пренета без накнаде или уз накнаду која не одговара стварној вредности у циљу осујећења одузимања**. Овај услов се не тражи кад је у питању привремено одузимање од трећег лица, али у пракси може створити пуно проблема кад од трећег лица треба трајно одузети имовину проистеклу из кривичног дела.

Уопште, законска формулације из чл. 28 ст.2 ЗОИПКД да захтев за трајно одузимање имовине од трећег лица треба да садржи **доказе да је имовина проистекла из кривичног дела пренета** без накнаде или уз накнаду.... отвара питање да ли тужилац поред преноса имовине на треће лице треба да доказује и да је та *имовина проистекла из кривичног дела*, а што није законски услов ни код трајног одузимања имовине од окривљеног.

Интересантно је да су кад је у питању одузимање имовине од **окривљеног**, *Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* за **привремено одузимање имовине прописани строжији услови од услова трајно одузимање имовине**.

Наиме, да би се имовина од **окривљеног привремено одузела**⁶⁴⁵ тужилац поред околности које указују на опасност да би њено касније одузимање било отежано или онемогућено треба да докаже и **основану сумњу да имовина проистиче из кривичног дела** (чл.24 ст.2) а код **трајног одузимања имовине** тужилац само треба да докаже да постоји **очигледна несразмера између имовине и законитих прихода** (чл.28 ст.2).

⁶⁴⁵ Привремено одузимање имовине траје до доношења одлуке о захтеву за трајно одузимање имовине, али суд и пре може преиспитати ту одлуку у случају смрти власника или ако се појаве околности које доводе у питање оправданост привременог одузимања имовине (чл.27 ст.1 и 2 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*).

Има мишљења да је *Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* терет доказивања незаконитости стицања имовине са тужиоца пребачен на окривљеног односно сведока сарадника, јер тужилац не мора доказивати да је имовина проистекла из кривичног дела већ власник имовине мора доказивати да је имовину стекао на законит начин, али има и мишљења да је терет доказивања *подељен* између тужиоца и власника имовине, јер тужилац мора доказивати власништво окривљеног или трећих лица над имовином и очигледну несразмеру између њихових прихода и вредности имовине, а окривљени и трећа лица треба да докажу да су имовину стекли на законит начин.

Проблем који се код оваквог стања ствари може појавити је у томе што **правоснажна осуђујућа пресуда није у свим случајевима услов за трајно одузимање имовине**, тј. решење о трајном одузимању имовине може да се донесе и пре правоснажности пресуде. Наиме, према чл. 28.ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* захтев тужиоца за трајано одузимање имовине могуће је поднети одмах након ступања оптужнице на правну снагу, а према чл. 30.ст.1 и 2 истог закона, када се власник изјасни да оспорава захтев тужиоца за трајно одузимање имовине (што ће бити у највећем броју случајева) суд у року од 30 дана од дана подношења захтева јавног тужиоца заказује припремно рочиште ради предлагања доказа.

Након одржавања припремног рочишта суд ће у року од 3 месеца (или најкасније 6 месеци) одржати главно рочиште на којем ће решењем одлучити о захтеву тужилаштва за трајно одузимање предмета (чл.31.ст.4 и чл. 34.ст.1 наведеног закона).

То практично значи да је у року од 4 месеца (или најкасније 7) од ступања оптужнице на правну снагу могуће донети решење о **трајном** одузимању имовине, дакле и пре него што је донета правоснажна осуђујућа пресуда, поготову што је у чл.28 ст.4 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*, предвиђено да је **поступак за трајно одузимање имовине хитан**.

Иако је то мало вероватно али не и немогуће, поставља се питање како решити ситуацију у којој је донето правоснажно решење о трајном одузимању имовине (јер оптужени није могао да докаже законитост порекла имовине) а потом правоснажном пресудом оптужени буде ослобођен од оптужбе (јер тужилац није могао да докаже његову кривицу).

У чл.29.ст.4 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* предвиђено је само да ће се пресудом којом се оптужба одбија или ослобађа од оптужбе укинути решење о **привременом** одузимању имовине, али се ништа не предвиђа за ситуацију ако је пре пресуде донето решење о **трајном** одузимању имовине.

Забуну да ли пре доношења решења о трајном одузимању имовине мора да постоји правоснажна осуђујућа пресуда уноси и чл. 33 ст.2 ЗОИПИКД који предвиђа да захтев за трајно одузимање имовине треба да буде усмерен **на осуђеног**..., као и да на главном рочишту на којем се решава о захтеву за трајно одузимање имовине **осуђени** оспорава наводе јавног тужиоца, што упућује да пре доношења решења о трајном одузимању имовине ипак треба да постоји осуђујућа пресуда, а што је контрадикторно чл.28 ст.1, чл.29 ст.3, чл. 30, чл. 31.ст.5 и чл. 34.ст.1 ЗОИПИКД.

Такав проблем се неће јавити ако се одбијајућа или ослобађајућа пресуда донесе пре него што се реши о захтеву за трајно одузимање имовине, јер ће у том случају такав захтев бити одбачен (чл.29.ст.4). Исто тако, наведени проблем се неће јавити ни ако уредно позвани власник не дође на главни претрес или се не изјасни о захтеву или се изјасни да не оспорава захтев (што је мало вероватно) јер ће одлука о захтеву за трајно одузимање имовине у том случају бити донета у пресуди (чл.29 ст.2),⁶⁴⁶ нити ће се такав проблем јавити ако тужилац захтев за трајно одузимање имовине поднесе у року од годину дана по правоснажном окончанчању кривичног поступка (чл.28.ст.1)⁶⁴⁷, јер ће тужилац у том случају захтев поднети само ако је донета правоснажна осуђујућа пресуда.

Проф.др. Зоран Стојановића наводи да, иако *Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*, представља моћно средство за сузбијање организованог криминалитета и корупције, имајући у виду могућности које тај закон дозвољава у погледу одузимања имовине за коју њен власник не може да докаже да је стечена на законит начин, он уноси правну несигурност и може имати шире негативне последице у погледу права својине које је данас гарантовано као уставно право.

Професор Стојановић поставља питање да ли Србија себи може да дозволи један овакав закон када добар део становништва своје основне егзистенцијалне потребе покрива на начин који није баш у складу са законом (тзв. сива економија, рад на црно, ситан шверц и сл.) али који сигурно не представља организовани криминалитет, и да сам закон не пружа никакве гаранције да се неће сувише широко примењивати, тј. да се неће примењивати и у оним случајевима у којима имовина која се одузима нема никакве везе са организованим криминалитетом.⁶⁴⁸

⁶⁴⁶ Па ће ако пресуда буде одбијајућа или ослобађајућа захтев за трајно одузимање имовине бити одбачен (чл.29.ст.4).

⁶⁴⁷ Јер ће у том случају тужилац захтев за трајно одузимање имовине поднети само ако је донета правоснажна осуђујућа пресуда.

⁶⁴⁸ З.Стојановић, *Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије*, Стање Криминалитета у Србији, Београд 2010.г, стр.39-40.

Професор Стојановић даље наводи да је приликом израде измена и допуна КЗ Црне Горе које обухватају и увођење тзв. проширеног одузимања имовинске користи узор за решење била Оквирна одлука ЕУ из 2005.године (2005/212/ЈНА) којом се, између осталог, захтева и то да суд буде потпуно уверен у то да имовина која се одузима потиче од криминалне делатности **осуђеног** лица (чл. 3:" (...) *fully convinced that property in question has been derived from criminal activities of the convicted person (...)*"), као и решења из законодавства Немачке и Аустрије.⁶⁴⁹

То значи да правоснажна осуђујућа пресуда мора бити донета пре покретања поступка за трајно одузимање имовине.

2. Финансијска истрага

Финансијска истрага покреће се против власника када постоје *основи сумње* да поседује знатну имовину проистеклу из кривичног дела. У финансијској истрази **прикупљају се подаци о имовини**, законитим приходима и трошковима живота окривљеног, сведока сарадника или оставиоца, докази о имовини коју је наследио правни следбеник, односно докази о имовини и накнади за коју је имовина пренета на треће лице.⁶⁵⁰

Дакле, кад постоје *основи сумње* да неко лице поседује знатну имовину која је проистекла из наведених кривичних дела, против тог лица дозвољена је финансијска истрага, тј. у сврхе финансијске истраге **дозвољена је задирање у право на приватност података о имовини**.

Међутим, у овом случају истовремено је предвиђена и **заштита** право на приватност података о имовини јер је предвиђено да су подаци у вези са финансијском истрагом поверљиви и да представљају службену тајну. Осим службених лица ове податке не могу одавати ни друга лица којима подаци постану доступни. Службено лице је дужно да друго лице обавести да ови подаци представљају тајну.

Финансијска истрага покреће се наредбом јавног тужиоца који њом и руководи.⁶⁵¹ Доказе о имовини, као и законитим приходима и трошковима живота прикупља посебна организациона јединица МУП-а, тј. јединица за финансијске истраге, у два *алтернативна* случаја:

- 1.на захтев јавног тужиоца, или
- 2.по службеној дужности

⁶⁴⁹ З. Стојановић, *Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије*, Стање Криминалитета у Србији, Београд 2010.г, стр.40, фуснота 16.

⁶⁵⁰ Чл.15.ст.2 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*

⁶⁵¹ Надлежност јавног тужиоца и суда одређује се према надлежности суда за кривично дело из кога потиче имовина (чл.5 ст.2 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*).

Приликом претресања стана или осталих просторија ради проналаска доказа у финансијској истрази примењују се чл. 71-81 важећег односно чл. 152-169 новог ЗКП-а, тј. када се претресање стана или осталих просторија врши и у ове сврхе, тј. сврхе финансијске истраге, потребна је одлука суда.⁶⁵²

Такође се примењује и одредбе о привременом одузимању предмета из чл.82 важећег односно чл.147 новог ЗКП-а када су у питању предмети који могу послужити као доказ у финансијској истрази.

Међутим, за разлику од чл. важећег 83 ЗКП-а у којим је предвиђено да државни органи могу ускратити показивање или издавање неких списа ако сматрају да би објављивање њихове садржине било од штете за опште интересе и да коначну одлуку о томе доноси веће из чл. 24.ст.6 ЗКП, када је у питању финансијска истрага државни и други органи, организације и јавне службе дужни су да јединици за фин.истраге омогуће увид и доставе тражене податке, документе и друге предмете, и не могу се позивати на обавезу чувања пословне, државне, односно војне тајне. У супротном би починили кривично дело онемогућавање вршења контроле из чл. 241 КЗ.

Даље, у складу са чл.234 ст.1 важећег ЗКП јавни тужилац на основу чл.20 ст.1. *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* може наредити банкарској или другој финансијској организацији да јединици за фин.истраге достави податке о стању пословних и личних рачуна и сефова власника. Дакле, и код финансијске истраге, као и код других истрага у складу са чл.234 важећег ЗКП-а, увид у рачуне *физичких лица* могуће је извршити само на основу захтева јавног тужиоца, без судске одлуке.

У чл.20 ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* предвиђено је да јавни тужилац може наредити банкарској или другој финансијској организацији да јединици достави податке о стању пословних и личних рачуна и сефова власника. По питању увида у рачуне физичких и правних лица на основу наредбе јавног тужиоца, члан 20ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* у складу је и са новим ЗКП-ом. У члановима 143 и 144 новог ЗКП-а такође је предвиђено да јавни тужилац може наредити увид и достављање података са рачуна физичких и правних лица. Међутим, по питању увида у сефове физичких и правних лица на основу наредбе јавног тужиоца, члан 20 ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* представља *lex specialis* у односу на чланове 143 и 144 новог ЗКП-а. Наиме, у члановима 143 и 144 новог ЗКП-а није предвиђена могућност увида у сефове физичких и правних лица на основу наредбе јавног тужиоца, што значи да се увид у сефове физичких и правних лица врши на основу наредбе суда применом одредби о претресању (чл.152 и 155 новог ЗКП-а).

⁶⁵² Чл.18 ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*

Члан 20 ст.1 *Закона о одузимању имовине стечене извршењем крвичног дела* Републике Српске разликује се од чл.20 ст.1 *Закона о одузимању имовине проистекле из крвичног дела* Републике Србије (иако је у осталим одредбама скоро истоветан) по томе што *Закон о одузимању имовине стечене извршењем крвичног дела* Републике Српске предвиђа да само суд може наредити достављање података и о стању пословних и личних рачуна и сефова власника имовине.

У рачуне *правних лица* органи унутрашњих послова имали би право увида и на основу својих овлашћења из чл. 225 ст.2 важећег односно чл.286 ст.2 новог ЗКП-а.

У чл.20 ст.2. *Закона о одузимању имовине проистекле из крвичног дела* предвиђено је да јавни тужилац наредбом може одобрити јединици за фин.истраге да врши аутоматску обраду података о стању пословних и личних рачуна и сефова власника. Ова одредба је *lex specialis* у односу на ЗКП где је у чл.504љ ст.4 важећег односно чл.179 новог ЗКП-а предвиђено да аутоматско рачунарско претраживање личних и других са њима повезаних података наређује истражни односно судија за претходни поступак на предлог јавног тужиоца.

Члан 20 ст.2 *Закона о одузимању имовине стечене извршењем крвичног дела* Републике Српске разликује се од чл.20 ст.2 *Закона о одузимању имовине проистекле из крвичног дела* Републике Србије (иако је у осталим одредбама скоро истоветан) управо по томе што *Закон о одузимању имовине стечене извршењем крвичног дела* Републике Српске предвиђа да само суд може наредити аутоматску обраду података о стању пословних и личних рачуна и сефова власника.

3. Упоредно право

Изрази «одузимање» (енг. *forfeiture*) или «конфискација» (енг. *confiscation*) односе се на одлуке донете од стране судске власти с циљем да се осуђеном лицу трајно ускрати поседовање имовине која је стечена на незаконит начин. За потребе упоредно-правног приказа, изразе заплена, конфискација и одузимање имовине третираћемо као синониме који се односе на специфичну врсту санкције чији је циљ одузимање незаконито стечених прихода.

3.1. Италија

У Италији је конфискација регулисана чл.240 Кривичног закона. Држава, у вези са осудом, може или мора, (према индивидуалном случају) одузети имовину осуђених особа, ако је иста коришћења у извршењу злочина, или ако представља **профит** стечен криминалом.⁶⁵³ Конфискација се наређује кроз кривичну процедуру на основу доказа изведених у кривичном поступку. Чл.416 Кривичног закона (укључен у кривични закон као закон бр.726 из 1982 – тзв. «Rognoni – La Torre» закон) предвиђа да удруживање у намери да се изврши кривично дело⁶⁵⁴ представља повреду закона и садржи специфична правила о конфискацији добара (имовине) која су власништво организованих криминалних удружења.

Особе осуђене због припадања организацији типа «мафија» увек ће бити подвргнуте конфискацији предмета коришћених или намењених за извршење кривичних дела, као и предмета који представљају цену, производ **или профит од таквих кривичних дела** или предмета и имовине проистекле из њих.

Законским декретом број 306 из 1992.г. (чл. 12 – *sexies*) уведен је посебан облик конфискације («конфискација неоправданих драгоцености»), чије су главне карактеристике:⁶⁵⁵

- примењивост у вези са осудама за посебно тешка криминална понашања
- **делимично укидање терета доказивања**
- веома широка дефиниција заплениве имовине

Закон, у ствари, дозвољава конфискацију све имовине која није пропорционална приходима и економској активности особе која је осуђена, **без обзира да ли се имовина може или не може довести у везу са кривичним делом због кога се у конкретном случају води поступак.**

⁶⁵³ Criminalite Organisee – *des representations sociales aux definitions juridiques, sous la direction de Maria Luisa Cesoni*, Paris – Bruxelles-Geneve, 2004, стр.592.

⁶⁵⁴ Удруживање типа «мафија»

⁶⁵⁵ S.Adamoli, A. Di Nicola, E. Savona, P. Zolti, *Organized Crime – Around the World*, Helsinki, 1998, стр.146.

У случајевима да се донесе пресуда за таква (тешка) кривична дела, попут удруживања мафијашког типа, изнуде, киднаповања у сврхе изнуде, прикривања и примања украдене имовине, зеленашења, прања новца итд., **новац, роба или имовина чије се законито порекло не може оправдати (доказати) конфисковаће** се од окривљеног, било да је он њихов власник или су му на располагању у неком другом облику, а иста нису у сразмери са приходима које остварује и који су пријављени у његовој пореској пријави, односно економској активности коју обавља.

Италијански законодавни систем примењује још један специјални (посебан) облик конфискације, предвиђен члановима 2 bis и 2 ter закона бр.575 из 1965, који је накнадно измењен законима бр.646 из 1982 и 55 из 1990.⁶⁵⁶ У случају мафијашких злочина и злочина повезаних са дрогом, специјална административна процедура (регулисана законом и контролисана од стране суда) може бити примењена у заплени и конфискацији имовине илегално стечене вршењем ових инкриминација. У посебним околностима, **заплена** (као сигурносна мера) је **дозвољена за имовину** у оквиру специјалне административне процедуре, **ако је иста диспропорционална у односу на пријаву пореза на доходак и легалне активности особе о којој је реч**. На крају, **наредба за конфискацију се издаје ако таква особа не докаже да је спорну имовину стекла на легалан начин**.

3.2. Немачка

С обзиром да су се класичне санкције показале као неадекватне и недорасле изазову организованог криминалитета, немачко кривично законодавство је *Законом о борби против незаконите трговине наркотицима и другим облицима организованог криминала* (енг. *Act to Combat Illegal Narcotics trafficking and Other Forms of Organized Crime*, 1992) предвидело две нове мере чија је интенција одузимање незаконито оствареног профита, и то:

1. «имовинску казну» (нем. Vermogensstrafe), и
2. « проширено одузимање имовинске користи» (нем. Erweiterter Verfall).

1.Имовинска казна представља новину у систему санкција немачког кривичног законодавства.⁶⁵⁷ Њена особеност је да не може бити изречена самостално, већ се примењује уз казну затвора од најмање две године, изречену за кривична дела која су у вези са организованим криминалитетом, попут фалсификовања новца, трговине људима, тешке крађе, незаконитог коцкања, нарко-деликата и сл. Примена имовинске казне могућа је и у случају када је учинилац професионални деликвент или је кривично дело учињено у саставу организоване групе.

⁶⁵⁶ S.Adamoli, A. Di Nicola, E. Savona, P. Zolti, *Organized Crime – Around the World*, Helsinki,1998, стр.147.

⁶⁵⁷ E.Kube, J.M. Jehle, : *The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime*, Germany.- U: *International Review of Penal Law*, no 3-4,1997,p.581.

Реч је о специфичној санкцији која се разликује од новчане казне по томе што се не прописује и не изриче према моделу дневних прихода, а лимитирана је искључиво вредношћу целокупне имовине учиниоца, чију висину процењује суд. При томе њен износ мора бити пропорционалан и степену кривице учиниоца. У случају да учинилац није у могућности да плати имовинску казну, за разлику од новчане казне код које суд одређује замену затвором по систему дневних прихода, иста се замењује казном затвора без јасно постављеног критеријума по коме се врши.⁶⁵⁸ У почетку је у пракси постојала извесна забринутост у вези примене ове казне, која је отклоњена рестриктивним тумачењем од стране Савезног суда (нем. *Bunde-sgerichtshof*), којим је истакнуто да имовинска казна не представља одузимање имовине учиниоца независно од његове кривице, већ да на њу треба гледати као саставни део «пакета» санкција изречених сразмерно кривици.⁶⁵⁹

2. Одузимање имовинске користи у немачком законодавству могуће је учинити ако постоје докази да је реч о добити која је стечена кривичним делом. С обзиром да је често у пракси такве доказе тешко пронаћи, законодавац је предвидео једноставнији начин њене примене, путем института **проширеног одузимања имовинске користи** – чл. 73d StGB (Кривични законик Немачке). **Тако ће суд одредити њено одузимање и у случају да не постоје докази о незаконитом деловању учиниоца, ако се према конкретним околностима може претпоставити да се ради о добити (имовини) стеченој извршењем кривичног дела или у вези са њим.**

Ово одузимање може се одредити само у случајевима предвиђеним законом, тј. ако се ради о професионалном учиниоцу или кривичном делу које је извршено у саставу организоване групе, односно за које се може изрећи имовинска казна. *Kube u Jehle*⁶⁶⁰ истичу став Савезног суда према коме се ова мера може изрећи само у погледу имовине за коју суд процени да је незаконитог порекла. Ако пак, с обзиром на расположиве доказе, постоји само теоријска могућност да учиниочева имовина потиче од незаконитих радњи, суд не може изрећи проширено одузимање имовинске користи.

⁶⁵⁸ E.Kube, J.M. Jehle : The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Germany.- U: *International Review of Penal Law*, no 3-4,1997,p.581.

⁶⁵⁹ Ibid., стр.582.

⁶⁶⁰ E.Kube, J.M. Jehle, : The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Germany.- U: *International Review of Penal Law*, no 3-4,1997,p.583.

3.3. Швајцарска

Члан 59, Поглавље 3 Кривичног законика Швајцарске наводи следеће:

«Судија ће изрећи конфискацију свих средстава над којима нека криминална организација остварује право располагања. Средства која припадају неком лицу које је учествовало или пружило помоћ некој криминалној организацији (члан 260 *ter* Кривичног законика) сматрају се, **док се не докаже супротно**,⁶⁶¹ средствима над којима та организација остварује право располагања.»⁶⁶²

Циљ овог члана није само да се конфискује имовина коју су криминалне организације стекле незаконитим активностима, већ и да се оне лише те имовине и тиме спречи вршење нових кривичних дела. Ова одредба такође има за циљ да подржи кривично-правне норме које се односе на прање новца (које, између осталог, спречавају да конфискација буде онемогућена) и олакша поступке узајамне међународне помоћи.

Поменута одредба члана 59 уноси новину у вези с дотад важећим правом, које је омогућавало искључиво одузимање имовине стечене вршењем неког специфичног кривичног дела. Пошто је такав доказ било тешко прибавити када је реч о криминалним организацијама, с обзиром на сложеност њихових структура, према мишљењу Савезне скупштине «предложено решење подразумева, у суштини, **омогућавање конфискације имовине а да притом није неопходно утврдити од ког(јих) кривичног(их) дела она потиче**. Проста чињеница да је та имовина представљала средства над којим је нека криминална организација имала право располагања оправдава њену конфискацију.»⁶⁶³

У овом случају конфискација се сматра безбедносном мером, чији доминантно репресивни карактер оправдава забрану ретроактивног дејства. Квалификација да је реч о безбедносној мери може бити продискутована у вези прекидања проналажења, до тада, неопходне везе између заплећене имовине и специфичног кривичног дела. **У ствари, имовина над којом нека криминална организација заиста остварује право располагања може потицати и од активности које су потпуно законите**. У том случају, и осим под условом да је та имовина резултат кривичног дела које је извршила сама криминална организација, мера конфискације, чији је репресиван карактер неспоран, имала би доминантно превентивни карактер, што би даље постигло да се онемогући развој те организације и разграђивање њених криминалних активности.⁶⁶⁴

⁶⁶¹ Дакле и у Швајцарском кривичном законодавству предвиђен је обрнут терет доказивања, тј. тужилац не мора да доказује да имовина потиче из кривичног дела већ осумњичени треба да докаже да је имовину стекао на леглан начин

⁶⁶² Criminalite Organisee – *des representations sociales aux definitions juridiques, sous la direction de M. L. Cesoni*, Paris – Bruxelles-Geneve, 2004, стр.295.

⁶⁶³ Ibid., стр.296.

⁶⁶⁴ Criminalite Organisee – *des representations sociales aux definitions juridiques, sous la direction de M. L. Cesoni*, Paris – Bruxelles-Geneve, 2004, стр.297.

3.4. Сједињене Америчке Државе

Акције у погледу конфискације незаконито стечене имовине у законодавству САД могу бити реализоване у поступцима који се воде у вези са илегалном трговином наркотицима, RICO законом и прањем новца.⁶⁶⁵ Да би се повећала ефективност механизма конфискације, амерички Конгрес је прихватио бројне измене у *Закону о обухватној конфискацији* (*Comprehensive Forfeiture Act – CFA*) из 1984.године, који дозвољава држави да «досегне» (обезбеди) имовину подложну одузимању још у току трајања поступка и да прошири домет форфетирања, односно одузимања имовине која је у вези са криминалном делатношћу.

Кључна промена која је уведена *CFA* актом била је прихватање одредби «*relation back*»-а, које омогућавају да се сва права, титуле и интереси подложни конфискацији додељују држави (САД), одмах након извршења дела из којег произилази само одузимање, односно губљење права над имовином. «*Relation back*» доктрина значи да држава постаје титулар права својине на имовини која је инволвирана у криминалне радње, и то од самог тренутка извршења злочина, тако да извршиоци кривичних дела не могу да је пренесу на неког другог, осим «... *bona fide* купцу за вредност која је у време куповине била разумна, и као таква није могла изазвати сумњу на страни купца да је својина предмет конфискације.»⁶⁶⁶

Да би повећали ефикасност конфискације имовине, *CFA* предвиђа право државе да тражи издавање наредбе о замрзавању својине која је циљ пленидбе и пре изрицања пресуде, не би ли се спречило њено расипање или трансфер изван јурisdикције суда.

При томе држава мора да покаже «знатну вероватноћу»⁶⁶⁷ да ће она однети превагу на суђењу, да би суд донео наредбу о замрзавању имовине. Држава може и *ex parte* тражити привремено решење о замрзавању и пре него што поднесе оптужбу, ако може да докаже да би сазнање власника имовине о подигнутој оптужници довело у опасност могућност да се имовина конфискује. Друга важна промена коју је увео *CFA* омогућава држави да конфискује резервну «активу» оптуженог, ако се својини која је производ злочина не може ући у траг због радњи или пропуста оптуженог. Држава при томе мора показати да она не може лоцирати имовину јер је иста: 1) нелоцирана и поред дужне марљивости; 2) пренета или продата, или уложена код трећег лица; 3) знатно умањена у вредности; 4) спојена са другом својином која не може бити подељена без потешкоћа.⁶⁶⁸

⁶⁶⁵ S.Adamoli, A. Di Nicola, E. Savona, P. Zolti,.: *Organized Crime – Around the World*, Helsinki,1998, стр.142-143..

⁶⁶⁶ P.Henning .: Individual Liability for Conduct by Criminal Organizations in The United States.- U: *International Review of Penal Law*, бр.3-4,1997,стр.768.

⁶⁶⁷ Д.Маринковић, *Конфискација незаконито стечене имовине у борби против организованог криминалитета*,Ревизија за криминологију и кривично право бр.1, Београд 2006.г.,стр.206.

⁶⁶⁸ P.Henning : Individual Liability for Conduct by Criminal Organizations in The United States.- U: *International Review of Penal Law*, бр.3-4,1997,стр.769.

Поред конфискације имовине која је део кривичног поступка, конфискација се може спровести и у грађанском поступку. Грађанска конфискација има знатну процедуралну предност за државу, првенствено из разлога што докази који поткрепљују тужбу у овом случају по стандарду могу бити нижи од основане сумње, која је потребна за покретање кривичног поступка.⁶⁶⁹ По процедуралним правилима која важе за грађанску конфискацију, држава треба само да **идентификује имовину која је предмет заплене и њену везу са основним кривичним делом**. Карактер акције је *in rem*, тј. она је усмерена према предметима, стварима и другој имовини, а не против конкретних лица (*ad personam*), која су присутна у кривичном поступку. У грађанској процедури на страни државе не стоји обавеза информисања власника о намери конфискације имовине, и он не може поднети приговор све док држава не изврши конфискацију.

За грађанске пленидбе (форфетирање) држава само **треба да прикаже постојање «вероватног узрока»** (енг. *probable cause*) **да се порекло ствари, предмета и друге имовине може пратити до одређеног криминалног акта.**⁶⁷⁰ Када је конфискација, односно форфетирање спроведено, **на потражиоцу**, тј. носиоцу права, **остаје да докаже како заплењена имовина не може да се доведе у везу са извршењем кривичног дела**. Заједно са нижом границом потребних доказа, држава може да употреби законе о одузимању имовине да би преузела контролу над активом пре него што она буде уситњена, пренета или изнета ван земље, и потом чекати да би се видело да ли неко потражује спорну имовину.⁶⁷¹

Амерички Конгрес је 1978.године донео *Закон о контролисаним супстанцама* (*Controlled Substance Act*) који предвиђа да сва имовина стечена од илегалне трговине дрогом припада Влади САД и предмет је цивилне заплене. Овај закон проширен је 1984.године, којом приликом је додата могућност заплене свих некретнина (предмета, ствари, објеката) коришћених у реализацији прекршаја везаних за наркотику.⁶⁷²

⁶⁶⁹ Материјал презентован на *International Law Enforcement Academy* у Будимпешти, у организацији америчког ФБИ, фебруар 2004.г.

⁶⁷⁰ Према *Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* код **трајног одузимања имовине** тражи се нижи ниво доказа, тј. тужилац само треба да докаже да постоји **очигледна несразмера између имовине и законитих прихода** (чл.28 ст.2), док у америчком праву тужилац мора да докаже **постојање «вероватног узрока»** да се порекло имовине може пратити до одређеног **криминалног акта**.

⁶⁷¹ P.Henning : Individual Liability for Conduct by Criminal Organizations in The United States.- U: *International Review of Penal Law*, бр.3-4,1997,стр.770.

⁶⁷² S.Adamoli, A. Di Nicola, E. Savona, P. Zolti, .: *Organized Crime – Around the World*, Helsinki,1998, стр.144.

3.5. Колумбија

У циљу сузбијања криминала везаног за дрогу, Колумбија је основала Агенцију за управљање имовином, познату као *Direccion Nacional de Estupefacientes (DNE)*. *DNE* је формирана у оквиру Министарства унутрашњих послова и у њене надлежности спадају: управљање, привремено коришћење имовине и продаја такве имовине, након доношења правоснажних пресуда. Иако је важно имати централну јединицу која је одговорна за управљање имовином, појавили су се нови изазови, јер је од априла 2008.г. Агенција имала преко осам хиљада случајева управљања имовином, од возила и одмаралишта, до сложених финансијских инвестиција. Ово је постало изазов јер *DNE* нема, стручно знање за управљање овом имовином, па је због тога решење лежало у механизму за продају имовине.

Механизми за располагање имовином и одузимање исте су:

- 1) одузимање имовине након осуде окривљеног
- 2) грађанска парница за накнаду штете
- 3) независна грађанска парница за штету насталу кривичним делом које почини влада
- 4) **одузимање имовине без осуде (NCB).**

Иако 4 горе наведена механизма налажу да је оптуженом пресуђено или у грађанском или у кривичном поступку, међу њима постоје значајне разлике. Одузимање имовинске користи у кривичном поступку захтева већи стандард доказног материјала, тј. доказа изван сваке сумње, а терет доказивања је у потпуности на тужилаштву. Грађанска парница и независна грађанска парница за штету насталу кривичним делом, с друге стране, захтевају само степен вероватноће и терет доказивања се пребацује са тужиоца на туженог.

Одузимање имовине без осуде, *Accion de Extincion de Domino*, јасно одступа од поменутог, будући да је то поступак против имовине, а не против власника те имовине, тј. имовина је у поступку. То је грађанска парница коју може покренути тужилац или *DNE*, без обзира да ли се води кривични поступак, која се односи на:

- 1) имовину која је директно или индиректно повезана са кривичним делом
- 2) средства извршења кривичног дела
- 3) имовину непознатог порекла

У случају колумбијског модела одузимања имовине без осуде, влада мора да докаже суду да је упорно покушавала да докаже законито порекло имовине, али није успела да пронађе доказе у том смислу. Терет доказивања се онда преноси на одбрану, која за узврат мора да докаже законитост порекла имовине. Ако одбрана није у стању то да уради, имовина се одузима у корист државе.

3.6. Црна Гора

3.6.1. Привремено одузимање имовине

У чл. 90 ст.1 ЗКП Црне Горе прописана је могућност привременог одузимања имовине у случају кад се води поступак за кривично дело за које је *Кривичним закоником* прописана могућност **проширеног** одузимања имовине. Имовином која је незаконита, проистеклом из кривичног дела, сматра се имовина осуђеног, његовог правног следбеника или лица на које је осуђени пренео имовину ако не може да докаже законитост њеног порекла а постоје основи сумње да је та имовина прибављена незаконито. У том случају суд може на предлог државног тужиоца одредити **привремено** одузимање имовине. Према мишљењу проф.др. Милана Шкулића добро је што је законодавац одговарајућом формулацијом "спорну" имовину означио као "потенцијално незакониту", а не "потенцијално криминалну".⁶⁷³

У чл.90.ст.2 ЗКП предвиђа се покретање финансијске истраге против осумњиченог, односно окривљеног за кривично дело из става 1 овог члана, његовог правног следбеника или лица на које је осумњичени, односно окривљени пренео одређену имовину. Финансијска истрага првенствено је усмерена на прикупљање доказа о приходима и имовини лица против кога се таква истрага води. Сврха финансијске истраге јесте да се провери законитост порекла имовине из члана 90 став 1, а не њено "криминално порекло".⁶⁷⁴

У финансијској истрази прикупљају се:

- 1) докази о **имовини** осумњиченог односно окривљеног, његовог правног следбеника или лица коме је окривљени пренео имовину у *времену прописаном Кривичним закоником*
- 2) докази о **приходима** осумњиченог односно окривљеног, његовог правног следбеника или лица коме је окривљени пренео имовину у *времену прописаном Кривичним закоником*

Имовина и приходи у финансијској истрази изразиће се у новчану вредност, па ако је вредност имовине већа од величине прихода, тј. ако постоји релевантни вредносни дебаланс, онда би осумњичени односно окривљени, његов правни следбени или лице коме је окривљени пренео имовину, имали дужност да у смислу чл.93.ст.3 ЗКП докажу законито порекло своје имовине (на њима је *onus probandi*, тј. терет доказивања да је имовина стечена законито, и они би у том смислу сносили тз. ризик недоказаности).

⁶⁷³ М. Шкулић, *Мере имобилизације добара замрзавање - привремено и трајно одузимање имовине чије законито порекло није доказано*, Одговорност правних лица за кривична дела и повраћај добара, Колашин, октобар 2009. године, стр.51.

⁶⁷⁴ М. Шкулић, *Мере имобилизације добара замрзавање - привремено и трајно одузимање имовине чије законито порекло није доказано*, Одговорност правних лица за кривична дела и повраћај добара, Колашин, октобар 2009. године, стр.52.

Ипак осумњиченом односно окривљеном олакшан је терет доказивања јер је предвиђено да ако не може да докаже законитост порекла имовине осумњичени односно окривљени треба бар да "учини вероватним" да је имовина стечена на законит начин (чл.93. ст.3 ЗКП Црне Горе).

Тиме што ЗКП упућује на правила Кривичног законика у вези са дефинисањем кривичних дела код којих је, када су она предмет кривичног поступка,могуће **проширено** одузимање имовине од осуђеног, избегава се ретроактивна примена тих норми, јер ће и овде важити забрана повратног дејства норми кривичног материјалног права (осим када се ради о примени блажег закона, што овде, свакако, није случај).

Суштински део захтева државног тужиоца за привремено одузимање предмета и имовинске користи за које постоји сумња да су незаконито стечени, чине образложење:

- 1) разлога за сумњу да су предмети, имовинска корист односно имовина незаконито стечени, и
- 2) разлога за вероватноћу да ће до краја кривичног поступка бити знатно отежано или онемогућено одузимање предмета, имовинске користи или имовине

О захтеву тужиоца за **привремено** одузимање предмета, имовинске користи или имовине одлучује истражни судија решењем, а о жалби на решење одлучује веће из чл. 27.ст.7. За извршење мере привременог одузимања предмета или имовинске користи, надлежан је суд који и иначе има надлежност у извршном поступку. Привремено одузимање предмета, имовинске користи или имовине најдуже може трајати док веће из чл.24.ст.7 не реши о захтеву тужиоца за трајно одузимање имовине.

3.6.2. Трајно одузимање имовине

У чл. 486.ст.1 ЗКП предвиђено је да **након правоснажности пресуде којом се окривљени оглашава кривим**⁶⁷⁵ за кривично дело за које кривични законик прописује могућност **проширеног одузимања имовине од осуђеног**, његовог правног следбеника или лица на које је осуђени пренео имовину, који не може да докаже законитост њеног порекла, државни тужилац најкасније у року од једне године, подноси захтев за трајно одузимање имовине осуђеног, његовог правног следбеника или лица на које је осуђени пренео имовину за коју нема доказа о законитости њеног порекла.

⁶⁷⁵ Дакле, према Црногорском ЗКП-у захтев тужилаштва за трајно одузимање имовине могуће је поднети тек након доношења правоснажне осуђујуће пресуде, док се према *Закону о одузимању имовине* *проистекле из кривичног дела* захтев тужилаштва за трајно одузимање имовине може поднети одмах након ступања на правну снагу.

Захтев за трајно одузимање имовине садржи:

- 1) податке о субјективном усмерењу захтева - тј. податке о лицу у односу на које је захтев усмерен, а то лице може бити у процесном статусу осуђеног, или правни следбеник осуђеног, односно лице на које је осуђени пренео имовину
- 2) податке о објективном усмерењу захтева - означавање имовине коју треба одузети
- 3) податке о утемељености захтева, што се односи на доказе о имовини коју осуђени, његов правни следбеник, односно лице на које је имовина пренесена поседује и о њиховим законитим приходима, као и околности које указују на очигледну несразмеру између укупне имовине и законитих прихода осуђеног, његовог правног следбеника, односно лица на које је осуђени пренео имовину.

Седница већа окончава се доношењем решења о трајном одузимању имовине или пак о одбијању тужиоачевог захтева за њено одузимање, у зависности од резултата доказног поступка, тј. у зависности да ли ће осуђени, његов правни следбеник или лице на које је осуђени пренео имовину веродостојним исправама, односно у недостатку веродостојних исправа **на други начин**⁶⁷⁶ **доказати законитост порекла имовине.**

Веће може и само делимично одбити тужиоачев захтев(чл.487 ст.4 ЗКП) ако је лице против кога се води поступак за трајно одузимање имовине доказало њену законитост "у једном делу". Оцене већа о (не)успешности доказивања законитости порекла имовине која је предмет поступка, односно на коју се односи захтев из чл. 486 Законика (захтев за трајно одузимање имовине), темељи се на начелу слободне оцене доказа и слободном судијском уверењу.

Кривични законик Црне Горе у чл. 113. ст. 2 - 4 полази од тога да је оправдано, када су у питању одређена кривична дела, одузети имовину и за коју није доказано да је прибављена кривичним делом, али само уколико су испуњени одређени услови који, у ствари, ту имовину везују за криминалну делатност учиниоца. То значи да се пошло од једног умереног и избалансираног приступа код законског регулисања проширеног одузимањ имовинске користи. Као узор за такво решење послужила су решења у кривичним законцима Аустрије и Немачке, као и у Оквирној одлуци Савета Европске Уније од 24 фебруара 2005. године (2005/212/ЈНА) која регулише питање одузимања имовине и средстава у вези са учињеним кривичним делом.

⁶⁷⁶ Према чл.93.ст.3 ЗКП Црне Горе, код привременог одузимања имовине, осумњиченом односно окривљеном олакшан је терет доказивања јер је предвиђено да ако не може да докаже законитост порекла имовине осумњичени односно окривљени треба бар да **"учини вероватним"** да је **имовина стечена на законит начин.** Код трајног одузимања имовине из чл.487.ст.3 ЗКП не оставља се могућност да осуђени учини вероватним да је имовину стекао на законит начин **већ веродостојним исправама или на други начин мора да докаже законитост порекла имовине.** Из овога произилази да је на осуђеном већи терет доказивања када је у питању трајно одузимање имовине него на осумњиченом односно окривљеном када је у питању привремено одузимање имовине, што нема правно утемељење.

У чл. 113.ст.2 КЗ Црне Горе предвиђено је да се од учиниоца кривичног дела може одузети и она имовинска корист за коју постоји *основана сумња* да је стечена криминалном делатношћу (поменута одлука ЕУ код проширеног одузимања имовинске користи чак говори о томе да је потребно да је суд "у потпуности уверен" да је имовина у питању проистекла из криминалне делатности осуђеног лица)⁶⁷⁷, осим ако учинилац не учини веоватним да је њено порекло законито.

За разлику од имовине стечене кривичним делом где је њено одузимање обавезно, код проширеног одузимања ради се о могућности, тј. оно је факултативног карактера. Осим тога, захтева се и одређена временска повезаност између кривичног дела за које је учинилац осуђен и криминалне делатности којом је стечена имовинска корист у односу на коју се примењује проширено одузимање. Имовинска корист одузеће се уколико је стечена у периоду пре и/или после извршеног кривичног дела до правоснажне пресуде за то дело, када суд утврди да временски контекст у којем је стечена имовинска корист и друге околности конкретног случају оправдавају одузимање имовинске користи (чл.113 ст.4 КЗ).

Ови услови везују се за правоснажну осуду за одређена кривична дела. Наиме, само ако је учинилац **осуђен** за одређена кривична дела, пре свега она из области организованог криминалитета и корупције, може доћи до проширеног одузимања имовинске користи (чл.113.ст.3 КЗ). Пошто сам институт и материјално-правне услове за његову примену треба прописати кривичним законодавством, а ЗКП-ом само поступак за његову примену, у случају евентуалне колизије у погледу услова за примену проширеног одузимања имовине, предност треба дати КЗ-у.⁶⁷⁸

Услови за проширно одузимање имовинске користи који произилазе из одредаба чл. 113 ст. 2 до 4 КЗ (који морају бити кумулативно остварени) јесу:

1) да је учинилац *правоснажно осуђен* за неко од кривичних дела наведених у члану 113 ст.2 КЗ.

2) да постоји *основана сумња* да је имовинска корист стечена *криминалном делатношћу*.

Код овог услова кључне су две ствари: како схватити појам основане сумње и појам криминалне делатности. У погледу основане сумње ради се о појму који је добро познат у кривичном процесном праву и треба га схватити на исти начин.⁶⁷⁹

⁶⁷⁷ *Official Journal of the European Union, L 68/51* од 15.03.2005, цитирано према З.Стојановић, *Коментар кривичног законика Црне Горе*, Подгорица 2010.г., стр.275.

⁶⁷⁸ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика Црне Горе*, Подгорица 2010.г., стр.275.

⁶⁷⁹ У правној литератури сматра се да **основи сумње** постоје ако је могућност да је окривљени извршио кривично дело, која се заснива на одређеним чињеницама и околностима, **мања** од могућности да он то није учинио. Уколико је та могућност **једнака**, постојала би **основана сумња**, а уколико би чињенице и околности само наговештавале, **наслућивале** или указивале на неверицу, радило би се о **обичној сумњи**.⁶⁷⁹ Уколико је могућност да је окривљени извршио кривично дело **већа** од могућности да он то није учинио, постојала би **вероватноћа**. Ђ. Лазин, *In dubio pro reo*, Научна књига, Београд, 1985.г. стр.27.

Када је у питању криминална делатност овај појам треба схватити шире него учињено кривично дело. Довољно је да постоји основана сумња која указује на то да је учинилац предузимао понашања која су у закону инкримисана, тј. предвиђена као кривично дело.⁶⁸⁰ Није потребно прецизно утврђивање елемената одређеног кривичног дела, као и утврђивање конкретних околности под којима су та дела учињена. Није потребно ни то да је та криминална делатност повезана са кривичним делом за које је учинилац правоснажно осуђен, мада је то могуће.

3) да *временски контекст* и друге околности оправдавају одузимање имовинске користи. Могло би бити спорно шта значи временски контекст. Временски контекст треба да постоји између стечене имовинске користи и криминалне делатности у смислу да указује да је корист стечена за време, односно после вршења криминалне делатности. У вези са тим поставља се питање какав значај има застарелост. С обзиром да се ради о непрецизном појму "криминална делатност" коју је законодавац свесно употребио (користи га и поменута оквирна одлука Савета Европске Уније од 24.02.2005. године, 2005/212/ЈНА), није потребно утврђивати тачно време када су поједине криминалне активности предузете, тако да се питање застарелости углавном неће ни поставити. Међутим, шта ако учинилац инсистира на томе и пружи доказе да је криминална делатност предузимана у време када су протекли рокови за кривично гоњење. Тешко би било бранити став да и у овом случају криминална делатност коју чине кривична дела чије је гоњење застарело може бити основ за проширено одузимање имовинске користи.⁶⁸¹

Од преношења стечене имовинске користи на другога, треба разликовати стицање имовинске користи за другога (чл.113 ст.6 КЗ). У том случају имовинска корист се безусловно одузима као и у случају када је учинилац стекао имовинску корист за себе. Прибављање имовинске користи у овом смислу, свакако, обухвата и прибављање имовинске користи за правно лице, ако је кривичним делом прибављена имовинска корист за било које физичко или правно лице, та ће се корист одузети од тог лица.

⁶⁸⁰ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика Црне Горе*, Подгорица 2010.г., стр.276.

⁶⁸¹ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика Црне Горе*, Подгорица 2010.г., стр.276.

4. Пракса европског суда за људска права

Претпоставка невиности заузима значајно место у оквиру права на правично суђење. Њено постојање подразумева да терет доказивања пада на оптужбу, што значи да је тужилац дужан да пружи довољно доказа на којима ће бити заснована осуђујућа пресуда.⁶⁸² С тим у вези може се поставити питање увођења законских претпоставки које терет доказивања пребацују на лице против којег се води поступак.

Суд је сматрао да постојање чињеничних и правних претпоставки није у супротности није у супротности са Европском конвенцијом о људским правима, односно са претпоставком невиности садржаном у члану 6 став 2 ЕКЉП. У пресуди *Salabiaki против Француске*⁶⁸³ суд ј заузео став да Конвенција у начелу не забрањује правне или чињеничне претпоставке, али обавезује државе уговорнице да у области кривичног права не пређу одређени праг; тачније, да поменуте претпоставке поставе унутар разумних ограничења, водећи рачуна о озбиљности улога и очувању права на одбрану.

У предмету *Phillips против Уједињеног Краљевства*⁶⁸⁴ истоимено лице оглашено је кривим за уношење велике количине канабиса у Енглеску и изречена му је казна затвора у трајању од девет година. На основу Закона о трговини опојним дрогама (Drug Trafficking Act) из 1994.године, истовремено са кривичним поступком покренута је и истрага о имовини коју оптужени поседује. По окончању истраге утврђено је да је оптужени стекао имовинску корист од трговине опојним дрогама и да вредност његових добара износи 117.838,27 британских фунти.

Након што је оптуженог огласио кривим, крунски суд је приликом изрицања казне донео и наредбу о конфискацији којом је обавезао оптуженог да плати износ од 91.400,00 британских фунти, з претњу затворском казном од две године ако то не учини. Суд се приликом утврђивања поменутог износа руководио законском претпоставком да је сва имовина коју оптужени у тренутку осуде поседује или ју је стекао у периоду од шест година пре покретања кривичног поступка у вези са трговином опојним дрогама. Оптужени је имао прилику да доказује нетачност ове законске претпоставке, односно да њена примена у себи носи ризик неправде. То је требало да учини у складу са доказним стандардом који важи у парничном поступку, дакле, у складу са равнотежом вероватноћа.

Европски суд за људска права истакао је да примена спорне законске претпоставке није имала за циљ осуду оптуженог за кривично дело, већ је требала да омогући надлежном националном суду да утврди висину износа који ће бити предмет конфискације. Та оцена је дата у судском поступку на јавном претресу на коме су странке имале прилику да изнесу своје аргументе.

⁶⁸² *Barbera, Messeque u Jabardo против Шпаније*, пресуда од 6. децембра 1988.г., Серија А по 166, став 77

⁶⁸³ Пресуда од 7 октобра 1988 г., Серије А, по 141-А, став 28

⁶⁸⁴ Пресуда од 5 јула 2001 године

Основна гаранција била је сдржана у чињеници да је оптужени имао могућност да побија спорну законску претпоставку, с тим да је било довољно да покаже, у складу са критеријумом равнотеже вероватноћа, да је имовину стекао на други начин, а не трговином опојним дрогама. Штавише, судија је располагао дискреционим овлашћењем да не примену наведену правну претпоставку ако сматра да њена примена садржи ризик озбиљне неправде. На основу тога Суд је закључио да није било повреде члана 6 ЕКЉП.

Дакле, у случају *Phillips* Суд је одбацио поверду принципа „претпоставке невиности“, коју предвиђа чл.6 ст.2 Конвенције. Суд је у овом случају указао на своју праксу, у смислу да право на претпоставку невиности није апсолутно, будући да чињеничне или правне претпоставке функционишу у сваком кривично-правном систему и у принципу нису забрањене.

Потврду мишљења изражених у случају *Phillips*, можемо наћи у још једном случају трговине дрогом када је наложено одузимање новца на основу Закона из 1994.године у случају *Van Offeren против Холандије*.⁶⁸⁵

У предмету *Van Offeren против Холандије*, релевантни домаћи пропис је нађен у чл.36е Кривичног закона Холандије, којим је предвиђено да суд одлуком може утврдити да свако лице осуђено за кривично дело плати новчану суму у циљу одузимања било које незаконито стечене добити.

Суд је у предмету *Van Offeren* поновио да би дошло до кршења презумпције невиности уколико би одлука која се односи на оптуженог за кривично дело одражавала мишљење о њиховој кривици пре него што се иста докаже.⁶⁸⁶

Штавише, суд је навео да примена члана 6 став 2 Конвенције није ограничена на кривичне поступке који предстоје те да се исти такође примењује на судске одлуке након ослобађајуће пресуде. Ипак, једном када је окривљеном доказана кривица, чл. 6 став 2 Конвенције не би имао примену у односу на оптужбе против окривљеног као део поступка утврђивања казне, осим уколико су такве природе и тежине да би чиниле нову оптужницу.

У односу на класификацију поступка према домаћем законодавству, Суд је навео да је одузимање незаконито стечене добити одвојено од главног кривичног поступка. Сврха поступка одузимања није осуда или ослобађање од кривице, већ је више у смислу процене да ли имовина за коју је доказано да је у његовом поседу потиче од кривичних дела везаних за наркотику и уколико је тако, да се утврди износ налога за одузимање. Под овим околностима Суд је утврдио да се поступак одузимања мора посматрати аналогно у односу на утврђивање износа новчане казне.

⁶⁸⁵ Пресуда од 5 јула 2005.г, бр.19581/04.

⁶⁸⁶ Слично у пресуди *Dewer против Белгије*, пресуда од 27 фебруара 1980.г., серија А бр.35, и *Minelli против Швајцарске*, пресуда од 25.марта 1983.г., серија А, бр.62.

Према налазима Суда, налог за одузимање не захтева подизање било којих нових оптужница у смислу члана 6 став 2 Конвенције (сходном применом, како је претходно наведено, Суд је дошао до истог закључка у предмету *Phillips против Уједињеног Краљевства*).

Европски суд за људска права је ипак дошао до другачијег закључка у предмету *Geerings против Холандије*.⁶⁸⁷ Овај предмет се такође односио на налог за одузимање према чл.36е Кривичног закона Холандије.

Овде је Суд усвојио као параметар за пресуду претпоставку невиности утврђену чланом 6 став 2 Конвенције, мада је њена примена искључена у предметима *Phillips* и *Van Offeren*. Чини се да је оваква *нова интерпретација* одређена посебним околностима предмета, а не различитом евалуацијом апстрактне природе института одузимања.

Одлука је и релевантни знак о очигледној еволуцији одлука Суда. У предмету *Geerings*, неке особине предмета су истека као и у предметима *Phillips* и *Van Offeren*. У ствари, у сва три предмета подносиоц захтева:

- 1) је осуђен за кривична дела везана за наркотике
- 2) је осумњичен да је починио нова кривична дела везана за наркотике
- 3) је поседовао имовину чије порекло није могло да се утврди
- 4) није могао да пружи задовољавајуће алтернативно објашњење о пореклу имовине

Ипак, неке додатне особености разликују предмет *Geerings* од предмета *Phillips* и *Van Offeren*.

Прво, домаћи судија је утврдио да је подносилац притужбе стекао незакониту корист од кривичних дела мада никада није доказано да је био у поседу било које имовине за чије порекло није могао да пружи адекватно објашњење. Другим речима, домаћи суд „ је дошао до овог закључка прихватањем пројекције претпоставки засноване на мешавини чињеница и процена садржаних у полицијском извештају“. Према европском судији, није утврђено изван разумне сумње да је дотично лице заиста починило кривично дело, и уколико се не може утврдити као чињеница да је добит стварно и стечена“ таква мера се може заснивати само на претпоставци кривице. Ово се тешко може сматрати да је у сагласности са чланом 6 став 2 Конвенције.

Друго, за разлику од предмета *Phillips* и *Van Offeren*, налог за одузимање се односи на иста кривична дела за која је подносилац притужбе ослобођен. Стога, процена основаности захтева је навела Суд да испита недостатак доказа о криминалном пореклу добара на која се односи налог з одузимање. У недостатку адекватних доказа мера није могла да иде даље од само сумње. Суд је јасно утврдио примењивост претпоставке невиности на имовинске санкције.

⁶⁸⁷ Пресуда од 1 марта 2007 године, 30810/2003.

На основу овог начела, по налазу Суда, примена правне претпоставке о пореклу добара захтева да судија адекватно оцени разлоге и доказе одбране. Без обзира на околности конкретног случаја, **предмет *Geerings* је јасан знак у заокрету у судској пракси ЕСЈП на тему одузимања.**

Раније је Суд генерално потврђивао домаћу праксу, на претпоставци избалансираности права појединца и општег интереса у делотворној превенцији и репресији у односу на најтежа кривична дела. Међутим, од предмета *Geerings*, европске судије захтевају виши и делотворнији ниво гаранција утврђених Конвенцијом на пољу кривичног материјалног и процесног права. Претпоставка невиности постаје примењива такође и на конфискацију и друге имовинске мере.⁶⁸⁸ Другим речима, у предмету *Geerings*, круцијално питање пуне сагласности свих савремених и делотворних облика конфискације са начелима из Конвенције (претпоставка невиности, законитост и сразмерност санкција, и генерално, правичност суђења) јавља се у свој својој комплексности.

У предмету *Grayson & Barnham против Уједињеног Краљевства*, први подносилац захтева је био осуђен на кривично дело које се односило на увоз хероина велике вредности. При процени износа добити од трговине наркотицима током утврђеног периода (шест година) британски судија, пред којим су изведени сви докази током суђења, уз оне доказе изведене током поступка одузимања, утврдио је да је подносилац захтева био главни учесник у послу и чињеница да је био у могућности да купи тако велику пошиљку указивала је да то није био његов први подухват. Други подносилац захтева је такође описан као водећи организатор у међународној трговини наркотицима.

У току ових поступака права одбране су била обезбеђена заштитним мерама уграђеним у систем. Суд је утврдио да стављање терета доказивања на сваког подносиоца притужбе да пружи веродостојну изјаву о својој тренутној финансијској ситуацији није супротно начелу правичног суђења у кривичном поступку.

У сваком од ова два случаја, након што је утврђено да су подносиоци захтева били укључени у велике и лукративне послове са наркотицима током вишегодишњег периода, Суд је навео да није више неразумно очекивати од њих да објасне шта се десило са свим оним новцем за који је тужилаштво доказало да је био у њиховом поседу. Због тога није неразумно очекивати од подносиоца захтева да докажу легитимност извора своје имовине.

⁶⁸⁸ Г.П. Илић, М. Мајић, Б.Николић, Ђ.Мелило: Коментар закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, стр.38.

5. Криминалистички аспект финансијских истрага

Приликом финансијских истрага, паралелно са прикупљањем информација о учиниоцима и кривичном делу, прикупљају се и информације о стеченом профиту, тј. поседовању одговарајућих добара. Провере се уобичајено врше преко Пореске управе (чиме се добија комплетна слика о поседовању покретне и непокретне имовине на коју се плаћа порез), регистра непокретности тј. Катастра, Управе за спречавање прања новца (подаци о финансијским трансакцијама, отвореним рачунима, стању на тим рачуним и сл.), Царине (подаци о увозу, транзиту и извозу роба), Агенције за приватизацију (подаци о лицима учесницима у приватизацијама у својству купаца и приватизованим добрима), Агенције за привредне регистре (подаци о власницима привредних друштва и залогова на покретним стварима), Јавних предузећа (попут Електродистрибуције, Инфостана, ПТТ-а, Информатике и сл., где се могу добити подаци о физичким лицима обвезницима плаћања ел. енергије, грејања, воде, телефона, интернета, за непокретности које нису укњижене у земљишним књигама), Лучке капетаније (подаци о власницима пловила), Централног регистра за хартије од вредности (власници акција у акционарским друштвима), Берзе (о купцима и продавцима хартија од вредности на берзи), као и у властитим оперативним полицијским евиденцијама или евиденцијама везаним за управне унутрашње послове (евиденције о власницима регистрованих моторних возила).

По завршетку финансијске истраге надлежном тужилаштву подноси се одговарајући извештај. Поред података о кривичном делу и осумњиченом, извештај би требао да садржи и :

- а) податке о прибављеној имовинској користи, укључујући њен облик и вредност
- б) податке о имовини осумњиченог и њему блиских особа, која би требала бити привремено одузета
- в) предлог привремених мера за обезбеђење каснијег одузимања у кривичном поступку

Према *Закону о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* **није предвиђено постојање посебне евиденције у којој би се бележили резултати финансијских истрага**, што представља значајан проблем, јер се знатно отежава праћење и анализа успешности предузетих мера.

Недостатак знања о међународној сарадњи још једна је препрека за финансијске истраге, будући да је незаконито стечена имовина најчешће изван надлежности полиције и тужилаштва, као и да може постојати недостатак знања о потребним процедурама за добијање налога за заплону у другој држави или за извршење налога за заплону друге државе. У склопу међународне сарадње и двострука инкриминација може представљати изазов у смислу координације надлежности државе подносиоца и државе примаоца захтева.

И недостатак споразума који обавезује и државу подносиоца и државу примаоца захтева може омести ефикасност захтева, будући да се у неким правним системима не прихватају захтеви само на основу реципроцитета или је сужен обим примене и активности државе примаоца захтева. И на крају, временски оквир за извршење међународне заплене може бити толико широк да дозволи криминалцу да уклони имовину и из стране јурисдикције и тиме опструира ефикасност предвиђених радњи.

Још један изазов за међународну заплenu имовине је временски рок за добијање коначне пресуде у држави подносиоцу захтева. Док нема коначне пресуде, а сходно томе ни налога за конфискацију, државе обично не дозвољавају репатријацију имовине. Ово представља изазов будући да је држава подносилац приморана да константно корординира активности и напоре између две или више надлежности које могу имати веома различите традиције. Ово омогућава одбрани да тражи примену две различите стратегије - у држави подносиоцу и држави примаоцу захтева, што може додати још један ниво комплексности случају. Један начин да се ово превазиђе је да се са државом примаоцем захтева покуша преговарати за сваки случај засебно да би се омогућила репатријација имовине на привремени (*escrow*) рачун, и тиме добије у времену и смањи притисак и сложеност сталне координације надлежности.

Употреба међународних споразума, као што је *Конвенција УН против корупције (UNCAC)*, коју су ратификовале многе земље још једно је моћно оружје које треба размотрити. И на крају, стварање механизма за периодичне консултације држава чија је међународна сарадња најтраженија је још један начин да се премости јаз између држава и омогући ефикаснија координација. Једном када се добије правоснажна пресуда, држава подносилац мора да потражује конфискацију имовине у држави примаоцу и репатријацију исте. Изазови који се намећу су бројни, почевши од терета доказа које је потребно обезбедити за конфискацију, вредности имовине, до механизма и захтева за државу примаоца захтева код репатријације. Овде се решења обично налазе у сценарију "од случаја до случаја", али земља прималац мора да тражи премештање терета доказивања на одбрану из државе подносиоца. Да би се постигао одговарајући договор за репатријацију имовине морају се тражити и користити транспарентност и јасни канали комуникације.

ШЕСНАЕСТА ГЛАВА

XVI ПРАВО НА ПРИВАТНОСТ ПОРОДИЧНОГ ЖИВОТА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

Ради целине излагања о праву на приватност породичног живота и његовој кривичноправној заштити, поновићемо мањи део излагања којег смо навели приликом анализе права на приватност при сведочењу, а које заједно са новобраћеним питањима која се тичу кривичнопроцесне и кривичноправне заштите права на приватност породичних односа чине једну системску целину.

1. Ослобођење чланова породице, сродника и лица са којима окривљени живи од дужности сведочења, у циљу заштите права на приватност

Као сведоци позивају се лица за која је вероватно да ће моћи да дају обавештења о кривичном делу и учиниоцу и о другим важним околностима. Оштећени, оштећени као тужилац и приватни тужилац могу се испитати као сведоци. Сведок има законску обавезу давања исказа (чл.96 ст.3 ЗКП). Та дужност представља истовремено и одређену моралну обавезу, као део укупног корпуса грађанских дужности. Пошто је у питању законска обавеза, она је праћена и законском могућношћу одговарајућег санкционисања њеног кршења. Ако сведок који је уредно позван не дође а изостанак не оправда, или се без одобрења или оправданог разлога удаљи са места где треба да буде испитан, може се наредити да се принудно доведе, а може се и казнити новчано до 100.000,00 динара (чл. 108 ЗКП). Сведок се може новчано казнити до 100.000,00 динара и уколико су кумулативно испуњена три услова:

- 1) да је сведок дошао у суд, тј. да се одазвао позиву доласком на место на коме треба да буде испитан
- 2) да је сведок упозорен на последице свог одбијања да сведочи
- 3) да је сведок без законског разлога одбио да сведочи

Уколико након првобитног кажњавања сведока он и после тога одбије да сведочи, суд га може још једном казнити истом казном, тј. новчаном казном до 100.000,00 динара. О жалби против решења којим је изречена новчана казна, одлучује ванрасправно веће суда.

Ипак, неке категорија лица су ослобођене од дужности сведочења. Та лица могу да сведоче уколико то желе, дакле ако се својом слободном вољом одреде за давање исказа, али они немају такву обавезу, па самим тим не могу ни сносити уобичајене последице у виду одређеног санкционисања, уколико искористе своје право те одбију да сведоче. Правни основ за ослобођење од дужности сведочења је пре свега сроднички однос одређеног квалитета у односу на окривљеног, или неки правни односно фактички однос с њим, који се своди на одређену блиску везу са окривљеним.

Ratio legis оваквог решења се с једне стране, темељи како на потреби очувања опште хуманости, јер би било нечовечно захтевати од неких лица веома блиских окривљеном (нпр.брачни друг, отац, мајка,деца), да потпуно непристрасно исказују у својству сведока и да тако нпр. терете окривљеног, мада по логици ствари њему не желе никакво зло, док је он с друге стране, утемељен на свести законодавца да би исказ ове категорије лица по правилу био доказно неупотребљив, јер они не би могли да делују довољно непристрасно.⁶⁸⁹

Поред тога, када ова лица не би била ослобођена дужности сведочења, тиме би их законодавац у многим случајевима практично доводио у ситуацију да изврше кривично дело давања лажног исказа иу чл. 335 КЗ, јер они у највећем броју случајева не би могли да дају исказ лишени утицаја свог блиског односа са окривљеним. С обзиром да увек постоји могућност да исказ ових лица ипак буде доказно употребљив и да нека лица имају довољно моралне снаге да се издигну изнад својих личних односа, те да дају реалан исказ, тиме што их ослобађа од обавезе сведочења законодавац не искључује могућност да они ипак могу сведочити, што у потпуности зависи од њихове слободне воље. Другим речима, ова лица могу да сведоче, али то не морају и ако се одлуче да не сведоче, они због тога не могу да сnose никакве последице, што произилази из чињенице да тиме само реализују своје законско право. Наравно, уколико неко од ових лица пристане да сведочи, он тада мора да поштује све опште дужности сведока, те да наравно говори истину и ништа не прећути, а у супротном чини кривично дело давања лажног исказа из чл. 335 КЗ.(чл.102 ЗКП).

Према чл.98 ст.1 ЗКП ослобођени су од дужности сведочења:

- 1.брачни друг окривљеног (*формални основ*) и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници (*фактички основ*)⁶⁹⁰
- 2.сродници окривљеног по крви у правој линији, сродници у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродници по тазбини до другог степена закључно

3. усвојеник и усвојилац окривљеног

⁶⁸⁹ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд 2009.г., стр. 209.

⁶⁹⁰ Осим брачног друга окривљеног, од дужности сведочења је ослобођено и лице са којим окривљени живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници. У питању је веома широка и потенцијално нејасна формулација, која у пракси може довести до одређених нејасноћа и чак до неких фактичких или процесних злоупотреба. Наиме, оваква опасност произилази из чињенице да је ванбрачна заједница, а посебно «каква друга трајна заједница»,фактичког карактера, тако да се не може доказати формалним средствима, као када је у питању брачна заједница, а свако такво доказивање је увек потенцијално тешко, те скопчано и са многобројним доказним тешкоћама. Посебно је нејасан термин каква друга трајна заједница, јер је он у ствари веома широко формулисан, тако да би се могло на пример, разматрати да ли ту спадају «цимери» у студентском дому, или «гастарбајтери» (особе које спадају у тзв. економску емиграцију) а који у циљу уштеде живе заједно док дуже време бораве на раду у иностранству и сл., мада је законодавац по свему судећи под утицајем одређених «лобија», те појединих «бораца за мањинска права» вероватно имао у виду хомосексуалне заједнице као «пара» (ван)брачне заједнице. (Милан Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009.г., стр.211.

Суд који води поступак дужан је да наведена лица пре њиховог испитивања, или чим сазна за њихов однос према окривљеном, упозори да не морају сведочити, а ово упозорење и одговор сведока на њега уноси се у записник. Малолетно лице које, с обзиром на узраст и душевну развијеност, није способно да схвати значај права да не мора сведочити, не може се испитати као сведок, осим ако то сам окривљени захтева.⁶⁹¹

Лице које има основа да ускрати сведочење према једном од окривљених, ослобођено је од дужности сведочења и према осталим окривљеним, ако се његов исказ према природи ствари не може ограничити само на остале окривљене, што представља *questio facti* у сваком конкретном случају.

Ослобођењем од дужности сведочења чланова породице , блиских сродника и других лица са којима окривљени живи , умногоме се штити како право на приватност окривљеног тако и право на приватност наведених лица, јер по природи ствари, ова категорија лица зна највише ствари из приватног живота окривљеног, па би без привилегије⁶⁹² да се уздрже од сведочења, ова лица под претњом законске санкције била у обавези да изнесу све што знају о чињеницама које су у питању, тј. **податке којима би се врло често повредило како право на приватност окривљеног, тако и њихова лична приватност** , будући да се ради о лицима која су у најинтимнијим односу са окривљеним. На пример, ако од дужности сведочења не би било ослобођено лице које са окривљеним живи у ванбрачној заједници, а које је истог пола као и окривљени , самим појављивањем тог лица у суду уколико оно не жели да сведочи, дошло би до повреде права на приватност, како окривљеног тако и лица које сведочи, јер би оно морало да објасни природу свог односа са окривљеним.

⁶⁹¹ Малолетно лице се испитује у складу са чл. 102.ст 4 ЗКП, дакле поклања се посебна пажња заштити малолетних сведока, нарочито ако су у питању оштећени, што се огледа како у дефинисању посебног приступа суда испитивању сведока млађих старосних категорија, тако и стварањем могућности за ангажовање стручњака посебних профила који током испитивања малолетника могу суду пружити специфичну експертску помоћ, те утицати на боље очување психичког интегритета малолетног сведока. Приликом испитивања малолетног лица, нарочито ако је оно оштећено кривичним делом, поступиће се обазриво да испитивање не би штетно утицало на психичко стање малолетника, ако је то потребно, испитивање малолетног лица обавиће се уз помоћ педагога или другог стручног лица.

⁶⁹² Понекад се лица која су ослобођена од дужности сведочења, означавају као «привилеговани сведоци», јер законодавац тим лицима признаје «бенефицију» да не сведоче због одређених односа, нарочито брачних и сродничких између њих и окривљених, који код њих могу изазвати тешке моралне дилеме између дужности казивања и заинтересованости за судбину окривљеног (О.Цвијовић и Д.Поповић, Закон о кривичном поступку са коментаром, објашњењима и упутствима за практичну примену, Привредна штампа, Београд, 1981., стр.193). Објашњени *ratio legis* ослобађана појединих лица од дужности сведочења се може прихватити, али није могуће да се прихвати израз «привилеговани сведоци» јер те категорије лица, уколико се користе својом законском могућношћу несведочења уопште и не постају сведоци, а уколико, супротно томе, ипак одлуче да сведоче, они тада не поседују никакве привилегије, већ имају сва она права и дужности које и иначе поседују други сведоци у кривичном поступку. Уколико би се ипак инсистирало на употреби атрибута «привилеговани», он би се могао односити само на одређена «лица» (поједине категорије особа), која су због свог односа са окривљеним ослобођени дужности сведочења, тако да могу одбити да сведоче без икаквих законских последица које би иначе наступиле, али ако они то своје право не искористе, тада постају сведоци и уз њих се у том случају не може користити атрибут «привилеговани», јер они тада више ни не поседују никакве посебне привилегије. (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009.г., стр.210).

2. Ослобођење дужности сведока од давања одговора на поједина питања у циљу заштите права на приватност

Према чл.100 ЗКП, било који сведок, без обзира на његов однос са окривљеним, ослобођен је од дужности да одговара на поједина питања, уколико су испуњени одређени процесни услови. Сведок није дужан да одговара на поједина питања ако је вероватно да би тиме себе или наведена лица из чл.98.ст.1 ЗКП тј. 1) свог брачног друга и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници, 2) сродника по крви у правој линији, сродника у побочној линији до трећег степена закључно, као и сродника по тазбини до другог степена закључно, и 3) свог усвојеника и усвојица изложио некој од следећих алтернативно формулисаних последица:

1. тешкој срамоти

2. знатној материјалној штети, или

3. кривичном гоњењу

Ослобођењем од обавезе сведока да одговори на поједина питања којима би себе, чланове породице, блиске сроднике и друга лица са којима живи, између осталог, изложио и **тешкој срамоти, умногоме се штити како право на приватност сведока тако и право на приватност наведених лица**, јер по природи ствари, о овој категорији лица сведок зна највише ствари из приватног живота, па би без привилегије да се уздржи од одговара на питања којима би себе или наведена лица, између осталог, могао да изложи и **тешкој срамоти**, сведок под претњом законске санкције био у обавези да одговори и на таква питања, тј. да **изнесе податке којима би се врло често нарушило како његово, тако и право на приватност наведене категорије лица**, будући да се ради о лицима која су у најинтимнијим везама са сведоком.

3. Ограничење мере забране напуштања боравишта у циљу заштите права на поштовање дома и права на приватност породичног живота

Забраном напуштања стана или места боравишта и другим адхезионим ограничењима уз ту забрану (о којима је детаљније писано код излагања о електронском надзору) **не могу се** ограничити одређена права окривљеног и то: 1) право окривљеног да живи у свом стану и 2) **његово право да се несметано виђа са члановима породице, блиским сродницима** и својим браниоцем. У односу на чланове породице и блиске сроднике могуће је наметнути одговарајуће ограничење, ако они спадају у круг лица у односу на које је окривљеном забрањено да се са њима састаје или да им прилази, односно ако забрана посећивања одређених места, по логици ствари, подразумева и контакт са блиским сродницима.

Ratio legis ове одредбе лежи у чињеници да учиниоци често потичу из криминогене средине или из породица у којима влада неслога, насиље, зависност од алкохола или дрога па је *ratio legis* ове одредбе у заштити како оштећених тако и самог учиниоца кривичног дела, поготову ако је реч о малолетницима. Ипак треба приметити да ова одредба ЗКП-а (чл.136.ст.3) која предвиђа да забрана напуштања стана или места боравишта и друга адхезиона ограничења уз ту забрану **не могу ограничити право окривљеног да живи у свом стану и право да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима**(уз наведени изузетак) **уствари представља гаранцију минимума право на приватност** , тј. штити право на поштовање дома и право на приватност породичног живота.

4. Нови ЗКП

Ради целине излагања о **праву на приватност породичног живота**, поновићемо и мањи део излагања о одредбама новог ЗКП-а које регулишу питање лица која су ослобођена дужности сведочења, питање лица која се не могу испитати као сведоци, као и питање разлога за ослобођење сведока од дужности да одговоре на поједина питања, иако су та питања разматрана и код излагања о **праву на приватност приликом сведочења**.

Лица која су ослобођења од дужности сведочења иста су и у члану 98 важећег ЗКП и у члану 94 новог ЗКП-а.

Лица која се не могу испитати као сведоци на основу члана 97 важећег ЗКП-а скоро су идентична **лицима која су искључена од дужности сведочења** на основу члана 93 новог ЗКП-а. Разлика је у томе што се лице из чл.97 ст.1 тачка 1 важећег ЗКП-а које би својим **исказом повредило дужност чувања државне, војне или службене тајне**, док га надлежни орган не ослободи те дужности, на основу чл.93 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а дефинише као лице које би својим **исказом повредило дужност чувања тајног податка, док надлежни орган, односно лице органа јавне власти не опозове тајност податка** и ослободи га те дужности.

Разлози за ослобођење сведока од дужности да одговори на поједина питања исти су и у чл.100 важећег ЗКП-а и у чл.95 ст.2 новог ЗКП-а. Једина разлика је у томе што је у чл.95 ст.2 новог ЗКП-а предвиђено да се упозорење сведоку да није дужан да одговори на поједина питања уноси у записник.

Због истог разлога, тј. ради целине излагања о **праву на приватност породичног живота**, поновићемо и мањи део излагања о одредбама новог ЗКП-а које регулишу ограничење мере забране напуштања стана и ограничење мере забране напуштања боравишта, иако су та питања обрађена код излагања о ограничењу права на приватност вршењем електронског надзора.

Са становишта права на приватност породичног живота, сматрамо да је у чл.208 новог ЗКП-а који регулише забрану напуштања стана пропуштено да се наведе да се овом мером не може ограничити право окривљеног да се не сметано виђа са члановима породице и блиским сродницима, осим ако та лица нису обухваћена мером из чл.197 новог ЗКП-а, тј. мером забрана прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним, као и са својим браниоцем, а што је предвиђено у чл.136 ст.3 важећег ЗКП-а.

За разлику од мере забране напуштања стана из чл.208 новог ЗКП-а, у чл.199 ст.3 новог ЗКП-а који регулише меру забране напуштања боравишта, предвиђено је да се применом ове мере као самосталне мере или адхезионих мера које се уз њу могу изрећи, не може ограничити право окривљеног да се виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим браниоцем, али *пропуштено је да се предвиди изузетак од овог права ако су та лица обухваћена мером из чл. 197 новог ЗКП-а тј. мером забране прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним.*

5. Ограничење мере безбедности протеривања странца из земље у циљу заштите права на приватност породичног живота

5.1. Мере безбедности

Двадесетих и тридесетих година XX века у многе кривичне законе уведене су мере безбедности као посебна врста кривичних санкција, садржински и ссисемски одвојене од казне па их данас познају скоро сва савремена кривична законодавства. Од тада, како у законодавству, тако и у теорији, доминира концепт *дуалистичког система* кривичних санкција. У време настанка и прихватања тог концепта, и поред тога што је то било предмет расправа и дискусија, постојала је релативно јасна граница између казне и мере безбедности. Док се казни као циљ постављала одмазда, морална опомена и генерална превенција кроз застрашивање, мерама безбедности се као циљ постављало лечење и поправљање учиниоца кривичног дела.⁶⁹³

Иако се неким мерама безбедности не може негирати извесно генерално-превентивно дејство, а још мање казни специјално-превентивни учинак, оно што разликује два типа кривичних санкција јесте пре свега начин остварења опште сврхе кривичних санкција. Постизање циљева кривичноправне заштите казном врши се у првом реду на генерално-превентивном плану.

Код мера безбедности пак, специјална превенција је у првом плану, генерална превенција је споредан ефекат који је изражен у знатно мањој мери него код казне, или је сасвим одсутан. Даље, казна значи и социјално-етички прекор одговорном учиниоцу, док је мера безбедности вредносно неутрална санкција заснована на опасности учиниоца у смислу поновног вршења кривичног дела. Казна се никад не сме изрећи (или не изрећи) само због специјалне превенције, док је код мера безбедности то не смао могуће, него и правило. Разлог постојања мера безбедности је и данас, као и приликом њиховог настанка, да се казна сувише не оптерети специјално-превентивним задацима и што се као основ за примену казне не сме на прво место стављати опасност учиниоца. Док је казна, односно претња казном, окренута пре свега потнецијалним учиниоцима, мере безбедности су кривичне санкције предвиђене да буду реакција на индивидуалну друштвену опасност одређеног учиниоца (осим мере безбедности одузимања предмета којој је циљ отклањање опасности од неке ствари).⁶⁹⁴ Опасност учиниоца се схвата као опасност за околину, опасност да се врше нова кривична дела.

Избор, врста и трајање мере безбедности одређује се на основу процене опасности учиниоца. Кривично дело ни приближно нема онај значај који има код примене казне. Ипак, оно може бити значајан индикатор за утврђивање опасности учиниоца.

⁶⁹³ Т. Живановић, *Дуалитет кривичних санкција, казне и мере безбедности*, Београд, 1928, стр. 38-39.

⁶⁹⁴ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009. г., стр. 300

Према члану 78 КЗ *сврха мера безбедности* састоји се у **отклањању стања или услова** који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела. Ова одредба није само декларативног карактера, или одредба која само одређује природу мера безбедности као посебне врсте кривичних санкција. Она садржи и услове за њихову примену, тј. представља директиву судовима приликом изрицања мера безбедности. Њен значај је утолико већи с обзиром на то да је примена већине мера безбедности факултативна. У вези с тим посебну пажњу треба посветити тумачењу појмова "стања" и "услови". Под појмом стања подразумевају се психичка стања учиниоца. За изрицање мере безбедности тражи се постојање узрочне везе између његовог психичког стања и учињеног кривичног дела, као и да таква стања могу водити поновном вршењу кривичног дела. Појам "услови" се уобичајено тумачи као повезаност личности учиниоца и његове средине и прилика. Може се рећи да код појма "стања" доминирају субјективни, а код појма услови "објективни" елементи.⁶⁹⁵ За примену мера безбедности тражи се постојање стања или услова на основу којих се са високим степеном вероватноће може закључити да ће учинилац поново вршити кривична дела, као и да се мером безбедности могу отклонити та стања или услови.

Наше кривично право предвиђа 10 мера безбедности:

- 1) обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи
- 2) обавезно психијатријско лечење на слободи
- 3) обавезно лечење наркомана
- 4) обавезно лечење алкохоличара
- 5) забрана вршења позива, делатности или дужности
- 6) забрана управљања моторним возилом
- 7) одузимање предмета
- 8) протеривање странца из земље
- 9) јавно објављивање пресуде
- 10) забрана приближавања и комуникације са оштећеним

С обзиром на то да су пре свега везане за личност учиниоца, мере безбедности нису, као што је случај са казном, предвиђене код појединих кривичних дела већ се примењују на основу одредаба општег дела КЗ. У вези с им је и питање примене начела легалитета у односу на мере безбедности. И поред споменуте специфичности, начело легалитета, нема сумње, важи и у односу на мере безбедности. КЗ изричито прописује да никоме не може бити изречена не само казна, већ и друга кривична санкција (што значи и мера безбедности) за дело које пре него што је учињено, законом није било одређено као кривично дело, нити му се може изрећи казна или друга кривична санкција која законом није била прописана пре него што је кривично дело учињено (члан 1).

⁶⁹⁵ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009.г., стр.300.

5.2. Мера безбедности протеривање странца из земље

Протеривање странца из земље састоји се у протеривању са територије Србије лица страног држављанства (или лица без држављанства) које је учинило кривично дело, за време које одреди суд у оквиру законског распона од једне до десет година. Као услов за примену ове мере безбедности закон поставља **непожељност боравка странца** на територији Србије и упућује суд да приликом одлучивања о њеном изрицању узме у обзир природу и тежину кривичног дела, побуде из којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела, побуде из којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела и друге околности које указују на ту непожељност. У вези с тим било је и мишљења да овај услов треба тумачити пре свега у смислу политичке непожељности. То се схватање не може прихватити јер нема основа за сужавање примене ове мере само код кривичних дела одређене врсте.⁶⁹⁶ То могу, на пример, бити и привредна, имовинска и друга кривична дела, нарочито ако су учињена у поврату, а постоји опасност да ће странац и даље вршити кривична дела, тј. под условом да постоји довољно основа за закључак о непожељности боравка учиниоца - странца на територији Србије.

КЗ директно упућује на то да приликом изрицања ове мере и одређивања њеног трајања треба имати у виду и тежину извршеног кривичног дела, што значи да треба водити рачуна о **принципу сразмерности**. Оправдање за то лежи у природи ове санкције.

Иако није прихватљиво мишљење да се у суштини ради о казни, тешко се може порећи чињеница да она, нарочито у неким случајевима, има и извесне особине казне. У неким случајевима она представља зло које се наноси учиниоцу кривичног дела, иако јој то није циљ. На пример, ова мера безбедности има сасвим другу тежину за странца који је у транзиту у односу на странца који живи у Србији где има породицу и где ради или студира, односно ова мера може имати знатан ефекат на ометање приватног и породичног живота, а што је потврђено кроз праксу Европског суда за људска права о чему ће бити речи.

Било је спорно да ли се ова мера може изрећи и странцу који је добио азил. Полазећи од смисла и циља института азила, прихватљивије је било тумачење које искључује ту могућност за време док странац ужива право азила. Међутим, изричитом одредбом (чл. 88 став 4 КЗ) прописано је да се ова мера безбедности не може изрећи учиниоцу који ужива заштиту у складу са ратификованим међународним уговорима што, углавном, отклања ову дилему.

Време трајања протеравања рачуна се од дана правоснажности одлуке, с тим да се време проведено у затвору не урачунава у време трајања ове мере (чл. 88 став 3). Помиловањем се може укинути или одредити краће трајање ове мере безбедности (чл.110 ст.2 КЗ). Мера безбедности протеривање странца из земље може се изрећи уз казну, или уз условну осуду.

⁶⁹⁶ З. Стојановић, *Кривично право општи део*, шеснаесто измењено издање, Београд 2009.г., стр.300.

5.3. Пракса европског суда за људска права

У случају *Baghli против Француске*⁶⁹⁷ из 1999.г., алжирски држављанин је осуђен за трговину дрогом, и изречена му је мера безбедности протеривања са територије Француске у периоду од 10 година. Суд је признао да ова мера представља мешање у предлагачев приватни и породични живот, али је сматрао а је она у сагласности са ставом 2 чл 8 ЕКЉП. Суд је заузео следећи став.

При разматрању да ли је предлагач водио породични живот у смислу чл. 8 ЕКЉП, Суд мора имати у виду положај предлагача у тренутка када је одлука о протеривању постала коначна. У овом случају одлука о протеривању постала је коначна септембра 1993, када је Касациони суд одбио жалбу на пресуду Апелационог суда од 23 јануара 1992.г. Предлагач се стога могао позвати на свој однос с госпођицом И. који је пре тога започео. Суд напомиње да је предлагач дошао у Француску 1967.г., када му је било две године и да је, изузимајући период проведени на одслужењу војног рока у Алжиру, тамо живео док одлука о протеривању није постала извршна, у мају 1994.г. Све време се школовао у Француској где је и радио неколико година. Сем тога, његови родитељи, браћа и сестре живе у Француској. Према томе, Суд не сумња да је одлука о привременом протеривању представљала мешање у предлагачево право на поштовање и приватног и породичног живота. Ипак, предлагач, који је неожењен и нема деце, није доказао да има присне везе, било са породицом било са својом браћом и сестрама који живе у Француској. Сем тога, треба напоменути да је, када је предлагач почео свој однос с гђицом И. у децембру 1992.г., одлука о протеривању већ била донета; сходно томе, он је морао бити свестан несигурног положаја у којем се налазио.

Осим тога он је задржао алжирско држављанство и никада није спомињао да не говори арапски. Одслужио је војни рок у земљи свог порекла и тамо одлазио на одмор неколико пута. Чини се, такође, да никада није показивао жељу да прими француско држављанство када је за то стекао право. Према томе, и поред својих породичних и пријатељских веза у Француској, постоје докази, које је поднела влада, да је предлагач, мимо голог држављанства, очувао своје везе са земљом свог порекла.

Што се тиче тежине кривичног дела, Суд напомиње како је Апелациони суд у Лиону осудио предлагача на казну затвора у трјању од три године, од којих су две условне, због растурања дроге, која је делом била за њега и његовог друга а делом намењена продаји како би се купила друга количина којој је прошао рок у тој мери да је постала нарочито опасна по купце. Ово кривично дело несумњиво представља тешко кршење јавног поретка и угрожава здравље других лица. Имајући у виду ужасне последице дроге по живот људи, суд схвата због чега су органи власти веома одлучни када су у питању они који у великој мери доприносе ширењу овог зла. У светлости напреднаведеног, Суд сматра да одлука о десетогодишњем протеривању није била несразмерна легитимним циљевима којима се тежило. Према томе, није прекршен чл.8 ЕКЉП.

⁶⁹⁷ *Baghli v France* (No.34374/97), 1999.

Суд је узео сличан став и у случају *Boujlifa против Француске*.⁶⁹⁸ Суд је заузео следећи став:

Питање да ли је предлагач иако приватан и породичан живот у смислу чл.8 ЕКЉП мора утврдити Суд, у светлости положаја у којем се он налазио у време усвајања спорне мере. То значи - на дан 8-ог априла 1991.г., с тим што је предлагач обавештен 21. новембра да је против њега почео поступак депортације. Г. *Boujlifa* стога није имао право када је тврдио да се у то време налазио у вези са гђицом В. Ипак, суд напомиње да је он стигао у Француску 1967.г. у својој петој години, и да је од тада тамо живео, сем у време када се налазио у затвору у Швајцарској. Тамо се школовао (делимично у затвору), а његови родитељи и осморо браће и сестара - са којима је изгледа остао у вези - живе тамо. Сходно томе, Суд је уверен да мере у погледу којих је уложена жалба представљају мешање у предлагачево право на поштовање његовог приватног и породичног живота. Суд поново истиче да је дужност држава уговорница да одржавају јавни поредак, нарочито у вршењу свог права, а у складу са добро утемељеним међународним правом и по основу својих уговорних обавеза, као и да врше контролу уласка у земљу и сталног боравка странаца. У том циљу, оне имају право да врше депортацију странаца осуђених за кривична дела. Међутим, њихове одлуке у овом домену морају, уколико постоји могућност угрожавања права заштићених по ставу 1 чл. 8 ЕКЉП бити нужне у демократском друштву, што ће рећи, оправдане нужном друштвеном потребом, и конкретно, сразмерне легитимном циљу којем се тежи. Задатак Суда је да процени да ли се датом мером водило рачуна о релевантним интересима, наиме о предлагачевом праву **на поштовање његовог приватног и породичног живота**, с једне стране, и о спречавању нереда и злочина, с друге стране. С друге стране, чини се да предлагач није показивао било какву жељу да прими француско држављанство у време када је на то имао право.

Суд напомиње да су почињена кривична дела (оружана пљачка и разбојништво), по по својој озбиљности и тежини запређене казне, представљала нарочито озбиљно угрожавање сигурности лица и имовине и јавног поретка. Суд сматра да су у овом случају **захтеви јавног поретка важнији од личних питања**, што је и довело до предузетих мера. Имајући у виду напредречено, суд сматра да се донета одлука о протеривању предлагача не може сматрати несразмерном у односу на легитимни циљ којем се тежило. Према томе, није прекршен чл.8 ЕКЉП.

Суд је имао други приступ у случају *Радовановић*.⁶⁹⁹ Упутилац поднеска рођен је у Аустрији, али је до десете године живео са бабом и дедом у Србији, док су му родитељи наставили живот у Аустрији. После смрти бабе и деде, са навршених десет година живота, он се придружио родитељима у Аустрији, где је завршио средњу школу и стекао стручно образовање. У међувремену, осуђен је за тешку крађу, због чега му је изречена мера забране боравка у Аустрији на неодређено време.

⁶⁹⁸ *Boujlifa v France*, Пресуда од 21. октобра 1997.г., поднесак бр.25404/94, извештаји 1997- VI, ставови 36, 44 и 45.

⁶⁹⁹ *Radovanović v Austria* (No.42703/98), 2004.

Испитујући чињенице овог случаја, Суд је узео у обзир да је Радовановић кривично дело починио као малолетник, да пре тога није имао никакав кривични досије, па да такво његово понашање није довело до стварања озбиљне опасности за јавни ред и мир, чиме би се оправдала временски неодређена мера. Такође, Суд је узео у обзир да је лице рођено у Аустрији, где му и даље легално живе родитељи, док после смрти бабе и деде нема ближе рођаке у Србији. Стога, ово лице има јаче породичне и социјалне везе у Аустрији него у Србији, па је изрицање мере забране боравка неодређеног трајања свакако довело до повреде чл.8 ЕКЉП.

У случају *Nasri против Француске*⁷⁰⁰, Суд је пронашао да би протеривање алжирског држављанина, који је неписмен, глувонем од рођења и који скоро цео свој живот живи у Француској са родитељима и осморо браће и сестара, **довело до кршења чл. 8 ЕКЉП, без обзира на чињеницу да је ово лице учествовало у групном силовању.** Имајући у виду стицај посебних околности, нарочито његов положај као глуве и неме особе, која је у стању да успостави психолошку и друштвену равнотежу само у оквиру своје породице, од којих су већина француски држављани без неких већих веза са Алжиром, одлука да се предлагач протера, уколико буде спроведена, не би била сразмерна легитимном циљу коме се тежи. Тиме би се **повредило право на поштовање породичног живота** и стога би то представљало кршење чл.8 ЕКЉП.

У случају *Boultif против Швајцарске*,⁷⁰¹ од Суда се тражило да размотри одбијање да се продужи стална дозвола боравка човеку ожењеном швајцарском држављанком, који је извршио кривично дело. Околности су биле у мањој мери изузетне него у случају *Nasri* против Француске. Ипак, Суд је напоменуо следеће:

Суд је прво разматрао да ли предлагач и његова жена могу заједно живети у Алжиру. Предлагачева жена је швајцарска држављанка. Тачно је да предлагачева жена уме да говори француски и да је телефоном разговарала са својом свекрвом у Алжиру. Међутим, предлагачева жена никада није живела у Алжиру, нема било какве друге везе са том земљом, и зиста не говори арапски. Од ње се у овим околностима не може очекивати, по мишљењу суда, да пође са својим мужем, предлагачем, у Алжир.

Остаје онда питање да се породични живот настави на другом месту, конкретно у Италији. У том погледу Суд напомиње да је предлагач после Швајцарске легално живео у Италији од 1989. до 1992.г., и чини се да сада поново с пријатељима борави у Италији, иако нерегуларно. По мишљењу Суда, није установљено да ли предлагач и његова жена могу добити дозволу законитог пребивалишта, и сходно томе, водити породични живот у Италији.

У том смислу, Суд је напоменуо да је влада тврдила како је кретање предлагача небитно у погледу природе кривичног дела које је он починио.

Суд сматра да се предлагач суочио с великим препрекама за успостављање породичног живота, пошто је практично немогуће да породични живот води ван Швајцарске. С друге стране, када су швајцарске власти одбиле да му продуже стални боравак у Швајцарској, предлагач је представљао само незнатну опасност по јавни поредак. Суд је стога мишљења да мешање у његов породични живот није било сразмерно циљу којем се тежило. Према томе, прекршен је чл. 8 ЕКЉП.

⁷⁰⁰ *Nasri v France* (No. 19465/92), 1995.

⁷⁰¹ *Boultif v Švajcarska*, Пресуда од 02.августа 2001.г., поднесак бр.54273/2000, ставови 53-56.

С друге стране, у случају *Bensaid против Уједињеног Краљевства*⁷⁰², Суд је сматрао да је став лица које болује од шизофреније и које сматра да би његово депортовање у Алжир довело до погоршења болести услед немогућности пружања адекватног лечења, засновано на шпекулацијама и није доказано да би депортацијом његов морални интегритет био суштински угрожен. Суд ће у сваком случају узети у обзир природу, број и тежину извршених дела, као и личне околности конкретног лица. Ови фактори неће бити од значаја само уколико лице које треба да буде депортовано тврди да му у земљи повратка прети мучење, јер ће тада држава процењивати ову опасност од злостављања независно од других околности.

Један од најдрастичнијих примера протеривања породице остварен је у случају *Slivenko против Летоније* из 2003.г.⁷⁰³ Овде је жена руског порекла живела готово цео свој живот у Летонији и удала се за руског војног службеника, са којим је добила дете. После проглашења независности Летоније и потписивања уговора са Русијом о повлачењу руских трупа са ове територије, мужу је наређено да напусти земљу. Власти су наредиле депортацију породице на период од пет година, одузеле им право на стан, ухапсиле их и држале неко време у центру за илегалне имигранте. Ова мера значила је и да ће по истеку рока од пет година, чланови породице моћи да долазе у Летонију максимално до 90 дана у континуитету, чиме су ограничени у одржању контакта са родитељима и родбином који ту живе, па је Суд утврдио кршење чл.8 ЕКЉП.

Када одлучује о предметима о протеривању странаца, Суд увек узима у обзир опсег веза које појединац ужива у односу на државу домаћина и на земљу порекла, тако да води рачуна о факторима, као што су:

1. дужина времена проведеног у земљи домаћина и познавање језика и културе обе државе
2. постојање породичних веза и социјалног круга у обе државе
3. утицај на односе са члановима који остају у тој земљи
4. било које друге личне околности, попут здравствених и психолошких фактора који протеривање могу учинити изразито тешком мером

Суд прави и разлику између странаца тзв. прве и друге, односно треће генерације. Код ових последњих мале су могућности да се протерају, те да им се на тај начин ограничи право на породични живот, јер ова лица практично немају никакве везе са државом чији су држављани, укључујући и незнање матерњег језика. Тако, код протеривања странаца из друге и даљих генерација одлучујући критеријуми су њихова доб, језик, дужина боравка у држави чланице Конвенције, па тек онда тежина кривичног дела, могућност интеграције у *societas* земље чије држављанство има и сл. Обрнуто, код странаца прве генерације, основни критеријуми који служе за утврђење да ли протеривање представља и легитимно ограничење права на поштовање породичног живота јесу тежина кривичног дела, здравствено стање странца, дужина трајања његовог боравка, степен интегрисаности у друштво државе чланице Конвенције и слично.

⁷⁰² *Bensaid v the United Kingdom* (2001), par.46-49.

⁷⁰³ *Slivenko v Latvia* (No.48321/99),2003.

Наведени фактори биће узети у обзир и Суд ће их употребити са разлозима за протеривање лица, како би утврдио да ли је донета мера пропорционална. Разлози за протеривање неког лица најчешће се правдају превенцијом криминала и нереда.

У већини случајева у којима се поставило питање протеривања лица и његово одвајање од осталих чланова породице, Суд је нашао кршење чл. 8 ЕКЉП, посебно уколико је лице на тој територији провело већи део свог живота и тамо остварило важне породичне и социјалне везе.⁷⁰⁴ У супротном, када је лице задржало неке везе са земљом порекла, онда је тужба по правилу мање успешна.⁷⁰⁵ Посебно се узима у обзир пропорционалност протеривања и утицај ове мере на породични живот појединца, који је највећи када је у питању дете раног узраста које има изузетан интерес да очува контакт са родитељем.⁷⁰⁶

5.4. Закључак

У нашим приликама, овакава пракса Суда може имати значај приликом изрицања мере безбедности протеривања странца из земље нпр. кинеским држављанима друге генерације, тј. лицима која су рођена у Србији, којима су дата српска имена (нпр. Зоран, Младен...) која су се школовала у Србији, и којима је у Србији сва ужа родбина (родитељи, браћа и сестре, супружници, деца...).

С тим у вези, тј. у складу са праксом европског суда за људска права у Стразбуру, у члану 88 ст.2 КЗ требало би додати да суд приликом оцене да ли ће изрећи меру безбедности протеривања странца из земље, поред већ постојећих околности (природа и тежина кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела) треба да узме у обзир и да ли се ради о странцу прве или друге генерације, тј. да ли је реч о лицима који су рођени у Србији, који су се ту школовали, чија је ужа родбина у Србији... Иако се ове околности можда и могу подвести под термин "друге околности" које указују на непожељност даљег боравка странца у земљи (иако је овде реч о околности заостанак странца у земљи) које се помињу у чл.88 ст.2 КЗ, сматрамо да, у складу са праксом европског суда за људска права у члану 88 ст.2 КЗ треба конкретизовати и наведену околност, тако да чл. 88 ст.2 КЗ гласи:

" При оцени да ли ће изрећи меру из става 1 овог члана суд ће узети у обзир природу и тежину учињеног кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела, **породичне и социјалне везе странца у Србији** и друге околности које указује на непожељност даљег боравка странца у Србији."

⁷⁰⁴ *Moustaquim v Belgium* (1991), *Mehmi v France* (1997).

⁷⁰⁵ *Boughanemi v France* (1996).

⁷⁰⁶ *Berrehab v the Netherlands* (1998), *Ciliz v the Netherlands* (No.29192/95),2000.

6. Кривично дело изношење личних и породичних прилика (чл.172 КЗ)

Заштитини објект овог кривичног дела поред части и угледа јесте и *право на приватност породичног живота*, што значи да право на приватност породичног живота ужива и кривичноправну заштиту.

Ово кривично дело има 3 облика: основни (став1), тежи (став 2) и најтежи облик (став 3). Оно има одређене сличности са кривичним делом клевете. Радња извршења је иста као и код кривичног дела клевете и састоји се у изношењу или проношењу. Међутим, битна разлика постоји у односу на оно што се износи или проноси. Прво, мора да се ради о тврђењу које се односи на **лични или породични живот неког лица**. Друго, истинитост или неистинитост онога што се овде износи или проноси је ирелевантна. Но, као и код клевете, то што се износи или проноси мора бити подобно да повреди *част или углед* лица из чијег се личног или породичног живота нешто износи или проноси.

Углед је појам изведен из појма части, углед је част коју је појединац стекао у својој средини својим понашањем и вредностима, па зато није оправдано стављати га на исти ниво као част. Унутрашња част је субјективни став појединца према сопственој вредности, док је спољна част признавање тих вредности и од друштвене средине, тј. мишљење других о вредностима појединца. Кривично право не треба да штити ни унутрашњу ни спољну част саму по себи, већ право човека на част, тј. његово право на поштовање његове личности од стране других.⁷⁰⁷

Изношење је саопштавање сопствених сазнања, а проношење представља саопштавање нечега што је сазнато од другог лица. Начин изношења или проношења може бити различит: усмено, писмено, гестовима, е-маилом...

Управо због сличности са кривичним делом клевете, једно од најважнијих питања јесте како разграничити тврђења која се односе на нешто из личног или породичног живота, од оних осталих, код којих би се могло, евентуално, радити о кривичном делу клевете.

Ово разликовање има велики практични значај. Наиме, код овог кривичног дела (за разлику од клевете) неистинитост није битно обележје бића кривичног дела, а и прописана је знатно строжа казна него за кривично дело клевете. Осим тога, овде постоји и посебан облик искључења противправности (став 4) који не постоји код клевете.

⁷⁰⁷ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.422.

Суд је више пута нагласио да « лични живот» представља широк појам који обухвата велики спектар активности, па га зато и није могуће исцрпно дефинисати.⁷⁰⁸ Међутим, органи Савета Европе морали су ближе одредити права предвиђена чл.8 ЕКЈП, како би имали одређене смернице у одлучивању по овом питању. Тако је Европска комисија у свом извештају поводом предмета *Van Oosterwijk против Белгије* из 1979.године, ближе одредила домен личног живота речима да «права на поштовање личног живота јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности,» а «до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности.»

Лични живот односи се на ону сферу појединчевог живота у којој се он слободно развија и остварује као личност. Међутим, лични живот односи се и на развијање односа са другим људима и на одржавање везе са спољним светом. Тако је Суд 1992.године закључио да би било превише рестриктивно уколико би се лични живот односио само на унутрашњи живот појединца, који би био у потпуности изолован од спољашњих утицаја и односа. Зато«поштовање личног живота мора обухватити и право да се до одређеног степена успоставе и развијају односи са другим људским бићима».⁷⁰⁹

Европска комисија утврдила је и ограничење права на лични живот у свом извештају о предмету *Bruggemann i Scheuten против СР Немачке* из 1977. године. На пример,»захтев за поштовање приватног живота аутоматски се ограничава у мери у којој појединац сам доведе свој приватни живот у додир са јавним животом, или у тесну везу са другим заштићеним интересима». Међутим, Суд је истакао да сваки појединац, а тиме и јавна личност, мора имати «оправдано очекивање» да ће његов *лични и породични живот бити поштован*.⁷¹⁰

Концепт *породичног живота* прилично је еволуирао у последњих двадесет година, а Суд има позамашан број пресуда у односу на ово питање. Заштита породице, као основне друштвене ћелије, односи се на заштиту њеног интегритета. Да би се та заштита пружила, мора се поћи од дефиниције породице и утврдити који се све односи могу сматрати породичним односима.

Као и код дефинисања личног живота, Суд примењује флексибилан прилаз тумачењу **породичног живота**, узимајући у обзир модерне институције породице, последице развода и напредак у медицини. Суд на основу чињеница сваког случаја понаособ одлучује о томе да ли постоји породични живот, или не.

⁷⁰⁸ *Costello-Roberts v. the United Kingdom* (No.13134/87),1993,par 36, *Niemietz v. Germany* (No.13710/88)1992,par 29.

⁷⁰⁹ *Niemietz v. Germany* (No.13710/88)1992

⁷¹⁰ *Von Hannover v. Germany* (No.59320/00),2004, где су медији више пута објавили слике најстарије ћерке принца Ренијеа III, које су настале без њеног знања. На њима се види како сама или у друштву излази из куће, или обавља друге послове. Суд је закључио да су слике настале како би задовољиле знатижељу јавности, а не како би подстакле дебату о општим интересима друштва.

Породични живот значи право чланова породице на заједнички живот и на развијање међусобних односа. Како је то Суд поменуо више пута, уживање у узајамном друштву између родитеља и деце представља основни елемент породичног живота.⁷¹¹

Међутим, то не значи да је заједнички живот неопходан услов постојања породичног живота, јер он *може постојати и међу члановима породице који живе одвојено*. Заједнички или, пак, још неустављени фактички заједнички живот није нужан услов да би се заједница сматрала породицом.⁷¹²

Основно питање је ко чини породицу, с обзиром на то да *породични живот* претпоставља да породица постоји.⁷¹³ Суд узима породицу за аутономан појам, независан од дефиниције коју пружа домаће право неке државе чланице Савета Европе. Европска комисија и Суд тумачили су породичан живот тако да обухвата у «најмању руку везе између блиских сродника».⁷¹⁴ Суд сматра да породични живот чине брачни другови и њихова малолетна деца, укључујући ванбрачну и усвојену децу. Заштита се пружа и невенчаном пару који живи заједно и њиховој малолетној деци. Суд не прави разлику између брака и ванбрачне заједнице.⁷¹⁵

Односи између браће и сестара, такође, су укључени под заштиту чл.8, а породични односи могу постојати и између баке и деке и унука, па чак изузетно и између стрица и нећака. Ипак, у начелу се даје предност «вертикалним породичним односима» (малолетна деца, родитељи, деде и бабе), у односу на «хоризонталне породичне односе» (браћа и сестре, тетке, стричеви и сестрићи или братанци).

Веридба сама по себи не значи аутоматски да ће постојати породични однос међу вереницима, али успостављен однос између затвореника и његове веренице потпада под приватан живот.⁷¹⁶

Да ли се једна заједница сматра породицом утврђује се *in concreto* на основу оцене чињеница, као што је заједничко живљење и дужина његовог трајања, врста односа, интереси који повезују два лица (деца) и слично.⁷¹⁷

Породични односи постоје и након смрти једног од чланова породице. Тако у оквирима чл.8 ЕКЈП, чланови породице имају право да захтевају тело преминулог ради његове сахране.⁷¹⁸ Такође, чланови породице имају право да присуствују сахрани преминулог члана породице.⁷¹⁹

⁷¹¹ *W. V the United Kingdom* (No.9749/82),par.59; *Margaret and Roger Andersson v. Sweden* (No.12963/87),1992,par.72.

⁷¹² *Berrehab*, пресуда од 21.06.1988. Series A,no.138,br.21.

⁷¹³ *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. The United Kingdom* (1985),par62.

⁷¹⁴ *Marckx v. Belgium* (1979).

⁷¹⁵ *Marcks*, пресуда од 13.06.1979.. Series A,no.31,br.31; *Elsholz*, пресуда од 13.07.2000.,бр.43

⁷¹⁶ *Wakeford v. The United Kingdom* (1990).

⁷¹⁷ *Kroon*, пресуда од 27.10.1994.г, Series A,no.297-C,br.30 (породични живот постоји између супружника, упркос томе што не живе заједно,али имају заједничку децу); X., Y. And Z, пресуда од 22.04.1997, РЈД,1997-II, бр..36 (X. је живео са мушкарцем, Y.Z. је добила дете са X вештачком

оплодњом. Суд је сматрао да и даље постоји породица између X. и Z.

⁷¹⁸ *Panullo and Forte*, пресуда од 30.10.2001., бр.36.

⁷¹⁹ *Ploski*, пресуда од 12.11.2002, бр.36 (подносилац представке је био затвореник).

Ово кривично дело би постојло, на пример ако се за неку жену износи да се бави проституцијом или ако један брачни друг износи за другог брачног друга нешто из његовог личног и породичног живота што је довело до бракоразводне парнице (муж тврди да дете које је рођено у њиховом браку није његово и слично).

Субјективну страну овог кривичног дела представља умишљај који треба да обухвати свест о томе да се износи или проноси нешто што се односи на лични или породични живот неког лица, а што може шкодити његовој части или угледу.

Тежи облик (став 2) постоји у случају ако је дело учињено путем штампе, радија, телевизије или сличних средстава или на јавном скупу. Реч је о истим квалификаторним околностима као и код кривичних дела увреде и клевете. Док је појам штампе, радија, телевизије и сличних средстава релативно јасан (одређен је прописима, пре свега *Законом о јавном информисању*), појам јавног скупа може бити донекле споран. У нашој судској пракси заузима се, са основом, став да овај појам не обухвата скупове на којима присуствују тачно одређена лица, макар се радило и о великом броју лица. Тако, на пример, скупштина акционара не би представљала јавни скуп.⁷²⁰ Јавним скупом треба сматрати окупљање лица чији број и идентитет унапред нису познати.⁷²¹

Најтежи облик (став 3) постоји у случају ако је оно што се износи или проноси довело или **могло довести** до тешких последица за оштећеног. За разлику од клевете, овде је довољно и да је постајала могућност да до таквих последица дође. Због тога није сасвим јасна правна природа квалификаторне околности. Док се код клевете ради о кривичном делу квалификованом тежом последицом, овде то може бити спорно. Решење би се могло наћи у томе што ако је наступила тежа последица, онда би се радило о кривичном делу квалификованом тежом последицом, што значи да би у односу на тежу последицу морао да постоји нехат, а у случају ако је постојала могућност наступања те последице онда би то требало теритирати као околност у односу на коју би онда морао постојати умишљај.⁷²² У сваком случају, није било разлога да се код овог кривичног дела у погледу квалификованог облика задржи старо решење, а да се код клевете он ограничи само на наступање тешких последица, тј. требало је и овде предвидети решење као и код клевете.⁷²³

⁷²⁰ ОСБ Кж.1620/04.

⁷²¹ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.425.

⁷²² З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.432.

⁷²³ Ибид

Доказивање истинитости онога што се износи или проноси није дозвољено. То, осим евентуално код одмеравања казне, није ни релевантно за постојање кривичног дела (став 5). Изузетно, истинитост се може доказивати јер она представља један од сулова за примену посебног основа искључења противправности овог кривичног дела. Наиме, за изношење или проношење личних или породичних прилика, које је учињено у вршењу службене дужности, новинарског позива, у одбрани неког права или при заштити оправданих интереса, учинилац се **неће казнити** уколико докаже истинитост свог тврђења или ако докаже да је имао основаног разлога да поверује у истинитост оног што је износио или проносио (став 4).

Код овог основа искључења постојања кривичног дела⁷²⁴ није сасвим јасно да ли се ради само о искључењу противправности, или и о искључењу субјективног елемента, тј. кривице јер је довољно и да учинилац докаже да је био **у оправданој** (што не значи увек и у неотклоњивој) **стварној заблуди**. Наиме, овде не долази до искључења умишљаја као битног елемента бића кривичног дела јер умишљај уопште и не обухвата истинитост, односно неистинитост онога што се износи или проноси. Зато треба узети да се овде у целини ради о *посебном основу искључења противправности* јер је закон из криминално-политичких разлога (о томе колико су они оправдани могло би се у овом случају дискутовати јер овај основ знатно слаби кривичноправну заштиту части у области личног и породичног живота) одлучио да искључи противправност овог дела под одређеним условима.⁷²⁵ Но, то питање нема неки практични значај јер и у једном и у другом случају резултат је да кривично дело не постоји.

И ово кривично дело, као и увреда и клевета, гони се по приватној тужби (чл.177 ст.1 КЗ.).Ако је ово кривично дело учињено према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица (чл.177 ст.2 КЗ).

⁷²⁴ Према чл. 112 став 29 КЗ израз « *неће се казнити* » значи да у том случају нема кривичног дела

⁷²⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.432.

СЕДАМНАЕСТА ГЛАВА

ХVII ОГРАНИЧЕЊЕ И ЗАШТИТА ПРИВАТНОСТИ У ПРЕТКРИВИЧНОМ И КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА

1. Привремено одузимање предмета

Привремено одузимање предмета је радња доказивања уско повезана са претресањем стана и лица, јер циљ претресања у највећем броју случајева и јесте да се пронађу и одузму одређени предмети. Као и увиђај, тако и привремено одузимање предмета не може да се примени код свих кривичних дела. Као што се то види и из самог назива ове радње, одузимање предмета је само привременог карактера. Ова мера представља само претходно и привремено одузимање предмета, док се коначна одлука о одузимању предмета доноси заједно са одлуком о самој кривичној ствари (било у оквиру ње или самостално). Садржина ове радње састоји се у привременом одузимању предмета, те њиховом предавању суду, односно обезбеђивању да се они чувају на други начин.

У Законику се посебно регулише поступање у односу на *уређаје за аутоматску обраду података*, као и погледу опреме на којој се чувају *електронски записи*. Лице које се користи таквим уређајима (компјутери, дискови, дискете, итд.) дужно је да органу који води поступак, а на захтев суда, омогући приступ и пружи обавештења која су потребна за њихову употребу, а пре одузимања таквих предмета, орган који води поступак ће у присуству стручног лица извршити преглед уређаја и опреме и пописати њихову садржину, с тим да уколико корисник присуствује тој радњи, може ставити примедбе (чл.82 ст.2 ЗКП).

1.1. Материјални и формални услови за привремено одузимање предмета

За разлику од већине других института код којих су материјални и формални услови за њихову примену прописани кривичнопроцесним правом, код привременог одузимања предмета имамо специфичну ситуацију да су материјални услови за његову примену предвиђени у кривичном праву, а формални у кривичном процесном праву.⁷²⁶ У ствари, само је један део алтернативно прописаног материјалног услова за привремено одузимање предмета, садржан у кривичном законодавству (предмети који се одузимају по Кривичном законику), у погледу чега у Законику о кривичном поступку постоји једна *упућујућа* норма.⁷²⁷

⁷²⁶ З.Јекић и Р.Данић, *Кривично процесно право*, девето измењено и допуњено издање, Београд, 2004. год., стр. 242.

⁷²⁷ М. Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2006. год., стр. 266.

Материјални услов за привремено одузимање предмета је утврђен алтернативно и односи се на :

- 1) Предмете који се по Кривичном закону имају одузети
- 2) Предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку

Према правилима КЗ-а одузимају се следећи предмети:

- 1) Актуелно средство извршења – предмети који су употребљени за извршење кривичног дела.
- 2) Планирано средство извршења – предмети који су били намењени извршењу кривичног дела.
- 3) Продукти кривичног дела – предмети који су настали извршењем кривичног дела

Сматра се да чињеница да ли су предмети који представљају средство извршења кривичног дела били употребљени или нису, не мења њихову природу, па се зато може говорити о две групе предмета: 1) предмети који су били употребљени или намењени за извршење кривичног дела (*instrumenta sceleris*) и предмети који су настали извршењем кривичног дела (*producta sceleris*).

Од предмета који су **својина учиниоца** кривичног дела могу се одузети они који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или су настали извршењем тог дела. Ови исти предмети могу се одузети и кад **нису својина учиниоца** под условом да то захтевају интереси опште безбедности или када и даље постоји опасност да ће бити употребљени за извршење кривичног дела(чл.87 КЗ). Тиме се не дира у права трећих лица на накнаду штете од учиниоца кривичног дела. Истина Кривични Законик не говори о привременом одузимању предмета, већ о мери безбедности која се изриче по завршетку кривичног поступка и представља трајно одузимање тих предмета.

Њихову релативну временску ограниченост уводи кривично процесно право одређујући да ће се предмети, који се по кривичном закону имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку, привремено одузети.

Та привременост наведене мере значи да се она може протезати само до момента обуставе кривичног поступка или пресуђења кривичне ствари, а замењује се било враћањем одузетих предмета или њиховим трајним одузимање.

Формални услов за привремено одузимање предмета је захтев, односно налог суда. Наиме, ко држи предмете које треба одузети дужан је да их преда на захтев суда. У овом случају се сам држалац ових предмета појављује као извршилац наведене мере. Исто тако, могу и овлашћена службена лица органа унутрашњих послова извршити налог суда о привременом одузимању предмета.

Међутим, овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу привремено одузети поједине предмете и без формалног захтева суда у два случаја:

- Када врше одређене активности у преткривичном поступку због постојања основа сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, а пре свега, када извршавају потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага, или када у присуству одговорног лица прегледају одређене објекте и просторије правних лица (чл.225 ЗКП).
- Када постоји опасност од одлагања, а у питању су предмети који се по кривичном закону имају одузети, као и они који могу послужити као доказ у кривичном поступку. (чл.238 ЗКП).

То овлашћење даје им сам ЗКП и ти материјални услови су довољан основ за предузимање ове истражне радње.

О привременом одузимању предмета органи унутрашњих послова, односно истражни судија ће без одлагања обавестити јавног тужиоца (чл.238.ст.4).

1.2. Привремено одузимање предмета и списка и могуће санкције

Свако ко држи предмете, који се по кривичном законнику имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку, дужан је да их преда на захтев суда. Онај ко одбије да преда тражене предмете, може бити кажњен новчаном казном до 100.000 динара, а ако и после тога одбије да преда предмете може се још једном казнити истом казном.⁷²⁸ На исти начин поступиће се према службеном или одговорном лицу у државном органу, предузећу или другом правном лицу. Није прописана могућност других видова «притисака» на лице које одбија да преда тражени предмет, што се начелно може посматрати као дискутабилно законско решење.⁷²⁹ Такође није логично да друга новчана казна, као вид одређеног механизма принуде на лице које безразложно одбија да се повинује захтеву суда, није прописана у већем максималном износу у односу на прву такву казну. Новчана казна се изриче решењем против којег се може изјавити жалба о којој одлучује ванрасправно судско веће. Није прописан посебан рок жалбе против овог решења, што значи да важи општи рок жалбе на решење од три дана.

Приликом одузимања предмета назначиће се где су пронађени и описаће се, а по потреби ће се и на други начин обезбедити утврђивање њихове истоветности. За одузете предмете издаће се потврда.

За разлику од физичких лица, **државни органи** могу ускратити показивање или издавање својих списка и других исправа ако сматрају да би објављивање њихове садржине било од *штете за опште интересе*. У случају да државни органи користе ову могућност коначну одлуку доноси ванрасправно судско веће.⁷³⁰ Када је у питању одузимање списка од предузећа или других правних лица они могу захтевати да се не објаве подаци који се односе на њихово пословање. О том захтеву одлучује, такође, ванрасправно судско веће.

Закон је посебно регулисао **одузимање списка** који могу послужити као доказ у кривичном поступку. Пре свега, извршиће се њихов попис, а кад то није могуће списи ће се ставити у омот и запечатити. На омот ових списка њихов власник може ставити и свој печат. Ово нарочито долази до изражаја приликом откривања кривичних дела привредног криминалитета. За отварање и разгледање ових списка важе, такође, посебна правила. Лице од кога су списи одузети позваће се да присуствује отварању омота, ако се оно не одазове позиву или је одсутно, тада ће се омот отворити, а списи прегледати и пописати у његовом одсуству. Закон, такође, прописује да се **при прегледању списка мора водити рачуна да њихов садржај не сазнају неовлашћена лица**, чиме се између осталог **штити и право на приватност** лица од којег се предмети привремено одузимају.

⁷²⁸ Ове казне не могу се применити према окривљеном и лицима која су по ЗКП-у ослобођена дужности сведочења. Предмети се у тим случајевима прибављају претресањем.

⁷²⁹ М.Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2006. год., стр.267.

⁷³⁰ Против одлуке већа жалба није дозвољена

1.3. «Судбина» одузетих предмета

Пре свега, ако дође до обуставе кривичног поступка ови предмети ће бити враћени власнику, односно њиховом држаоцу, под условом да не постоје разлози за њихово трајно одузимање (разлози опште безбедности). Привремено одузети предмети ће бити враћени власнику, односно држаоцу, и пре окончања кривичног поступка ако престану разлози за њихово одузимање. Када је реч о органима унутрашњих послова, ЗКП прописује да су они дужни да привремено одузете предмете одмах врате власнику или држаоцу ако кривични поступак не буде покренут, односно ако у року од три месеца не поднесу кривичну пријаву надлежном јавном тужиоцу (чл.238 ст.2 ЗКП).

У случају *Смирнова против Русије*⁷³¹ из 2003.г., упутилац поднеска ухапшена је због неколико учињених превара. Том приликом, одузет јој је пасош на период од четири године. Она је тврдила да је због одузимања пасоша доживела низ непријатности, попут одбијања да јој се пружи бесплатна медицинска помоћ, одбијања инсталирања телефонске везе, одбијање регистрације брака, као и плаћање новчане казне што приликом једне провере није могла да покаже пасош полицајцу. Суд је пронашао да је у овом случају веома важна чињеница да руски правни систем захтева од грађана пружање на увид пасоша у бројним активностима. Зато је и **одузимање пасоша представљало трајну сметњу уживању приватног и породичног живота** особе у питању, а пре свега поштовање њеног физичког и моралног интегритета.

1.4. Нови ЗКП

1.4.1. Материјални и формални услови за привремено одузимање предмета

Материјални услови за привремено одузимање предмета изчл.147 ст.1 новог ЗКП исти су као и *материјални услови* из чл.82 ст.1 важећег ЗКП-а, и алтернативно и односи на :

- 1) Предмете који се по Кривичном законнику имају одузети
- 2) Предмете који могу послужити као доказ у кривичном поступку

Формални услови за привремено одузимање предмета јсу:

- 1) наредба суда ако се ради о привременом одузимању средстава која су предмет сумњиве трансакције
- 2) захтев органа поступка

За разлику од чл.82 ст.5 важећег ЗКП-а у чл.147 и 148 новог ЗКП-а нису предвиђени случајеви у којима овлашћена службена лица органа унутрашњих послова могу привремено одузети поједине предмете самостално, тј. *и без формалног захтева суда или јавног тужиоца.*

⁷³¹ *Smirnova v Russia* (No.46133/99;48183/99), 2003

Сматрамо да је у новом ЗКП-у било оправдано задржати решење из чл. 82 ст.5 важећег ЗКП-а и органе унутрашњих послова *изричито* самостално овластити за привремено одузимање предмета у два случаја:

- Када врше одређене активности у предистражном поступку због постојања основа сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, а пре свега, када извршавају потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага, или када у присуству одговорног лица прегледају одређене објекте и просторије правних лица (чл.286 новог ЗКП-а, слично као и овалшћења полиције у преткривичном поступку из чл.224 важећег ЗКП-а).
- Када постоји опасност од одлагања, а у питању су предмети који се по кривичном законнику имају одузети, као и они који могу послужити као доказ у кривичном поступку. (такво решење постоји у чл.238 важећег ЗКП-а али није преузето у нови ЗКП).

1.4.2. Дужности држаоца предмета

Према чл.148 новог ЗКП-а држалац предмета који се по кривичном законнику имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку, дужан је да органу поступка:

1. омогући приступ предметима,
2. пружи обавештења потребна за употребу предмета,
3. да предмете на захтев органа **преда**.

Од дужности предаје предмета на основу чл.19 ст.1 тачка 1 и 2 новог ЗКП-а ослобођени су:

- 1) окривљени,
- 2) лице које би својим исказом повредило дужност чувања тајног податка, док надлежни орган, односно лице органа јавне власти не опозове тајност податка или га не ослободи те дужности,
- 3) лице које би својим исказом повредило дужност чувања професионалне тајне (верски исповедник, адвокат, лекар, бабица и др.), осим ако је ослобођено те дужности посебним прописом или изјавом лица у чију је корист установљено чување тајне.

Међутим, ослобођење од дужности предаје ствари једино је код окривљеног *апсолутног карактера*, док је код лица из тачке 2 и 3 (односно код лица из чл.93 тачка 1 и 2 новог ЗКП-а) ослобођење од дужности предаје ствари само *релативног карактера*, пошто им суд на предлог окривљеног или његовог браниоца ипак може наредити предају ствари (чл.149 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а).

За разлику од чл. 83 важећег ЗКП-а, у новом ЗКП-у **није предвиђена могућност** да државни органи могу ускратити показивање или издавање својих списа и других исправа ако сматрају да би објављивање њихове садржине било од штете за опште интересе, тј. да у таквом случају коначну одлуку доноси веће.

1.4.3. Могуће санкције

На основу чл.148 ст.2 новог ЗКП-а лице које држи предмете који се по кривичном закону имају одузети или који могу послужити као доказ у кривичном поступку, а које **одбије** да:

1. омогући приступ предметима,
2. пружи обавештења потребна за употребу предмета,
3. да предмете на захтев органа **преда**

јавни тужилац и суд може **новчано казнити до 150.000,00 динара**, а ако лице и после тога одбије да испуни своју дужност, **може га још једном казнити истом казном**.

Пошто је на основу чл.149 ст.1 тачка 1 новог ЗКП - а окривљени ослобођен само од дужности предаје ствари, то значи да на основу чл.148 ст.2 новог ЗКП-а и окривљени може бити новчано кажњен ако одбије да омогући приступ предметима или ако одбије да пружи потребна обавештења за њихову употребу.

С обзиром да на основу чл.68 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а, окривљени има право да ништа не изјави или да ускрати одговор на поједино питање, могућност новчаног кажњавања окривљеног ако одбије да омогући приступ предметима а посебно ако одбије да пружи потребна обавештења за употребу, значило би повреду права окривљеног из чл.68 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а да ништа не изјави или да ускрати одговор на поједино питање.

Стога сматрамо да је у чл.149 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а требало предвидети да окривљени поред ослобођења од дужности предаје предмета буде ослобођен и од дужности омогућавања приступа предметима а посебно од дужности пружања обавештења која су потребна за њихову употребу.

Лица која имају *релативно ослобођење од дужности предаје ствари* (лица из чл.93 тачка 1 и 2 новог ЗКП-а) могу бити новчано кажњена у сва 3 случаја: ако одбију да омогуће приступ предметима, ако одбију да пруже обавештења потребна за употребу предмета, па и ако по одбију да предмете предају, али само ако то одбију након наредбе суда по предлогу окривљеног или његовог браниоца.

Разлика између чл.82 ст.3 важећег ЗКП-а и чл.148.ст.2 новог ЗКП-а је у томе што је на основу чл.82 ст.3 важећег ЗКП-а новчано кажњавање могуће само у случају одбијања предаје предмета, а на основу чл. 148 ст.2 новог ЗКП-а новчана кажњавање осим случаја одбијања предаје предмета могуће је и у случају одбијања омогућавања приступа предметима, као и у случају одбијања пружања обавештења потребних за употребу предмета.

Разлика је и у висини новчане казне. На основу чл.82 ст.3 важећег ЗКП-а висина казне која се после првог односно после поновљеног одбијања може изрећи је **100.000. динара**, а на основу чл. 148 ст.2 новог ЗКП-а висина казне која се после првог односно после поновљеног одбијања може изрећи је **150.000. динара**.

1.4.4. «Судбина» одузетих предмета

Једина разлика између чл.86 важећег ЗКП-а и чл. 151 новог ЗКП-а по питању «судбине» одузетих предмета је у томе што се на основу чл.151 ст.2 новог ЗКП-а привремено одузети предмет може вратити држаоцу и пре престанка разлога због којег је одузет ако је предмет неопходно потребан држаоцу, уз обавезу да га на захтев органа поступка донесе. На основу чл.151 ст.3 новог ЗКП-а предвиђена је изричита обавеза јавног тужиоца и суда да по службеној дужности пазе на постојање разлога за привремено одузимање предмета.

2. Телесни преглед осумњиченог и трећих лица

Према чл.131 ст.1 ЗКП телесни преглед осумњиченог или окривљеног предузеће се и без његовог пристањака ако је потребно да се утврде чињенице важне за кривични поступак. Телесни преглед других лица може се без њиховог пристањака предузети само онда ако се мора утврдити да ли се на њиховом телу налази одређени траг или последица кривичног дела.

Телесни преглед окривљеног и телесни преглед трећег лица није исто што и лични претрес. То је, у ствари, увиђај над лицем, за разлику од увиђаја на стварима, који може бити спојен са вештачењем.⁷³² Услови за преглед трећих лица знатно се разликују од услова за преглед осумњиченог и окривљеног.

"Друга лица" о којима је реч уставу 1 могу бити оштећени и сведоци. Без пристањака трећег лица преглед тела може се вршити само ради утврђивања да ли се на њиховом телу налази одређени траг или последица кривичног дела.

Над осумњиченим и окривљеним у сваком случају, а над трећим лицем са његовим пристањком, телени преглед се може вршити и ради других утврђивања, на пример утврђивања старости (кад је то потребно, а нема других могућности), одређених стања (трудноће, нпр.) и сл.

⁷³² Т.Васиљевић; М.Грубач, *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2010.г., стр.283.

Над сведоком који по Законику није дужан да сведочи, односно који је ослобођен од те дужности може се извршити телесни преглед, односно вештачење и без његовог пристанка.

Одредбе које постоје при претресању стана или лица, да процесној радњи присуствују сведоци, овде не постоје (по члану 251 ЗКП могу присуствовати бранилац и тужилац), **нити је предвиђено да преглед лица може вршити само лице истог пола**. Иако ситуација није једнака, то би се, **ради заштите права на приватност**, уколико је уопште могуће, морало предвидети. Одредба чл.79 ст.7 ЗКП, која важи за претресање, тј. да ће се та радња вршити обазриво, уз поштовање достојанства личности и права на интимност, **ради заштите права на приватност важиће и у овом случају**.

У чл.131 ст.2 ЗКП предвиђено је да се узимању узорача крви и предузимању других медицинских радњи које су по правилу медицинске науке неопходне ради анализе и утврђивања других чињеница важних за кривични поступак, може приступити и без пристанка лица које се прегледа, изузев ако би због тога наступила каква штета по његово здравље. У погледу узимања крви и других медицинских радњи не чини се разлика у погледу тога да ли се предузимају над осумњиченим и окривљеним или над трећим лицима.

Законик сматра да узимање крви од осумњиченог и окривљеног не вређа његов положај субјекта кривичног поступка, и да не дира у његово право одбијања исказа, па га за остала лица искључује само ако се противи здравственим разлозима. Пристанак трећег лица овде се не тражи, па ни пристанак возача који је под сумњом да је возио у алкохолисаном стању.

Одредба 131. ст. 2 ЗКП установљава, у ствари, посебну обавезу за осумњиченог и окривљеног као и трећа лица да се подвргну вештачком испитивању, односно да дозволе узимање материјала за такво испитивање.

По одредбама *Закона о безбедности саобраћаја на путевима*, овлашћено лице органа унутрашњих послова приликом контроле саобраћаја може да предузме мере за утврђивање алкохола и /или психоактивних супстанци код учесника у саобраћају (чл.278 ст.2 ЗОБС-а). Полицијски службеник може возача (и пешака који непосредно угрожава безбедност саобраћаја) да подвргне испитивању помоћу одговарајућих средстава и апарата (алкометар, дрога тест и др.), или да га упути на стручни преглед ради проверавања да ли има алкохола у организму и да ли показује знаке алкохолне поремећености, односно да ли се налази под дејством дрога или психоактивних супстанци (чл.280 ЗОБС-а). Возач или пешак је дужан да без одлагања поступи по налогу овлашћеног лица и да омогући испитивање.

Преглед тела и узимање узорака крви као и предузимање других медицинских радњи наређује истражни судија у покренутом поступку, али истражни судија то може наредити и пре покренутог поступка по чл.239⁷³³ и 240⁷³⁴ ЗКП.

Наведене радње могу наредити и органи унутрашњих послова када је извршено кривично дело за које је прописана казна затвора о десет година, ако радње не трпе одлагање а истражни судија није у могућности да одмах изађе на лице места. (чл 131 ст.3 у вези чл. 238 ст.3 ЗКП).

У чл.131 ст.4 ЗКП предвиђено је да није дозвољено да се према осумњиченом, окривљеном или сведоку примене медицинске интервенције или да им се дају таква средства којима би се утицало на њихову свест и вољу при давању исказа. Одредба става 4 је више основно начело кривичног поступка, но одредба која би се односила на вештачење. Одредба је стављена међу одредбе о вештачењу због тога што је за примену недопуштених мера и метода по правилу потребна сарадња стручњака.⁷³⁵

Савезни врховни суд је констатовао да је недопуштена и супротна основним начелима кривичног поступка свака примена наркоанализе према окривљеном у кривичном поступку, па и у случају када се окривљени који се у такво стање доводи не испитује директно о инкримисаном делу, и кад испитивање не врши истражни орган већ то ради орган здравствене службе.⁷³⁶

Будући да су таква испитивања забрањена, њихова примена представља кривично дело изнуђивање исказа из чл.136 КЗ.

⁷³³ Кад је учинилац кривичног дела непознат истражни судија на предлог јавног тужиоца може, уколико је то с обзиром на околности случаја неопходно или целисходно, предузети поједине истражне радње и пре покретања истраге. Ако се истражни судија не сложи са предлогом јавног тужиоца, затражиће да о томе одлучи веће (чл.24 ст.6).

⁷³⁴ Истражни судија надлежног суда, као и истражни судија нижег суда на чијем је подручју извршено кривично дело, може пре доношења решења о спровођењу истраге предузети поједине истражне радње за које постоји опасност од одлагања, али о свему што је предузето мора обавестити надлежног кавног тужиоца.

⁷³⁵ Т.Васиљевић; М.Грубач, *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2010.г., стр.284.

⁷³⁶ Одлука Кж.8/58 од 11. 06.1958.г.

3. Нови ЗКП

3.1. Узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицински радњи

Услови за телесни преглед **осумњиченог** и трећих лица на основу чл.131 ст.1 и 2 важећег ЗКП-а исти су као и услови за *узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицинских радњи са окривљеног* и трећих лица на основу чл.141 ст.1 и 2 новог ЗКП-а.

На основу чл.141 ст.4 новог ЗКП-а изричито је наглашено да узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицинских радњи **предузима здравствени радник**.

Код доказне радње телесног прегледа осумњиченог из чл.131 важећег ЗКП-а, као и **код доказне радње узимања узорока биолошког порекла из чл.141 новог ЗКП-а**, није предвиђено да телесни преглед неког лица односно узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицинских радњи на неком лицу може вршити само здравствени радник који је истог пола као и лице са кога се узорци узимају односно лице на коме се предузимају друге медицинске радње. То би се, ради заштите права на приватност, морало предвидети.

Са становишта права на приватност значајна новина је и да је у чл.141 ст.3 новог ЗКП-а предвиђено да се од окривљеног, оштећеног, сведока или другог лица ради утврђивања чињеница у поступку **може узети узорак гласа** или рукописа ради упоређивања.

Лице које без законског разлога (чл.141 ст.5 новог ЗКП-а):

1. члан 68 став1 тачка 2 новог ЗКП-а – окривљени који има право да ништа не изјави, ускрати одговор на поједино питање, слободно изнесе своју одбрану, призна или не призна кривицу)

2. члан 93 новог ЗКП-а – лица која су искључена од дужности сведочења

3. члан 94 став 1 новог ЗКП-а - лица која су ослобођена од дужности сведочења

4. члан 95 став 2 новог ЗКП-а – ослобођење сведока од дужности да одговори на поједино питање ако је вероватно да би тиме изложио себе или себи блиска лица тешкој срамоти, знатној материјалној штети или кривичном гоњењу

одбије да да узорак гласа или рукописа **суд** може казнити новчано до 150.000 динара.

Ослобођење наведене категорије лица од дужности давања узорка гласа или рукописа значајно је становишта заштите права на приватност. Наиме, да ова категорија лица није изузета од обавезе давања узорка гласа или рукописа радило би се о повреди права на приватност, јер и глас и рукопис спадају у вредности које су под заштитом права на приватност.

Дакле, из наведеног произилази да је давање узорка гласа или рукописа од стране окривљеног на добровољној бази јер се, на основу чл.141 ст.5 новог ЗКП-а, окривљени не може новчано казнити у случају да одбије да да узорак гласа или рукописа.

О жалби против решења којим је изречена новчана казна одлучује веће, али жалба не задржава извршење решења.

На основу чл.141 ст.1 и 2 новог ЗКП-а предвиђено је да се узимање узорака биолошког порекла може предузети на лицу које је у статусу окривљеног, док се доказна радња телесног прегледа из чл.131 важећег ЗКП-а може предузети и на лицу које је у статусу осумњиченог и на лицу које је у статусу окривљеног.

На основу чл.2 ст.1 тачка 1 овог ЗКП-а осумњичени је лице према коме је због постојања основа сумње да је учинило кривично дело надлежни државни орган у предистражном поступку предузео радњу прописану овим закоником и лице против кога се води истрага; а према тачки 2 истог члана окривљени је лице против кога је подигнута оптужница која још није потврђена, или против кога је поднет оптужни предлог, приватна тужба или предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, а главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције још није одређено, односно израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног.

Дакле, иако се израз окривљени на основу чл.2 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а употребљава као општи назив и за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног, да не би било недоумица, сматрамо да је исто као и у чл. 140 новог ЗКП који регулише узимање биометријских узорака и у чл.141 новог ЗКП-а који регулише узимање узорака биолошког порекла требало предвидети да се ова доказна радња може предузети и на осумњиченом и на окривљеном, јер ће доказна радња узимање узорака биолошког порекла, као и доказна радња узимања биометријских узорака, у највећем броју случајева бити предузимана у предистражном и истражном поступку у циљу прибављања доказа да лице које је у статусу осумњиченог стекне статус окривљеног.

3.2. Узимање узорака за форензичко-генетичку анализу

Са становишта права на приватност нови ЗКП у чл.142 уводи још једну нову доказну радњу – Узимање узорака за форензичко-генетичку анализу

Ради:

- 1) откривања учиниоца кривичног дела, или
- 2) утврђивања других чињеница у поступку,

јавни тужилац или суд може наредити узимање узорка за форензичко-генетичку анализу:

- 1) са места кривичног дела и другог места на коме се налазе трагови кривичног дела;
- 2) од окривљеног и оштећеног, а под условима предвиђеним у члану 141. став 2. овог законика, тј. и без њиховог пристанка, изузев ако би по њихово здравље наступила каква штета
- 3) од других лица ако постоји једна или више карактеристика која их доводи у везу са кривичним делом.

На основу чл.142 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а предвиђено је да се узимање узорака за форензичко-генетичку анализу, као и узимање узорака биолошког порекла, може предузети на лицу које је у статусу окривљеног.

На основу чл.2 ст.1 тачка 1 овог ЗКП-а осумњичени је лице према коме је због постојања основа сумње да је учинило кривично дело надлежни државни орган у предистражном поступку предузео радњу прописану овим закоником и лице против кога се води истрага; а према тачки 2 истог члана окривљени је лице против кога је подигнута оптужница која још није потврђена, или против кога је поднет оптужни предлог, приватна тужба или предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења, а главни претрес или рочиште за изрицање кривичне санкције још није одређено, односно израз који служи као општи назив за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног.

Дакле, иако се израз окривљени на основу чл.2 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а употребљава као општи назив и за осумњиченог, окривљеног, оптуженог и осуђеног, да не би било недоумица, сматрамо да је исто као и у чл. 140 новог ЗКП који регулише узимање биометријских узорака и у чл.142 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а који регулише узимање форензичко-генетичких узорака требало предвидети да се ова доказна радња поред окривљеног може предузети и на осумњиченом, јер ће доказна радња узимање форензичко-генетичких узорака, као и доказна радња узимања биометријских узорака, у највећем броју случајева бити предузимана у предистражном и истражном поступку у циљу прибављања доказа да лице које је у статусу осумњиченог стекне статус окривљеног.

Даље, на основу чл.142 ст.2 новог ЗКП-а, у одлуци о изрицању кривичне санкције која се састоји у лишењу слободе, **првостепени суд** може по службеној дужности одредити да се **узорак за форензичко-генетичку анализу узме од:**

- 1) окривљеног коме је за кривично дело учињено са умишљајем изречена казна затвора преко једне године;
- 2) окривљеног који је оглашен кривим за умишљајно кривично дело против полне слободе;
- 3) лица коме је изречена мера безбедности обавезног психијатријског лечења.

Највећи проблем ове нове доказне радње је што је чл.142 ст.3 у вези са чл.279 новог ЗКП-а предвиђено да се вођење евиденције о узетим форензичко-генетичким узорцима, њихово чување и уништавање уређује **подзаконским актом**, тј. актом о начину вођења казнене евиденције који доноси Влада.

Генетички узорци омогућавају увид у информације какве су расна и етничка припадност, затим постојање неких болести, што све нарушава право на приватност, а у догледној будућности могу постајати и други проблеми, поготово како истраживања у тој области буду напредовала.⁷³⁷

ДНК може служити за прецизно лоцирање сваког грађанина, као и генетско истраживање ван знања његовог имаоца. Да би се спречила употреба форензичко-генетичких узорака за потребе генетског истраживања ван знања имаоца, законом се мора предвидети да се форензичко-генетички узорак уништи пошто је искоришћен за потребе кривичног поступка тј. 1) ради откривања учиниоца кривичног дела или 2) утврђивања других чињеница у поступку.

Стога вођење евиденције о узетим форензичко-генетичким узорцима, њихово чување и уништавање мора бити прецизно регулисана законом⁷³⁸, а не подзаконским актом као што је предвиђено у чл.142 ст.3 новог ЗКП-а.

4. Пракса европског суда за људска права

Обавезан медицински третман потпада под заштиту чл.8 ЕКЉП. Ово се односи на крвне и уринарне тестове који су наметнути затвореницима да би се проверила употреба дроге, алко тест за возаче,⁷³⁹ обавезно вакцинисање, зубни третман или обавезно узимање хране.⁷⁴⁰ Такође, Суд је јасно ставио до знања у случају *F против Турске* из 2003.г., да тело појединца представља најинтимнији вид његовог приватног живота. Тако и обавезан медицински преглед (у овом случају присилан гинеколошки преглед у време притвора) чак и кад је миноран, представља ометање појединчевог права на приватност. Међутим, већина принудних медицинских интервенција биће оправдана, уколико су учињене да би се заштитило здравље или права заједнице у целини.⁷⁴¹

Свлачење због претреса или **ректални преглед** могу довести до кршења чл.8 ЕКЉП, али одговорност државе неће постојати уколико је мера учињена из разлога безбедности. Према томе, преглед свлачењем може бити оправдан уколико с у некој затворској јединици често наилазило на опасне предмете,⁷⁴² а да није постојао физички контакт затвореника са спољним светом, нити присуство трећег службеника.

⁷³⁷ А.М. Froomkin, The Uneasy Case for National ID Cards, Draft, University of Miami School of Law, март 2004, стр.9 Студија је преузета са адресе: [http://www. Personal.law.miami.edu/-fromkin/articles/IDI.pdf](http://www.Personal.law.miami.edu/-fromkin/articles/IDI.pdf).

⁷³⁸ Видети “The police National DNA Database» организације «Genewatch» на адреси: http://www.genewatch.org/uploads/f03c66a9b354535738483c1c3d49e4/leaflet_dna_police_small_1.pdf.

⁷³⁹ *Botta v Italy* (No.21439/93),1998.

⁷⁴⁰ *Herczegfalvy v Austria* (No.10533/83),1992.

⁷⁴¹ *Herczegfalvy v Austria* (No.10533/83),1992

⁷⁴² *McFeely v the United Kingdom* (1980).

У пресуди у случају *Matter против Словачке*,⁷⁴³ суд је сматрао да присилно одвођење појединца у психијатријску болницу ради контроле душевног здравља није било несразмерно, и да је било у складу са чл.8 ст.2 ЕКЉП. Предлагач је патио од параноидне психозе.

У случају *Raninen против Финске*, Суд је утврдио да није доказано да је стављање лисица на руке утицало на предлагачево физичко или душевно стање и да је циљ био да се он понизи.

У овим околностима Суд не сматра да постоје елементи који омогућују да се установи да поступак на који се предлагач жали подразумева штетне последице по физички или морални интегритет да би се то сматрало мешањем у право предлагача на поштовање приватног живота које је зајемчено чланом 8 ЕКЉП. Према томе, Суд сматра да није прекршена ова одредба.⁷⁴⁴

5. Фотографисање, узимање отисака прстију и јавно објављивање фотографије осумњиченог

На основу чл. 231.ст.2.ЗКП органи унутрашњих послова могу, кад је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима од интереса за успешно вођење поступка, фотографисати **осумњиченог**, узети отиске његових прстију, **јавно објавити фотографију осумњиченог** и предузети друге радње потребне за утврђивање идентитета. За предузимање ових радњи потребно је претходно **одобрење истражног судије**. Слично је предвиђено и у чл.246 ст.4 ЗКП.⁷⁴⁵

Насупрот томе, на основу чл.231.ст.3.ЗКП органи унутрашњих послова могу, уз претходно **одобрење јавног тужиоца**, узимати отиске прстију од **лица** за која постоји вероватноћа да су могла доћи у додир са појединим предметима, ако је потребно да се утврди од кога потичу отисци на тим предметима.

Главна разлика између ове две радње је у томе што се радње из чл.231.ст.2.ЗКП на основу **одобрења истражног судије** предузимају према лицу које је у статусу **осумњиченог**, док се радње из чл.231.ст.3 ЗКП на основу **одобрења јавног тужиоца** предузимају **према лицу које још увек није у статусу осумњиченог** (што не значи да овај статус неће добити након предузимања радње, тј. након узимања отисака прстију).

⁷⁴³ *Matter v Slovakia*, Пресуда од 05 јула 1999.г., поднесак бр.31534/96, ставови 62-71.

⁷⁴⁴ Слично је и у пресуди *Stubbings и други против Уједињеног Краљевства* од 22 октобра 1996.г.

⁷⁴⁵ Где је предвиђено да на захтев или по одобрењу истражног судије, органи унутрашњих послова могу фотографисати окривљеног или узети отиске његових прстију, ако је то потребно за сврхе кривичног поступка.

Лице према коме је предузета нека од радњи из овог члана има право да поднесе притужбу надлежном јавном тужиоцу или непосредно вишем органу унутрашњих послова (чл.231 ст.4 ЗКП).

Као што је већ наведено, на основу чл. 231 ст.2 ЗКП предвиђено је да органи унутрашњих послова између осталог могу јавно објавити фотографију осумњиченог и предузети друге радње потребне за утврђивање идентитета. Питање које се јавља је да ли органи унутрашњих послова фотографију осумњиченог могу објавити само ради утврђивања његовог идентитета или у друге сврхе. Према садашњем тексту ЗКП произилази да органи унутрашњих послова могу јавно објавити фотографију осумњиченог не само ради утврђивања идентитета већ и у друге сврхе⁷⁴⁶, јер је предметном одредбом ЗКП-а предвиђено да се наведене мере могу предузети и у другим случајевима **од интереса за успешно вођење поступка.**

Према чл. 569 ст.2 ЗКП, ради обавештавања јавности о потерници⁷⁴⁷ или објави могу се користити средства јавног обавештавања.

Ван оквира кривичног поступка је и евентуално расписивање потернице према лицима за којима органи унутрашњих послова трагају, у оквиру своје полицијске делатности откривања и хватања учинилаца кривичног дела (чл.225 ст.2 ЗКП) према којима тек треба да се отвори кривични поступак.⁷⁴⁸

Међутим, према пракси европског суда за људска права, полиција не може јавно објавити фотографије ухапшеног лица. Одговорност може настати када полиција преда слику медијима, сачињену у тренутку хапшења појединца који се налази у кућном притвору, ради јавног објављивања (случај *Sciacca v Italy*).⁷⁴⁹ У оваквој ситуацији, према мишљењу Суда полиција је прекршила право на приватност и то се посматра одвојено од одговорности медија који су слику објавили.

⁷⁴⁶ Рецимо ради дојаве грађана где се налази осумњичено лице чији је идентитет познат али је лице у бекству.

⁷⁴⁷ Издавање потернице може се наредити када се окривљени против кога је покренут кривични поступак због кривичног дела за које се гони по службеној дужности и за које се по закону може изрећи казна од три године или тежа казна налази у бекству, а постоји наредба за његово довођење или решење о одређивању притвора. Издавање потернице наређује суд пред којим се води кривични поступак. Издавање потернице наредиће се и у случају бекства окривљеног из установе у којој издржава казну, без обзира на висину казне, или бекства из установе у којој издржава заводску меру везану за лишење слободе. Наредбу у таквом случају издаје управник установе. Наредба суда или управника установе за издавање потернице доставља се органима унутрашњих послова ради извршења (чл.566 ЗКП).

⁷⁴⁸ Т.Васиљевић; М.Грубач, *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, Београд 2010.г., стр.1066.

⁷⁴⁹ *Sciacca v Italy* (No.50774/99), 2005.

5.1. Нови ЗКП

У чл. 140 новог ЗКП-а дефинише се доказна радња узимања биометријских узорака. На основу чл.140 ст.1 новог ЗКП-а, **у циљу утврђивања чињеница у поступку од осумњиченог се могу и без пристанка** узети отисци папиларних линија и делова тела, букални брис и лични подаци, саставити лични опис и направити фотографија (форензичка регистрација осумњиченог).

На основу чл.140 ст.4 новог ЗКП-а ову радњу по наредби јавног тужиоца или суда предузима стручно лице, што ће најчешће бити овлашћена лица лица органа унутрашњих послова.

Осим од осумњиченог, отисци папиларних линија и делова тела и букални брис, на основу чл. 140 ст.3 новог ЗКП-а, могу се узимати и **од трећих лица** без њиховог пристанка, ако су затечена на месту кривичног дела ради отклањања сумње о повезаности са кривичним делом (што не значи да трећа лица након предузимања ових радњи не могу да стекну статус осумњиченог). И ове радње по наредби јавног тужиоца или суда предузима стручно лице органа унутрашњих послова.

На основу чл. 140 ст.2 новог ЗКП-а, кад је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима од интереса за успешно вођење поступка, **суд може одобрити да се фотографија осумњиченог јавно објави. Разлози и начин јавног објављивања фотографије осумњиченог** (кад је то неопходно ради утврђивања истоветности или у другим случајевима од интереса за успешно вођење поступка, уз одобрење суда) исти су као и у чл.231 ст.2 важећег ЗКП-а.

Пошто је **јавно објављивање фотографије** много већи удар на право на приватност него претходне радње (узимање отисака папиларних линија и делова тела, букални брис и лични подаци, сачињавање фотографије), за предузимање ове радње претходно се с правом захтева **одобрење суда**.

5.2. Криминалистички аспект фотографисања и узимање отисака прстију (криминалистички аспект биометријских података)

Током прошлог века класична дводимензионална **слика лица креирана помоћу фотографског апарата** уводи се у велики број земаља као саставни део најбитнијих докумената. **Отисци прстију** у криминалистици први пут почињу да се користе у 19.веку,⁷⁵⁰ док у 20 веку доживљавају праву експанзију у употреби у криминалистичким базама података.⁷⁵¹

Крајема 20. и почетком 21.века листа биометријских података и начин њихове обраде значајно се проширује због могућности које нуде савремене информационе технологије. Данашњи комерцијално расположиви биометријски системи идентификације могу имати могућност обраде **слика лица из неколико перспектива, дигиталног отиска прстију** (с фиксирањем кључних тачака и превоја),⁷⁵² облика руке, шаке и прстију, **својеручног потписа у дигиталном облику**⁷⁵³ (који поред простог графичког облика може инкорпорирати и специфичну динамику писања)⁷⁵⁴, скена очне рожњаче.⁷⁵⁵

⁷⁵⁰ M.Crompton, «Biometrics and Privacy: The End of The World We Know It or The White Knight of Privacy?» ауторизована и публикована верзија излагања аустралијанског комесара за приватност на конференцији «Biometrics – Security and Authentication», одржаној у Сиднеју 20 марта 2002, стр.4. Документ је преузет са адресе: <http://www.privacy.gov.au/news/speches/sp80notes.pdf> – Аутор наводи да је француски полицајац Алфонс Бертиљон (Alphonse Bertillion) први искористио биометријски отисак за полицијске сврхе. То је било 1879. године. Бертиљон је тада сугерисао да се за прецизну идентификацију људи могу користити мере различитих делова тела.

⁷⁵¹ T.Bunyan, «While Europe sleeps», *ECLN Essays no 11*, 2005, стр.4. Есеј је преузет са адресе: <http://www.statewatch.org/news/2005/Oct/ecln/essay-11.pdf> - Највећу базу отисака прстију данас поседује ФБИ и она броји око 45 милион отисака везаних за криминалне досијее или места злочина.

⁷⁵² D.Dessimoz, Cristophe Champod, Jonas Ricihardi, Andrzej Drygajlo, *Multimodal Biometrics for Identity Document State-of-the-Art*, Research Report, PFS 341-08.05, Version 2.0 , 2006, Студија је преузета са адресе http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/90_264_file.pdf. Скр. MBID

⁷⁵³ Својеручни потпис пребачен у дигитални облик (дигитализован) не треба мешати са тзв.електронским потписом. Први представља биометријски идентификатор активног типа који се може користити за физички идентификацији конкретног лица, док други нема никакве везе са графичким обликом и представља електронску аналогију својеручног потписа, а примену има код успостављања тзв.електронског идентитета. Њиме се, рецимо, постиже сигурност коришћења документа у електронској форми. С тим у вези, оно што је обичан потписа на папирним документима у клаисчном пословању, то је квалификовани електронски потпис у електронском пословању, с том разликом што електронски потпис садржи заштитне механизме који штите интегритет потписане поруке. Суштинске ствари које квалификовани електронски потпис обезбеђује јесу идентитет корисника у електронским трансакцијама, интегритет поруке за коју је везана и непорецивост.

⁷⁵⁴ R.Clarke, «*Biometrics and Privacy*» Рад је преузет са адресе <http://www.wanu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/Biometrics.html>.

⁷⁵⁵ S. G. Davies, «Touching Big Brother: How biometric technology will fuse flesh and machine» *Privacy international*, 1996. Чланак је преузет са адресе: [http://www.privacyinternational.org/article.html?cmd\(347\)-61904](http://www.privacyinternational.org/article.html?cmd(347)-61904).

Најсавременији биометријски системи идентификације иду од генерисања тродимензионалног модела лица и препознавања распореда вена, до анализе ДНК структуре, детекције мириса и специфичних хемијских својстава коже за сваког човека.⁷⁵⁶ **Слика у дигиталном формату** најчешће се узима из неколико перспектива и носи одређен број фацијалних информација (размак између зеница, физичке карактеристике носа, јагодица и слично).

Узевши све наведено у обзир, биометријске податке можемо поделити на оне који одређују физиолошку компоненту (тј. пасивну, у коју спадају фиксиране особине организма какви су отисци, скен рожњаче итд.), и на оне који одређују компоненту понашања (тј. активну, у коју спадају потпис, динамика тела и сл.).⁷⁵⁷ Гранични тип биометрије је тзв. мека (*soft*) биометрија, која даје биолошке информације помоћу којих се не може направити прецизна разлика у односу на друге људе (пол, боја очију, косе, висина итд.), али се често користе као комплементаран скуп информација.⁷⁵⁸ Додатно, треба знати да су неки биометријски подаци више, а неки мање променљиви током времена (фацијални подаци спадају у прву категорију, док се скоро непроменљива ДНК структура спада у другу).⁷⁵⁹

Истраживања показују да постоји психолошки отклон код одређеног броја грађана, који је највећи код узимања скена рожњаче, а најмањи код препознавања гласа.⁷⁶⁰ У западној литератури то се означава ка «проблем интрузивности» биометријских технологија (**тј. наметљивости у контексту нарушавања аутономије приватности**).

Занимљиво је да неки серијски производи поседују скенер за биометријску проверу идентитета корисника (најчешће је у питању скен јагодице прста) ради спречавања неовлашћеног коришћења. То је приметно код најновијих модела аутомобила и скупљих преносних рачунара, мада не наилази на посебно одобравање купаца, поготово због непријатних искустава из праксе. У Куала Лумпур, 28. марта 2005. године, ауто-мафија је прво присилила власника аутомобила са биометријским системом откључавања да својим отиском прста активира аутомобил, а потом му је одсекла прст.⁷⁶¹

⁷⁵⁶ P.E.Schmitz, R. Tavano, J. Lodge, R. Huijgens & al., *Biometrics in Europe - Trend Report 2006*, Брисел 2006, стр.22. Студија је преузета са адресе http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/112_165_file.pdf. У даљем тексту BETR.

⁷⁵⁷ FIDIS, D3.2 *A study on PKI and biometrics*, стр.21. Студија преузета са адресе: <http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d32/>. FIDIS D3.2 - FIDIS (Future of Identity in the Information Society) јесте пројекат ЕУ чији конзорцијум чине престижне европске академске установе.

⁷⁵⁸ FIDIS, D3.2 *A study on PKI and biometrics*, стр.18.

⁷⁵⁹ A.M.Froomkin, *The Uneasy Case for National ID Cards*, Draft, University of Miami School of Law, март 2004, стр.6. Студија је преузета са адресе: <http://www.personal.law.miami.edu/~fromkin/articles/IDI.pdf>.

⁷⁶⁰ P.E.Schmitz, R. Tavano, J. Lodge, R. Huijgens & al., *Biometrics in Europe - Trend Report 2006*, Брисел 2006, стр.15. Студија је преузета са адресе http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/112_165_file.pdf. У даљем тексту BETR.

⁷⁶¹ FIDIS, D3.2 *A study on PKI and biometrics*, стр.21. Студија преузета са адресе: <http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d32/>. FIDIS D3.2 - FIDIS (Future of Identity in the

Посебан отпор јавља се код узимања ДНК као биометријског податка, мада чак и неке западне земље одавно спровode репресиван режим по овом питању. Јавности је углавном познато да ДНК база података коју британска влада води броји приближно 3,5 милиона узорака (а постоје прогнозе да би у догледно време могла да нарасте и на 25% популације), јер полиција узима узорке независно од почињеног незаконитог акта (од војње у пијаном стању до убиства)⁷⁶²

Психолошка баријера са ДНК као биометријским идентификатором је што омогућава увид у информације какве су расна и етничка припадност, затим у постојање неких болести (што је мана и код скена режњаче), што све **нарушава право на приватност**, а у догледној будућности могу постајати и други проблеми, поготово како истраживања у тој области буду напредовала.⁷⁶³ ДНК може служити за прецизно лоцирање сваког грађанина, као и **генетско истраживање ван знања његовог имаоца**. Да би се спречила употреба ДНК за потребе генетског истраживања ван знања имаоца, предлаже се да се ДНК узорак уништи пошто је искоришћен за потребе идентификације. Даље се предлаже да базе података ДНК не треба перманентно водити за све грађане (мора постојати одређени рок), већ само за доказане убице и силоватеље. Подразумева се да ова област мора бити прецизно регулисана законом.⁷⁶⁴

Последња врста психолошко отклона везана је за стари страх од повреда. Тај страх је приметан код скена рожњаче (јер се неки људи плаше озледе ока) или давања отисака прста на скенеру (због страха од кожних болести).⁷⁶⁵

Опасности од коришћења података за биометријску идентификацију иду у дав правца. Кључни проблем лежи у чињеници да биометријски подаци (начелно) остају такви какви јесу до краја живота, за разлику од осталих типова података које човек током живота може променити (адреса, број платне картице, запослење...). То практично значи да човек коме је биометрија једном украдена више не може бити заштићен од будуће крађе – покраден је завек.⁷⁶⁶

Information Society) јесте пројекат ЕУ чији конзорцијум чине престижне европске академске установе.

⁷⁶² EDRI, (European Digital Rights) «UK DNA Database under scrutiny», EDRI – gram4.21. Вест од 08.11.2006.г. преузета ке са адресе http://www.edri.org/edriagram/number_4.21/uk-dan.

⁷⁶³ А.М. Froomkin, The Uneasy Case for National ID Cards, Draft, University of Miami School of Law, март 2004, стр.9 Студија је преузета са адресе: <http://www.personal.law.miami.edu/~fromkin/articles/IDI.pdf>.

⁷⁶⁴ Видети “The police National DNA Database» организације «Genewatch» на адреси: http://www.genewatch.org/uploads/f03c66a9b354535738483c1c3d49e4/leaflet_dna_police_small_1.pdf.

⁷⁶⁵ А.М. Froomkin, The Uneasy Case for National ID Cards, Draft, University of Miami School of Law, март 2004, стр.9 Студија је преузета са адресе: <http://www.personal.law.miami.edu/~fromkin/articles/IDI.pdf>.

⁷⁶⁶ R. Clarke, «Biometrics and Privacy» Рад је преузет са адресе <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/Biometrics.html>.

Једном украден биометријски податак немогуће је изменити или заменити другим, јер он, у нормалним околностима, остаје готово идентичан (условно говорећи, у суштинском погледу).⁷⁶⁷ После крађе овог типа податка немогуће је обезбедити нови и другачији.⁷⁶⁸

Случајеви крађе идентитета могу се драматично завршити по оштећену особу.⁷⁶⁹ Постоји више документованих случајева у којима су лојални грађани једног друштва били привођени у полицију или притварани због намерне или ненамерне замене отисака прстију.⁷⁷⁰ Зато стручњаци за безбедност наводе да је недопустиво складиштење класичне детаљне биометрије обичних грађана, већ само упрошћене и кодиране шеме у виду тзв. шаблона (*template*),⁷⁷¹ који не могу бити искоришћени за укрштање са базама детаљне биометрије које треба да се воде само у случају криминалних досијеа.

Друга ситуација је да постоји и могућност злоупотребе биометријских података тако што би се права биометрија заменила лажном (преко контактних сочива у случају сцена рођаче или коришћењем отисака чак и мртвог човека у случају отисака прстију).⁷⁷²

С обзиром на то да је могуће нанети туђи биометријски отисак на желатинасту масу, питање је да ли ће пракса показати случајеве издавања вишеструких докумената са замењеним идентитетом с обзиром на то да све стоји на савести службеника.⁷⁷³

⁷⁶⁷ EPIC (Electronic Privacy Information Center) *Annual report 2004-2005*, стр.16. «Лако је заменити број кредитне картице или социјалног осигурања, али како заменити свој отисак прста, глас или рођачу?» Извештај је преузет са адресе: http://www.epic.org/epic.annual_reports/2004.pdf.

⁷⁶⁸ G. Peev, «ID Cards will lead to massive fraud», *The Scotsman*, 18.10.2005.Чланак је преузет са адресе: <http://www.news.scotsman.com/index.cfm?id=2103982005>.

⁷⁶⁹ S.Mason, « Is there a need for identity cards?» стр.11. Чланак је преузет са адресе: http://www.compseconline.com/free_articles/cfs_IDcards.pdf.

⁷⁷⁰ E. A. Whitley, I. R. Hosein, I. O. Angeli,S. Davies, *Reflections on the academic policy analysis process and UK Identity Card scheme*, Department of Information Systems LSE, Лондон 2006. Студија наводи пример **Дерека Бонда (Derek Bond) из Бристола који је у Дурбану ухапшен фебруара 2003.г., за криминална дела која је починио криминалац из Лас Вегаса који је украо његов идентитет.** Студија је преузета са адресе: <http://is2.lse.ac.uk/wp/pdf/wp147.pdf>.

⁷⁷¹ FIDIS, D3.6 *Study on ID Documents*, стр.46. Студија преузета са адресе: <http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d36/>. Ово у смислу тога да се не складишти чист биометријски податак који касније може бити компромитован, већ нека врста виртуелног шаблона, маске с кључним тачкама која не може бити искоришћена за повреду интегритета особе на коју се односи јер не представља њену биометрију у ужем смислу. FIDISD3.2 - FIDIS (Future of Identity in the Information Society) јесте пројекат ЕУ чији конзорцијум чине престижне европске академске установе.

⁷⁷² House of Commons Science and Technology Committee, *Identity Card Technologies: Scientific Advice, Risk and Evidence*, Sixth Report of Session 2005-06, Лондон 2006, стр.13. Студија је преузета са званичног сајта британског парламента, из одељка посвећеног публикацијама, на адреси: адресе: <http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmstech/1032/1032.pdf>. скраћено НСИСТ.

⁷⁷³ London School of Economics and Political Science (LSE) *The Identity Project, An assessment of the UK Identity Cards Bill and its implications*, Version 1.09. Лондон, јун 2005.г., стр.110. Студија је преузета са адресе: <http://www.цсрц.лсе.ац.ук/идцард/идентитсрепорт.пдф>. Скраћено LSEIP.

Иако се сматра да на читачком пункту није могуће дати лажни биометријски податак, теоријски је то могуће коришћењем гумираног отиска, лажиране рожњаче на сочиву и маске лица, зависно од захтеваног идентификатора.⁷⁷⁴

Треба рећи да крађе идентификационих података могу бити учестале и у необиометријским системима идентификације, поготово у случајевима где постоји један специјални дистиктивни идентификатор који служи као кључ у различитим базама.⁷⁷⁵ Примера ради, у Америци тај број је *Social Security Number* (број социјалног осигурања), у Аустралији *Tax File Number* (порески идентификациони број),⁷⁷⁶ а у Србији је то *ЈМБГ* (Јединствени матични број грађана).

У стручним круговима преовладава мишљење да је уместо централне базе података далеко безбедније и **по приватност појединца** боље решење 1:1 («један према један») идентификације, где су биометријски подаци смештени само на *smart* карти, не напуштају је приликом потврде идентитета и где **ималац биометријских података има већу контролу над њима**. У оквиру таквог концепта биометријски подаци су практично у рукама власника карте – приликом провере утврђује се искључиво да ли његов биометријски отисак одговара оном који је у карти кодиран (и заштићен од неовлашћеног приступа).⁷⁷⁷

За такве потребе *smart* технологија сматра се једном од технички најпоузданијих, мада је теоријски и практично неоснована тврдња да је 100% сигурна⁷⁷⁸ будући да напад на такве карте може бити извршен на више начина.⁷⁷⁹

⁷⁷⁴ Tony Bunyan, «While Europe sleeps», *ECLN Essays no 11*, 2005, стр.30. Есеј је преузет са адресе: <http://www.statewatch.org/news/2005/oct/ecln/essay-11.pdf> - Највећу базу отисака прстију данас поседује ФБИ и она броји око 45 милион отисака везаних за криминалне досијее или места злочина.

⁷⁷⁴ D.Dessimoz, C.Champod, J. Ricchiardi, A. Drygajlo, *Multimodal Biometrics for Identity Document State-of-the-Art*, Research Report, PFS 341-08.05, Version 2.0 , 2006, Студија је преузета са адресе http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/90_264_file.pdf. Скр. MBID.

⁷⁷⁵ Кључ је податак у пољу базе којим се једнозначно утврђује цео слог у бази. Примера ради, ако неко познаје ЈМБГ (као кључ), он једнозначно може утврдити садржај осталих поља у слогу у којима се налазије атрибутивни подаци конкретне личности (име, презиме, место рођења...) јер су сви кључеви међусобно различити, односно не могу постојати две особе са истим ЈМБГ податком. Термин кључ код базе података не треба мешати са истоименим термином у криптографији.

⁷⁷⁶ London School of Economics and Political Science (LSE) *The Identity Project, An assessment of the UK Identity Cards Bill and its implications*, Version 1.09. Лондон, јун 2005.г., стр.100. Студија је преузета са адресе: <http://www.csrc.lse.ac.uk/idcard/identitisreport.pdf>. Скраћено LSEIP.

⁷⁷⁷ R. Kuster, W. P. Schulz, *Biometric Identity – Privacy, Risks and Law*, Work paper, Пекинг, 4-10. септембар 2005, стр.3. Рад је презентован на : 2nd Biennial congress on the law of the world. Ауторизовано излагање преузето са: http://www.europeanbiometrics.info/images/news/24_857_file.pdf.

⁷⁷⁸ A. Clement, F. Stalder, J. Johnson, R. Guerra, «National Identification Schemes (NIDS) and the Fight against Terrorism: Frequently Asked Questions» v1.2, 27.11.2001. Чланак је преузет са адресе <http://www.cpsr.org/issues/privacy/natidfaq>.

⁷⁷⁹ Д. Булатовић, *Смарт картице и сигурност података у њима*. Аутор разлаже напад на ове картице на активни (у којима се чип практично извлачи са картице, испитује, премерава, модификује, зашта је потребно време, велика количина ресурса и познавање физичког дизајна чипа) и пасивни тип (у којима је рад картице посматран за време њене нормалне употребе са

Проблем је у чињеници да уколико би лажирање такве карте било успешно изведено, превара би била готово савршена и веома тешко уочљива.⁷⁸⁰

С друге стране, потпуно је немогуће бити сигуран да подаци коришћењем ових карата не «цуре», односно не одлазе на неко неауторизовано место, ван знања имаоца карте, макар се радило и о Ван Ековом (*Van Eck*) ефекту.⁷⁸¹

Чак је и проналазач прве генерације *смарт* карата током седамдесетих рекао да оне имају потенцијал да постану «мали помагач Великог брата».⁷⁸²

У сигурносне механизме које овај систем мора да поседује спада и захтев за обостраном аутентификацијом, у смислу да чипови на картама морају умати могућност провере уређаја с којим ступају у интеракцију (полицијских читача, рецимо).⁷⁸³ Тиме би се спречило да лажни органи власти на лажним читачима ишчитају податке ради њихове касније (зло)употребе.

Уз све наведено, дизајн карте мора да буде транспарентан за јавност.⁷⁸⁴

читачем). Поред анализе методологије напада (директни напад на криптографски алгоритам, напад мерењем времена енкрипције и хардверски напад), аутор анализира и различите групе нападача, зависно од знања и расположивих ресурса.

⁷⁸⁰ Д. Булатовић, *Смарт картице и сигурност података у њима*

⁷⁸¹ S.Brands, *Rethinking Public Key Infrastructures and Digital Certificates; Building in Privacy*, MIT Press, 2000, стр. 24. Микропроцесори, тастатуре, рачунарски монитори, серијски каблови, штампачи и остали периферали емитују електромагнетну радијацију која пролази преко одређене дистанце, чак и кроз зидове, и може бити даљински ухваћена и прегледана.

⁷⁸² S.Brands, *Rethinking Public Key Infrastructures and Digital Certificates; Building in Privacy*, MIT Press, 2000, стр. 24

⁷⁸³ R.Clarke, «Biometrics and Privacy» Рад је преузет са адресе <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/Biometrics.html>.

⁷⁸⁴ R.Clarke, « Chip-Based ID: Promise and Peril», верзија од 27.септембра 1997.г. Рад је преузет са адресе: <http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/IDCards97.html>.

6. Оптичка и звучна снимања у истрази и на главном претресу

Према чл.179.ст.1 ЗКП истражни судија може одредити да се извођење истражне радње сними помоћу уређаја за звучно или оптичко снимање. О томе ће истражни судија претходно обавестити лице које се саслушава, односно испитује. У овој одредби говори се о снимању истражних радњи уопште али је из саме одредбе и по природи ствари јасно да у обзир долази само снимање изјава које окривљени, сведоци и вештаци дају приликом њихових саслушавања, односно испитивања. Ипак, снимања се могу вршити и приликом предузимања неких других истражних радњи као што су: увиђај,⁷⁸⁵ претресање стана или лица⁷⁸⁶, препознавање лица или предмета (чл.104 ЗКП).⁷⁸⁷ У истрази, лице које се саслушава или испитује обавештава се да ће се његов исказ снимити, али се његов пристанак на то не тражи. Обавештавање се заснива на обавези јавности поступања за странке које учествују у поступку.

Окривљени ипак може утицати на одлуку истражног судија да се врши снимање јер може ускратити исказ. (чл.89.став 2 ЗКП).

Оптичка снимања се не могу вршити на **главном претресу**, осим кад за поједини главни претрес то одобри председник Врховног касационог суда. Ако је снимање на главном претресу одобрено, веће може из оправданих разлога одлучити да се поједини делови главног претреса не снимају.⁷⁸⁸ **Звучно снимање тока главног претреса** регулисано је у члану 312 ст.2 ЗКП, према коме се на то снимање примењују одредбе овог члана (179 ЗКП), а **одобрава га председник већа**.

Снимак мора да садржи податке из чл. 175 ст.1 ЗКП-а⁷⁸⁹, податке потребне за идентификацију лица чија се изјава снима и податак у ком својству се саслушава, односно испитује. Кад се снимају изјаве више лица, мора се обезбедити да се из снимка може јасно разазнати ко је дао изјаву (чл.179 ст.3 ЗКП). У овом ставу одређени су услови и техника снимања истражних радњи са циљем да се обезбеди аутентичност и употребљивост снимљеног материјала.

На захтев саслушаног, односно испитаног лица, снимак ће се одмах репродуковати, а исправке или објашњења тог лица ће се снимити(ст.4). У записник о истражној радњи или главном претресу унеће се да је извршено снимање, ко је снимање извршио, да ли је лице које се саслушава, односно испитује претходно обавештено о снимању, да је снимак репродукован и где се снимак чува, ако није приложен списима предмета(ст.5).

⁷⁸⁵ Чл.175 ст.4 ЗКП

⁷⁸⁶ Чл.79 ст. 9 и чл. 175.ст.4 ЗКП

⁷⁸⁷ Чл.175 ст.4 ЗКП

⁷⁸⁸ Напр. ако окривљени или сведок одбија да даје исказ пред камерама, или ако снимање очигледно неповољно утиче на њихову концентрацију (испитивање малолетног сведока и сл.).

⁷⁸⁹ Назив државног органа пред којим се предузима радња, место где се предузима радња, дан и час кад је радња започета и завршена, имена и презимена присутних лица и у ком својству присуствују, као и назначење кривичног предмета по ком се предузима радња.

Истражни судија или председник већа може одредити да се снимак у целини или делимично препише. У том случају он ће препис прегледати, оверити и прикључити записнику о предузимању истражне радње (ст.6). Снимање се врши ради евентуалне касније употребе до које не мора доћи, односно при којој неће бити потребно имати препис целог, већ само једног дела снимка. Отуд овлашћење истражном судији да нареди или не нареди преписивање, и да га нареди у целини или делимично. Исто то може наредити и председник већа који суди у првом или вишим степенима. Магнетофонски снимак је помоћно средство уз записник, али се снимак мора чувати и после завршеног поступка, док се чувају списи (ст.7).

Истражни судија може дозволити да учесници поступка који имају оправдан интерес, помоћу магнетофона, сниме извођење истражне радње(ст.8). Лица која могу имати интереса за магнетофонско снимање могу бити учесници у поступку и друга заинтересована лица (научни радници, политичке организације, удружења грађана, новинари и сл.). То мало долази у обзир у истрази због строгих прописа о могућности присуствовању извођењу истражних радњи (чл.251) и чувању истражне тајне (чл.261). Поставља се питање како ће странке користити магнетофонски снимак ако судија није наредио да се препише (а судија, с обзиром на висину трошкова, неће то често радити). Странке би у најмњу руку морале имати безусловно право да то учине о свом трошку. Магнетофонска трака је део списка, па и бранилац има право на репродуковање кад користи своје право на разматрање списка по члану 74 ЗКП.

Само снимање компликује поступак (деконцентрише лице које се саслушава или испитује и изазива тешкоће при репродукцији, исправци и чувању снимка), па ће се у пракси ретко користити и поред својих техничких предности. Посебна предност оваквог записивања у поступку је у томе што омогућује психолошку оцену исказа и од стране органа пред којим исказ није дат.⁷⁹⁰

Према чл.15и *Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких кривичних дела о целом току главног претреса води се аудио и видео запис који садржи целокупан ток претреса*, а у писани записник уносе се само подаци о почетку и закључењу претреса, присутним учесницима и изведеним доказима, као и решења председника већа о управљању поступком. Аудио запис се транскриптује у року од 72 часа и представља саставни део записника вођеног у писаној форми. Аудио запис, видео запис и транскрипт чувају се као и записник сачињен у писаној форми.

Заштиту права на приватност странака и учесника снимљених радњи пружа ст.9 (чл.179 ЗКП) који предвиђа да се снимци из претходних ставова **не могу јавно приказивати без писменог одобрења странака и учесника снимљене радње**. Санкција за прекршај ове одредбе је кривично дело Повреда тајности поступка из чл. 337 ст.1 КЗ.

⁷⁹⁰ Т.Васиљевић,М.Грубач, Коментар законика о кривичном поступку, једанаесто измењено и допуњено издање,*Службени гласник*, 2010.г., стр.393.

6.1. Нови ЗКП

На основу чл.236 ст.1 новог ЗКП-а орган поступка може одредити да се **извођење доказне или друге радње сними помоћу уређаја за тонско или оптичко снимање. Саслушање окривљеног и испитивање сведока и вештака** у поступку за кривична дела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине) **обавезно се тонски снима.**

О тонском или оптичком снимању орган поступка ће претходно обавестити лице које учествује у радњи.

Тонско или оптичко снимање се може вршити на главном претресу само ако за поједини главни претрес то одобри председник већа. Ако је снимање на главном претресу одобрено, веће може из оправданих разлога одлучити да се поједини делови главног претреса не снимају. Главни претрес на којем се расправља о делима за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности (Тужилаштво за организовани криминал и Тужилаштво за ратне злочине) **обавезно се тонски снима.**

Тонски или оптички снимак мора да садржи податке о називу органа поступка пред којим се предузима радња, месту где се предузима радња, дану и часу кад је радња започета и завршена, имена и презимена присутних лица и у ком својству присуствују, као и назначење кривичног предмета по ком се предузима радња, податке потребне за идентификацију лица чија се изјава снима и податак у ком својству се саслушава, односно испитује, као и податке о трајању снимка. Кад се снимају изјаве више лица, мора се обезбедити да се из снимка може јасно разазнати ко је дао изјаву.

На захтев саслушаног, односно испитаног лица, снимак ће се одмах репродуковати, а исправке или објашњења тог лица ће се снимити.

У записник о доказној или другој радњи или главном претресу унеће се да је извршено снимање, ко је снимање извршио, **да је лице које се саслушава, односно испитује претходно обавештено о снимању**, да је снимак репродукован и где се снимак чува, ако није приложен списима предмета.

Јавни тужилац или суд може одредити да се снимак у целини или делимично препише. У том случају он ће препис прегледати, оверити и прикључити записнику о предузимању доказне или друге радње. Снимак се чува у јавном тужилаштву или суду до времена до ког се чува и кривични спис.

Јавни тужилац или суд може дозволити да учесници поступка који имају оправдан интерес, помоћу уређаја за тонско или оптичко снимање, сниме извођење доказне или друге радње или главног претреса.

Новина је да је у чл.236 ст.10 новог ЗКП-а предвиђено да се снимци из овог члана, осим за потребе поступка, **у правноснажно окончаним поступцима могу јавно приказати у стручне и научне сврхе. Међутим, право на приватност странака и учесника поступка заштићена је одредбом да у том случају истоветност странака и учесника снимљене радње мора бити прикривена.**

7. Обавеза чувања тајне о подацима из истраге у циљу заштите права на приватност

У чл.261 ЗКП предвиђено је да ће службено лице које предузима истражну радњу наредити лицима која се саслушавају односно испитују или која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да чувају одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело, ако између осталог то захтевају и **интереси приватног живота учесника у поступку** (остали разлози су интереси морала, јавног поретка, националне безбедности и интереси заштите малолетника). Ова наредба унеће се у записник о истражној радњи, односно забележиће се на списима који се разгледају; уз потпис лица које је упозорено. Ова одредба несумњиво између **осталог штити и право на приватност** јер одвраћа лица која присуствују истражним радњама (или која су на неки други начин упозната са чињеницама у поступку) од нарушавања приватног живота учесника у поступку, у том смислу што се ова лица изричито упозоравају да изношењем чињеница које су сазнале у току истраге, а које се односе на приватни живот учесника у поступку, чине кривично дело.

Поступање по наведеном члану није само могућност него и обавеза за истражни орган. Орган мора наредити чување тајне ако нађе да постоји неки од рзлога предвиђених у овом члану. Саслушано и испитано лице, односно лице које присуствује истражној радњи или разгледа списе није обавезно на чување тајне ако му није изричито наложено. Упозорење да се неки подаци или чињенице морају чувати као тајна и указивање на санкције за повреду ове обавезе морају се унети у записник о процесној радњи, односно забележити на списима који се разгледају. Наредба може бити дата и писмено и посебно, на пример у налогу којим се вештаку предаје предмет за вештачење. У забелешку се уноси које су чињенице или подаци оглашени тајним и због чега, као и време за које ова забрана траје. Забрана траје док постоје интереси чувања тајне, а то зависи од природе случаја.

Може се наложити да се као тајна чува оно што је лице сазнало у поступку, не и сазнања које је оно донело поступку.⁷⁹¹ Забрана не би везивала окривљеног ако би се тиме вређало његово право одбране, нити трећа лица ако би се тиме вређала њихова права или на закону засновани интерес. Забрана не важи ако би оно што се сазнало у поступку представљало кривично дело органа који води поступак или неког другог лица.

Само **службено лице** које предузима истражну радњу дужно је да чува као **службену тајну** сазнања која црпи из истражних радњи обављених у поступку. Извештаје и обавештење о томе службено лице даје према прописима о чувању службене тајне. Орган који предузима радњу одлучује о чувању тајне *наредбом* против које нема места жалби.

⁷⁹¹ Т.Васиљевић,М.Грубач, Коментар законика о кривичном поступку, једанаесто измењено и допуњено издање,*Службени гласник*, 2010.г., стр.573.

Ако неко друго лице, осим службеног лица које предузима истражну радњу, после доношења наредбе да информације о подацима и чињеницама које је сазнало у току истражних радњи чува као тајну (између осталих разлога и због тога ако то захтевају интереси приватног живота учесника у поступку) те податке и чињенице открије, **чини кривично дело повреде тајности поступка из чл.337 ст.1 КЗ**, а ако те податке и чињенице открије службено лице које предузима истражну радњу, тј. службено лице које је и донело наредбу да се информације о подацима и чињеницама из истражних радњи чувају као тајна, онда то службено лице чини **кривично дело одавање службене тајне из чл.369 КЗ**.

То значи да је *право на приватност* учесника у поступку, у току предузимања истражних радњи, у односу на лица која учествују у поступку, заштићено кривичним делом повреда тајности поступка и одавања службене тајне.

Одредбом чл.261 ЗКП која предвиђа да ће службено лице које предузима истражну радњу наредити лицима која се саслушавају односно испитују или која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да чувају одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело, ако између осталог то захтевају и **интереси приватног живота учесника у поступку, уствари индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања**. Последица покретања кривичног поступка може бити управо нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка. (нпр. ако се у току истражног поступка сазна да је окривљени хомосексуалац, заштита његовог права на приватност које је угрожено услед покретања кривичног поступка била би управо у наредби истражног судије лицима која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да у интересу заштите приватног живота окривљеног ову чињеницу чувају као тајну.

7.1. Нови ЗКП

Чл.304 новог ЗКП-а који регулише чување тајне о подацима из истраге скоро је истоветан чл.261 важећег ЗКП-а.Ако је то неопходно ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала, интереса малолетника, **приватности учесника у поступку** или других оправданих интереса у демократском друштву, **орган поступка који предузима доказну радњу наредиће** лицима која саслушава, односно испитује или која присуствују доказним радњама или разгледају списе истраге да чувају као тајну одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и упозориће их да одавање тајне представља кривично дело, у складу са законом.

Наредба да се неки подаци или чињенице морају чувати као тајна и указивање на санкције за повреду ове обавезе морају се унети у записник о доказној радњи, односно забележити на списима који се, уз потпис лица које је упозорено.

8. Искључење и ограничење јавности на главном претресу и ускраћивање и условљавање увида у списе у циљу заштите права на приватност

Принцип јавности претреса је у исто време уставни и процесни принцип. По члану 142 ст.3 Устава Републике Србије "расправљање пред судом је јавно и може се ограничити само у складу са Уставом", а према чл.32 ст.1 свако има право да се јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и оптужбама против њега, пред независним, непристрасним и законом већ установљеним судом. Према чл. 32 ст.3 Устава Републике Србије" Јавност се може искључити током читавог поступка који се води пред судом или у делу поступка, само ради заштите интереса националне безбедности, јавног реда и морала у демократском друштву, као и ради заштите интереса малолетника или **приватности учесника у поступку**, у складу са законом". Могућност искључења јавности из поступка ради, између осталог, и заштите приватности учесника у поступку, значи да је **заштита права на приватност дигнута на ранг уставног начела**.

Према чл.291 ст.1 ЗКП главни претрес је јаван. Јавност главног претреса означава право странака, оштећеног, њихових заступника и бранилаца (страначка јавност) и право трећих за исход кривичног поступка непосредно незаинтересованих лица (општа јавност) да присуствују главном претресу и објављивању пресуде.

Међутим, од овог правила постоје и изузеци. У чл.292 ЗКП предвиђено је да од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може у свако доба, по службеној дужности или по предлогу странака, али увек по узимању њихових изјава, искључити јавност **за цео главни претрес или један његов део**, ако то захтевају интереси заштите морала, заштите јавног поретка, заштите националне безбедности, заштите малолетника или **заштите приватног живота учесника у поступку**⁷⁹², или када је то, по мишљењу суда, неопходно с обзиром на посебне околности због којих би јавност могла да повреди интересе правде. Овом одредбом ЗКП-а спроводи се уставно начело о могућности искључења јавности са главног претреса између осталог и ради заштите приватног живота учесника у поступку.

Ако, противно одредби члана 292 ЗКП, суд не узме изјаву странке пре доношења решења о искључењу јавности, не постоји апсолутна повреда из чл. 368 став 1 тачка 4, али не "због тога што је суд овлашћен да искључи јавност по службеној дужности"⁷⁹³, јер се странке саслушавају, тј. изјаве од њих узимају се увек, без обзира на то да ли до искључења јавности долази по службеној дужности или по предлогу странака, већ због тога што повреда из члана 368 став 1 тачка 4 постоји само ако је, противно закону, искључена јавност са главног претреса, што обухвата само разлоге за искључење јавности, а не и све друге повреде одредаба о јавности главног претреса.⁷⁹⁴

⁷⁹² У првом реду оштећеног

⁷⁹³ Одлука ВСС, Кжм.201/77 од 28.10.1977.г.

⁷⁹⁴ Т. Васиљевић, М. Грубач; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.627-628.

Овде би се могло радити о повреди из чл. 368 ст.2 ЗКП. Према чл.293. ст.1 ЗКП искључење јавности не односи се на странке, оштећеног, њихове заступнике и браниоца. Према чл.293 став 2 ЗКП-а веће може дозволити да главном претресу на коме је јавност искључена присуствују поједина службена лица и научни радници, а на захтев оптуженог, може то дозволити његовом брачном другу, његовим блиским сродницима и лицу са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници. У ставу 3 предвиђено је да ће председник већа упозорити лица која присуствују главном претресу на коме је јавност искључена да су дужна да као тајну чувају све оно што су на претресу сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело.

За разлику од страначке јавност, која никако не може бити искључена са главног претреса, општа јавност може бити искључена од отварања заседања (члан 302 ЗКП), тј. и пре него што главни претрес почне, јер главни претрес почиње тек читањем оптужнице(чл.319 ЗКП).

Општа јавност може бити искључена:

1) Законом унапред и обавезно за категорију кривичних дела или криваца.

То је случај с главним претресом против малолетних окривљеника (чл.75 ст.1 ЗМ):

2)у конкретном случају за цео главни претрес или део главног претреса.

Суд цени да ли постоји који од основа одређених у Законику, и ако постоји, мора искључити јавност. Споразум странака или њихов пристанак нема утицаја на искључење јавности, али се од странака морају узети изјаве пре доношења решења (ако је искључење по иницијативи суда на почетку заседања, изјаве се узимају пре отпочетог главног претреса).⁷⁹⁵ Узимање изјава није исто што и саслушање и може бити у писменој форми. Чување тајне (службене, војне, државне, професионалне, научне, уметничке, пословне) није посебно предвиђено као разлог за искључење јавности, али би се увек могло подвести под разлог заштите интереса правде а некад и као разлог заштите националне безбедности.

Искључење јавности са главног претреса могу предложити странке чим буду обавештене о заказивању главног претреса, или пред самим већем од отварања заседања, али одлуку увек доноси веће које суди ствар, после отвореног заседања.

У уводу записника о главном претресу означава се да ли је претрес јаван или је јавност искључена (чл.314 ст. 1 ЗКП). Исто вреди и за увод пресуде (чл.361 ст.2 ЗКП).Искључење опште јавности замењује се у извесној мери могућношћу присуства одређеног круга лица.Суд може да дозволи присуствовање лицима набројаним у ставу 2 члана 293 ЗКП ако се захтев постави: службеним лицима (судије, органи унутрашњих послова и сл.) и научним и јавним радницима (педагози, психијатри, криминолози, социјални радници, правници, стручњаци било које врсте заинтересовани за предмет главног претреса, политичари и сл.). Та лица, односно установе којима припадају треба да поставе захтев. Кад се суди малолетнику веће може да дозволи присуствовање претресу лицима која се баве заштитом и васпитањем малолетника или сузбијањем малолетничког криминалитета (чл.75 ст.2 ЗМ).

⁷⁹⁵ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.627

Суд, на молбу оптуженог, може да дозволи присуство његовом брачном другу и блиским сродницима (то не морају бити сродници по члану 364 ст.2⁷⁹⁶) и лицу са којима живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници. Оптужени који нема сродника не може тражити да уместо њих присуствују друга лица. Иницијатива не може потећи од сродника, нити од суда.

Присуство појединих службених лица и научних и јавних радника дозвољено је кад је од интереса за њихову службу, односно научну или јавну делатност. Суд то дискреционо цени, али решење мора бити у складу са циљем због ког је ово овлашћење дато.

Опомена и чување тајне из чл.293 ст.3 ЗКП односи се на учеснике у поступку и на лица која присуствују претресу. Опомена се уноси у записник о главном претресу (чл.314 ст.2 ЗКП). Члан већа који открије шта се догодило на претресу са кога је била искључена јавност **чини кривично дело одавање службене тајне**, а друго лице које открије оно што је сазнало на главном претресу са кога је јавност била искључена чини посебно **кривично дело повреде тајности поступка** из чл.337 ст.1 КЗ. Тежи облик тог кривичног дела представља објављивање тока кривичног поступка у којем је искључена јавност у или имена малолетника (чл.337 ст.2 КЗ) као и откривање података идентитету лица заштићеног у поступку или података у вези са програмом заштите (чл.337 ст. 3 КЗ).

У чл.294 ЗКП предвиђено је да одлуку о искључењу јавности доноси веће решењем, које мора бити образложено и јавно објављено. Решење о искључењу јавности може се побијати само у жалби на пресуду.

У образложењу решења мора бити конкретизован један од основа из чл. 292 ЗКП, односно разлог из члана 494 ЗКП.⁷⁹⁷ Ако је разлог искључења јавности чување тајне, образложење решења мора се дати тако да се не открије оно што се хоће сачувати искључењем јавности. Странке немају право на посебну жалбу. Трећа лица (публика и лица из чл.293 ст.1.ЗКП и члана 494 ст.2 ЗКП) немају никаквог права жалбе, али окривљени у својој жалби против пресуде, одбијање да се дозволи присуство овим лицима, може истаћи као повреду прописа кривичног поступка.

Решење о искључењу јавности, као и свако друго решење донето у току главног претреса, уноси се у записник о главном претресу (чл.314 ст.2 ЗКП). Став 2 овог члана (могућност побијања на решења о искључењу јавности само у жалби на пресуду) односи се само на решење о искључењу јавности, не и на решење већа којим је одбијен предлог за искључење јавности, против којег се жалба, према одредби овог члана, не може изјавити. То је у складу са одредбом члана 368 ст.1 тачка 4 ЗКП.⁷⁹⁸

⁷⁹⁶ Брачни друг, сродник по крви у правој линији,усвијилац, усвојеник,брат,сестра,хранилац и лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници.

⁷⁹⁷ Кад се суди малолетнику, увек ће се искључити јавност. Веће може дозволити да на главном претресу присуствују лица која се баве заштитом и васпитањем малолетника или сузбијањем малолетничког криминалитета, као и научни радници. У току главног претреса, веће може наредити да се, осим јавног тужиоца, браниоца и представника органа старатељства, из заседања удаље сва или поједина лица. За време извођења појединих доказа или говора странака, веће може наредити да се малолетник удаљи из заседања.

⁷⁹⁸ Да битна повреда одредаба кривичног поступка постоји ако је противно законика била искључена јавност на главном претресу

Последице донетог решења о искључењу јавности јесу да се после његовог објављивања сва лица која не учествују у главном претресу (публика) морају искључити из заседања. Изузеци су набројани чл.293 ст.2 ЗКП и чл.484.ст.2 ЗКП. Даља последица је да се ток претреса не сме објављивати, а да присутна лица морају чувати као тајну оно што су на њему сазнала (чл.293 ЗКП).

Решења донета у току претреса са кога је искључена јавност не објављују се јавно. Суд увек може повући своје решење о искључењу јавности.

Одредба чл.292 ЗКП која предвиђа да од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може у свако доба, по службеној дужности или по предлогу странака, али увек по узимању њихових изјава, **искључити јавност за цео главни претрес или један његов део**, ако то између осталог захтевају и интереси **приватног живота учесника у поступку**⁷⁹⁹, **уствари индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања**. Последица покретања кривичног поступка може бити управо нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка. Овом одредбом ЗКП-а спроводи се уставно начело о могућности искључења јавности са главног претреса између осталог и ради заштите приватног живота учесника у поступку.

У чл.170 ст.3 ЗКП предвиђена је још једна одредба која штити право на приватност. Према чл.170 ст.3 ЗКП кад је јавност била искључена са главног претреса **или би се грубо кршило право на приватност**, сваком ко има оправдани интерес; разматрање, преписивање, копирање или снимање појединих кривичних списа, **може се ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника поступка**. Против решења о ускраћивању дозвољена је жалба која не задржава извршење решења.

Разматрање, преписивање, копирање или снимање кривичних списа може се потпуно ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника поступка (нов облик ограничења овог права), не само кад је јавност била искључена са главног претреса, **већ и кад би се тиме грубо кршило право на приватност**. У случају искључења јавности долази у обзир само ускраћивање овог права, а у случају повреде приватности ускраћивање овог права или **забрана употребе имена учесника поступка**.⁸⁰⁰ Право на разматрање списа не може се ускратити кад то захтевају разлози одбране или безбедности земље, јер ако ти разлози заиста постоје, морала је бити искључена јавност са главног претреса, па се ово право ускраћује по том основу.⁸⁰¹

⁷⁹⁹ У првом реду оштећеног

⁸⁰⁰ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.369.

⁸⁰¹ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.369.

Одобравање разгледања и преписивање списка не значи и слободу објављивања, ако је то противно другим прописима (кривичном закону или прописима о штампи и другим видовима информација).

Одредба чл.170 ст.3 ЗКП која предвиђа да кад је јавност била искључена са главног претреса **или би се грубо кршило право на приватност**, сваком ко има оправдани интерес; разматрање, преписивање, копирање или снимање појединих кривичних списка, **може се ускратити или условити забраном јавне употребе имена учесника поступка, уствари индиректно штити право на приватност учесника у кривичном поступку, и то како у току самог поступка тако и од последица његовог покретања**. Последица покретања кривичног поступка може бити управо нарушавање нечијег права на приватност па стога ова одредба представља индиректну заштиту нарушавања права на приватност које је проузроковано покретањем кривичног поступка.

8.1. Нови ЗКП

Одредбе о искључењу јавности са главног претреса и циљу заштите права на приватност из чл.363-366 новог ЗКП-а скоро су идентичне одредбама о искључењу јавности са главног претреса из чл.292-294 важећег ЗКП-а.

Једина битнија разлика је увођење **посебног случаја искључења јавности са главног претреса** у чл.366 новог ЗКП-а.

На основу чл.336 ст.1 новог ЗКП-а јавни тужилац може предложити суду да се јавност искључи са главног претреса **приликом испитивања окривљеног сарадника или осуђеног сарадника**.

Пре доношења одлуке о предлогу јавног тужиоца, председник већа ће затражити од оптуженог и његовог браниоца да се изјасне о предлогу за искључење јавности.

Одредбе о ускраћивању и условљавању увида у списе у циљу заштите права на приватност из чл.250 новог ЗКП-а скоро су идентичне одредбама о ускраћивање и условљавање увида у списе у циљу заштите права на приватност из чл.170 ст.1-3 важећег ЗКП-а.

Једина битнија разлика је увођење посебног случаја забране разматрања, копирања или снимања **списа који имају ознаку степена тајности** (чл.250 ст.1 новог ЗКП-а).

9. Кривично дело повреда тајности поступка - чл.337 КЗ (ст.1 КЗ).

Као што смо навели, у чл.261 ЗКП предвиђено је да ће службено лице које предузима истражну радњу наредити лицима која се саслушавају односно испитују или која присуствују истражним радњама или разгледају списе из истраге да чувају одређене чињенице или податке које су том приликом сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело, ако између осталог то захтевају и **интереси приватног живота учесника у поступку** (остали разлози су интереси морала, јавног поретка, националне безбедности и интереси заштите малолетника). Ова наредба унеће се у записник о истражној радњи, односно забележиће се на списима који се разгледају; уз потпис лица које је упозорено.

Ова одредба несумњиво између осталог *штити и право на приватност* јер одвраћа лица која присуствују истражним радњама (или која су на неки други начин упозната са чињеницама у поступку) од нарушавања приватног живота учесника у поступку, у том смислу што се ова лица изричито упозоравају да изношењем чињеница које су сазнале у току истраге, а које се односе на приватни живот учесника у поступку, чине кривично дело.

Ако неко друго лице, осим службеног лица које предузима истражну радњу, после доношења наредбе да информације о подацима и чињеницама које је сазнало у току истражних радњи чува као тајну (између осталих разлога и због тога ако то захтевају интереси приватног живота учесника у поступку) те податке и чињенице открије, **чини кривично дело повреде тајности поступка из чл.337 ст.1 КЗ**, а ако те податке и чињенице открије службено лице које предузима истражну радњу, тј. службено лице које је и донело наредбу да се информације о подацима и чињеницама из истражних радњи чувају као тајна, онда то службено лице чини кривично дело одавање службене тајне из чл.369 КЗ. То значи да је *право на приватност* учесника у поступку, у току предузимања истражних радњи, у односу на лица која учествују у поступку, *заштићено кривичним делом повреда тајности поступка из чл.337 ст.1 КЗ* и кривичним делом одавања службене тајне из чл.369 КЗ.

Такође, као што је већ наведено, у чл.292 ЗКП предвиђено је да од отварања заседања па до завршетка главног претреса, веће може у свако доба, по службеној дужности или по предлогу странака, али увек по узимању њихових изјава, *искључити јавност за цео главни претрес или један његов део*, ако то захтевају интереси заштите морала, заштите јавног поретка, заштите националне безбедности, заштите малолетника или **заштите приватног живота учесника у поступку**⁸⁰², или када је то, по мишљењу суда, неопходно с обзиром на посебне околности због којих би јавност могла да повреди интересе правде. Овом одредбом ЗКП-а спроводи се уставно начело о могућности искључења јавности са главног претреса између осталог и ради заштите приватног живота учесника у поступку. Председник већа ће упозорити лица која присуствују главном претресу на коме је јавност искључена да су дужна да као тајну чувају све оно што су на претресу сазнала и указаће им да одавање тајне представља кривично дело.

⁸⁰² У првом реду оштећеног

Члан већа који открије шта се догодило на претресу са кога је била искључена јавност чини *кривично дело одавање службене тајне*, а друго лице које открије оно што је сазнало на главном претресу са кога је јавност била искључена између осталих разлога и због тога ако то захтевају интереси заштите приватног (живота учесника у поступку) чини *кривично дело повреде тајности поступка* из чл.337 ст.1 КЗ. То значи да је *право на приватност* учесника у поступку, у току главног претреса, тј. у случају искључења јавности са главног претреса, у односу на лица која учествују у поступку, *заштићено кривичним делом повреда тајности поступка*.

Кривично дело повреда тајности поступка има два облика. Њихов циљ и смисао су различити. Док одредба којом је прописан први облик за циљ има заштиту тајне у судском, управном, прекршајном или другом законом прописаном поступку, сврха одредбе којом је прописан други облик јесте заштита малолетника од одређених негативних последица вођења кривичног поступка према њему.

Први облик (став 1) састоји се у неовлашћеном откривању нечега што је сазнато у извођењу неке радње у поступку, или из списка у кривичном или другом судском поступку, или у управном, прекршајном или у другом поступку који је законом прописан. То подразумева да је извршилац непосредно сазнао одређене чињенице својим присуствовањем извођењу одређене процесне радње, или увидом у списе. До тих сазнања он долази у поступку, а не на неки други начин. Ако неко дође досазнања тих чињеница на други начин па их открије, неће постојати ово кривично дело.⁸⁰³

За постојање кривичног дела неопходно је да се то што извршилац открива по закону не може објавити или је одлуком суда или надлежног органа проглашено тајном. У случају да истражни судија противно чл.261 ЗКП или председник већа противно чл. 292 ст.3 ЗКП пропусти да упозоре лица која присуствују истражним радњама, односно лица која присуствују главном претресу на коме је јавност искључена, на дужност чувања тајне, кривично дело самим тим није искључено, али се јављају озбиљни проблеми у погледу утврђивања умишљаја који мора да обухвати свест о томе да се ради о тајни.

⁸⁰³ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.728.

10. Кривично дело одавање службене тајне (чл.369 КЗ)

Као што смо већ навели, ако неко друго лице, осим службеног лица које предузима истражну радњу, после доношења наредбе да информације о подацима и чињеницама које је сазнало у току истражних радњи чува као тајну, исте открије, чини *кривично дело повреде тајности поступка* из чл.337 ст.1 КЗ. Само **службено лице** које предузима истражну радњу дужно је да сазнања која црпи из истражних радњи обављених у поступку чува као **службену тајну** (између осталих разлога и због тога ако то захтевају интереси приватног живота учесника у поступку). То значи да је *право на приватност* учесника у поступку, у односу на службена лица која предузимају истражне радње, заштићено кривичним делом одавања службене тајне из чл.369 КЗ.

Такође, као што је већ наведено и *члан већа* који открије шта се догодило на претресу са кога је била искључена јавност (између осталих разлога и због тога ако то захтевају интереси заштите приватног живота учесника у поступку) **чини кривично дело одавање службене тајне**. То значи да је *право на приватност* учесника у поступку, у односу на чланове већа који учествују на претресу са којег је искључена јавност, заштићено кривичним делом одавања службене тајне из чл.369 КЗ.

Иако је кривично дело одавања службене тајне обрађено у излагањима о обавези здравствених радника да према чл.37 *Закона о здравственој заштити* податке из медицинске документације, тј. податке о здравственом стању пацијената, чувају као службену тајну, због целине излагања о обавези чувања тајне о подацима и чињеницама из истраге и са главног претреса са којег је искључена јавност, и на овом месту изнећемо законске одредбе о кривичном делу одавања службене тајне из чл. 369 КЗ.

Радња извршења основног облика кривичног дела одавања службене тајне (став 1) састоји се у неовлашћеном саопштавању, предаји или на други начин чињењем доступним другом лицу података који представљају службну тајну. Саопштавање се може ивршити на више начина (нпр. усмено или писано). Предаја може бити непосредно другом лицу или посредно (преко другог лица, или остављена у неком договореном месту). Чињење доступним јесте омогућавање да се друго лице на било који начин упозна са подацима који представљају службену тајну. Код ове радње извршења за довршено кривично дело није потребно да се друго лице упозна са подацима који представљају службену тајну. Кривично дело се може извршити и прибављањем података који представљају службену тајну у намери да се предају непозваном лицу.

Објекат радње јесу подаци који представљају службену тајну. Појам службене тајне одређен је у ставу 4. Прихваћен је рестриктивни, формално-материјални појам службене тајне, што значи да кумулативно морају бити остварени и формални и материјални елемент.⁸⁰⁴

⁸⁰⁴ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање Службени гласник, Београд 2009.г.,стр.781.

Наиме, службеном тајном сматрају се подаци или документи који су законом, другим прописом или одлуком надлежног органа проглашени службеном тајном (формални елемент) и чије је одавање имало или могло имати штетне последице за службу (материјални елемент). Службеном тајном се не сматрају подаци или документи који су управљени на тешке повреде основних права човека, или на угрожавање уставног уређења и безбедности Србије, као и подаци или документи који за циљ имају прикривање учињеног кривичног дела за које се по закону може изрећи затвор од пет година или тежа казна (такозвана илегална тајна). Чак штавише, службено лице које свесно пропусти да пријави кривично дело за које је сазнало у вршењу своје дужности, ако се за то дело запређена казна затвора од пет година или тежа казна, чини кривично дело непријављивања кривичног дела и учиниоца из чл. 332 ст.2 КЗ.

Извршилац кривичног дела **може бити само службено лице**. При томе нема значаја на који је начин службено лице дошло до сазнања о подацима који представљају службену тајну. То може бити на основу документације којом службено лице располаже, усмених сазнања или на неки други начин, на основу обавештења од другог службеног лица које је непосредно учествовало у вршењу одређеног службеног посла који представља службену тајну. Када је неки податак за који се сазна или који настане у раду државног органа, на пример суда, по свом значају службена тајна, он представља истовремено службену тајну сваког радника у том органу. Подаци који представљају службену тајну треба да се чине доступним саопштавањем или предајом "другом", односно непозваном лицу, а то је свако лице које није овлашћено да буде упознато са оваким подацима. То може да буде и службено лице у истој организацији. Извршилац дела може бити и лице које је одало тајну пошто му је престало својство службеног лица, тј. оно је изједначено са службеним лицем (став 6).

Тежи облик (став 2) постоји онда када је приликом извршења дела из става 1 остварена једна од следеће 3 квалификаторне околности: ако је дело учињено из користољубља, ако је учињено у погледу нарочито поверљивих података (поверљивост, односно тајност се може степенувати), или ако је дело извршено ради објављивања или коришћења података у иностранству. Осим умишљајног, предвиђен је и нехатни облик (став 3). Спорно је да ли ће нехатни облик постојати и у оним ситуацијама када се подаци који представљају службену тајну не обезбеде, односно држе на месту и на такав начин да се тиме створи ситуација да могу бити доступни непозваном лицу. С обзиром на то да ни за умишљајно дело код тог облика радње извршења није потребно да се друго лице упознало са садржином службене тајне, и овде треба узети да је дело тиме довршено (под условом, да су стварени општи елементи нехата, свесног или несвесног).⁸⁰⁵ Наравно, нехат може постојати саму у случају из става 1 јер би се у случају из става 2 радило о умишљају.

Кривично дело је свршено када подаци који представљају службену тајну буду прибављени са намером да буду предати непозваном лицу, односно када су такви подаци другом неовлашћено саопштени, предати или учињени доступним.

⁸⁰⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање Службени гласник, Београд 2009.г.,стр.782

ОСАМНАЕСТА ГЛАВА

ХVIII КРИВИЧНОПРОЦЕСНА И КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ЧАСТИ И УГЛЕДА

1. Увод

Према чл.17 Пакта о грађанским и политичким правима **право на приватност јесте збирни назив за право на поштовање** приватног живота, породичног живота, непроведивост дома и преписке, **части и угледа појединца**. Остали међународни извори на сличан начин формулишу право на приватност, осим Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода⁸⁰⁶ која у цитираном чл.8 не наводи повреде части и угледа.

Ипак, **част и углед** заштићени су и признати јуриспруденцијом Европског Суда за људска права и потврђени Резолуцијом Парламентарне скупштине Савета Европе.⁸⁰⁷

У најширем смислу право на приватност обухвата све аспекте људског живота који доприносе његовом слободном развоју. Наиме, све што се тиче личног здравља, филозофских, моралних, религијских уверења, породичног и емотивног живота, пријатељства и осталих социјалних веза спада у приватан живот.⁸⁰⁸

Право на приватност дефинисано је и другим актима Савета Европе. Тако, према резолуцији Скупштине Савета Европе⁸⁰⁹, која се односи на *мас-медије и људска права и приватни живот појединца* стоји:

⁸⁰⁶ Европска конвенција о људским правима (енгл. *European Convention on Human Rights*, франц. *La Convention europeenne des Droits de l'Homme*) је правни акт Савета Европе (1949) о заштити слобода и права, донет у Риму у Италији, 4. новембра 1950. године. Оригинална верзија, састављена на енглеском и француском језику објављена је под називом Конвенција за заштиту људских права и основних слобода, ступила је на снагу 3. септембра 1953. године. У периоду од 1950. до 2004. године, Конвенцију је потписало 46 земаља. Потписивање је означило прихватање обавезе поштовања права и слобода, као и признање надлежности Европског суда за људска права. Текст је званично преведен и објављен на 30 језика а ратификација је извршена у свим државама Савета Европе. Конвенција се састоји из преамбуле, основног текста и 13 протокола.

⁸⁰⁷ Резолуција Парламентарне скупштине Савета Европе бр.428 из 1970.г.

⁸⁰⁸ Cohen-Johnatan, *Respect for private and family life*, in MacDanald/Mastcher/Petzold, str 407

⁸⁰⁹ Савет Европе - CoE (енгл. Council of Europe, фр. Conseil de l'Europe) јер регионална међународна организација европских земаља, чије се седиште налази у Палати Европе (fr. Palais de l'Europe), у Стразбуру, на граници Француске и Немачке. Сврха Света Европе огледа се у остваривању основних личних и демократских права и слобода у Европи, а најважнији акти су доношење Европске конвенције о људским правима (1950) и успостављање Европског суда за људска права (1998), као сталног система правне заштите (Протокол бр.11 Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима. Иако је организација наднационалног и европског карактера, Савет Европе не припада институцијама Европске уније, није Европски савет ни Савет Европске уније. Чланство у Савету Европе није условљено чланством у Европској унији, мада је свих 27 земаља Европске уније, учлањено у Савет Европе. Поред чланица, Савет Европе и Европску унију повезује идеја о уједињеној Европи, а у Нацрту Европског устава је наглашено да права и слободу Европске конвенције о људским правима чине саставни део највишег европског правног акта (Европски устав, чл.9).

« **Право на приватност** се суштински састоји из права појединца да живи са минимумом утицаја са стране. Ово право се тиче приватног, породичног живота у дому, физичког и моралног интегритета, **части и угледа, недопуштености клеветања, недопуштености изношења нерелевантних и изненађујућих чињеница**, неовлашћеног објављивања приватних фотографија, заштите од објављивања информација које су као тајне саопштене појединцима.»⁸¹⁰

2. Кривичнопроцесна заштита части и угледа

2.1. Заштита части и угледа сведока и оштећеног

Према чл.109 ст.1 ЗКП предвиђено је да је суд дужан да сведока и оштећеног **заштити од увреде**, претње и сваког другог напада. У ставу 2 предвиђено је да учесника поступка или друго лице које **пред судом вређа сведока или оштећеног**, прети му или угрожава његову безбедност, суд ће опоменути или новчано казнити. У случају насиља или озбиљне претње, суд ће обавестити јавног тужиоца ради предузимања кривичног гоњења. У погледу новчане казне примењују се одредбе из чл. 108 ЗКП.⁸¹¹ У ставу 3 предвиђено је да на предлог истражног судије или председника већа, председник суда или јавни тужилац може захтевати да органи унутрашњих послова предузму посебне мере заштите сведока и оштећеног.

Заштита сведока и оштећеног, према одредбама овог члана дужност је суда, јавног тужиоца и органа унутрашњих послова. У случају **увреде**, претње или угрожавања безбедности, суд је дужан да изрекне опомену или новчану казну. Казнити се може само учесник поступка или друго лице⁸¹² које *пред судом* вређа или угрожава безбедност сведока или оштећеног, не и лице које то чине ван поступка.

Напад на сведока или оштећеног може да дође од странака, браниоца окривљеног, тужиоца, заступника странака, самог окривљеног, других сведока, лица из публике, нарочито сродника окривљеног и оштећеног, самог оштећеног према појединим сведоцима итд. Од опомене или казне није изузето ниједно лице које се налази пред судом, па ни окривљени и оштећени. Ако јавни тужилац или лице које га заступа чини дела наведена у овом члану (што је мало вероватно), о томе ће се обавестити надлежни јавни тужилац. О кажњавању адвоката или адвокатског приправника обавестиће се адвокатска комора.

⁸¹⁰ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, 908.

⁸¹¹ Лице које вређа или прети може се казнити новчано до 100.000,00 динара (чл. 108 ЗКП). Уколико након првобитног кажњавања лице настави да вређа или прети, суд га може још једном казнити истом казном, тј. новчаном казном до 100.000,00 динара. О жалби против решења којим је изречена новчана казна, одлучује ванрасправно веће суда.

⁸¹² Нпр. неко из публике

Кажњавање по ставу 2 овог члана не утиче на гоњење и кажњавање за кривично дело у посебном поступку. Обавештавање јавног тужиоца које се спомиње у ставу 2 овог члана је у ствари подношење службене кривичне пријаве(чл.222 ЗКП).

Посебне мере заштите из става 3 предвиђене су посебним *Законом о програму заштите учесника кривичног поступка* («Службени гласник РС» бр.85/05).⁸¹³

Заштиту сведоцима пружа и материјално кривично право. У КЗ је предвиђено посебно кривично дело које чине лица која сведоку (или вештаку или другом лицу у поступку пред судом) учини или обећа поклон или другу корист, или примени силу, претњу или други облик принуде у намери да то лице давањем лажног исказа или недавањем исказа утиче на исход поступка (кривично дело спречавање и ометање доказивања из чл.336.ст.1 КЗ).

Одредба чл.109 ст.1 и 2 ЗКП која предвиђа да је суд дужан да сведока и оштећеног **заштити од увреде**, претње и сваког другог напада као и да учесника поступка или друго лице које **пред судом вређа сведока или оштећеног**, прети му или угрожава његову безбедност, опомене или новчано казни, пошто част и углед припадају корпусу добара које штити право на приватност, **уствари је одредба која у кривичном поступку штити право на приватност сведока и оштећеног.**

2.2. Заштита части и угледа суда и других учесника у поступку

У чл.173 ст.1 ЗКП предвиђено је да је суд дужан да **свој углед и углед странака и других учесника у поступку заштити од увреде**, претње и сваког другог напада. У ставу 2 предвиђено је да ће суд ће казнити новчаном казном до 100.000,00 динара браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца који у поднеску или усменој речи вређа суд или лице које учествује у поступку. Решење о кажњавању доноси истражни судија, односно веће пред којим је дата изјава, а ако је она учињена у поднеску – суд који о поднеску треба да одлучи. Против овог решења дозвољена је жалба. Ако јавни тужилац или лице које га заступа **вређа** другога, о томе ће се обавестити надлежни јавни тужилац. О кажњавању адвоката, односно адвокатског приправника обавестиће се адвокатска комора.**У ст.3 предвиђено је да наведено кажњавање не утиче на гоњење и изрицање за кривично дело извршено вређањем.**

⁸¹³ Долазе у обзир разноврсне мере полицијске заштите: чување и пратња сведока и оштећеног у суду и ван суда, чување стана и породице, посебно деце. Могуће је и пресељење сведока или оштећеног у друго место, промена идентитета и сл.

У овом члану предвиђена је дисциплинска казна за учесника у поступку који у поднеску вређа суд или лице које учествује у поступку, што спада у овај одељак који се односи на поднеске, али и за увредљиве изразе према овим субјектима, у усменој речи, што са поднесцима нема везе.⁸¹⁴ Увреда у усменој речи издвојена је од осталог ремећења реда (она не мора увек бити и ремећење реда), и предвиђена је овде, без обзира на то о којој фази поступка се ради, а изрицање казне није условљено претходном опоменом. Изрицање дисциплинске мере је обавезно.

Казна предвиђена у овом члану не вреди за случај кад друга лица која учествују у поступку вређају суд⁸¹⁵, или вређају лица набројана у овом члану, или нанесу увреду у току суђења међусобно (нпр. сведок вређа сведока са којим се суочава). Ако би то представљало ремећење реда, примениле би се мере из чл. 299 ЗКП уколико је реч о главном претресу, и остаје могућност кривичног гоњења на захтев овлашћеног тужиоца.

До кажњавања ће доћи и ако поступак више није у току. Кажњавање је везано за поднеске упућене суду и усмену реч пред судом, до којих долази и по завршетку поступка. Због тога ће се бранилац казнити и за увредљиву изјаву коју је пред судом дао после обуставе поступка, али не и за увредљиву изјаву дату изван суднице.⁸¹⁶

Доносећи решење судија, односно веће коме је нанета увреда суди у сопственој ствари, супротно чл. 40 тачка 1 ЗКП, у случајевима кад је увреда учињена у усменој речи или поднеску о коме не решава други орган. Пребацивањем изрицања дисциплинске казне на неки други орган изгубио би се ефекат дисциплинске казне, којом треба да се одговори сместа.

По жалби на решење које је донео истражни судија одлучује исти суд у седници већа из чл. 24 ст.6 ЗКП (чл.401 ст.2 ЗКП), по жалби на решење које је у првом степену донело веће одлучује другостепени суд у седници већа (чл.401 ст.1 ЗКП). Ако је првостепено решење донео Врховни касациони суд (такво решење је могуће: увреда у жалби или одговору на жалбу, или у седници већа), жалба није дозвољена (чл.398 ст.4 ЗКП).

Није јасно зашто се у чл.173 ЗКП одступило од решења из чл.109 ст.2 ЗКП односно чл 108 ЗКП према којем се лице које након првобитног кажњавања понови вређање може још једном казнити истом казном, тј. новчаном казном до 100.000,00 динара, поготово што се и у чл.109 ст.1 ЗКП и у чл.173 ЗКП ради о истом кругу лица која вређају.⁸¹⁷ Према чл.173 ЗКП-а лице које вређа само се једном може казнити новчаном казном до 100.000,00 динара.

⁸¹⁴ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање,Службени гласник, 2010.г., стр.375.

⁸¹⁵ Нпр. публика

⁸¹⁶ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање,Службени гласник, 2010.г., стр.376.

⁸¹⁷ У чл.109 помињу се "учесници поступка" а то су браниоци, пуномоћници, законски заступници, оштећени, приватни тужиоци или оштећени ка тужиоци из чл.173 ЗКП.

Одредба чл.173 ст.1 и 2 ЗКП којом је предвиђено да је суд дужан да свој углед и углед странака и других учесника у поступку заштити од увреде, претње и сваког другог напада као и да ће суд казнити новчаном казном до 100.000,00 динара браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца који у поднеску или усменој речи вређа суд или лице које учествује у поступку, пошто част и углед припадају корпусу добара које штити право на приватност, **уствари је одредба која у кривичном поступку штити право на приватност судија и других учесника у поступку.**

2.3. Дисциплинске мере и дисциплинске казне у истрази

Према чл.263 ЗКП истражни судија може казнити новчаном казном до 500.000,00 свако лице које за време предузимање истражне радње и после опомене нарушава ред. Ако учешће таквог лица није неопходно, оно може бити удаљено са места где се предузима та радња. Окривљени не може бити кажњен новчаном казном. Ако јавни тужилац нарушава ред, истражни судија ће поступити сходно одредби чл.299 ст.10 ЗКП,

Овде је реч о казнама и мерама за одржавање реда при извођењу истражних радњи, не о кривичним казнама. Истражни судија није обавезан да изрекне казну или другу меру прописану у овом члану код сваког нарушавања реда. Судија цени да ли је таква мера потребна. Орган унутрашњих послова који предузима истражне радње по законском овлашћењу (чл.238 ЗКП) или по захтеву истражног судије (чл.246 ст.3 и 4 ЗКП) има према лицима која нарушавају ред приликом тих радњи иста овлашћења која и истражни судија.⁸¹⁸

Услов за изрицање казне је претходна безуспешна опомена. После казне не мора следовати удаљење. Обрнуто, казна није неопходан услов за удаљење, тј. удаљење може бити и без претходно изречене казне. Казна се може изрећи како према лицу које учествује у поступку, тако и према лицу које присуствује процесној радњи, а није учесник у поступку.

Окривљени не може бити кажњен новчаном казном, али ако његово присуство није неопходно, може бити удаљен са места на коме се врши процесна радња. Присуство лице није неопходно за поступак ако је као сведок или вештак већ испитано, ако тужилац има заступника, окривљени браниоца, а лично се присуство не оправдава због тога, или из других разлога.

Казна се не може изрећи према јавном тужиоцу, односно лицу које га замењује (он може бити опоменут). Ремећење реда које би учинио јавни тужилац јесте повреда дисциплине у вршењу службе, и он за то може одговорати дисциплински пред органима јавног тужилаштва, али о таквом понашању може бити обавештен надлежни јавни тужилац, а може се и прекинути обављање истражне радње и од надлежног јавног тужиоца затражити да одреди друго лице за заступање тужбе (аналогно чл.299 ст.10 ЗКП). Исто је и за остала службена лица која по дужности учествују у поступку.

⁸¹⁸ Т. Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.574.

Лице удаљено са једне истражне радње може присуствовати каснијим ако се сукцесивно спроводи више истражних радњи.Опомена и удаљење изричу се наредбом, која се уноси у записник и против које жалба није дозвољена. Удаљење се зато одмах извршује. Истражни судија може ову наредбу, као и сваку другу изменити, тј. одустати од спровођења удаљења. Лице на које се односи наредба може користити право притужбе из чл.264 ЗКП.

Новчана казна се изриче решењем, на које се може изјавити жалба већу истог суда у року од три дана од саопштења (чл.398 ст 1 ЗКП, и чл.401 ст.2 ЗКП), а ако саопштења није било, од доставе решења. Жалба задржава извршење решења (чл.400 ЗКП). За плаћање казне у решењу не оставља се никакав рок, али се оставља у позиву за плаћање.Ако се казна не плати, принудна наплата тече по одредбама 177-179 ЗИКС.

Могућ је кривични поступак према сваком учиниоцу, па и према окривљеном, ако нарушавање реда представља кривично дело. Изузетак који по ставу 2 постоји у погледу нарушавања реда од стране окривљеног не постоји у погледу кривичног дела. Законик не садржи никакве посебне одредбе за случај да приликом спровођења истражне радње буде извршено кривично дело према истражном судији или трећем лицу, од стране окривљеног или другог присутног лица.

Ако нарушавање реда има вид прекршаја, прекршај је апсорбован овом специјалном инкриминацијом која се расправља у овде прописаном поступку. Поступак је и прописан највише због тога да се кажњавање пренесе са органа за прекршаје на истражног судију, ради очувања његовог ауторитета, већег ефекта и бржег решавања.

2.4. Дисциплинске мере и дисциплинске казне на главном претресу

Према чл. 298 ст.1 ЗКП суд је дужан да **свој углед, углед странака и других учесника поступка** заштити од **увреде**, претње и сваког дугог напада.У ст.2 предвиђено је да је дужност председника већа да се стара о одржавању реда у судници. Он може одредити претресање лица која присуствују главном претресу, а одмах после отварања заседања упозорити присутна лица да се пристојно понашају и не ометају рад суда. У ст.3 предвиђено је да веће може наредити да се из заседања уклоне сва лица која као слушаоци присуствују главном претресу, ако се мерама за одржавање реда предвиђеним у овом законнику не би могло обезбедити неометано одржавање главног претреса.

Председник већа и веће **штите свој углед и углед странака** и других процесних учесника од **увреде**, претње и сваког другог напада дисциплинским кажњавањем нападача (чл.299 ЗКП), подношењем пријаве дисциплинском органу ван поступка, обавештавањем надлежног јавног тужиоца о учињеном кривичном делу (службена кривична пријава), тражењем помоћи, посебно од органа унутрашњих послова и итд.

Ако је у питању кривично дело, веће може да прекине главни претрес и по усменој оптужби тужиоца, јавног или приватног, да суди о учињеном кривичном делу одмах (чл.301 ЗКП). Посебне одредбе о заштити сведока и оштећених већ су разматране приликом анализе чл. 109 ЗКП.

Одредбом чл.291 ст.3 ЗКП прописано је да лица која присуствују главном претресу не смеју носити оружје или опасно оруђе. У чл.298 ст.2 ЗКП предвиђено је да председник већа може да нареди претрес лица која присуствују главном претресу, свакако у циљу откривања скривеног оружја. Упозорење из чл.298 ст.2 ЗКП које председник већа даје одмах после отварања заседања само је могућност дата председнику већа, која се користи ако прилике за то дају повода. Нема сметње да се упозорење да у току главног претреса, ако буде повода. Опомена ће имати утолико више успеха ако се у исто време укаже на последице прекршаја.

Удаљење са претреса свих лица која као публика слушају претрес не значи искључење јавности претреса: учесници у поступку у том случају нису везани обавезом чувања тајне, штампа слободно објављује ток претреса, ако се претрес прекида, публика се може у наставку претреса опет пустити, објављивање пресуде у свим деловима је јавно итд. То је искључење публике, не искључење јавности.⁸¹⁹ Лицима која могу присуствовати главном претресу и онда кад је искључена јавност (чл.293 ст.2 ЗКП) не може се ускратити присуствовање претресу са кога је искључена публика. Публика, као неорганизовани скуп грађана, нема право жалбе против одлуке већа.⁸²⁰

Уклањање публике из суднице јесте мера успостављања реда, да би главни претрес могао даље несметано да тече. Та мера не искључује примену дисциплинских мера из чл. 299 ЗКП према учесницима у поступку и осталим лицима, нити гоњење за кривично дело ако дело стоји у радњама појединих учесника. Услов за примену ове мере јесте да се другим мерама за одржавање реда, предвиђеним у чл. 299 ЗКП (опомена, новчана казна, појединачно удаљење), не може обезбедити несметано одржавање главног претреса.

У чл.299 ст.1 ЗКП предвиђено је да ако оптужени, бранилац, оштећени, законски заступник, пуномоћник, сведок, вештак, тумач или друго лице које присуствује главном претресу омета ред, **нарушава достојанство суда** или не поштује наређења председника већа за одржавање реда, председник већа га може опоменути, односно наредити да се удаљи из суднице, а може га казнити и новчаном казном до 500.000 динара.

⁸¹⁹ Т. Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.633.

⁸²⁰ Т. Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.633.

Ако лице из става 1, осим оптуженог и браниоца и након што су му изречене санкције из става 1 настави са нарушавањем реда или не поштује наређења председника већа за одржавање реда, тако да тиме исказује **теже непоштовање суда и озбиљно омета главни претрес**, председник већа ће направити посебан записник у који ће унети изјаве тог лица и описати његово понашање, који ће заједно са копијом записника о главном претресу, а по потреби и копијом осталих списа, доставити председнику суда. Председник суда може у року од петнаест дана донети решење о кажњавању новчаном казном до 500.000 динара или казном затвора до 15 дана, односно може изрећи обе казне.

Против наведених решења о кажњавању може се уложити жалба већу из чл.24 ст.6 ЗКП. Жалба не одлаже извршење решења, нити представља разлог за прекид или одлагање главног претреса. Већу које решава о жалби, председник већа, односно председник суда, доставља копију записника о главном претресу, а по потреби и копију осталих списа. Изузетно, веће може опозвати решење о кажњавању из ст.1 овог члана, ако се кажњено лице *извини суду* и обећа да више неће ометати ред у судници. Против других одлука које се односе на одржавање реда и управљање главним претресом, није дозвољена жалба.

Кажњавање из ст.1 и 2 чл.299 ЗКП не искључује кривично гоњење кажњеног лица, ако је његовом радњом истовремено учињено и кривично дело, када ће се поступити према чл.301 ЗКП.⁸²¹

Ако је оптужени удаљен из суднице, председник већа ће наредити да се он врати у судницу одмах по завршетку радње у току које је удаљен. **Ако оптужени настави да омета ред у судници**, веће ће донети одлуку о његовом поновном удаљавању за одређено време, а ако је оптужени већ саслушан на главном претресу, онда и за све време док траје доказни поступак. Пре завршетка доказног поступка, председник већа ће обезбедити присуство оптуженог, обавестиће га о току главног претреса, упознати га са исказима претходно саслушаних саопштених, односно омогућити му да прочита записнике о тим исказима, ако то оптужени жели и позвати га да се изјасни о оптужби, ако то раније није већ учинио. Ако би оптужени наставио да нарушава ред и да **врећа достојанство суда**, веће га може поново удаљити из заседања, а у том случају главни претрес ће се довршити без присуства оптуженог, а пресуду ће му саопштити председник већа или судија-члан већа у присуству записничара.

Браниоцу или пуномоћнику који после **казне продужи да нарушава ред**, веће може ускратити даљу одбрану, односно заступање на главном претресу и у том случају странка ће се позвати да узме другог браниоца, односно пуномоћника.

⁸²¹ Веће може да прекине главни претрес и по усменој оптужби тужиоца, јавног или приватног, да суди о учињеном кривичном делу одмах

Ако оптужени који није саслушан то није у могућности да учини, односно ако у случају обавезне одбране суд не може без штете за одбрану да постави новог браниоца, главни претрес ће се прекинути или одложити, а бранилац се обавезује да сноси трошкове таквог прекида или одлагања. Ако приватни тужилац или оштећени као тужилац не узму другог пуномоћника, веће може одлучити да се главни претрес настави без пуномоћника, ако оцени да његово одсуство не би било штетно за интересе заступаног, а ако се претрес прекине или одложи онда када није могућ његов наставак без пуномоћника, пуномоћник се обавезује да сноси трошкове таквог прекида или одлагања. Решење о томе, са образложењем, уноси се у записник о главном претресу. Против овог решења посебна жалба није дозвољена.

Ако суд удаљи из суднице оштећеног као тужиоца или приватног тужиоца или њиховог законског заступника, главни претрес ће се наставити у њиховој одсутности.

Ако јавни тужилац или лице које га замењује, омета ред, нарушава достојанство суда или не поштује наређења председника већа за одржавање реда, председник већа ће га опоменути, опомену ће унети у записник о главном претресу и о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и непосредно вишег јавног тужиоца. Председник већа може и прекинути главни претрес и од надлежног јавног тужиоца затражити да одреди друго лице да заступа оптужницу.

Кад председник већа или веће казни адвоката или адвокатског приправника који омета ред, нарушава достојанство суда или не поштује наређена председника већа за одржавање реда, председник већа ће о томе обавестити надлежну адвокатску комору, која је дужна да председника већа и председника суда у року од два месеца од дана пријема обавештења, обавести о мерама које је предузела.

Овим чланом одређене су дисциплинске мере и дисциплинске казне за одржавање реда на главном претресу. Мере су опомена и удаљење са главног претреса, а дисциплинске казне су новчана казна и затвор до 15 дана. Ред у заседању може да се ремети активношћу⁸²² или пасивним ставом, непокоравањем наредбама председника већа издатим ради одржавања реда.⁸²³ Мере се примењују према учесницима у поступку и према публици.⁸²⁴ Мере се односе на радње извршене на самом главном претресу, тј. у судници у којој се држи главни претрес, не и за време доласка у судницу или прекида главног претреса, у судском ходнику, испред зграде суда итд.⁸²⁵

⁸²² Нпр. одобравањем, неодобравањем итд.

⁸²³ Нпр. позиву да се ослободи улаз или пролаз итд.

⁸²⁴ Према публици могућа је још једна мера: уклањање целокупне публике из заседања – чл.298 ЗКП

⁸²⁵ Т.Васиљевић, М. Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.635.

Куриозитет овог члана (299 ЗКП) је казна затвора од 15 дана (уведена ИИД ЗКП-а из 2009.г.), којом може да буде кажњен сваки учесник главног претреса, укључујући тумача, вештака, оштећеног, оштећеног као тужиоца, приватног тужиоца, пуномоћника (па и када је адвокат) и сведока, осим окривљеног, његовог браниоца и јавног тужиоца. Затворску казну не изриче судећи судија, односно веће пред којим је дисциплински прекршај извршен, већ **председник суда, без икаквог поступка, без саслушања лица које се кажњава и без икакве прилике за одбрану**, на основу записника у коме је председник већа описао његово понашање (ст.2). Против решења о кажњавању може се уложити жалба, али не вишем суду већ ванрасправном већу истог суда.

Право изрицања мера подељено је између председника већа и самог већа. Председник изриче меру опомене. Опомена мора да уђе у записник о главном претресу, са образложењем због чега је изречена (чл.314.ст.2 ЗКП). Против опомене жалба није дозвољена (чл.300 ст.2 ЗКП). Веће изриче меру удаљења и новчану казну. Веће не може изрећи оне мере чије изрицање припада председнику, али не може изрећи и мере из своје надлежности, док председник претходно не изрекне мере из своје. Од тога нема никакве опасности јер је председнику већа, на коме лежи цео терет руковођења претресом и одговорност за ток, стало исто толико колико и већу да главни претрес тече у реду.⁸²⁶ Мере које су дате у надлежност већу веће може изрећи, тј изрицање је остављено његовој оцени према околностима случаја. Затворску казну изриче председник суда.

Свако нарушавање реда најпре повлачи опомену. Ако опомена остане безуспешна, долази удаљење и новчана казна, које се могу изрећи и кумулативно.⁸²⁷ Затворска казна може се изрећи после неуспешног новчаног кажњавања и само у најтежим случајевима непоштовања суда и ометања главног претреса. Обе казне (новчана и затворска) могу се изрећи заједно.

Према јавном тужиоцу не може се изрећи новчана казна. Суд и тужилаштво су координирани органи. Обавештавање надлежног јавног тужиоца је повод за замену (ако је главни претрес у току), односно повод за дисциплински поступак.

Према оптуженом се може изрећи новчана казна и затвор,⁸²⁸ али не и нека друга дисциплинска мера осим опомене и удаљења из суднице.⁸²⁹ Удаљење оптуженог своди се на најнужнију меру. Оптужени се прво удаљава само за одређено време, што би свакако требало да значи док се радња у току које се догодио инцидент не заврши.

⁸²⁶ Т.Васиљевић, М.Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.635.

⁸²⁷ Да се новчана казна може изрећи сама, види се из става 3 чл. 299 ЗКП.

⁸²⁸ Који је беспредметан ако је већ у притвору, а и тешко извршив, јер тада би био и притвореник и осуђеник истовремено

⁸²⁹ нпр. ако је у притвору, нека од дисциплински казни из чл. 151 ЗКП).

Оптужени се може удаљити за све време доказног поступка само ако је на главном саслушан (није довољно да је саслушан у претходном поступку). То је један случај суђења у одсуству. **Вређање достојанства суда не мора бити управљено непосредно према суду. Вређање достојанства суда постоји и у случају вређања других лица пред судом непристојним понашањем и испадима према њима.**

Код трајног удаљења оптужени који је у притвору враћа се у притвор, а оптужени који се налази на слободи удаљује се из заседања.

Према браниоцу и пуномоћнику изриче се опомена, а затим новчана казна, а ако и даље наставе да нарушавају ред, уместо удаљења из заседања ускраћује им се даља одбрана, односно заступање. Бранилац, односно заступник може остати у заседању као публика, а странка се позива да узме другог браниоца, односно пуномоћника, но окривљени, уколико одбрана није обавезна, може сам да преузме своју одбрану, а оштећени, оштећени као тужилац и приватни тужилац заступање. Ако не постоји могућност да окривљени одмах узме другог браниоца, а оптужени још није саслушан, претрес се прекида или одлаже, а ако је у питању обавезна одбрана,⁸³⁰ претрес се прекида или одлаже ако суд није у могућности да без штете за одбрану постави новог браниоца. Веће може да одлучи, ако странке то не учине, да се претрес одржи без пуномоћника ако то не би било штетно за интересе заступаног, али и без браниоца ако оптужени који је саслушан на то пристане, а и без пристанка ако то не би било штетно за његову даљу одбрану, што је скоро искључено, јер да му бранилац није потребан, не би га ни ангажовао.⁸³¹

Бранилац се не може казнити затвором, а пуномоћник може.

Штета за интересе окривљеног, односно за интересе заступаног може да настане због тога што се нови бранилац или пуномоћник без дубљег упознавања са ствари не може упустити у одбрану или заступање. Избор новог браниоца или пуномоћника није само питање постојања расположивог лица у датом тренутку, и питање трошка, него и питање поверења, способности и упознатости са предметом суђења. Окривљени који је у случају обавезне одбране имао изабраног браниоца па и даље жели да има таквог браниоца може тражити одлагање претреса, без обзира на то што би му постављени бранилац могао бити дат одмах. Окривљени има право да слободно бира браниоца и код обавезне одбране. О постављању браниоца може бити речи кад је удаљени бранилац био постављен, или кад оптужени код обавезне одбране не жели сам да изабере другог браниоца.

⁸³⁰ Браниоца тада суд увек може одмах именовати

⁸³¹ Т.Васиљевић, М.Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.637.

О изрицању свих мера и казни решење се доноси одмах у току претреса и уноси у записник. Решење се не може доносити после завршетка претреса. За извршење казни изречених по овом члану (299 ЗКП) важи чл. 189 ст. 3 ЗКП⁸³². Жалба је дозвољена на свако решење о казни, и на решење о дужности сношења трошкова прекинутог или одложеног претреса од стране браниоца или пуномоћника. Трошкови се одређују посебним решењем независно од опште дужности сношења трошкова према исходу поступка (чл.195 ЗКП).

Одредбе чл.299 ст. 8 ЗКП садрже мере и казне против браниоца и пуномоћника који ремете ред главног претреса. Поставља се питање у обрнутом смеру: о мерама и средствима браниоца и пуномоћника против неправилног руковођења главним претресом од стране председника већа и већа. Та лица, ако налазе да председник већа неоправдано спречава обављање њихових активности, могу да траже интервенцију већа, а ако и одлука већа буде таква, остаће траг о томе у записнику о главном претресу, а бранилац, односно пуномоћник може у жалби на пресуду то истаћи као непримену или неправилну примену одредаба о поступку која је била или могла бити од утицаја на законито или правилно доношење пресуде – чл. 368 ст. 2 ЗКП.

У чл.300 ст. 1 ЗКП предвиђено је да је против решења о казни дозвољена жалба, али да веће може ово решење да опозове. У ст.2 предвиђено је да против других одлука које се односе на одржавање реда и управљање главним претресом није дозвољена жалба.

Решење о казни, у ствари је, само решење о новчаној казни. Опомена и удаљење из суднице нису казне. Жалба се изјављује по чл. 399-401 ЗКП. Поводом жалбе разматра се законитост и правилност решења (одмеравање износа казне и трошкова). Према слову текста, веће може своје решење о казни само да опозове, не и да измени. Опозивање је могуће не само до завршетка главног претреса, него и касније, све до извршења.⁸³³ Опозивање се врши поводом жалбе или по службеној дужности. Веће може опозвати и она решења против којих жалба није дозвољена.⁸³⁴ Решење о плаћању трошкова не може се опозвати.⁸³⁵

По жалби на решење о казни решава виши суд у седници већа по чл. 401 ст.1 ЗКП, а не исти суд, ни у истом саставу, ни у већу из чл. 24 ст.1 ЗКП. По жалби на решење о трошковима решава веће истог суда (чл. 194 ст.3 ЗКП).

Могућност опозивања решења о казни, предвиђена у овом члану, није предвиђена у чл. 263 ЗКП, који се односи на одржавање реда приликом спровођења истражних радњи.

⁸³² Решења и наредбе, ако није друкчије одређено, извршују органи који су те одлуке донели.Ако је суд решењем одлучио о трошковима кривичног поступка, ти трошкови се наплаћују по одредбама чл. 188 ст 1 и 2 ЗКП.

⁸³³ Т.Васиљевић, М.Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање,Службени гласник, 2010.г., стр.639.

⁸³⁴ Т.Васиљевић, М.Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање,Службени гласник, 2010.г., стр.639.

⁸³⁵ Ради се само о трошковима стављеним на терет браниоцу или пуномоћнику.

2.5. Нови ЗКП

По питању **заштита части и угледа сведока и оштећеног**, одредбе чл.102 новг ЗКП-а скоро су идентичне одредбама чл.109 важећег ЗКП-а.

Разлика је што према чл.109 ст.2 новог ЗКП-а учеснику у поступку или другом лицу које пред органом поступка вређа оштећеног или сведока, прети му или угрожава његову безбедност, суд може изрећи новчану казну **до 150.000 динара**, уместо новчане казне до 100.000 динара колико је предвиђено чл.109 ст.2 у вези чл.108 важећег ЗКП-а.

Међутим, на основу чл.109 ст.2 у вези са чл.108 важећег ЗКП-а ако лице које је новчано кажњено настави да вређа оштећеног или сведока, да му прети или угрожава безбедност, може се још једном казнити истом казном, а на основу чл.102 ст.2 новог ЗКП-а то није могуће, што сматрамо за пропуст новог ЗКП-а.

Још једна разлика је што је у члану 102 ст.3 новог ЗКП-а предвиђено да жалба против решења којим је изречена новчана казна не задржава његово извршење.

По питању заштите части и угледа суда и других учесника у поступку, одредбе чл.231 новог ЗКП-а скоро су идентичне одредбама 173 важећег ЗКП-а.

Разлика је у томе што се на основу чл.231 ст.2 новог ЗКП-а увреда може учинити *само поднеском* а на основу чл.173 ст.2 важећег ЗКП-а увреда се може учинити и поднеском *и у усменој речи*.

Такође, разлика је и у томе што је у чл.231 ст.2 новог ЗКП-а предвиђено да се о кажњавању адвоката обавештава надлежна адвокатска комора, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама, и што је у чл.231 ст.3 новог ЗКП-а предвиђено да жалба на решење којим је изречена новчана казна не задржава извршење решења.

Није јасно што у чл.231 новог ЗКП-а, као и у чл. 173 важећег ЗКП-а, као нпр. у чл.108 односно 109 важећег ЗКП-а није предвиђена могућност поновног кажњавања истом казном у случају понављања увреде.

Орган поступка је дужан да свој углед и углед странака и других учесника у поступку заштити од увреде, претње и сваког другог напада.

Суд ће казнити новчаном казном до 100.000 динара окривљеног, браниоца, пуномоћника, законског заступника, оштећеног, приватног тужиоца или оштећеног као тужиоца **који у поднеску вређа** тај орган или учесника у поступку. О кажњавању адвоката обавештава се надлежна адвокатска комора, уз обавезу обавештавања суда о предузетим мерама.

Одлуку о новчаном кажњавању из става 2. овог члана доноси суд. О жалби против решења којим је изречена новчана казна, одлучује веће. Жалба не задржава извршење решења.

Ако јавни тужилац или лице које га замењује у поднеску вређа другог учесника у поступку, суд ће о томе обавестити надлежног јавног тужиоца и Државно веће тужилаца.

По питању **дисциплинских мера и дисциплинских казни у истрази**, чл.305 новог ЗКП-а сличан је чл.263 важећег ЗКП-а.

Разлика је је што на основу чл.305 ст.1 новог ЗКП-а дисциплинске мере и казне **изриче јавни тужилац** уместо истражног судије што предвиђа чл.263 ст.1 важећег ЗКП-а. Разлика је и што према чл.305 новог ЗКП-а **окривљени није изузет од кажњавања** као у висини казне која се према чл.305 ст.1 новог ЗКП-а може изрећи у износу до 150.000 динара а према чл.263 ст.1 важећег ЗКП-а у износу до 500.000 динара. Такође, на основу чл.305 ст.2 новог ЗКП-а, жалби против решења којим је изречена новчана казна не задржава извршење решења.

По питању **дисциплинских мера и дисциплинских казни на главном претресу** разлика између чл.298-300 важећег ЗКП-а и чл.369-375 новог ЗКП-а је у висини новчане казне која се према чл.370 ст.1 новог ЗКП-а може изрећи у износу до 150.000 динара а према чл.299 ст.1 важећег ЗКП-а у износу до 500.000 динара.

Ипак, **најзначајнија разлика** по питању дисциплинских мера и дисциплинских казни на главном претресу између важећег и новог ЗКП-а је, што за разлику од чл.299 ст.2 важећег ЗКП-а, према одредбама новог ЗКП-а **председник суда више нема овлашћење за доношење решења којим се новчаном казном до 500.000 динара или казном затвора до 15 дана кажњава лице које после опомене и новчаног кажњавања настави са нарушавањем реда или непоштовањем наређења председника већа тако да тиме исказује теже непоштовање суда и озбиљно омета главни претрес, што сматрамо добрим решењем.**

Наиме, на основу чл.299 ст.2 важећег ЗКП-а ову затворску казну изриче **председник суда, без икаквог поступка, без саслушања лица које се кажњава и без икакве прилике за одбрану**, на основу записника у коме је председник већа описао његово понашање, а против решења о кажњавању може се уложити жалба, али не вишем суду већ ванрасправном већу истог суда.

Такође, у случају удаљавања оптуженог из суднице, на основу чл.371 ст.1 новог ЗКП-а предвиђено је да, ако таква могућност постоји, оптужени ток поступка прати из посебне просторије путем техничких средстава за пренос звука и слике.

Разлика је и што на основу чл.299 ст.3 важећег ЗКП-а **о жалби на решење о кажњавању одлучује ванрасправно веће истог суда** а на основу чл.375 ст.2 новог ЗКП-а **о жалби на решење о кажњавању одлучује веће вишег суда.**

3. Кривичноправна заштита части и угледа

Код кривичноправне заштите части и угледа огледа се веза и конфликт између права на приватност (чл.8 ЕКЉП) и права на слободу изражавања (чл. 10 ЕКЉП). Као што смо раније навели према чл.17 Пакта о грађанским и политичким правима **право на приватност јесте збирни назив за право на поштовање** приватног живота, породичног живота, непроведивост дома и преписке, **части и угледа појединца**. Такође, према резолуцији Скупштине Савета Европе⁸³⁶, која се односи на *мас-медије и људска права и приватни живот појединца* стоји:

« **Право на приватност** се суштински састоји из права појединца да живи са минимумом утицаја са стране. Ово право се тиче приватног, породичног живота у дому, физичког и моралног интегритета, **части и угледа, недопуштености клеветања, недопуштености изношења нерелевантних и изненађујућих чињеница**, неовлашћеног објављивања приватних фотографија, заштите од објављивања информација које су као тајне саопштене појединцима.»⁸³⁷

Овако дефинисано **право на приватност долази у конфликт са правом на слободу изражавања** коју штити чл.10 ЕКЉП који предвиђа:

«Свако има право на слободу изражавања. Ово право укључује слободу поседовања сопственог мишљења, примања и саопштавања информација и идеја без мешања јавних власти и без обзира на границе. Овај члан не спречава државе да захтевају дозволе за рад телевизијских и биоскопских предузећа.

Пошто коришћење ових слобода повлачи за собом дужности и одговорности, оно се може подвргнути формалностима, условима, ограничењима или казнама прописаним законом, неопходним у демократском друштву, у интересу националне безбедности, територијалног интегритета или јавне сигурности, у циљу спречавања нереда или криминала, заштите здравља и морала, заштите угледа или права других, спречавање откривања обавештења добијених у поверењу, или очувању ауторитета и непристрасности судстава.»

⁸³⁶ Савет Европе - CoE (engl. Council of Europe, fr. Conseil de l'Europe) јер регионална међународна организација европских земаља, чије се седиште налази у Палати Европе (fr. Palais de l'Europe), у Стразбуру, на граници Француске и Немачке. Сврха Света Европе огледа се у остваривању основних личних и демократских права и слобода у Европи, а најважнији акти су доношење Европске конвенције о људским правима (1950) и успостављање Европског суда за људска права (1998), као сталног система правне заштите (Протокол бр.11 Европске конвенције о људским правима) Савет Европе има 47 чланица, које су истовремено и потписнице Европске конвенције о људским правима. Иако је организација наднационалног и европског карактера, Савет Европе не припада институцијама Европске уније, није Европски савет ни Савет Европске уније. Чланство у Савету Европе није условљено чланством у Европској унији, мада је свих 27 земаља Европске уније, учлањено у Савет Европе. Поред чланица, Савет Европе и Европску унију повезује идејао уједињеној Европи, а у Нацрту Европског устава је наглашено да права и слободе Европске конвенције о људским правима чине саставни део највишег европског правног акта (Европски устав, чл.9).

⁸³⁷ Council of Europe, Twenty-First Ordinary Session, collected texts, Strasbourg, 1979, 908.

Резолуција бр.1165⁸³⁸ о праву на приватност, имајући у виду да нове комуникационе технологије омогућавају прикупљање и употребу личних података, препоручује да дефиниција права на приватност из Резолуције бр.428 („право на лични живот са минимумом ометања“) буде **проширена** тако да укључи и право личности да има контролу над подацима који се на њу односе.

Скупштина истиче да је свесна да се право на приватност крши, чак и у земљама које имају законе који штите приватност, зато што је приватан живот људи постао за одређени тип медија уносна роба. Жртве су углавном јавне личности, јер појединости из њиховог приватног живота продају новине и повећавају гледаност и слушаност медија. Међутим, скупштина наводи да у исто време јавне личности морају да схвате да посебан положај који заузимају у јавном животу – у највећем броју случајева по сопственом избору – неизбежно подразумева и већи притисак на њихов приватан живот.

Резолуција бр.1165 „јавне личности“ дефинише као особе именоване на неку јавну функцију и /или особе које користе јавне ресурсе, а у ширем смислу и сви они који играју неку улогу у јавном животу, било у политици, привреди уметности, друштвеним делатностима, спорту или неким другим областима.

Скупштина констатује да медији врло често угрожавају право на приватност заклањајући се иза једностраног тумачења права на слободу изражавања, загарантованог чланом 10 Европске конвенције о људским правима, и тврдње да њихова публика има право да зна све о јавним личностима. Извесне чињенице из живота јавних личности, нарочито политичара, заиста су од интереса за грађане, те је стога легитимно право публике, која се састоји од гласача, да буде информисана о чињеницама. Стога је потребно наћи начин да се ускладе та два основна права – право да на нечији приватан живот буде заштићен и право на слободу изражавања – оба загарантована ЕКЉП.

Скупштина наглашава да та два основна права – право сваке особе да се њен приватан живот поштује и право на слободу изражавања – представљају основна права у сваком демократском друштву. **Та права нису нису ни апсолутна, нити је и једно веће од другог, јер су она истоветне вредности.**

Скупштина, међутим, истиче да право на приватност, загарантовано чланом 8 ЕКЉП, омогућава некој особи не само **да буде заштићена од ометања од стране власти већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.**

Веза и конфликт између права на приватност и права на слободу изражавања најбоље се огледа код кривичних дела увреде и клевете.

У правној теорији је спорно шта представља објекат права на част и углед и који су облици његове повреде.

⁸³⁸ Резолуција парламентарне скупштине о праву на приватност из 1998.године

У англо-америчком праву објекат овог права је јединствен и чини га углед, а само право се састоји у томе да се не буде лишен угледа. Повреда угледа се најчешће врши путем вербалних тврдњи које морају бити неистините и јавно саопштене трећим лицима.

У континенталном праву објекат овог права је вишеслојан. У Француској се повреда дефинише као умањење поштовања које једно лице ужива; у Швајцарској се прави разлика између унутрашње части (укупност човекових моралних, професионалних и других вредности) и осећања части (свест о угледу и сензибилитет за то да се углед очува). Унутрашња част је објективна и она не може бити повређена, док осећај части може бити повређен. У нашем праву прихваћена је фактичка теорија преузета из Немачке догматике, која разликује са једне стране осећај – свест о части, а углед са друге стране.

Поставља се питање да ли се кривичним делима увреде и клевете штити право на приватност, тј. да ли част и углед спадају у посебна права у оквиру права на приватност или не. Узимајући у обзир наведене дефиниције права на приватност из *Пакта о грађанским и политичким правима* и Резолуције Скупштине света европе која се односи на мас-медије и људска права и приватни живот појединца, као и да се кривичним делима увреде и клевете поред части и угледа бар делимично штити и право на приватност, сматрамо да увреда и клевета спадају у тзв. вишеобјектна кривична дела⁸³⁹, тј. да и ова кривична дела спадају у кривична дела којима се штити право на приватност.

Заштита права на приватност посебно долази до изражаја код квалификованих облика увреде и клевете, тј. ако се вређање или клеветање врши путем штампе, радија, телевизије, сличних средстава или на јавном скупу, јер чим се кривичноправна заштита пружа нечијем право да се не помиње у јавности (па макар то непомињање било и у контексту увреде или клевете) тиме се истовремено штити и његово право на приватност.

У скорије време у нашем праву појављују се мишљења и тенденције да кривична дела увреде и клевете треба **декриминализовати**. **Ако се ова иницијатива прихвати то ће значити да ће част и углед изгубити право на кривичноправну заштиту, иако су саставни делови права на приватност**, тј. овај сегмент права на приватност ће остати без кривичноправне заштите.

С обзиром да Резолуција бр.1165 о праву на приватност позива све владе држава чланица, да уколико у њиховим земљама такви закони не постоје, усвоје законе који ће гарантовати право на приватност или да постојеће законе допуне између осталог и тако да **уредници и новинари могу бити тужени за повреду права на приватност, под истим условима као и за клевету**⁸⁴⁰, као и да увреда и клевета постоје у упоредном праву, није јасан *ratio legis* тенденција о декриминализацији кривичних дела увреде и клевете.

⁸³⁹ З.Стојановић, Кривично право посебни део, тринаесто измењено издање, Београд, 2009.г., стр.3.

⁸⁴⁰ Да би уредници и новинари били тужени под истим условима као и за клевету то значи да кривично дело клевете мора егзистирати, тј. Да не може бити декриминализовано.

Декриминализација кривичних дела увреде и клевете значило би превагу права на слободу изражавања у односу на право на приватност иако према Резолуцији бр.1165 **ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности.**

3.1. Кривично дело увреде

Кривично дело има основни (став 1) и квалификовани облик (став 2). Појам увреде није одређен законским описом основног облика. Наша теорија и судска пракса под увредом подразумевају изјаву омаловажавања која је сазната од неког. То значи да се радња извршења састоји у омаловажавању неког лица. Омаловажавање значи негирање или потцењивање вредности које чине част⁸⁴¹ једног лица. То се може учинити на три начина, па је уобичајено и разликовање на три врсте увреде с обзиром на начина како је предузета радња извршења.

Код *вербалне увреде* изјава омаловажавања се врши речима, било усмено или писмено. Неопходно је ценити изјаву у целини где свака реч «сама за себе или у склопу целине може да има одлучујући значај за утврђивање смисла оног што је речено».⁸⁴²

Код *реалне увреде* то се врши одређеним радњама. На пример пљување,⁸⁴³ чупање за косу,⁸⁴⁴ просипање прљаве воде на оштећеног,⁸⁴⁵ представља реалну увреду. Реалну увреду треба разграничити са радњама које прерастају у неко теже кривично дело као што је злостављање (чл. 137 ст.1 КЗ) или лака телесна повреда (чл.122 ст.1 КЗ). У неким случајевима, радње које објективно представљају реалну увреду могу прерасти и у кривично дело недозвољених полних радњи (чл.182 ст.1 КЗ) уколико постоји одређена субјективна усмереност.

Најзад, говори се и о *симболичној увреди* која се врши симболима, односно гестовима. И ту се ради о увреди делом, односно предузимањем одређених радњи, али се за разлику од реалне увреде радње не предузимају на самом пасивном субјекту. Реалну и симболичну увреду не чине радње које представљају обичну непристојност и неучтивост. Оне нису довољне за постојање увреде, осим ако се не ради о екстремним случајевима непристојности у којима јасно долази до изражаја омаловажавајући карактер предузетих радњи. Иначе, разликовање на вербалну и реалну увреду за наше кривично право није од таквог значаја као што је то случај у неким земљама чије кривично законодавство предвиђа строжу казну за реалну него за вербалну увреду.

За постојање увреде неопходно је да је изјава омаловажавања сазната од неког. То може бити лица на које се та изјава односи, али може бити и неко друго лице.

⁸⁴¹ Унутрашња част је субјективни став појединца према сопственој вредности, док је спољна част признавање тих вредности и од друштвене средине, тј. мишљење других о вредностима појединца. Кривично право не треба да штити ни унутрашњу ни спољну част саму по себи, већ право човека на част, тј. његово право на поштовање његове личности од стране других. З. Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.422.

⁸⁴² ВСС Кж. I 1440/73

⁸⁴³ ОСБ Кж. 168/02

⁸⁴⁴ ОСБ Кж. 456/03

⁸⁴⁵ ОСБ Кж. 374/00

При томе довољно је да је изјаву омаловажавања сазнало само лице на које се односи, тј. када ниједно друго лице није било присутно. С друге стране, довољно је и да је неко лице на које се односи та изјава, без присуства пасивног субјекта, ту изјаву сазнало. Уколико изјаву омаловажавања још нико није сазнао, постојаће некажњиви покушај увреде.

Као критеријум за утврђивање да ли нешто представља омаловажавање у нашој пракси и теорији је прихваћени *објективни критеријум*, тј. ирелевантно је како је то схваћено од стране лица коме је изјава упућена, а меродавна је процена са аспекта постојећих обичајних, моралних и других норми у одређеној средини.⁸⁴⁶

Неистинитост онога што представља садржај увредљиве изјаве није неопходна за постојање кривичног дела увреде. То значи да увреда може постојати и онда ако се неко омаловажава изношењем истинитих чињеница. Увредљив карактер изјаве, по правилу, не зависи од њене истинитости или неистинитости. Вербална увреда често садржи псовке, погрдне и вулгарне изразе који нису ни подобни да се постави питање истинитости, односно неистинитости. Често је и код увреде у питању неко неистинито тврђење или неки негативни вредносни суд који нема реалну подлогу у чињеницама.

Иако суд не треба да се упушта у утврђивање истинитости, односно неистинитости онога што чини садржину увредљиве изјаве, ипак, код очигледно истинитих тврђења морају се утврђивати друге околности под којима је дело учињено, тј. увредљив карактер у случају да се ради о истинитим тврђењима о чињеничном стању или о тачним вредносним судовима може се утврдити само из свих околности конкретног случаја (начина на који је изјава упућена, субјективне усмерености и др.). Истинитост може бити од значаја и зато што она искључује клевету, али не и увреду.

У нашој судској пракси прихваћен је став да је увреда увек супсидијарног карактера у односу на друга кривична дела против части и угледа, па и у односу на нека друга кривична дела чија је радња може да се испољи и у вређању. Увреда може да постоји само ако у конкретном случају нису остварена законска обележја неког другог кривичног дела.⁸⁴⁷

Тежи облик увреде постоји уколико је она учињена путем штампе или других средстава јавног информисања, или на јавном скупу (став 2). Док је појам штампе, радија, телевизије и сличних средстава релативно јасан (одређен је прописима, пре свега *Законом о јавном информисању*), појам јавног скупа може бити донекле споран. У нашој судској пракси заузима се, са основом, став да овај појам не обухвата скупове на којима присуствују тачно одређена лица, макар се радило и о великом броју лица. Тако, на пример, скупштина акционара не би представљала јавни скуп.⁸⁴⁸

⁸⁴⁶ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.424.

⁸⁴⁷ ОСС Кж.220/00

⁸⁴⁸ ОСБ Кж.1620/04.

Јавним скупом треба сматрати окупљање лица чији број и идентитет унапред нису познати.⁸⁴⁹

И на ово кривично дело односе се одредбе чл. 38-41 КЗ (одговорност уредника, одговорност издавача, штампара и произвођача, заштита извора информација). За овај облик се може изрећи и мера безбедности из члана 89 КЗ (јавно објављивање пресуде).

У случају да је пасивни субјект узвратио увреду, суд може користити институт ослобођења од казне и то како у односу на извршиоца, тако и у односу на онога ко је увреду узвратио, или у односу на обе стране(став 3). Да би се искористила ова могућност, неопходно је да постоје тужбе обе стране. Окривљени може, наиме, до завршетка главног претреса (чак и после протеча рока за подношење приватне тужбе) подићи тужбу (тј.противтужбу) против тужиоца који му је увреду узвратио (чл. 53 ст. 2 ЗКП). Супротан став да није потребна противтужба⁸⁵⁰ је погрешан, јер се не може неко огласити кривим (без обзира да ли се кажњава или ослобађа од казне) за кривично дело које се гони по приватној тужби, ако та тужба не постоји.⁸⁵¹

Предвиђен је и основ искључења постојања кривичног дела (став 4). Кривично дело увреде неће постојати и ако је увредљива изјава сазната од неког уколико су кумулативно остварени објективни и субјективни услов. Објективни услов јесте да је увредљива изјава дата у оквиру једне од следећих делатности:

- 1) озбиљне критике у научном, књижевном или уметничком делу,
- 2) у вршењу службене дужности, новинарског позива, или политичке делатности, и 3) у одбрани неког права или заштити оправданих интереса.

Субјективни услов јесте да код оног чија изјава објективно представља омаловажавање неког лица, односно повреду његове части, није постојала намера омаловажавања.

На субјективном плану за постојање увреде мора постојати умишљај. Иако је у нашој теорији и пракси владајуће схватање да осим умишљаја не треба захетвати и намеру омаловажавања , ипак се из основа искључења преотивправности предвиђеног у ставу 4. *argumentum a contrario*, може доћи до закључка да намера омаловажавања, иако није експлицитно садржана у бићу кривичног дела увреде, улази у њен појам.⁸⁵²

⁸⁴⁹ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.425.

⁸⁵⁰ ОСН Кж.367/84

⁸⁵¹ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.425.

⁸⁵² Ибид

Наиме, иако намера формално није обележје бића кривичног дела, без ње је тешко утврдити да ли нека радња има увредљив карактер. С обзиром на то да је потребно да изјава објективно представља омаловажавање пасивног субјекта, што као битан елемент кривичног дела мора бити обухваћено умишљајем учиниоца, долази се до сличног резултата. Умишљај мора обухватити хтење да изјаву омаловажавања сазна неко лице.

Да намера омаловажавања, иако није експлицитно садржана у бићу кривичног дела увреде, ипак улази у његов појам, потврђује и судска пракса:

*"Када окривљени у поднеску суду за приватног тужиоца у току парничног поступка наведе да оно што ради и начин на који то ради је ван сваког достојанства, части и морала, без гриже савести и са толиким цинизмом да је то за нормалног човека неприхватљиво, то не представља кривично дело увреде јер није дата у намери омаловажавања, већ заштите својих оправданих интереса у поступку где је тужена страна."*⁸⁵³

Уколико, на пример, неко у свом личном дневнику за неког напише увредљива тврђења, па то стицајем околности неко сазна, неће постојати кривично дело увреде јер недостаје умишљај да увредљива изјава буде сазната од некога.⁸⁵⁴

То значи да је и у овом случају заштићено право на приватност лица које је писало дневник, јер ако је то лице писало нешто из својих личних разлога и само за своје потребе, без намере да то прикаже трећим лицима, онда писац дневника неће одговарати за кривично дело увреде уколико то стицајем околности неко ипак сазна (на пример ако неко без пишчеве сагласности прочита и фотокопира његов дневник). На овом примеру види се **фрагментарност кривичноправне заштите права на приватност** јер ни писац дневника не ужива кривичноправну заштиту уколико би неко без његове сагласности прочитао или фотокопирао његов дневник и тиме сазнао његове најинтимније мисли, дакле без икакве сумње повредио право на приватност.

Иако је за увреду прописана само новчана казна, треба имати у виду да се према одредбама општег дела могу изрећи и неке друге казне, односно кривичне санкције уколико су испуњени услови зато (казна рада у јавном интересу, одузимање возачке дозволе, судска опомена).

Гоњењење за кривично дело увреде предузима се по приватној тужби (чл.170 ст.1 КЗ). Ако је кривично дело увреде учињено према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица (чл.177 ст.2 КЗ).

⁸⁵³ ОСБ Кж.980/01

⁸⁵⁴ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.426.

3.2. Кривично дело клевете

Кривично дело клевете састоји се у изношењу или проношењу неистинитих тврђења која могу шкодити части или угледу неког лица. Осим основног облика (став 1), кривично дело има и тежи (тзв. јавна клевета: став 2), као и најтежи облик (став 3).

Радња извршења основног облика јете изношење или проношење (тврђења које је неистинито). Изношење је саопштавање сопствених сазнања, а проношење представља саопштавање нечега што је сазнато од другог лица. Начин изношења или проношења може бити различит: усмено, писмено, гестовима, телефоном, е-маилом.

Централно питање код кривичног дела клевета јесте предмет изношења или проношења. Из законског описа произилази да оно што се износи или проноси мора бити неистинито, као и да је по природи такво да је подобно да шкоди части или угледу другог лица. Трећи услов који није експлицитно садржан у законском опису, али је прихваћен у теорији и пракси, јесте да се неистинито тврђење односи на чињенице, а не на вредносне судове.

Неистинитост онога што се износи или проноси постоји онда када то не одговара стварно постојећим чињеницама. Неистинитост постоји не само онда када се тврди нешто потпуно супротно од постојећих чињеница, него и онда када се такво тврђење битно разликује у односу на те чињенице.⁸⁵⁵

Неистинитост је специфична карактеристика кривичног дела клевете и оно се по томе разликује у односу на кривично дело увреде (чл.170 КЗ) и кривично дело изношење личних и породичних прилика (чл.172 КЗ). За ово обележје је иначе везан најсложенији проблем код кривичног дела клевете, а то је на коме је терет доказивања у погледу неистинитости, односно истинитости онога што је изношено или проношено. Наша досадашња судска пракса и теорија заузимала је јединствен став да овде треба направити изузетак од општег правила да суд мора да утврди постојање свих битних обележја бића кривичног дела, те да се неистинитост претпоставља осим ако учинилац не докаже супротно.

Досадашње схватање треба ублажити, не толико због тога што оно представља одступање од уобичајених процесноправних гарантија за окривљеног, него што је тешко пронаћи задовољавајуће решење на плану материјалног кривичног права које би оправдало то да се не утврђује битно обележје кривичног дела.⁸⁵⁶

Ипак, треба поћи од тога да суд треба да утврђује неистинитост онога што је изношено или проношено као битно обележје бића кривичног дела клевете.⁸⁵⁷

⁸⁵⁵ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.427.

⁸⁵⁶ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.427.

⁸⁵⁷ Ибид

Овакав став потврдила је и судска пракса, додуше индиректно, код кривичног дела увреде:

*"Када окривљена за оштећену у приватној тужби наведе да је "болесна особа која не може да контролише своје понашање и да је била позивана на преглед ради утврђивања дијагнозе и евентуалног лечења", такви наводи представљају позив суду да у границама својих надлежности испита ове чињенице, па не представљају кривично дело увреде."*⁸⁵⁸

У наведеном примеру суд је утврдио да нема кривичног дела увреде али би уколико се утврди неистинитост оног што је изношено или проношено за оштећену, могло да се ради о кривичном делу клевете.

Само у случајевима када је то тешко или немогуће утврдити, могло би се прибећи стандарду, односно претпоставци часног човека.

Наравно, учинилац увек може да доказује непостојање овог битног елемента кривичног дела, али то би за њега била само могућност, а не и обавеза. Уколико се тврђење односи на учињено кривично дело, истинитост те чињенице која искључује постојање кривичног дела клевете може се утврђивати само на основу правоснажне пресуде. Иначе, омаловажавање пребацивањем за учињено кривично дело није више инкримисано као што је то био случај у ранијем кривичном законодавству (чл.95 КЗС) али би се, под одређеним условима, могло радити о кривичном делу увреде.

Оно што се износи или проноси мора бити подобно да штоди части или угледу неког лица. Није неопходно да је дошло до повреде части или угледа неког лица, довољно је да је постојала таква могућност. Прихватљив је став судске праксе која приликом утврђивања ове подобности користи објективно-субјективни критеријум. Наиме, за ту оцену су релевантна схватања и норме које важе у одређеној средини па се са тог аспекта процењује да ли је објективно нешто могло да штети части и угледу неког лица, али се у извесној мери уважава и повређеност пасивног субјекта. При коришћењу субјективног критеријума, исправно се упозорава да се не сме узимати у обзир преосетљивост пасивног субјекта.⁸⁵⁹

Да би нешто било подобно да штети части или угледу неког лица, осим природе самог неистинитог тврђења, потребно је да је сазнато од другог лица. У вези са тим спорно је да ли је тај услов испуњен ако је то учињено у најужем кругу, тј. ако је то саопштено, на пример, члановима уже породице.

Аргументи који иду против схватања да се и у том случају ради о клевети јесу да то тешко одговара радњи клевете, тј. да се тешко, како језички, тако и телеолошки, може тумачити да у том случају постоји изношење или проношење.

⁸⁵⁸ ОСБ Кж.255/01

⁸⁵⁹ ОЦБ Кж.1938/02

Даље, појединац има право на слободну приватну сферу у којој саопштавње сопствених ставова, мисли, или оцена о другима у свом најужем кругу не може представљати кривично дело. Међутим, у нашој судској пракси је био заступан и супротан став.⁸⁶⁰

Иначе, неспорно је да то друго лице не може бити само оштећени, тј. лице на које се неистинито тврђење односи. На пример, клевета се не може учинити упућивањем писма само лицу на које се неистинито тврђење односи.⁸⁶¹ Такође, тврђење се мора односити на одређено лице, односно мора бити такво да се може закључити на кога се односи. Даље, неистинито тврђење мора бити озбиљно.

То не би био случај, на пример, ако би у питању била очигледна шала, или би се износило нешто што је апсурдно или немогуће, тј. неко тврђење у чију истинитост нико не би поверовао.

Најзад, неистинито тврђење се мора односити на неко чињенично стање, а не на вредносни суд односно изражавање оцена, мишљења и вредновања. Оно што се износи или проноси не сме да се односи на лични или породични живот неког лица, јер би у том случају постојало кривично дело изношења личних и породичних прилика (чл.172 КЗ) за чије постојање је, иначе, ирелевантно да ли је то што се износи или проноси неистинито.

Нема обележја кривичног дела клевете у радњама председника лекарске комисије који је у службеном извештају навео да комисија остаје при мишљењу да је приватни тужилац због психички измењеног стања трајно неспособан за професионалну војну службу.⁸⁶²

Клевета гестом је показивање на неко лице мимиком, инсинуацијом, симболичним покретима и сл., с тим што се такве радње износе углавном у време разговора о некој чињеници или околности на коју остали учесници у разговору знају за чију је личност везана. На пример, група радника води разговор о томе ко је из њиховог колектива извршио крађу, па неко при томе покаже гестом на једног од њих.

Субјективну страну клевете чини умишљај који обухвата све битне елементе кривичног дела. Иако није потребна тзв. клеветничка намера, учинилац мора бити свестан тога да износи или проноси нешто што је неистинито, што може шкодити части или угледу неког лица и да то хоће, или да на то пристаје. То схватање је владајуће у нашој судској пракси.

⁸⁶⁰ Став седнице Кривичног одељења ВСС од 20.12.1972.г.

⁸⁶¹ ОСБ Кж.2011/04

⁸⁶² ОСБ Кж.1373/06

Евентуално постојање клеветничке намере указује на то да је субјективни елемент изражен у највишем степену што треба узети у обзир приликом одмеравања казне.⁸⁶³ Непостојање свести о неистинитости искључује умишљај, а тиме и кривично дело. Схватање да умишљај не треба да обухвати и неистинитост онога што се износи или проноси као битног обележја кривичног дела нема основа. Поставља се питање какво је дејство стварне заблуде у погледу тог обележја. Према садашњем решењу и отклоњива стварна заблуда у погледу неистинитости искључује умишљај, а самим тим и кривично дело.

Код клевете учињене путем средстава јавног информисања (став 2) квалификаторна околност јесте начин доношења или изношења тј. то се чини путем штампе и других средстава јавног информисања, или н јавном скупу. Овде, међутим, посебну пажњу треба обратити на дужну новинарску пажњу управо у вези са неистинитошћу онога што се износи или проноси као карактеристичног обележја кривичног дела клевете.

Уколико је новинар поступао у скалду са уобичајеним стандардима своје професије у односу на истинитост информације,⁸⁶⁴ па је и поред тога дошло до тога да је износио или проносио нешто што је неистинито, кривично дело не би постојало зато што треба узети да у том случају недостаје субјективна страна кривичног дела. Давлац података за напис у штампи не одговара за кривично дело јавне клевете, већ за обичну клевету.⁸⁶⁵

Тешко дело клевете (став 3) постоји онда када је услед основног облика наступила нека тешка последица по оштећеног. За постојање овог облика мора постојати узрочна веза између учињене клевете и тешке последице, као и да се та тешка последица може приписати нехату учиниоца (чл.27 КЗ). Имајући у виду до каквих тешких последица може доћи по оклеветано лице, криминално-политички је доста лако дати оцену да прописана искључиво новчана казна није адекватна тежини овог облика клевете. Иначе, појам тешке последице је неодређен и, као и код неких других кривичних дела, не испуњава захтев за одређеношћу кривичноправне норме. Нема сумње да се ради о тешким последицама ако је услед клевете дошло до, на пример, губитка посла, развода брака, или до самоубиства оштећеног. Међутим, ако би наведени случајеви били модификовани у смислу да није дошло до губитка посла већ до изостанка очекиваног напредовања на послу, или до поремећаја брачних односа или до покушаја самоубиства, да ли је реч о тешкој последици зависи од оцене и вредновања суда.⁸⁶⁶ Ту би, свакако, тежину последице било могуће степеновати, јер није исто ако би дошло до краткотрајне свађе између супружника и престанка брачне заједнице.⁸⁶⁷

⁸⁶³ ОСБ Кж. 1915/88

⁸⁶⁴ Чл. 3. Закона о јавном информисању

⁸⁶⁵ ОСБ Кж.2041/05

⁸⁶⁶ З.Стојановић, *Коментар кривичног законика*, треће допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2009.г., стр.430.

⁸⁶⁷ У том случају је ОСБ узео да се ради о тешкој последици, иако брак формално није разведен - Кж.422/04.

Гоњење за све облике клевете предузима с по приватној тужби (чл.177 ст.1 КЗ). Уколико приватни тужилац умре у току рока⁸⁶⁸ за подношење тужбе или у току поступка, примењује се одредбе чл.56 ЗКП.⁸⁶⁹ Ако је кривично дело клевете учињено према умрлом лицу, гоњење се предузима по приватној тужби брачног друга или лица које је са умрлим живело у трајној ванбрачној заједници, сродника у правој линији, усвојиоца, усвојеника, брата или сестре умрлог лица.

4. Упоредно-правна пракса

4.1. САД

Отприлике истовремено, тј. од шездесетих година 20.века, судови и правна наука у САД и Немачкој, више него у било којој другој земљи, интензивно су се бавили односом између уставом зајемчене слободе изражавања и заштите части и угледа, тј. њиховом колизијом.

У случају *New York Times v Sullivan*⁸⁷⁰ амерички врховни суд (*Supreme Court*) заузео је следећи став:

«Снажна расправа могућа је само ако је обезбеђена што већа слобода изражавања у погледу носилаца јавне власти.⁸⁷¹ Средишњи значај (*central meaning*) слободе изражавања (слободе говора) управо је у томе да не допушта заштиту владе и носилаца јавних функција од *увреда и клевета* које се тичу владе, односно јавних функција.⁸⁷² Кажњавање је искључено не само у случају доказа истинитости, него и када постоји оправдан разлог да се верује у истинитост; јер ако би критичари власти и носилаца јавних функција били принуђени да гарантују за истинитост тврдњи о њима, и били изложени ризику огромних износа накнаде штете, то би водило аутоцензури и гушењу снаге и богатства јавне расправе (тзв. *chilling effect*).⁸⁷³ Да је критичар знао за неистинитост или да је био безобзирно небрижљив у погледу истинитости, то се мора убедљиво јасно доказати.⁸⁷⁴

Ови ставови су потом у каснијим случајевима проширивани или сужавани у појединим аспектима.

⁸⁶⁸ Кривична дела која се гоне по предлогу оштећеног или по приватној тужби, предлог или тужба се подноси у року од три месеца од дана кад је овлашћено лице сазнало за кривично дело и учиниоца (чл.53 ст.1 ЗКП).

⁸⁶⁹ Ако оштећени или приватни тужилац умре у току рока за подношење предлога или приватне тужбе или у току поступка, његов брачни друг, лице са којим живи у ванбрачној или каквој другој трајној заједници, деца, родитељи, усвојеници, усвојитељи, браћа и сестре могу у року од три месеца после његове смрти поднети предлог или тужбу, односно дати изјаву да поступак настављају.

⁸⁷⁰ Пресуда S. Ct. из 1964.г.

⁸⁷¹ *New York Times v Sullivan*, стр.710

⁸⁷² *New York Times v Sullivan*, стр.722 и 726.

⁸⁷³ *New York Times v Sullivan*, стр.725

⁸⁷⁴ *New York Times v Sullivan*, стр.729

«Пошто грађанима ваља обезбедити слободан ток информација о носиоцима јавних функција, то су за јавност важне све околности које су у стању да утичу на способност носиоца јавне власти да испуњавају своје дужности, а по себи су такве околности нечасност, неисправно вршење функције или непримерена мотивација; када је реч о кандидатима за јавне функције, који ради своје претензије експонирају своје супруге или децу, једва да могу остати **приватна ствар** његови квалитети као супруга и оца».⁸⁷⁵

«И јавне личности (*public officials*) који нису носиоци јавних функција изједначавају се са овима, будући да је умногоме дошло до мешања између положаја и вршења моћи, тако да и они који немају неки службени положај утичу у одлучивању о важним јавним питањима или захваљујући својој познатости битно учествују у обликовању догађаја који су од сведруштвеног интереса.»⁸⁷⁶

«Лице које тражи заштиту мора доказати да је тужени знао за неистинитост, односно био безобзирно небрижљив у погледу истинитости *дифаматорне тврдње*, не само кад се тврдња односи на носиоца јавне функције, него свагда када је реч о ствари од јавног, односно општег значаја.»⁸⁷⁷

У случају *Gertz v Welch, Inc* (1974)⁸⁷⁸ разјашњено је да тај режим важи само за носиоце јавних функција и личности које делају у јавности: Лице које се кандидује за јавну функцију мора да прихвати као неизбежну последицу мешања у јавну сферу то што ће бити изложеније јавности него што би иначе било, као и то да медији могу с основом да претпоставе да се носиоци јавних функција и јавне личности добровољно излажу ризику да се о њима у оправданом незнању објаве неистините тврдње.

Затим је у случају *Dun&Bradstreet v Greenmoss Builders, Inc* (1985)⁸⁷⁹ истакнуто како то важи и за лице које није јавни функционер и не делује у јавности, ако се *дифаматорна тврдња* односи на ствар од јавног значаја (*public interest*), да би *Philadelphia Newspapers, Inc. v Hepps* (1986)⁸⁸⁰ резултирала ставом како у случају сумње, да ли се ради о јавном значају неке ствари, важи претпоставка у корист слободе изражавања, односно да се мора доказати да не постоји никакав јавни интерес да би се искључио режим отежане одговорности за **увреду и клевету** политичара, носилаца јавних функција и оних личности које делају у јавности. У сумњи се поступа у корист слободе изражавања, како се, у супротном, не би догодило да изостане изношење оних истинитих тврдњи које, иако се не дају доказати као истините, могу да представљају допринос јавној расправи.

⁸⁷⁵ *Garrison v Louisiana* 85 S.Ct.1975

⁸⁷⁶ *Curtis Publishing Co. V Butts*, 87 S.Ct.1975.

⁸⁷⁷ *Rosenbloom v Metromedia*, 91 S.Ct. 1811 (1971).

⁸⁷⁸ *Gertz v Robert Welch, Inc.*, 94 S.Ct.2997 (1974).

⁸⁷⁹ *Dun&Bradstreet v Greenmoss Builders, Inc.* 105 S.Ct.2939 (1985).

⁸⁸⁰ *Philadelphia Newspapers, Inc. v Hepps* 106 S.Ct.1558 (1986).

Сви ови ставови односе се на *дифаматорне чињеничне исказе*, што би, имајући у виду нашу правну конструкцију, одговарало подручју *клевете* (дакле изношење или проношење неистинитих тврдњи које могу да штете части или угледу). Још је отежанија заштита владе, органа власти, политичара, јавних функционера и личности које делају у јавности од *увреда*: постоји потпуна слобода за чисте вредносне судове (*pure opinions*, *Milkovich v Lorain Journal Co.* 1990).⁸⁸¹ Под то се не подводе само идеје, него и , на пример, увредљиве погрдне речи, увредљиве политичке дисквалификације, увредљиве оптужбе («фашиста», «безвредан у својој професији, обичан активиста», «антисемита», «чмар месеца» и сл.).⁸⁸²

У одлуци *Cubby, Inc v Compuserve Inc.*⁸⁸³, заузет је став да компјутерски сервер који је корисницима омогућавао приступ електронској библиотеци и прегледање садржаја разних новина (независно уређиваних) није одговоран за клеветање објављено у самим тим новинама.

4.2. Немачка

Немачка судска пракса, тј. Савезни уставни суд (*Bundesverfassungsgericht*) и савезни суд (*Bundesgerichtshof*) нису отишли тако далеко као амерички судови.

Пресумпција у корист допуштености слободе говора важи када је реч о прилозима борби мишљења у неком питању које се битно тиче јавности, али не и када се ради о информацијама само у приватном, комерцијалном саобраћају и у остваривању себичних циљева.⁸⁸⁴ Разликују се у ствари **три степена слободе изражавања**: она је најпотпунија када је реч о политичким исказима у ужем смислу, слабијег је интензитета када је реч о расправи о другим питањим од општег интереса, а најслабија када се ради о исказима који служе остваривању себичних интереса (*NPD von Europa* (1982)⁸⁸⁵, *Zwangsdemokrat* (1990)⁸⁸⁶, *Kronprinz* (1965).⁸⁸⁷ И што се нека тврдња више приближава језгру политичке расправе, то већи значај има циљ заштите слободе изражавања. Поготово су најшире допуштени искази у предизборној борби (*NPD von Europa* (1982) и *Alt-Baden* (1959).⁸⁸⁸

Немачки судови нису у оној мери као амерички готово потпуно ослободили медије и друга лица од ризика одговорности за *дифаматорне вредносне судове* о политичарима, односно у политичким и другим јавно значајним расправама.

⁸⁸¹ *Milkovich v Lorain Journal Co.*, 110 S.Ct. 2695 (1990).

⁸⁸² *Buckley v Littell*, 539 F.2 d 882 (1976); *Ollman v Evans* 750 F.2 d 970 (1984); *Liberty Lobby, Inc v Dow Jones & Co., Inc.*, 838 F.2 d 1287 (1988); *Dworkin v Hustler Magazine, Inc.*, 867 F.2 d 1188 (1989).

⁸⁸³ 776 F, Supp. 135, S.D.N.Y.1991.

⁸⁸⁴ B VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

⁸⁸⁵ B VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

⁸⁸⁶ B VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

⁸⁸⁷ B VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

⁸⁸⁸ B VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

За дифаматорне вредносне исказе *одговара се кривично*, али, ако се тичу ствари од озбиљног интереса јавности, одговара се само ако су изречени тек ради дифамирања (*Schmahkritik* – увредљива критика), тј. тек са намером дифамирања (омаловажавања) онога на кога се односе (*Deutschland-Stiftung* 1976), односно ако су изречени у првом реду са таквом намером (*NPD von Europa* 1982). Јер вредносни суд који је у злој вери саопштен, а не вођен тиме да се саопшти нешто што би се тицало јавности, не представља никакав допринос јавној расправи (*Boll/Walden* 1980).

Вредносни суд представља омаловажавање онда када се састоји у понижавању лица с оне стране и полемичке и претеране критике (*Zwangsdemokrat* 1990). Дакле, иако је у интересу слободне борбе мишљења да се толеришу и неки непримерено оштри вредносни искази, иакази који служе само омаловажавању представљају границу од које почиње одговорност за дифаматорне вредносне судове (*Hollenfeuer* 1966). Рецимо, када карикатура прикаже политичара као свињу која полно општи са другом свињом обученом у судијску одору (*Strauf-Karikatur* 1987).

Експонираност субјекта, давање повода својим понашањем или добровољно изазивање борбе мишљења такође је у стању да утиче на то да се могућност излагања санкцији смањи или искључи (*Schmid / Spiegel* 1961, *Kunstkritiker* 1980, *Alt-Baden* 1959).

Када се у изборној борби ради о дисквалификујућим тврдњама о некој политичкој странци, ограничења су понајмања јер је постојање и деловање политичке странке унапред и искључиво повезано са политичким животом (*NPD von Europa* 1982).⁸⁸⁹

О опасности, да би због страха од могуће санкције изостало објављивање тврдњи важних за јавност (*Einschucheterungswirkung*), мора се водити рачуна при уређивању одговорности, поготово, како се не би десило да се масмедији због несразмерног ризика уздржавају од јавне контроле власти (*Boll/Walden* 1980).⁸⁹⁰

⁸⁸⁹ В VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

⁸⁹⁰ В VerfGe, 35 202 (Neue Juristische Wochenschrift, 1973, стр.1226.

5. Пракса европског суда за људска права

Резолуција бр.1165⁸⁹¹ о праву на приватност, имајући у виду да нове комуникационе технологије омогућавају прикупљање и употребу личних података, препоручује да дефиниција права на приватност из Резолуције бр.428 („право на лични живот са минимумом ометања“) буде проширена тако да укључи и право личности да има контролу над подацима који се на њу односе.

У случају *Lingens v Austrija*⁸⁹², предлагач је био осуђен због тога што се у обраћању савезном канцелару у два новинска чланка користио извесним изразима ("најбеднији опортунизам", "неморалан" и "недостојанствен"). Суд се изјаснио на следећи начин:

По мишљењу Суда, потребно је брижљиво направити разлику између чињеничних и вредносних судова. Чињенице се могу доказати док вредносни судови не подлежу доказивању. Суд у вези с тим напомиње да су неоспорне чињенице на којима се заснивају вредносни судови г. *Lingensa*, што је случај и са његовом добронамерношћу.

На основу става 3 члана 111 Кривичног законика, а у вези са ставом 2. новинари у случајевима као што је овај, не могу избећи осуду када је реч о питањима наведеним у ставу 1. осим када су у стању да докажу истинитост својих изјава.

Што се тиче вредносних судова, овај захтев се може испунити и крши саму слободу мишљења, која представља суштински део права заштићеног чланом 10 Конвенције.

На основу различитих напред изнетих разматрања, чини се да мешање у вршење права г. *Lingensa* на слободу изражавања није било "неопходно у демократском друштву (...) ради заштите угледа (...) других"; оно је било несразмерно легитимном циљу којем се тежило. Према томе, прекршен је члан 10 Конвенције.

У случају *Gomes da Silva v Португалија*⁸⁹³ предлагач је био осуђен због тога што је у новинама користио речи као што су "гротескан", "лакрдијашки" и "неотесан", што се сматра очигледним **увредама** које су прекорачиле границе слободе изражавања.

⁸⁹¹ Резолуција парламентарне скупштине о праву на приватност из 1998.године

⁸⁹² Пресуда од 8.јула 1986.г., серија А бр.103, ствови 46 и 47.

⁸⁹³ Пресуда од 28.септембра 2000, поднесак бр.37698/97, ставови 34-36.

Суд је изнео следећи став:

"Чланак предлагача а нарочито употребљени изрази, могли би се сматрати полемичним. Они, међутим, не упућују на произвољан лични напад зато што их аутор поткрепљује објективним мишљењем. Суд с тим у вези истиче да се у овој области политичке погрде често преливају на личну сферу; таква је природа опасности коју доносе политика и слободна размена идеја, које представљају јемства демократског друштва. Према томе, предлагач је изразио своје мишљење на која су утицала уверења г. *Silve Resonde*, који је и сам стални писац коментара у штампи. Када не би било фактичког основа, такво мишљење би сасвим сигурно било претерано, али у светлости утврђених чињеница то овде није случај. На крају, треба понова нагласити да **новинрска слобода обухвата и могућност да се прибегне претеривању или чак провокацији.**⁸⁹⁴

Сем тога, штампајући уз уводни чланак бројне изводе из недавно објављених чланака г. *Silva Resondea*, предлагач, који је у то време био директор дневног листа *Publico*, поступио је у складу са правилима новинарске професије. На тај начин, реагујући на те чланке тако што је **уводне чланке штампао заједно са изјавама лица која се ту помињу, он је омогућавао читаоцима да стекну властито мишљење.** Суд овој чињеници придаје велику важност.

Насупрот тврдњама владе, оно што је ту битно није чињеница да је предлагач осуђен на минималну казну, већ то што је уопште осуђен. Осуда новинара, стога, није била у разумној мери сразмерна настојању да се оствари легитиман циљ, а имајући у виду интересе демократског друштва - ни да се осигура и очува слобода штампе.

Пресуда у случају *Janowski v Пољска*⁸⁹⁵ односила се на **увреде** упућене општинским жандармима, због чега је предлагач прво био осуђен на затворску и новчану казну, а онда, након жалбе, само на новчану казну. Суд је напоменуо, а потом закључио следеће:

"Суд указује на став комисије да државни службеници који обављају посао у званичном својству, као и политичари, подлежу ширим ограничењима прихватљиве критике. Те границе, додуше, могу у неким околностима бити шире када се мисли на државне службенике који врше своја овлашћења него што је то случај с приватним лицима. Међутим, не може се рећи да се државни службеници, сваком речју и поступком, свесно излажу брижљивој контроли у оној мери у којој је то случај са политичарима и због тога би требало према њима поступати на исти начин као и према овима када се говори о критици њихових поступака.

⁸⁹⁴ Слично и у случају *Prager i Oberschilck v Austrija* од 26.04.1995.г., серија А бр.313,стр.19,став 38.

⁸⁹⁵ Пресуда од 21.01.1999.г., Извештаји 1999-І, ставови 77-90.

Штавише, државни службеници морају уживати поверење јавности у условима у којима нема оправданог ометања уколико се жели да успешно обављају своје послове, те је стога можда неопходно да се заштите од увредљивих и погрдних вербалних напада када су на дужности. У предметном случају, потреба за таквом заштитом не мора се мерити у односу на интересе слободе штампе или отворене расправе о питањима од јавног значаја пошто речи предлагача нису изнете у том контексту.

По мишљењу Суда, разлози који су довели да осуде предлагача били су релевантни, сходно легитимном циљу којем се тежило. Тачно је да се предлагач служио *увредљивим речником* не водећи стварно рачуна о добробити суграђана током узавреле расправе. Овакве речи упућене су полицијским службеницима који су обучени како да на њих одговарају. Ипак, он је **жандарме увредио на јавном месту**, пред групом пролазника, док су обављали своју дужност. Поступци жандарма, и поред тога што се нису темељили на изричитим прописима градског већа него на санитарним и саобраћајним разлозима, нису опрвдали прибегивање *увредљивим и погрдним вербалним нападима*. Следствено томе, чак и да су биле другачије околности, постојао би основ да домаћи судови донесу своју коначну одлуку.

Имајући у виду напред речено, Суд је уверен да су разлози које су изнели органи власти били "релевантни и довољни" за сврхе става 2 члана 10 ЕКЉП. Суд надаље сматра да је, у конкретним околностима предметног случаја, мешање органа власти било сразмерно легитимном циљу којем се тежило. С тим у вези, ваља напоменути да је предлагачу казна знатно смањена након жалбе и , што је још значајније, казну затвора му је укинуо Регионални суд у Сиерђу. Укратко, не може се рећи да су домаћи органи власти прекорачили границу процене на коју имају право кад је реч о неопходности спорне мере.

Сходно томе, није прекршен члан 10 Конвенције.

Критика политичке природе представљала је предмет пресуде у случају *Castells v Шпанија*⁸⁹⁶. У том случају, члан парламента критиковао је владу што није предузела конкретну акцију у истрази извесног броја напада, који су, по његовом мишљењу извршила лица која су и даље заузимала одговорне положаје. Он је осуђен, а **судови су одбили да му допусте да докаже истинитост својих речи**. Суд је уопштено изнео став - а то је најзначајнији аспект пресуде - да су *границе изношења критичких ставова шире када се говори о влади него када се критикује појединац*.

Суд је потом закључио да је **прекршен чл.10 ЕКЉП због тога што предлагачу није било дозвољено да поднесе доказе:**

⁸⁹⁶ Пресуда од 23.априла 1992.г., серија А бр.236,стр. 23 и 24, ставови 46-50.

"Границе допуштене критике шире су у погледу владе него у односу на приватно лице, или чак политичара. У демократском систему радње или пропусти владе морају бити подложни брижљивом испитивању не само од стране законодавних и судских органа већ и штампе и јавног мњења. Сем тога, истакнуто место које влада има, нужно условљава њену уздржаност у прибегавању покретања кривичних поступака, нарочито ако су јој доступна друга средства како би одговорила на неоправдане нападе и критике њених противника или медија. И поред свега, оставља се надлежним државним органима да, у својству гаранта јавног реда, усвоје мере, **чак и у домену кривичног права**, чији је циљ адекватан, али не и претеран, одговор на **клеветничке оптужбе** које немају основа или су изречене у злој намери.

Чланак који се појавио у листу *Punto Hora de Euskalherria* мора се посматрати као целина. Предлагач је прво навео дугу листу убистава и напада извршених у Баскији, онда је истакао да су остали некажњени; у даљем тексту говорио је о учешћу разних екстремистичких организација, чија је имена навео, и, коначно, одговорност за ситуацију приписао је влади. У ствари, многе ове тврдње представљале су настојање да се установи истина, баш као што је г. *Castells* разумно покушао да покаже своју добронамерност.

Немогуће је рећи какав би био исход судског поступка да је Врховни суд прихватио доказе које је предлагач настојао да изнесе; Суд ипак поклања изузетну важност чињеници да је тај суд такве доказе прогласио неприхватљивим у погледу кривичног дела које је у питању. Суд сматра да мешање у уживање предлагачеве слободе изражавања није било неопходно у демократском друштву.

"Чланови друштва не смеју се обесхрабрити да износе своја схватања из страха од кривичноправних и других санкција".⁸⁹⁷

У случају *Thorgeir Thorgeiron v Исланд*⁸⁹⁸ Суд је сматрао да су осуда и изречена казна новинару због **клевете** сачињавали кршење члана 10. У том случају, против новинара је покренут судски поступак због тога што је у новинама објавио два чланка о бруталном понашању полиције називјући полицајце "зверима у униформама". Суд је заузео становиште да је легитимно покретање овако важног питања и да је дужност штампе да преноси информације и идеје о питањима од јавног интереса.

"Слобода изражавања ће бити непотребно ограничена, ако је вршена на начин који је у складу са демократским принципима, између осталог, ако су тврдње саопштене оправдано верујући да су тврдње основане, да су засноване на чињеницама, и ако су саопштене на начин спојив са демократским циљевима њиховог саопштавања.

⁸⁹⁷ *Barfod v Denmark*, пресуда од 22.02.1989.г., став 29.

⁸⁹⁸ Пресуда од 25.јуна 1992.г., сеија А бр.239

Када новинар има легитимљан циљ, када је у питању нешто од значаја за јавност и када су разумни напори уложени у потврђивање чињеница, **медији се неће сматрати одговорним чак и у случају да се испостави да су чињенице биле неистините.**"

С друге стране, у случају *Prager i Oberschlick v Аустрија*⁸⁹⁹, Суд је заузео став да **штампа не сме да прекорачи одређене границе, између осталог и заштиту угледа других.** "Штампа мора на прописан начин преносити информације и идеје о политичким и другим темама од јавног интереса, у које спада и рад правосуђа, институције суштински важне за свако демократско друштво." Суд је заузео став да се осуда новинара и издавача због **клевете судије** нису сматрали кршењем члана 10 ЕКЉП. Суд је напоменуо:

- како су тврдње изнете против судије "биле изузетно озбиљне" (став 36);
- да се чини како је "претерана ширина оптужби (...), чињенично неутемељених, беспотребно необјективна (став 37);
- да се предлагач "(није) могао позвати на своју добру веру или на поштовање новинарске етике. Истраживање које је предузео не чини се адекватним како би се поткрепило тако озбиљне тврдње (став 37).

Имајући у виду ове чињенице и "посебну улогу судства у друштву", Суд је сматрао да одређивање новчане казне и конфискација преосталих примерака туженог часописа није сачињавало кршење члана 10 ЕКЉП (став 38).

Још један пример који се тичао **клевете** судија-поротника може се наћи у пресуди у случају *Perna v Италија*⁹⁰⁰ где је Суд конкретно изнео (став 38):

(...) да мишљење, по дефиницији, не подлеже доказивању. Оно може бити, међутим, претерано, нарочито када се не темељи на чињеницама.⁹⁰¹

Област јавног интереса у погледу којих штампа има право да саопштава информације и идеје, а у складу са својим дужностима и одговорностима, обухвата питања која се тичу рада судства... Ипак, у рад судова који су гаранти правде и који имају основну улогу у држави која се придржава владавине права, јавност мора имати поверење. Он се стога мора заштити од неоснованих напада, нарочито у погледу чињенице да судије подлежу обавези дискреције која им забрањује да одговарају на такве нападе.

Најслабију заштиту ужива државна власт, слабију него политичар, а овај слабију него приватно лице; државна власт дужна је да трпи највише, а политичар више него приватно лице:

"Границе допуштене критике су шире у погледу владе него у односу на приватног грађанина или чак политичара".⁹⁰²

⁸⁹⁹ Пресуда од 26. априла 1995.г., серија А бр.313.

⁹⁰⁰ Пресуда од 25. јула 2001.г., поднесак бр.48898/99, ставови 38-48.

⁹⁰¹ Слични и у пресуди *De Haes i Gijssels v Белгија* од 24. фебруара 1997.г., став 47.

⁹⁰² *Ceylan v Turkey*, пресуда од 08.07.1999.г., став 34.

"Власт демократске државе мора да толерише критику, чак и када се она може сматрати провокативном или **увредљивом**".⁹⁰³

"Извесни степен претеривања треба да се толерише у контексту једне такве прегрејане и трајуће јавне расправе о стварима од опште важности, када је професионални углед обе стране у питању".⁹⁰⁴

Допуштена критика политичара као таквог шира је него допуштена критика приватног лица, а политичар је обавезан на већи степен толеранције него приватно лице:

"Границе допуштене критике шире су у погледу политичара када дела као такав, него у погледу приватне јединке. За разлику од ове последње, први се неизбежно и свесно излаже помном испитивању сваке своје речи и дела, како од стране новинара тако и од стране најшире јавности. Зато мора да испољи већи степен толеранције".⁹⁰⁵

"Политичар који својим ставовима провоцира, мора прихватити и провокативне исказе о себи".⁹⁰⁶

У случају (*Каролине од Монака* тј.) *von Hannover v Germany*⁹⁰⁷ Суд је заузео следећи став:

"Суд сматра да треба правити фундаменталну разлику између извештавања о чињеницама макар и спорним, способним да допринесу расправи у демократском друштву која се тиче, на пример, политичара у вршењу његових функција, и извештавања о појединостима из приватног живота јединке која, штавише, као у овом случају, не врши јавне функције. Док у првом случају штампа врши своју животну улогу "пса чувара" у демократском друштву доприносећи да се "посредују информације и идеје о питањима од јавног интереса" (...), она то не чини у другом случају. Додуше, иако постоји **право јавности да буде информисана**, једно битно право у демократском друштву, које под посебним околностима може да се прошири на аспекте **приватног живота јавних личности**, нарочито када се ради о политичарима (...), то овде није случај.

Овде је реч о ситуацији ван сваке политичке или јавне расправе, пошто се објављене фотографије и пратећи коментари односе искључиво на појединости из **приватног живота** жалитељице."⁹⁰⁸

⁹⁰³ *Ozgur Gundem v Turkey*, пресуда од 16.03.2000.г., став 60.

⁹⁰⁴ *Nielsen and Johnsen v Norway*, пресуда од 25.11.1999.г., став 52.

⁹⁰⁵ *Barfod v Denmark*, пресуда од 22.02.1989.г., став 35.; *Andreas Wabl v Austria* пресуда од 21.03.2000.г., ст.42.

⁹⁰⁶ *Oberschlick v Austria*, пресуда од 01.07.1997.г., ст. 33 и 34.

⁹⁰⁷ Пресуда од 24.06.2004.г., ст.63 и 64

⁹⁰⁸ Ова одлука изазвала је бројне коментаре, нарочито у Немчкој, чији правни режим заштите приватности јавних личности, као неусклађен са Европском конвенцијом, мора да се измени

Према наведеним пресудама произилази да се **повреда приватности јавних функционера и политичара не би кажњавала** када би се из њиховог личног или породичног живота износило или проносило оно што је **важно за њихову јавну функцију**, односно **за њихов положај у јавном животу**. Јер, **јавност има право да зна**. Овакав режим није друго до кривичноправна примена изложених правила о значају за демократију слободе изношења важних ствари јавно, као и кривичноправна конкретизација о **функционалном ограничењу права на приватност јавних функционера и политичара**,⁹⁰⁹ које је већ усвојено у домаћем праву.

Законом о јавном информисању у члану 9 одређено је да:

"Носиоцима државних и политичких функција **ограничена су права на заштиту приватности** која имају лица на која се односи информација, ако је информација важна за јавност с обзиром на чињеницу да лице на које се односи информација врши одређену функцију".

"Права лица из става 1 овог члана ограничена су сразмерно оправданом интересу јавности у сваком конкретном случају".

И у члану 45:... **информација из приватног живота, односно лични запис, може се објавити без пристанка лица на које се односи**, ако:...2) се информација, односно запис, односи на личност, појаву или догађај од интереса за јавност, нарочито ако се односи на носиоца државне или политичке функције, а објављивање је важно с обзиром на чињеницу да лице обавља ту функцију".⁹¹⁰

⁹⁰⁹ В.Водинелић, *Увреда, клевета и повреда приватности политичара и јавних функционера*, Избор судске праксе број 3, 2005.г., стр.14.

⁹¹⁰ Одредбе чл.9 и 45 представљају конкретизацију начела о информисању у стварима од интереса за јавност, из чл.4 Закона о јавном информисању: (1) " У јавним гласилима слободно се објављују идеје, информације и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна, осим када је другачије одређено законом". (2)" Одредба става 1 овог члана примењује се без обзира на начин на који је прибављена информација".

ДЕВЕТНАЕСТА ГЛАВА

ХИХ КРИВИЧНОПРАВНА ЗАШТИТА ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ РЕЛИГИЈСКИХ УВЕРЕЊА

Кривично дело повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда (131 КЗ)

Пошто једна од дефиниција права приватност подразумева да у најширем смислу право на приватност обухвата све аспекте људског живота који доприносе његовом слободном развоју и да све што се тиче личног здравља, филозофских, моралних, **религијских уверења**, породичног и емотивног живота, пријатељства и осталих социјалних веза **спада у приватан живот**⁹¹¹, из тога произилази да је кривичноправна заштита праву на приватност пружена и кривичним делом повреда слободе исповедања вере и вршење верских обреда из чл.131 КЗ.

Ово кривично дело је знатно проширено у односу на раније кривично дело ометања верских обреда, па је, с обзиром на нови садржај, сада сврстано у ову главу. У ствари, оно сада обухвата три различита облика (као и квалификовани облик).

Прописивање првог облика (став 1) за циљ има кривичноправну заштиту једног важног права, а то је право на слободу веровања. Осим међународним документима (члан 9 ЕКЉП), то право је гарантовано и Уставом Србије који под појмом слободе вероисповести подразумева слободу веровања, испољавања вере и обављања верских обреда (члан 43).

Радња извршења првог облика јесте спречавање или ограничавање слободе веровања или исповедања вере. Сваки човек има право на то да се одређује за одређене религиозне осећаје. Слобода веровања обухвата и негативни аспект, тј. Слободу да се не верује. Слобода веровања се може манифестовати на различите начине, а један од важних начина јесте и да се исповеда вера, тј. Да се у складу са правилима одређене религије учествује у верским обредима или на други начин манифестује припадност одређеној религији. С обзиром на то, и спречавање или ограничавање слободе веровања или исповедања вере се може извршити на врло различите начине, почев од оних директних, као што је затварање верских објеката, па до оних индиректних и рафинираних којима се ограничава слобода веровања (нпр. Ускраћивање грађевинске дозволе за изградњу верских објеката са образложењем да се објекат не уклапа у урбанистички план). Међутим, код овог кривичног дела се не сме радити о томе да се спречава или ограничава слобода веровања ускраћивањем неког другог права, јер би се онда радило о кривичном делу из члана 128 КЗ.

⁹¹¹ Cohen-Johnatan, *Respect for private and family life*, in MacDanald/Mastcher/Petzold, str 407.

У вези са обликом из става 1 јавља се једно осетљиво питање, а то је питање да ли слобода веровања укључује и слободу опредељивања за одређене верске секте. У начелу, КЗ не прави разлику када пружа кривичноправну заштиту слободи веровања између цркве и верских секти (а и само ово разликовање је релативног карактера). Ово кривично дело постоји и онда када се спречава или ограничава слобода веровања или исповедања вере и када није реч о некој од официјелно признатих религија. Међутим, граница се мора поставити с обзиром на то да неке верске секте пропагирају у оквиру својих веровања и она понашања која се могу оквалификовати као кривично дело. Уколико се ради о томе да одређена верска секта пропагира, или од стране својих чланова упражњава понашања која представљају кривична дела, или чији верски обреди укључују то, спречавање или ограничавање такве слободе веровања или исповедања вере (што би представљало злоупотребу слободе веровања) не би било кривично дело.

Субјективна страна овог кривичног дела састоји се у умишљају да се спречи или ограничи слобода веровања или исповедања вере неког лица.

Други облик овог кривичног дела постоји онда када се спречава или омета вршење верских обреда. Без основа се у закону користи множина (што је прузето из ранијег КЗС), јер кривично дело постоји и онда када је дошло до спречавања или вршења једног верског обреда. За постојање овог кривичног дела важно је како одредити појам верског обреда. За то су једино меродавна унутрашња правила одређене цркве, односно верске заједнице. Ипак, верски обред увек подразумева учешће више лица. Молитву појединца, или неке друге религиозне радње које предузима појединац не би требало схватити као верски обред у смислу овог кривичног дела. Радња извршења јесте спречавање или ометање. Код ометања се могу јавити гранични случајеви у смислу да нека мања, незнатна ометања не би требало сматрати радњом извршења овог кривичног дела. Дело је довршено предузимањем радње спречавања или ометања, није потребно да је дошло до прекидања верског обреда.

И овај облик подразумева умишљај који мора обухватити свест и вољу да се спречава или омета вршење верског обреда.

Трећи облик кривичног дела (став 3) постоји онда када се неко лице принуђава да се изјасни о свом верском уверењу. У ствари, овде је реч само о једном од сегмената слободе веровања. Свако има право да се слободно изјашњава (или не изјашњава) о свом верском уверењу. За постојање кривичног дела довољно је да је неко лице једанпут принуђено да се изјасни о свом верском уверењу. Овде је (као и код претходна два облика) употребљен трајни а не тренутни глагол код описа радње извршења зато што за довршено кривично дело није потребно да је дошло до тога да се неко лице под утицајем принуде изјаснило о свом верском уверењу (вид. Члан 112 став 30). Принуда, као и код других кривичних дела, обухвата коришћење силе или претње. Дело се може извршити само са умишљајем.

Сва три облика овог кривичног дела имају свој квалификовани облик. Он постоји уколико се као извршилац јавља службено лице (став 4).

ДВАДЕСЕТА ГЛАВА

XX ПОВЕЗАНОСТ ПРЕТПОСТАВКЕ НЕВИНОСТИ И ПРАВА НА ПРАВИЧНО СУЂЕЊЕ СА ПРАВОМ НА ПРИВАТНОСТ

1. Кривичнопроцесни аспект

У чл.34.ст.3 *Устава Републике Србије* предвиђено је да се свако сматра невиним за кривично дело док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком суда. Слично томе, у чл. 3 ст.1 ЗКП предвиђено је да се свако сматра невиним док се његова кривица не утврди правоснажном одлуком надлежног суда. Према чл.202.ст.4 *Устава Србије*, одступање од презумпције невиности није дозвољено ни у ванредном или ратном стању.

У чл. 3 ст.2 ЗКП предвиђено је да су државни органи,⁹¹² средства јавног обавештавања, удружења грађана, јавне личности и друга лица дужни да се придржавају правила из става 1 овог члана и да **својим јавним изјавама** о кривичном поступку који је у току **не вређају** друга правила поступка, **права окривљеног и оштећеног** и независност, ауторитет и непристрасност суда.

Одредбом да су државни органи, средства јавног обавештавања, удружења грађана, јавне личности и друга лица дужни да се придржавају правила о претпоставци невиности и да својим јавним изјавама о кривичном поступку који је у току између осталог не вређају права окривљеног и оштећеног, штите се права окривљеног и оштећеног лица, између осталих и **право на приватност**. Изношењем јавних коментара о поступку који је у току, а поготову о идентитету окривљеног и шпекулацијама и квалификацијама о његовој кривици, осим правила о претпоставци невиности повређује се и право на приватност.

Презумпција невиности значи да окривљени није дужан да доказује своју невиност тако што би морао да побија недоказане наводе оптужбе већ тужилац треба да доказује постојање кривичне одговорности оптуженог.⁹¹³ Врховни суд Србије је нашао да је погрешан став суда првог степена, који није прихватио одбрану оптуженог да није учинио кривично дело зато што "оптужени одбрану није доказао". Позивајући се на одредбе овог члана (тј.презумпцију некривице) Врховни суд Србије је закључио да се нико не може сматрати учиниоцем кривичног дела док то не буде утврђено правоснажном пресудом, па да због тога окривљени није обавезан да доказује да није учинилац кривичног дела које му се ставља на терет.⁹¹⁴

⁹¹² Тачније, лица у тим органима: чланови владе, посланици, судије, поротници, јавни тужиоци...

⁹¹³ Т.Васиљевић, М.Грубач ; *Коментар законика о кривичном поступку*, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник, 2010.г., стр.32.

⁹¹⁴ ВСС, Кж. I 379/72 од 28.09.1972).

Судска пракса је окривљеном који још није правоснажно осуђен, пружила потпуно оправдано заштиту и пре него што су овакве одредбе постојале у Законику. "Приказивање окривљеног у току истраге као криминалца који је учинио тешко кривично дело против службене дужности, пре завршетка суђења, супротно је одредби да нико не може бити сматран учиниоцем кривичног дела, док се не утврди правоснажном пресудом. Овакви написи су штетни, а нарочито су штетни ако лице које се приказује као несумњив кривац, касније буде ослобођено. **Обавештавање грађана путем штампе о току поступка** у појединим кривичним стварима потребно је и дозвољено, али је нужно да се оно врши објективно и без прејудуцирања кривице оптуженог и судске одлуке. Супротан поступак може имати знатну и ненадокнадиву штету правима и интересима грађана. **Новинар треба објективно да изложи ставове оптужбе и одбране, и изведене доказе, избегавајући употребу израза и коментара који приказују окривљеног као несумњивог учиниоца кривичног дела за које је оптужен.**"⁹¹⁵

Ослобађајућа пресуда се по чл.355 тачка 2 ЗКП изриче не због тога што је утврђено да је оптужени невин ("да није учинио дело за које се оптужује") већ због тога што није утврђено да је крив ("што није доказано да је учинио дело за које се оптужује"), јер се његова невиност претпоставља ако не буде осуђен. Савезни врховни суд,⁹¹⁶ закључио је да је у случају обуставе кривичног поступка због смрти окривљеног радна организација дужна да исплати део зараде обустављене за време задржавања окривљеног у притвору, без обзира на то што није утврђено да је био невин, јер је довољно да није утврђено да није крив.

Најважнији инструмент Света европе који се односи на медијско извештавање о кривичним поступцима и заштити права на приватност је *Препорука Комитета министара Савета европе о медијској дистрибуцији информација у вези са кривичним поступцима*⁹¹⁷. У уводном делу овог акта указује се на потребу поштовања права на претпоставку невиности, правично суђење и поштовање приватног и породичног живота, који представљају суштинске захтеве који се морају поштовати у сваком демократском друштву. Медијско извештавање о кривичним поступцима сматра се значајним због тога што превентивну функцију кривичног права чини видљивом и због пружања увида јавности у функционисање правосудног кривичног система. Истовремено истиче се могућност сукоба интереса између најважнијих права, међу која се убрајају право на слободу изражавања, право на претпоставку невиности, право на правично суђење и право на приватност. Стога се залаже за успостављање равнотеже између ових права према околностима сваког конкретног случаја и подсећа на контролну улогу Европског суда за људска права у гарантовању поштовања обавеза уговорених Европском конвенцијом о људским правима.

⁹¹⁵ ВСЈ,Кж. 47/65

⁹¹⁶ У предмету Гж 72/62 од 26.06.1962.г.

⁹¹⁷ Р (2003)13

Анекс Препоруке утврђује **18 начела везаних за медијску дистрибуцију информација о кривичним поступцима**. Међу њима је начело информисања јавности путем медија, у којем се констатује потреба обавештавања јавности путем медија о активностима судских власти и полицијских служби и у складу с тим, утврђује слобода извештавања и изношење коментара о функционисању судског и кривичноправног система, при чему примена одређених принципа представља једина предвиђена ограничења. То су следећи принципи: претпоставка невиност; истинитост информације; приступ информацији; средства за пружање информација медијима; редовно информисање током кривичног поступка; забрана искоришћавања информације; **заштита приватности**; право на исправку или на одговор; заштита од пристрасног утицаја; негативни публицитет пре процеса; пријем новинара; приступ новинара судници; директно извештавање и снимање у судницама; подршка извештајима средстава информисања; заштита сведока; медијско извештавање о извршењу судских казни и медијско извештавање након одслужења судске казне.

За поступање полиције од важности су одредбе којима се налаже обавеза поштовања претпоставке невиности и заштита приватности осумњиченог лица. Посебна заштита гарантује се малолетним и другим рањивим лицима, жртвама, сведоцима и породицама осумњичених. Препорука налаже да се посебна пажња обрати на штетне последице које одавање информација, којима се омогућава идентификација, може имати по ова лица. Обавештавање о полицијским актиностима је потребно, под условом да то не нарушава тајност полицијских истрага. Полиција је дужна да свим новинарима омогући приступ информацијама без дискриминације.

Резолуција Парламентарне скупштине о праву на приватност⁹¹⁸ подсећа да право на приватност означава право на лични живот са минимумом ометања, али се залаже за проширење дефиниције, тако да укључи и **право личности на контролу над подацима који се на њу односе**. Право на приватност и право на слободу изражавања представљају основна права у сваком демократском друштву, али она нису апсолутна и могу се искључиво посматрати као права исте вредности. Резолуција потврђује да право на приватност гарантује заштиту од ометања од стране средстава масовних комуникација. Поред тога, овим актом се гарантује право на судску заштиту и накнаду штете у случају повреде права на приватност. Такође, у случају повреде права на приватност жртва има право да исправку информације која је објављена, а од државе се очекује да успостави тело коме жртве кршења права на приватност могу поднети жалбу и од кога могу тражити да њихова исправка буде објављена.

⁹¹⁸ 11658 (1998).

Члан 5 Закона о полицији⁹¹⁹ уводи обавезу полиције да објективно информисе јавност о својим активностима, не откривајући поверљиве информације. У односима са средствима јавног информисања полиција поступа у складу са законом и према професионалним смерницама које упутством даје министар. Поред обавезе информисања медија, полиција мора непосредно информисати појединце и правна лица о питањима из свог делокруга за чије решавање постоји њихов основан интерес. Поменуте информације даје руководилац надлежне полицијске управе или друго лице које министар за то овласти. Полиција може ускратити или одложити давање информација појединцима и правним лицима ако су у питању поверљиви подаци и информације или ако би се давањем информација могло нарушити нечије право на правично суђење или утицати на исход другог судског поступка. Недостатак члана 5 ст.4 Закона о полицији је **изостављање заштите права на приватност** као једног од разлога за необјављивање података и информација.

Занимљива је пресуда Европског суда за људска права којом се од полиције очекује да у потпуности поштује збрану објављивања фотографије осумњиченог лица, док је кривични поступак у току.⁹²⁰

Према члану 37 Закона о јавном информисању, у јавном гласилу нико се не сме огласити учиниоцем кривичног дела, кривим или одговорним пре правоснажне одлуке суда или другог надлежног органа. Повреда ове одредбе, према том закону, представља прекршај за који се кажњава одговорни уредник врло високим новчаним казнама (чл.95 ЗЈИ). Однедавно ова презумпција има и кривичноправну заштиту. Законом о изменама и допунама КЗ из 2009. године предвиђено је кривично дело недозвољеног јавног коментарисања судских поступака у чл. 336а КЗ.

2. Нови ЗКП

Најзначајнија разлика чл.3 важећег ЗКП-а у односу на чл.3 новог ЗКП-а је у томе што за разлику од чл.3 ст.2 важећег ЗКП-а у члану 3 ст.2 новог ЗКП-а заштитни објект више нису оштећени и суд већ **само окривљени**.

Изостављање суда као заштитног објекта из чл.3 ст.2 новог ЗКП-а није превелики проблем јер је независност суда заштићена кривичним делом недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ.

Међутим, пошто се чланом 3 и важећег и новог ЗКП-а штити *и претпоставка невиности и право на приватност*, није јасан *ratio legis* због кога је у чл.3 ст.2 новог ЗКП-а **заштита права на приватност ускраћена оштећеном**, који би на основу овог члана требао да ужива заштиту.

⁹¹⁹ "Службени гласник РС" бр.101/2005.

⁹²⁰ News Verlag GmbH & CoKG v Austria

3. Кривичноправни аспект - кривично дело недозвољено јавно коментарисање судских поступака(336а КЗ)

Иако су заштитни објекти код овог кривичног дела претпоставка невиности и независност суда приликом одлучивања, овим кривичним делом истовремено се штити и *право на приватност*. Као што је наведено у чл. 3 ст.2 ЗКП предвиђено је да су државни органи,⁹²¹ средства јавног обавештавања, удружења грађана, јавне личности и друга лица дужни да се придржавају правила из става 1 овог члана и да **својим јавним изјавама** о кривичном поступку који је у току **не вређају** друга правила поступка, **права окривљеног и оштећеног** и независност, ауторитет и nepristrasnost суда.

Радња извршења овог кривичног дела састоји се у давању јавне изјаве у средствима јавног информисања за време трајања поступка пред судом, а пре доношења правоснажне судске одлуке. Давање изјаве може бити усмено, писмено, е-маилом (наравно, ако се у питање не доводи аутентичност потписника, тј. ако се ради о електронском потпису или квалификованом електронском потпису⁹²²). Проблем се може јавити у случају ако неко изјаву којом коментарише поступак који је у току не да лично већ преко трећег лица, тј. ако има личног потпарола, тј. лице које је задужено за обраћање медијима. Сматрамо да би у овом случају (наравно уколико се докаже аутентичност изјаве) и лице које је креирало изјаву у сврху сопштења за медије и лице које је потом ту изјаву сопштило медијима, били саучесници, тј. саизвршиоци овог кривичног дело.

За разлику од чл.3 ст.2 ЗКП који помиње само кривични поступак, да би ово кривично дело постојало, према чл. 336а КЗ изјава у средствима јавног информисања не мора бити дата само у поступку пред кривичним судом, већ таква изјава може бити дата и у току поступка пред парничним, трговинским, управним или прекршајним судом. У овим поступцима намера учиниоца не би била да повреди претпоставку невиности (јер то је могуће само у кривичном поступку), већ да утиче на независност суда, што је могуће и у другим поступцима а не само у кривичном.

Субјективни елемент кривичног дела, осим умишљаја, јесте и намера да се повреди претпоставка невиности или независност суда.

⁹²¹ Тачније, лица у тим органима: чланови владе, посланици, судије, поротници, јавни тужиоци...

⁹²² Електронски потпис је скуп података у електронском облику који су придружени или су логички

повезани са електронским документом и који служе за идентификацију потписника.

Квалификовани електронски потпис је електронски потпис којим се поуздано гарантује идентитет потписника, интегритет електронских докумената, и онемогућава накнадно порицање

одговорности за њихов садржај. Чл.2 ст.1 тачке 2 и 3 Закона о електронском потпису (Сл.гласник

РС, бр.135/2004.)

Овим кривичним делом, које санкционише повреду претпоставке невиности или повреду независности суда (тј. повреду права на правично суђење) истовремено се штити и *право на приватност* јер давањем изјава у средствима јавног информисања док поступак пред судом још траје, неко лице се путем медија може повезати са за разноразним лицима и догађајима и на тај начин гурнути у жижу интересовања јавности, иако се на крају поступка може испоставити да за то није било основа. Чим се неком пружа заштита од неоснованог појављивања и објављивања у средствима јавног информисања, истовремено се штити и његово право на приватност.

Питање се може јавити и шта ако неко у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда да изјаву средствима јавног информисања али она ту изјаву не пренесу, односно не објаве. Сматрамо да се у том случају не ради о свршеном кривичном делу јер се у чл.336а тражи да неко даје *јавне изјаве*, а чим медији нису пренели нечију изјаву **она није јавна**. Стога сматрамо да би се у овом случају (због висине запрећене казне) радило о некажњивом покушају овог кривичног дела, и да је ово кривично дело свршеног оног момента када се у средствима јавног информисања објави или пренесе нечија изјава којом се са намером повреде претпоставке невиности или независности суда коментарише поступак који је у току.

Интересантни су случајеви у којима су представници суда, чак и судије, давали коментаре у јавности о исходу кривичног поступка који је био у току. Тако је у једном случају судија **дала изјаву за медије** у којој је критиковала став бранилаца пред судом и изнела **своје виђење исхода кривичног поступка**. Штавише, она је у својим изјавама сугерисала оптуженом да треба да докаже своју невиност. Овакве изјаве Европски суд за људска права оценио је као "негативну оцену предмета" и истинско заузимање става о исходу процеса, уз јасно давање предности констатацији да је оптужени крив. Тиме је доведена у питање непристрасност судије, а понашање је у потпуности било у супротности са претпоставком невиности.⁹²³ Према нашем кривичном законодавству, при оваквом чињеничном стању, од стране судија који би дао овакву изјаву за медије, била би испуњена сва обележја кривичног дела недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл. 336 а КЗ.

Једна од пресуда Европског суда за људска права, која је од нарочито значаја за полицију, третира однос полиције према јавности. Наиме, у њој се констатује да повреду претпоставке невиности могу нанети не само судија или суд, већ и други јавни органи власти. Тако је у једној кривичној ствари припадник полиције, **на конференцији за штампу без услова и оградe указао на осумњичено лице, као саучесника у кривичном делу убиства**.

Тиме је лице проглашено кривим, што је нагнало јавност да поверује у његову кривицу и прејудицира процену чињеница од стране надлежног суда, чиме је повређена претпоставка невиности у оквиру права на правично суђење.⁹²⁴

⁹²³ *Lavntis v Latvia*, пресуда бр.58442/00 из 2002.г.

⁹²⁴ *Allenet de Ribemont v France*

Према нашем кривичном законству, при оваквом чињеничном стању, постојање кривичног дела недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл. 336 а КЗ на страни припадника полције који је на конференцији за штампу дао овакву изјаву, зависило би од тога да ли је поступак пред судом за предметно кривично дело отпочео.

За кривично дело недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл. 336 а КЗ, **кумулятивно** су запрећене казна затвора до шест месеци и новчана казна. То значи да за ово кривично дело, у складу са чл.50 ст.2 КЗ, новчана казна не може бити мања од десет хиљада динара нити већа од милион динара,односно десет милиона динара ако је дело извршено из користољубља.

С обзиром да је, као што смо навели, ово кривично дело могуће и кад се не ради о кривичном поступку, сматрамо да је слично као и код кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст.2 КЗ и код овог кривичног дела требало предвидети тежи облик у случају ако је у питању *кривични поступак*, тј. ако неко у току трајања *кривичног поступка*, пре доношења правоснажне судске одлуке, у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда, даје јавне изјаве у средствима јавног информисања. Код кривичног поступка могле би да постоје обе намере, тј. и намера повреда претпоставке невиности и намера повреда претпоставке независности суда, а код других поступака (парнични, прекршајни,управни) могла би да постоји само намера повреде претпоставке независности суда.

ДВАДЕСЕТПРВА ГЛАВА

XXI НАУЧНО- ИСТРАЖИВАЧКА ПРАКСА

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2007,2008 и 2009 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Новом Саду.

Број наредби за 2010.годину није приказан јер је део наредби из 2010 године у моменту истраживања још увек био у реализацији, па ти подаци нису могли да буду добијени.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У НОВОМ САДУ	2007	2008	2009
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	47	33	59

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Новом Саду.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У НОВОМ САДУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504Љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Новом Саду, на основу чл.504е ЗКП-а, у току 2007.г. донето је **47** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима, у току 2008.г. донето је **33** наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима, у току 2009.г. донето је **59** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Новом Саду, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од 2007 до 2010 године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Новом Саду у периоду од **2007-2009** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна.

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП-а – **139 наредби**
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Сремској Митровици.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У СРЕМСКОЈ МИТРОВИЦИ	2007	2008	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	2	6	1	32
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	/	2	/	25

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Сремској Митровици.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У СРЕМСКОЈ МИТРОВИЦИ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Сремској Митровици, на основу чл.504е ЗКП-а, у току 2007.г. донето је **2** наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току 2008.г. донето је **6** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **2** наредбе о продужењу ове мере, у току 2009.г. донета је **1** наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току 2010.г. донета је **32** наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **25** наредби о продужењу ове мере

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Сремској Митровици, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од 2007 до 2010 године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Сремској Митровици у периоду од **2007-2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **41 наредба и 27** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2008, 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Смедереву.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У СМЕДЕРЕВУ	2008	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	11	6	12
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	11	6	12

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Смедереву.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У СМЕДЕРЕВУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
		/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Смедереву, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2008.г.** донето је **11** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **11** наредби о продужењу ове мере, у току **2009.г.** донето је **6** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **6** наредби о продужењу ове мере, у току **2010.г.** донето је **12** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **12** наредби о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Смедереву, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007 до 2010** године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Смедереву у периоду од **2008-2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **29 наредби** и **29** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Ужицу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У УЖИЦУ	2007	2008	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	8	11	25	12

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Ужицу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У УЖИЦУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Ужицу, на основу чл.504е ЗКП-а, у току 2007.г. донето је **8** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима, у току 2008.г. донето је **11** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима, у току 2009.г. донето је **25** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима, у току 2010.г донето је **12** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Ужицу, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од 2007 до 2010 године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Ужицу у периоду од **2007-2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна.

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП-а – **56 наредби**
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Новом Пазару

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У НОВОМ ПАЗАРУ	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	17

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Новом Пазару

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У НОВОМ ПАЗАРУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Новом Пазару, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2010.г.** донето је **17** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Новом Пазару, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007 до 2010** године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података.**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Новом Пазару у току **2010 године** од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **17 наредби**
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Крагујевцу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У КРАГУЈЕВЦУ	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	30	48
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	20	30

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Крагујевцу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У КРАГУЈЕВЦУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
		/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Крагујевцу, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2009.г.** донето је **30** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **20** наредби о продужењу ове мере, у току **2010.г.** донето је **48** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **30** наредби о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Крагујевцу, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007** до **2010** године *није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података*

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Крагујевцу у току **2009** и **2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **78 наредби** и **50** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Панчеву.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У ПАНЧЕВУ	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	15
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	6

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Панчеву.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У ПАНЧЕВУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Панчеву, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2010.г.** донето је **15** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **6** наредби о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Панчеву, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007 до 2010** године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Панчеву у току **2010 године** од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **15 наредби и 6** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Ваљеу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У ВАЉЕВУ	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	4	7
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	/	4

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Ваљеу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У ВАЉЕВУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Ваљеву, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2009.г.** донето је **4** наредбе о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току **2010.г.** донето је **7** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **4** наредбе о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Ваљеву, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007 до 2010** године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Ваљеву у току **2009** и **2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **11 наредби** и **4** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Нишу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У НИШУ	2007	2008	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	14	8	44	28
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	1	/	10	10

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Нишу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У НИШУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Нишу, на основу чл.504е ЗКП-а, у току 2007.г. донето је **14** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **1** наредба о продужењу ове мере, у току 2008.г. донето је **8** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току 2009.г. донета је **44** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **10** наредби о продужењу ове мере, у току 2010.г. донета је **28** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **10** наредби о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Нишу, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од 2007 до 2010 године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Нишу у периоду од **2007-2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **94 наредби и 21** продужење наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

У следећој табели дат је приказ о броју наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години на основу чл. 504е ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Лесковцу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ) СУД У ЛЕСКОВЦУ	2007	2008	2009	2010
БРОЈ НАРЕДБИ О НАДЗОРУ И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	1	1	19	17
БРОЈ НАРЕДБИ О ПРОДУЖЕЊУ НАДЗОРА И СНИМАЊУ ТЕЛЕФОНСКИХ И ДРУГИХ РАЗГОВОРА И ОПТИЧКА СНИМАЊА (чл.504е ЗКП)	/	/	1	1

У следећој табели дат је приказ о броју наредби за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података, које је у 2007,2008, 2009 и 2010 години, на основу чл. 504љ ЗКП-а донео Виши (бивши Окружни) суд у Лесковцу.

ВИШИ (БИВШИ ОКРУЖНИ СУД) У ЛЕСКОВЦУ				
БРОЈ НАРЕДБИ ЗА АУТОМАТСКО РАЧУНАРСКО ПРЕТРАЖИВАЊЕ ЛИЧНИХ И ДРУГИХ ПОДАТАКА НА ОСНОВУ ЧЛ.504љ ЗКП	2007	2008	2009	2010
	/	/	/	/

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Лесковцу, на основу чл.504е ЗКП-а, у току **2007.г.** донета је **1** наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току **2008.г.** донета је **1** наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **ниједна** наредба о продужењу ове мере, у току **2009.г.** донета је **19** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **1** наредба о продужењу ове мере, у току **2010.г.** донета је **17** наредби о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима и **1** наредби о продужењу ове мере.

Од стране Вишег (бившег окружног) суда у Лесковцу, на основу чл.504љ ЗКП-а, у периоду од **2007 до 2010** године **није донета ниједна наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података**

Из наведеног произилази да је у Вишем (бившем Окружном) суду у Лесковцу у периоду од **2007-2010** године од ове 2 мере којима се ограничава право на приватност коришћења само једна:

1. Наредба о надзору и снимању телефонских и других разговора и оптичким снимањима на основу чл.504е ЗКП – **38 наредби и 2** продужења наредби
2. Наредба за аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП – **ниједна наредба**

Закључци након спроведене научно-истраживачке праксе:

1. Од 17 кривичних дела којима се штити право на приватност у судској пракси судова у којима је вршено истраживање⁹²⁵ заступљено је 14 кривичних дела:

1. Повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда
2. Нарушавање неповредивости стана из чл. 139 КЗ
3. Неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ
4. Повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142
5. Неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ
6. Неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ
7. Неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл.145 КЗ
8. Увреда из чл.170 КЗ
9. Клевета из чл.171 КЗ
10. Изношење личних и породичних прилика из чл.172 КЗ
11. Неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података из чл.302 КЗ
12. Недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ
13. Повреда тајности поступка из чл.337 КЗ
14. Одавање службене тајне из чл.369 КЗ

2. Подаци добијени спровођењем научно-истраживачке праксе указују да је од свих права са којима је право на приватност у конфликту (право на правичност, начело истине..) **само право на слободу изражавања, тј. права на слободу медија, остварило апсолутну доминацију у односу на право на приватност**, што је супротно Резолуцији парламентарне скупштине Савета Европе о праву на приватност бр.1165⁹²⁶, према којој **ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности**, и истиче да чл.8 ЕКЉП, омогућава некој особи не само да буде заштићена од ометања од стране власти већ и од ометања од стране других појединаца и институција, укључујући и средства масовних комуникација.

Међутим, у нашој судској пракси, сем кривичног дела увреде из чл.170 КЗ и кривичног дела клевете из чл.171 КЗ, остала кривична дела којима се штити право на приватност врло мало су заступљена. То не значи да се друга кривична дела којима се штити право на приватност у пракси не дешавају, већ то значи да за остала кривична дела којима се штити право на приватност, од којих се највећи број гони по приватној тужби, оштећена лица под притиском права на слободу медија, не покрећу кривичне поступке.

⁹²⁵ Подаци добијени од Основних судова у: Новом Саду, Ужицу, Лесковацу, Шабцу, Сремској Митровици, Крагујевцу, Смедереву, Краљеву, Нишу и Првог основног суда у Београду

⁹²⁶ Резолуција парламентарне скупштине о праву на приватност из 1998.године

Наиме, медији (дневне новине, ТВ станице) свакодневно неовлашћено праве фотографије или филмске и видео снимке (тзв «папараци») којима осетно задиру у лични живот неких лица или објављују фотографије или филмске и видео снимке без пристанка лица која су приказана на фотографији или снимку. Такође, иако не објављују имена, медији објављују друге податке из којих се може сазнати ко су малолетници према којима се води или је вођен кривични поступак. Ово су све радње којима се остварују обележја бића кривичних дела неовлашћено фотографисање из чл.144 ст.1 и неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл.145 ст.1 КЗ, повреда тајности поступка из чл.337 ст.2 КЗ итд.

Међутим, пресуда за ова кривична дела, која се очигледно дешавају а која се већином гоне по приватној тужби, нема или скоро да нема, зато што оштећени, под притиском свакодневне пропаганде о слободи медија ни не покрећу кривичне поступке.

Ово потврђују и подаци добијени након спроведене научно- истраживачке праксе, према којима **Први општински суд у Београду, иако је и територијално и по броју становника највећи суд у Републици Србији, није на првом месту ни по броју ни по разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност.**

Наиме, у Београду, где је пропаганда а тиме и свест о слободи медија највиша, Први основни суд је у току 2010.г. (дакле након преузимања надлежности од 5 бивших општинских судова) имао само **18** правноснажних пресуда за кривично дело **увреде** , **18** правноснажних пресуда за кривично дело **клевете** и **само 1** правноснажну пресуду за кривично дело **изношење личних и породичних прилика** из чл.172 КЗ.

У истом периоду (током 2010 године) Основни суд у Новом Саду имао је **4** правноснажне пресуде за кривично дело **нарушавања неповредивости стана**, **107** правноснажних пресуда за кривично дело **увреде** из чл.170 КЗ и **4** правноснажне пресуде за кривично дело **клевете** из чл. 171 КЗ. **Основни суд у Новом Саду и Основни суд у Нишу једини су, од свих судова у којима је рађено истраживање за период 2007-2010г., имали правноснажне пресуде за кривично дело неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка из чл. 145 КЗ.**

У истом периоду (током 2010 године) Основни суд у Шапцу имао је **1** правноснажну пресуду за кривично дело **нарушавања неповредивости стана** из чл.139 КЗ, **127** правноснажних пресуда за кривично дело **увреде**, **42** правноснажне пресуде за кривично дело **клевете** и **1** правноснажну пресуду за кривично дело **изношење личних и породичних прилика** из чл.172 КЗ. **Основни суд у Шапцу и основни суд у Нишу једини су, од свих судова у којима је рађено истраживање за период 2007-2010г., имали правноснажне пресуде за кривично дело недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ.**

У истом периоду (током 2010 године) Основни суд у Краљеву имао је **23** правноснажне пресуде за кривично дело увреде из чл.170 КЗ, **6** правноснажних пресуда за кривично дело клевете из чл.171 КЗ и **1** правноснажну пресуду за кривично дело изношење личних и породичних прилика из чл.172 КЗ.

Основни (бивши општински) суд у Краљеву и основни (бивши општински) суд у Нишу, једини су, од свих судова у којима је рађено истраживање за период 2007-2010г., имале правноснажне пресуде за кривично дело повреда тајности писама и других пошиљки из чл.142 КЗ и за кривично дело неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143КЗ. За кривично дело неовлашћено фотографисање из чл. 144 КЗ. ,поред основних судова у Краљеву и Нишу, правноснажну пресуду је имао и основни суд у Лесковцу.

У истом периоду (током 2010 године) Основни суд у Нишу имао је **4** правноснажне пресуде за кривично дело **нарушавања неповредивости стана** из чл.139 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело **повреда тајности писама и других пошиљки** из чл.142 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело **неовлашћено прислушкивање и снимање** из чл.143 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело **неовлашћено фотографисање** из чл. 144 КЗ, **1** правноснажну пресуду за **неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка** из чл.145 КЗ, **149** правноснажних пресуда за кривично дело **увреде** из чл.170 КЗ, **79** правноснажних пресуда за кривично дело **клевете** из чл.171 КЗ , **2** правноснажне пресуде за кривично дело **изношење личних и породичних прилика** из чл.172 КЗ и **1** правноснажну пресуду за кривично дело **недозвољено јавно коментарисање судских поступака** из чл.337 КЗ.

Посматрано за цео период истраживања (2007-2010) *Основни (бивши општински) суд у Нишу*, од свих судова у којима је вршено истраживање, *први је по разноврсности правноснажних пресуда за кривична дела којима се штити право на приватност* (имао је правноснажне пресуде за **14** различитих кривичних дела којима се штити право на приватност, тј. у Основном (бившем општинском) суду у Нишу од **17** кривичних дела којима се штити право на приватност није било пресуда само за кривична дела противзаконитог претресања из чл.131 КЗ, неовлашћеног прикупљања личних података из чл.146 КЗ и одавање пословне тајне из чл.240 КЗ).

Основни (бивши општински) суд у Нишу *једини је*, од свих судова у којима је рађено истраживање за период 2007-2010г., имао и **1** правноснажну пресуду за кривично дело повреда слободе исповедања вере и вршења верских обреда из чл.131 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело неовлашћено откривање тајне из чл.141 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело неовлашћени приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електорноској обради података из чл.302 КЗ, **1** правноснажну пресуду за кривично дело повреда тајности поступка из чл. 337 КЗ, и **1** правноснажну пресуду за кривично дело одавање службене тајне из чл.369 КЗ.

3. У Резолуцији о праву на приватност бр.1165, парламентарна скупштина Савета европе је констатовала да медији врло често угрожавају право на приватност заклањајући се иза једностраног тумачења права на слободу изражавања, загарантованог чланом 10 Европске конвенције о људским правима. Стога је потребно наћи начин да се ускладе та два основна права – право да на нечији приватан живот буде заштићен и право на слободу изражавања – оба загарантована ЕКЉП.

Веза и конфликт између права на приватност и права на слободу изражавања најбоље се огледа код кривичних дела увреде и клевете.

У скорије време у нашем праву појављују се мишљења и тенденције да кривична дела увреде и клевете треба **декриминализовати**. **Ако се ова иницијатива прихвати то ће значити да ће част и углед изгубити право на кривичноправну заштиту, иако су саставни делови права на приватност**, тј. овај сегмент права на приватност ће остати без кривичноправне заштите.

С обзиром да Резолуција бр.1165 о праву на приватност позива све владе држава чланица, да уколико у њиховим земљама такви закони не постоје, усвоје законе који ће гарантовати право на приватност или да постојеће законе допуне између осталог и тако да **уредници и новинари могу бити тужени за повреду права на приватност, под истим условима као и за клевету**⁹²⁷, као и да увреда и клевета постоје у упоредном праву, није јасан *ratio legis* тенденција о декриминализацији кривичних дела увреде и клевете.

Декриминализација кривичних дела увреде и клевете значило би тоталну превласт права на слободу изражавања у односу на право на приватност иако према Резолуцији бр.1165 **ниједно од ова два права није апсолутно, нити је једно веће од другог, већ се ради о правима исте вредности, а према резултатима научно истраживачке праксе увреда и клевета су нека од ретких кривичних дела која штите право на приватност а примењују се у пракси**.

Уколико би дошло до декриминализације кривичних дела увреде и клевете, тј. уколико би се ова кривична дела уклонила из КЗ-а Републике Србије, право на приватност би остало без оног сегмента кривичноправне заштите који је у нашој пракси имао највећу примену.

4. Од 2 посебне доказне радње којима се ограничава право на приватност а за које вршено истраживање, тј. за надзор и снимање телефонских и других разговора и оптичка снимања на основу чл.504е ЗКП и аутоматско рачунарско претраживање личних и других података на основу чл.504љ ЗКП, истраживањем је утврђено да је у Републици Србији у пракси примењивана само мера надзора и снимањетелефонских и других разговора и оптичка снимања.

⁹²⁷ Да би уредници и новинари били тужени под истим условима као и за клевету то значи да кривично дело клевете мора егзистирати, тј. Да не може бити декриминализовано.

Разлог за ово није у томе што аутоматско рачунарско претраживање личних и других података није примењиво у пракси, (један од опште познатих примера растер прочешљавања, користи се у раду саобраћајне полиције приликом идентификације моторног возила непознатог извршиоца саобраћајног кривичног дела) већ је разлог у нечем другом.

Наиме, на основу чл.504љ ст.3 важећег ЗКП-а предвиђено је да се ова посебна доказна радња састоји у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других са њима непосредно повезаних података и у њиховом аутоматском поређењу са подацима који се односе на неко из круга кривичних дела за која је ову меру могуће применити и на осумњиченог, **да би се као могући осумњичени искључила лица у погледу којих не постоји вероватноћа да су повезана са кривичним делом.**

Дакле, према важећем ЗКП-у предвиђена је *само негативна растер потрага*, тј. растер потрага која **из даље провере искључује одређено лице** које није сумњиво.

Међутим, за потребе примене ове мере у пракси, много значајнија је *потврдна растер потрага*, тј. растер потрага која се користи **за утврђивање круга сумњивих лица**, полазећи од одређених регистрованих карактеристика.

Немогућност примене *потврдне растер потраге* у важећем ЗКП-у вероватно је једини разлог због којег ова, иначе врло ефикасна мера, није заживела у пракси, а што ће се показати са почетком примене новог ЗКП-а у којем је могућност примене ове мере предвиђена и за потврдну и за негативну растер потрагу.

Например, приликом идентификације моторног возила непознатог извршиоца саобраћајног кривичног дела примењује се потврдна растер потрага. Тада се на основу расположивих података, прибављеним од очевидаца догађаја или криминалистичким увиђајем, преко компјутерске банке података полиције, претражују подаци за сва возила одређених карактеристика (марке и типа, места регистрације, боје шасије и сл.), **након чега се формира ужи круг власника интересантних возила**, са којима се криминалистичка обрада врши класичним полицијским методама.

ПРЕДЛОЗИ DE LEGE FERENDE

1. Право на присуство адвоката или браниоца при претресању (чл.78 ст.2 важећег односно чл.156 ст.2 новог ЗКП-а) супротно је самој природи претресања, тј. као хитној радњи доказивања, која се најчешће предузима у преткривичном односно предистражном поступку ради обезбеђивања доказа за кривични поступак. Поједина упоредно-правна законодавства и не познају ову могућност. Тако, енглеско процесно право не предвиђа ангажовање адвоката, односно браниоца приликом предузимања ове радње.

У погледу могућности одлагања претресања до доласка адвоката или браниоца(чл.78 ст.3 важећег ЗКП односно чл.156 ст.2 новог ЗКП) мишљења смо да овакво решење нема оправдања. Одлагање претресања може довести у питање саму сврху претресања, јер лице може уништити предмете које од њега треба одузети као доказ или на други начин осујетити остваривање легитимног циља, који се предузимањем ове радње жели остварити. Коначно, нејасна је позиција полиције у овој ситуацији, само спровођење се продужава, а тиме се продужава и нарушавање права на неповредивост стана, односно продужава се нарушавање права на приватност.

Заштиту од незаконитог претресања грађанима ће ефикасније пружити конституисање права на изјављивање одређеног правног средства против поступака полиције приликом претресања него право на присуство браниоца. Према домаћем процесном праву то је засада предвиђено једино код претресања стана без наредбе, кроз институт приговора, који се уноси у потврду о уласку у стан(чл. 81 ст.3 важећег ЗКП-а, односно чл.158 ст.2 новог ЗКП-а).Пракса Европског суда за људска права указује на потребу да се грађанима обезбеди ефикасна судска заштита од незаконитог нарушавања права на приватност. Овакве одредбе, уз конституисање права на изјављивање правног средства, о којем би у кратком временском року одлучивао истражни односно судија за претходни поступак, имају значајнији ефекат у заштити права на приватност.

2. Слично је и са испуњењем другог законског захтева, којим се од полиције тражи да обезбеди присуство два пунолетна сведока при претресању стана, других просторија и лица (чл.79.ст.3 важећег ЗКП односно чл.156.ст.7 новог ЗКП)⁹²⁸, јер Устав не намеће ову обавезу.

⁹²⁸ У важећем ЗКП-у изузетак је предвиђен само код претресања лица у чл.81 ст.4 ЗКП у коме је предвиђено да је претресање лица могуће спровести и без присуства сведока приликом извршења решења о привиђењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да лице које треба претрести поседује оружје или оруђе за напад, или ако постоји сумња да ће утицати на предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку. Према новом ЗКП-у, осим код претреса лица (чл.159 новог ЗКП), у чл. 156 ст.7 новог ЗКП-а предвиђени су и случајеви у којима је могуће извршити и претрес стана без присуства сведока, који су исти као и случајеви у којима је могуће приступити претресању без претходне предаје наредбе (ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља или ако се очигледно припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за поступак или држалац стана или другог просторија недоступан.

Наиме и у Устав Републике Србије у чл.40 ст.2 предвиђа да « држалац стана и друге просторије има право да сам или преко свог заступника и уз још два пунолетна сведока присуствује претресању», тако да обезбеђење присуства два сведока приликом претресања по Уставу *није обавеза полиције већ дискреционо право* власника стана.

У важећем ЗКП-у изузетак од присуства сведока приликом претресања предвиђен је само у случају претресања лица у чл.81 ст.4 ЗКП, где је предвиђено да је претресање лица могуће спровести и без присуства сведока приликом извршења решења о привиђењу или приликом лишења слободе, ако постоји сумња да лице које треба претрести поседује оружје или оруђе за напад, или ако постоји сумња да ће утицати на предмете које треба од њега одузети као доказ у кривичном поступку. Према новом ЗКП-у, осим истих изузетака код претреса лица као у важећем ЗКП-у (чл.159 новог ЗКП), у чл. 156 ст.7 предвиђени су и случајеви у којима је могуће извршити и претрес стана и других просторија и без присуства сведока.

Иако се према чл.156 ст.7 новог ЗКП претресање стана и других просторија може предузети и без присуства сведока ако се претпоставља оружани отпор или друга врста насиља или ако се припрема или је отпочело уништавање трагова кривичног дела или предмета важних за поступак или је држалац стана или других просторија недоступан, претресање без присуства сведока требало би да буде правило а не изузетак.

Мада већи број савремених закона познаје ову обавезу на страни полиције, мишљења смо да је овде у питању једна формалност која нема стварног и жељеног ефекта. Наиме, обавеза обезбеђивања присуства сведока данас представља озбиљну потешкоћу, с обзиром да већина грађана није заинтересована за преузимање овакве улоге, а законом није предвиђена санкција за непоступање по овој обавези. Због тога се извршење ове радње често непотребно компликује и одуговлачи. С друге стране, само присуство сведока не значи озбиљну заштиту од злоупотреба приликом предузимања претресања а не мање значајним сматрамо и *питање заштите права на приватност* које је свакако угрожено законским наметањем обавезног присуства већег броја лица приликом претресања.

Из наведених разлога примереније је решење које је предвиђено у упоредном праву, према којем присуство трећих лица при претресању *није обавеза државних органа већ дискреционо право држаоца просторија*. Избор ових лица и контакт са њима су обавеза за особу код које се претресање спроводи. Полиција има једино обавезу да то лице упозна са овим правом, а изузетно може ускратити његову реализацију ако има разумну основу за уверење да би се тиме озбиљно угрозила сврха претресања или безбедност полиције или других људи.

Ефикасна заштита од незаконитог поступања полиције приликом претресања и без присуства сведока обезбеђена је у чл. 79.ст.9 важећег ЗКП односно чл.157 ст.5 новог ЗКП-а, у ком је предвиђено *да се ток претресања може тонски и визуелно снимити, а предмети пронађени током претресања посебно фотографисати*. Једино би можда још требало предвидети да се претресање *по правилу* звучно и видео снима и право лица да одмах након претресања прегледа снимљени материјал и добије његову копију.

3. Поред тога што се претреса, претрес лица који се врши (нарочито по интимним деловима тела) може код претресаног лица да изазове додатну непријатност, нарочито ако се та радња на основу чл.79 ст.9 важећег ЗКП односно чл.157.ст.5 новог ЗКП-а истовремено и снима. Осећај непријатности може бити још више изражен ако је неопходно да се претресано лице приликом претреса који се снима мора и скинути. Сходно томе, иако би се у овој ситуацији у складу са чл.292 важећег односно чл.363 новог ЗКП-а, због заштите приватности учесника у поступку, јавност могла искључити са оног дела главног претреса у коме се изводе докази увидом снимљени материјал приликим претресања, ради потпуније заштите права на приватност у оваквој ситуацији, у чл.79 ст.9 важећег односно чл.157.ст.ст.5.новог ЗКП-а ипак би требало предвидети искључење јавности са оног дела главног претреса у коме се извођење доказа врши приказивањем снимка претресања лица којом приликом се претресаном лицу скида одећа.

4. Према решењу из члана 152 ст. 3. новог ЗКП, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао лап топ према члану 152 ст.3. новог ЗКП-а припадници полиције би морали да од суда траже наредбе ако желе да приступе фајловима у којима је корисник водио евиденције о пословању предузећа или писао свој дневник. Насупрот томе, уколико би се приликом претреса неког лица без судске наредбе (на основу чл.159 новог ЗКП) код тог лица пронашао роковник у коме је то лице водило евиденцију о пословању предузећа или писало дневник, за увид у садржај те евиденције или дневника полицији не би требала наредба суда.

То значи да је наведеним решењем одређеној категорији грађана дата превага у заштити права на приватност (тј.грађанима који су технички писменији и имућнији тј. који знају да користе и могу да купе рачунар) од оних који то не могу, а што може угрозити равноправност грађана приликом заштите права на приватност.

У одредби чл. 152 ст.3 новог ЗКП-а свакако треба предвидети претресање уређаја за аутоматску обраду података и опреме на којој се чувају или се могу чувати електронски записи, али на нешто другачији начин, у смислу да се претресање којим се остварује *увид у садржај комуникације која се налази на уређајима за аутоматску обраду података* и опреми на којој се чувају или се могу чувати електронски записи *предузима на основу наредбе суда*.

На тај начин би у складу са чл.126 ст.1 Закона о електронским комуникацијама и Закоником о кривичном поступку било регулисано претресање мобилних телефона, компјутера и уређаја за аутоматску обраду података који су с њима повезани.

Наиме, у чл.126 ст.1 Закона о електронским комуникацијама предвиђено је да пресретање електронских комуникација којима се открива *садржај комуникације* није допуштено осим на одређено време и *на основу одлуке суда*, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. За преглед рачунара односно мобилних телефона којим *се не остварује увид у садржај комуникације* не би требала наредба суда.

5. Исто тако, у чл. 286 новог ЗКП-а, који регулише овлашћења полиције, требало би изричито предвидети овлашћење полиције да у смислу предузимања радњи у предистражном поступку, *без увида у садржај комуницирања*, може вршити *преглед* уређаја за аутоматску обраду података и опрему на којој се чувају или се могу чувати електронски записи. Ова одредба би посебно добила на значају у контексту прегледања мобилних телефона и рачунара, односно прегледања листинга смс или е-маил порука без увида у њихов садржај, односно фајлова и докумената који се у рачунару налазе, што је посебно важно код компјутерских кривичних дела, а што је у пракси било спорно.

Овакво решење не би било спорно јер податке којима се нарушава право на приватност, а до којих дођу органи откривања и кривичног гоњења у преткривичном односно предистражном поступку или истрази, они свакако морају чувати као службену тајну, и не смеју их користити ни у какве друге сврхе осим за потребе кривичног поступка.

6. Слично решењу из Законика о кривичном поступку од 25.маја 2006.године, који никада није заживео у пракси, аналогно ситуацијама у којима се дозвољава претрес стана без присуства сведока из чл.156 ст.7 новог ЗКП-а, полиција односно тужилаштво поред постојећих овлашћења из чл. 158 ст.1 новог ЗКП-а, требали да добију још један основ за улазак у стан и друге просторије и спровођење претресања без наредбе суда. Наиме, претресање стана и других просторија без наредбе суда требало би да буде дозвољено ради обезбеђења доказа важних за кривични поступак, ако је очигледно да је у стану или другим просторијама отпочело или непосредно предстоји уништавање трагова или предмета кривичног дела.

Уношење ове новине у важећи ЗКП било би веома значајно јер се често дешавало да се многи докази униште док полиција у суду чека на издавање наредбе за претрес, поготово што овакво решење није страно ни у упоредном праву.⁹²⁹

⁹²⁹ У америчком праву између осталог основ за претрес стана без наредбе суда је и очувања доказа који могу бити изгубљени или уништени (тзв. *preservation of evidence*), или тзв. хитна претресања (ако је добијена информација да је учињено кривично дело или нанета повреда, у случају дејства ватрогасаца, истраживања о дојави да је постављена експлозивна направа и сл.).

7. Прописивање тајности података везаних за посебне доказне радње нужан је услов да би примена ових мера уопште могла да буде делотворна. У чл.165 новог ЗКП-а изостављена је обавеза службеног лица да упозори свако лице које сазна ове податке у било ком својству на дужност чувања службене тајне, иако је то предвиђено у чл.504в ст.1 важећег ЗКП. Наиме, није спорно да је та дужност чувања тајне о подацима везаним за посебне доказне радње експлицитно прописана у чл.165 новог ЗКП-а, али не сме се заборавити да нису сви учесници у поступку правно едуковани и не мора им бити позната ова законска обавеза. Услед постојања заиста великог броја прописа данас, примена начела *Ignoratio legis nocet*, свакако не може наћи своју примену на начин како је то било у римском праву, када је овај диктум настао и имао своју пуну примену. Прописивањем обавезе надлежног органа да упозори сваког од актера поступка на ову обавезу, брише се свака могућност да се неко позове на непознавање овог прописа и самим тим се боље обезбеђује тајност примене посебних доказних радњи. Из наведених разлога требало је задржати ову обавезу која је прописана у чл.504в ст.1 важећег ЗКП-а и у чл. 165 новог ЗКП-а.

8. За разлику од чл.504е ст.1 важећег ЗКП-а према чл. 166. новог ЗКП-а примена тајног надзора комуникација предвиђена је само кад су у питању комуникације које се обављају путем телефона или других техничких средстава, што значи да на основу чл.166 новог ЗКП-а за разлику од важећег није предвиђена могућност примене ове мере у случају „других разговора“⁹³⁰, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима већ *непосредном вербалном комуникацијом*.

Формулацијом из чл.166 новог ЗКП-а да се мера тајног надзора комуникација може одредити само у случају надзора и снимања *комуникације која се обавља путем телефона или других техничких средстава или надзора електронске или друге адресе осумњиченог*, без навођења и могућности снимања „других разговора“, *искључује примену ове мере ради снимања и надзора непосредних вербалних разговора*, тј. разговора који се не обављају телефоном или другим техничким средствима (рачунари, факсови, сателитске везе).

Искључивање могућности за примену ове мере из чл.166 новог ЗКП-а када су у питању разговори који се не обављају путем телефона или других техничких средстава, тј. кад су питању обични разговори, односно непосредна вербална комуникација, може довести у питање ефикасност ове мере јер је питање да ли је на основу новог ЗКП-а могуће и тзв. „озвучавање простора“ или само „озвучавање лица“, применом одредби о прикривеном иследнику из чл. 184 ст.2 новог ЗКП-а.

Да би непосредни вербални разговори могли бити снимани и на основу мере тајног надзора комуникација, дакле без примене одредби о прикривеном иследнику, у чл.166 новог ЗКП требало би предвидети да се мера тајног надзора комуникација примењује на надзор и снимање комуникација која се обављају путем телефона, другим техничким средствима, *другим разговорима* или надзор електронске или друге адресе осумњиченог и заплону писама и пошиљки.

⁹³⁰ Термин из чл.504 е ст.1 важећег ЗКП

9. Нови ЗКП као и важећи не садржи одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене посебне доказне радње тајног надзора комуникација. Најзначајније ограничење које познаје упоредно право (САД) које приликом примене ове мере штити право на приватност су такозвана «правила о минимализацији» којим се органи обавезују на редукацију мере само на оне разговоре који су правно релевантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља ван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу, што је у практичној примени тешко изводљиво. Надаље, ако се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о злочину, такав разговор се не сме надзирати осим повремено како би се та чињеница потврдила, што би у пракси можда могло да буде изводљиво.

10. Израз из чл.171 ст.1 новог ЗКП-а да суд може одредити тајно праћење и снимање осумњиченог није баш најјаснији у погледу прецизирања *о којој врсти снимања је реч*, тј. да ли се и овде као и у претходној доказној радњи ради о тонском или је реч оптичком снимању. Иако члан 2 ст.1 новог ЗКП-а у тачкама 27 и 28 даје дефиниције оптичког и тонског снимања, члан 171 ст.1 новог ЗКП-а, који регулише тајно праћење и снимање, не помиње ни тонско ни оптичко снимање, тј. не прецизира о ком је снимању реч.

Пошто је у чл.171 новог ЗКП-а реч о *тајној доказној радњи*, према стандардима Суда за људска права, грађани, *из разлога правне сигурности*, унапред морају знати под којим условима могу бити тајно оптички или тонски снимани, што у чл. 171 ст.1 новог ЗКП-а није случај. Наиме, *законом се мора прецизирати о којој врсти снимања је реч* да би грађани унапред могли знати када без свог знања и одобрења могу бити снимани тонски а када оптички.

11. Код посебне доказне радње тајног праћења и снимања, ни у наслову а касније ни у тексту чл.171 новог ЗКП-а није употребљен израз тајно праћење и снимање комуникација, већ само тајно праћење и снимање осумњиченог (дакле не помиње се снимање комуникације осумњиченог већ снимање осумњиченог као физичке појаве, тј. снимање његовог кретања) па граматичким и логичким тумачењем произилази да се код посебне доказне радње тајног праћења и снимања не ради о тонском већ о оптичким снимању.

Ово произилази и из *системског тумачења* тј. из тумачења норме која регулише аудио односно тонско снимање код посебне доказне радње тајног надзора комуникација, где је у члану 166 новог ЗКП-а предвиђено да се тајни надзор комуникација односи на надзор и *снимање комуникација*. Дакле, кад се радио о аудио снимању нови ЗКП употребљава термин *снимање комуникација* а не термине *снимање осумњиченог* или *откривање комуникација* који су наведени у чл.171 новог ЗКП-а који регулише тајно праћење и снимање, јер снимање и откривање комуникације није исто.

Пошто се за разлику од чл.166 у тексту чл.171 новог ЗКП-а не спомиње термин *снимање комуникација* већ термин *снимање осумњиченог* или термин *откривање комуникације* (што није исто што и снимање комуникације), из тога произилази да се оптичким снимањем мере тајног праћења и снимања не може снимати садржај комуникације осумњиченог. То би даље значило да се снимање непосредне вербалне комуникације осумњиченог не може остварити ни применом мере тајног надзора комуникације ни применом мере тајног праћења и снимања, што може довести у питање ефикасност обе мере.

Због тога би код ове доказне радње у чл.171 новог ЗКП-а требало прецизирати да се ради о тајном праћењу и снимању како осумњиченог тако и његове комуникације.

12. Примена оптичких снимања код посебне доказне радње тајног праћења и снимања у чл. 171 новог ЗКП-а сужена је у односу на важећи члан 504е ст.1 ЗКП-а, тј. примена ове мере сужена је само на:

1. откривање контакта или комуникације осумњиченог ,односно
2. лоцирање лица или ствари.

Наведена формулација могла би да отвори и питање да ли би се се снимци прибављени мером тајног праћења и снимања могли искористити као доказ ако би се применом ове мере директно снимило извршење кривичног дела, нпр. неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога из чл.246 КЗ или недозвољен прелаз државне границе и кријумчарење људи из чл.350 КЗ, јер се ту онда не би радило о откривању контакта или комуникације осумњичених односно лоцирању лица или ствари, већ о директном извршењу кривичног дела.

Коришћење снимака прибављених мером тајног праћења и снимања као доказа , уколико је применом ове мере директно снимљено извршење кривичног дела, може се бранити материјалним условима за примену посебних доказних радњи из чл.161 новог ЗКП-а, где је предвиђено да се посебне доказне радње између осталог примењују ако се на други начин не могу прикупити докази за *кривично гоњење*, или би њихово прикупљање било знатно отежано.

Ипак, да не би долазило до двоумљења посебну доказну радњу *тајно праћење и снимање* треба регулисати слично словеначком ЗКП-у који изричито предвиђа да се приликом *тајног посматрања* могу снимати и гласови (тј.комуникација осумњиченог) као и да снимање може да се односи на *све активности* одређеног лица а не само на откривање контакта односно комуникације осумњиченог или лоцирање лица и ствари.

13. У чл.185 ст.2 новог ЗКП-а предвиђено је да ће прикривени иследник по правилу бити овлашћено службено лице органа унутрашњих послова, Безбедносно-информативне агенције или Војнобезбедносне агенције, али нема одредбе која изричито одређује која лица не могу бити прикривени иследници, што је добро решење.

Ограничење из чл.504 ст.6 важећег ЗКП-а да прикривени иследници не могу бити припадници организоване криминалне групе значи да ова лица не могу примењивати мере које су иначе дозвољене прикривеном иследнику, у првом реду мере које се односе *употребу техничких средстава за снимање разговора, односно средстава за фотографисање или звучно и видео снимање.*

Пошто се чланови организоване криминалне групе већ налазе у структурама ових организација и тиме већ уживају поверење осталих чланова групе, остали чланови групе, а посебно организатори, пред овим лицима се не би устручавали да причају о већ извршеним кривичним делима или кривичним делима која се планирају и припремају, те би се озвучивањем неких чланова групе као прикривених иследника, повећале шансе за прикупљање валидних доказа који су неопходни за кривични поступак, поготову кад су у питању организатори криминалне групе.

Стога би можда могло доћи у обзир да се неким члановима организоване криминалне групе, под истим условима под којима им је дозвољено да стекну статус и бенефиције окривљеног сарадника из чл. 320-326 новог ЗКП-а, омогући да на исти начин стекну и статус прикривеног иследника.⁹³¹ Члан 185 ст.2 новог ЗКП-а оставља простор и за овакву могућност.

Међутим, да би се ово остварило, тј. да би припадници организоване криминалне групе деловали као прикривени иследници, односно да би примењивали мере које су дозвољене прикривеном иследнику, самтрамо да је у садржају споразума о сведочењу окривљеног у чл.321 ст.1 тачка 3 новог ЗКП-, као потенцијални елемент садржаја споразума требало предвидети и ангажовање окривљеног као прикривеног иследника.

Даље, у чл. 323 новог ЗКП-а који регулише прихватање споразума о сведочењу окривљеног, требало је предвидети и став 2 овог члана који би предвиђао да ће суд, уколико прихвати и део споразума о ангажовању окривљеног као прикривеног иследника, поред решења о прихватању споразума о сведочењу окривљеног из чл.323 ст.1 ЗКП, у складу са чл.184 ст.1 и 2 новог ЗКП-а донети и наредбу о ангажовању окривљеног као прикривеног иследника.

Могућност да прикривени иследник може да буде и лице које потиче из криминалне средине, постоји у праву САД и даје добре резултате.

⁹³¹ Услови под којима члан криминалне групе може стећи статус окривљеног сарадника регулисане су чл.320 до 326 нацрта ЗКП-а.

14. За разлику од чл.504 њ важећег ЗКП-а у чл. 187 новог ЗКП-а није предвиђено да се испитивање прикривеног иследник обавља сходном применом правила о *испитивању заштићених сведока*. Да би се сачувао прави идентитет прикривеног иследника за њега би морла да важе правила и мере које се примењују приликом испитивања заштићеног сведока.

15. Пошто неко лице до садржине комуникације другог лица може доћи коришћењем хардвера или софтвера, тј. тзв. «пресретача» комуникације преко мобилних телефона, који су у многим државама, укључујући и Србију, легални, у циљу заштите права на приватност ова опрема и софтвери морали би да се прогласе нелегалним. Ово је случај пре свега зато што законодавство не може да испрати све технолошке новитете који се појављују на тржишту. Уређаји о којима је реч нарушавају на очигледан начин право на приватност – једни «сакупљају» разговоре и поруке послате са мобилних телефона особа које су у непосредној близини онога ко поседује уређај. Други «уређаји» су заправо софтвери који се инсталирају на телефоне прислушкиваних особа.

Ови софтвери шаљу податке о свим активностима које власник има на телефону, а у зависности од њиховог подешавања, могу и директно преносити све разговоре власника телефона. Очигледно је да оваква опрема не може бити легална, али је то још један од проблема који су специфични за развој ВТК-законодавци по правилу заостају за маштом починилаца и иноватора. Тек кад се наведени «пресретачи» употребе радиће се о кривичном делу неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ, дакле у наведеним ситуацијама законодавац делује репресивно. То значи да се трговина, тј. куповина и продаја ове робе несметано одвија, а у поље кривичног права залази се тек ако се опрема употреби, тј. ако дође до повреде права на приватност.

Законодавац би морао да делује и превентивно, тј. пре него што дође до повреде права на приватност, тј. и у случају његовог угрожавања, тако што би купопродају наведене опреме и софтвере прогласио нелегалним (нпр. Законом о електронским комуникацијама), па би и продавци и купци овакве опреме били кривично одговорни за кривично дело недозвољене трговине из чл.243 ст.3 КЗ. У том случају би кривична заштита права на приватност постојала и у случају његовог угрожавања, дакле пре него што дође до његове повреде, односно пре него што се наведена опрема употреби.

16. Важећи ЗКП за разлику од ЗПП-а⁹³², стриктно не регулише питање доказивања исправама а нови ЗКП регулише. Нови ЗКП у чл. 138 стриктно регулише доказивање исправама што сматрамо за боље решење јер је боље што је и ова врста доказа законски регулисана како не би долазило до колебања судске праксе. Међутим, није добро што у новом ЗКП-у нису предвиђена посебна правила за доказивање увидом у фотографије, аудио и видео записе (када су они сачињени без судске наредбе) као врсту *специфичних исправа*. Аудио и видео записи као и фотографије су *специфичне исправе*, које се разликују од класичних писмених исправа коју издају државни органи и друга правна лица, и за њих би морала да важе *посебна правила* која важећи ЗКП садржи (чл.132 а) а нови ЗКП не садржи.

У чл. 138 новог ЗКП предвиђено је да се доказивање исправом врши читањем, *гледањем*, *слушањем* или увидом у садржај исправе на други начин, па нема сумње да у доказивање исправама спада и увид у фотографије, звучне и видео записе.

У чл.2 ст.1 тачка 26 новог ЗКП-а дата је дефиниција исправе по којој је „исправа“ сваки предмет или рачунарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ чињенице која се утврђује у поступку (члан 83 ст.1 и 2). Дакле, за утврђивање у које доказне сврхе се могу користити исправе законик упућује на чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а где је предвиђено да предмет доказивања *алтернативно* могу бити:

- 1) чињенице које чине обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

То значи да је *исправа сваки предмет или рачунарски податак који је подобан или одређен да служи као доказ*

- 1) чињенице која чини обележје кривичног дела, или од којих зависи примена неке друге одредбе кривичног закона, или
- 2) чињенице од којих зависи примена одредаба кривичног поступка.

Овако широка дефиниција исправе која сврху испрве доводи у везу са чл. 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а може послужити као оправдање односно искључивање противправности у случају аудио или видео снимања неке особе без њеног знања и пристанка и без судске наредбе.

⁹³² ЗПП исправу у чл.230 ст.1 и 2 дефинише као документ који је у прописаном облику издао надлежни државни орган у границама својих овлашћења, као и документ који је у таквом облику издало предузеће или друга организација у вршењу јавног овлашћења које јој је поверено законом - јавна исправа, као и друге документе који су посебним прописима у погледу доказне снаге изједначени са јавним исправама.

Наиме, потенцијални извршилац кривичног дела неовлашћено прислушкивање и снимање из чл.143 КЗ или неовлашћено фотографисање из чл.144 КЗ може се бранити да је снимао разговор у коме не учествује без знања и пристанка лица чији се разговор снима, како би прикупио доказе за неко кривично дело, тј. чињенице које чине обележје кривичног дела, односно чињенице од којих зависи примена одредби кривичног поступка.

Изговори могу бити разни, напр. да су нека лица снимана јер причају о припремању неког кривичног дела или о већ извршеном кривичном делу. Чак и кад би то било тачно, морају постојати правила о томе ко у сврхе откривања и доказивања кривичних дела може тонски и оптички снимати нека лица без њиховог знања и сагласности (ОСЛ на основу наредбе суда). Овако дефинисање исправе, без посебних правила за увид у фотографије, аудио и видео записе, као врсту специфичних исправа, може свакоме да послужи као изговор због кога је неког тајно аудио или видео снимао, тј. да је снимање вршио да би прикупио доказе за кривично дело. Чак и кад би се на овакав начин прикупили докази поставило би се питање да ли су они валидни. На основу члана.2 ст.1 тачка 26 и члана 83 ст.1 и 2 новог ЗКП-а произилази да овакви докази, тј. аудио и видео снимци који су начињени без наредбе суда и без знања и сагласности лица која се на њима налазе, могу послужити као доказ у кривичном поступку. Очигледно је да такви снимци представљају нарушавање права на приватност и да не испуњавају услове из чл.8 ЕКЉП , односно да их Суд за људска права не би прихватио јер по терминологију Суда не би били „неопходни у демократском друштву“.

С друге стране, уколико би због специфичности фотографија и аудио и видео снимака, као посебних исправа којима се задире у право на приватност, доказивање увидом у ову врсту исправа било предвиђено по посебним правилима, која су строжија од правила која важе за остале исправе, Суд их највероватније не би оспоравао.

Посебна правила за коришћење ове врсте исправа као доказа већ постоје у важећем ЗКП, али их мало треба унапредити.

Наиме, приликом формулисања увида у фотографије, звучне и видео снимке као нове радње доказивања у члану 132а важећег ЗКП-а, пропуштено је да се дефинишу неке ситуације које у пракси нису ретке а којима је требало дати доказни значај.

Нпр., пропуштено је да се предвиди да доказни значај у неким ситуацијама могу имати и фотографије, аудио и видео снимци који су направљени напр. новинарском или аматерском камером (јер такви снимци иако нису настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњичених и иако нису вид општих безбедносних мера често пута могу доказати кривично дело).

Приликом дефинисања радње доказивања увида у аудио и видео снимке у важећем ЗКП-у пропуштено је да се предвиди да се за доказивање кривичних дела извршених приликом *јавних окупљања и демонстрација* могу користити и снимци начињени новинарском или аматерском камером, тј. *да као доказ за кривична дела извршена приликом јавних окупљања и демонстрација могу послужити и снимци који нису настали као вид опитних безбедносних мера на јавним површинама нити су настали уз изричиту или прећутну сагласност осумњиченог односно окривљеног.* Ово поготово стога што и Европска комисија за људска права прави разлику између снимака који се односе на приватне ствари од снимака јавних догађаја и демонстрација⁹³³.

Стога сматрамо да је у новом ЗКП-у требало задржати одредбе члана 132а важећег ЗКП-а, с тим што би требало додати још један став (најлогичније после 6-ог става) који би гласио:

«Фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци који су направљени без прећутне или изричите сагласности осумњиченог или окривљеног који се на њима налазе, односно чији је глас снимљен, могу да се користе као доказ у кривичном поступку, ако су фотографије или звучни, односно звучни и видео снимци настали приликом снимања јавних окупљања или демонстрација».

17. У складу са одлуком Суда за људска права у случају *Laskey, Jaggard i Brown v United Kingdom*⁹³⁴, сматрамо да би у Кривичном законнику Републике Србије као кривично дело требало инкриминисати садомазохистичке активности којима се наносе телесне повреде, без обзира да ли је постојао пристанак повређеног лица, јер како је Суд истакао, приликом покретања кривичног поступка треба имати у виду не само стварну озбиљност нанетих повреда већ и могућност њиховог настанка, као и да нарушавање физичког интегритета и здравља, чак и у време вршења сексуалног односа, не мора да ужива заштиту члана 8 ЕКЉП.

18. Након доношења *Закона о електронским комуникацијама* одредбе *Закона о полицији*, тј. члана.63.ст.1 тачка 1. требало би мало прецизније дефинисати, како не би долазило до недоумица и различитих тумачења приликом примене задржаних података као мере ради потреба заштите националне и јавне безбедности Републике Србије. Наведени члан *Закона о полицији* требало би прецизирати тако да изричито предвиди да је полиција овлашћена да уђе у *пословни простор* и изврши његов преглед и преглед документације не само ради проналаска учинилаца кривичних дела или прекршаја, већ и *ради проналаска доказа који омогућују проналазак учиниоца кривичног дела или прекршаја.*

⁹³³ Извештај Комисије у случају *Friedl v Austrija* br. 15225/89 од 19 маја 1994, серија А br.305-В, стр.21, ставови 49-52.

⁹³⁴ Пресуда Суда за људска права од 19.02.1997.г., RJD, 1997-I, бр.36

19. Члан 286 ст.3 новог ЗКП-а по налогу јавног тужиоца *полицију овлашћује само на прикупљање података који се односе на телефонски саобраћај, док се рачунарски саобраћај не спомиње.* Поред добијања података о телефонском саобраћају од телефонских оператера, полицију, по налогу јавног тужиоца, под истим условима требало је овластити и за добијање података о рачунарском саобраћају од провајдера (е-маил поруке), без увида у њихов садржај.

20. Члан 128ст.4 Закона о електронским комуникацијама којим је предвиђено је да је оператер дужан да задржане податке *чува 12 месеци* од дана обављене комуникације није у складу са чл. 16.ст.2 *Конвенције о високотехнолошком криминалу* у којем је предвиђено да лице под чијом су контролом или у чијем су поседу компјутерски подаци треба да се обавезе да те податке *чува највише 90 дана.* *На овај начин законом је дозвољен дужи временски рок за чување задржаних података него што је то предвиђено Конвенцијом.* Према чл. 194 *Устава Републике Србије*, који регулише хијерархију домаћих и међународних општих правних аката, правни поредак Републике Србије је јединствен. Устав је највиши правни акт Републике Србије, а сви закони и други општи акти донети у Републици Србији морају бити сагласни са Уставом. Потврђени међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права део су правног поретка Републике Србије. Потврђени међународни уговори не смеју бити у супротности са Уставом. *Закони и други општи акти донети у Републици Србији не смеју бити у супротности са потврђеним међународним уговорима* и општеприхваћеним правилима међународног права.

Из наведеног произилази да *Закон о електронским комуникацијама* у чл.128 ст.4 није у складу са чл.16 ст.2 *Конвенције о високотехнолошком криминалу*, која је хијерархијски виши акт од закона, тј. веће правне снаге, па би Уставни Суд Републике Србије на основу чл. 167.ст.1 тачка 1 и чл. 168 ст.1 Устава Републике Србије требао да покрене поступак и утврди несагласност члана128 ст.4 *Закона о електронским комуникацијама* са чл.16.ст.2 *Конвенције о високотехнолошком криминалу*, у погледу трјања мере чувања задржаних података, или би чл.128 ст.4 Закона о електронским комуникацијама требало променити тако што би рок за чување задржаних података са 12 месеци био смањен на 90 дана.

21. У складу са чл.19 ст.3 тачка ц *Конвенције о високотехнолошком криминалу* у којем је предвиђено да се надлежни органи морају овластити између осталог и да направе и задрже копије компјутерских података, приликом уношења одредби о претресању компјутера у ЗКП, требало би предвидети и радњу тзв. «клонирања» хард диск рачунара. У пракси се то и чини, тј даља обрада података у истрази обавља се на том «клонираним» примерку хард диска, како не би дошло до било каквих промена на оригиналу. Траже се трагови остварених интернет конекција, као и сваки други подаци који могу да послуже као доказ у судском поступку и прилажу судским списим на начин на који обезбеђује да касније евентуално могу да послуже као предмет вештачења.

Иако то у пракси није спорно, ову радњу, тј. клонирање хард диска рачунара, у складу са чл. 19 ст. 3 тачка ц *Конвенције*, ипак би требало предвидети и одредбама ЗКП-а. Наиме, у свим државама у којима је извођење електронских доказа посебно регулисано, или је уобичајено пред судовима који их прихватају по аналогiji, стандард је да се подаци клонирају, а не физички плене. Ово је нарочито корисно када се подаци налазе на серверима (нпр. приликом постављања интернет сајтова који имају забрањену садржину), чија је заплена практично немогућа без стварања велике штете провајдерима. Наравно, постоје различите ситуације и понекад ће бити корисније да се компјутер, односно носач релевантног податка, физички одвоји од система - нпр. када је у питању носилац вируса.

Ово би могло да се наведе у чл. 152 ст. 3 новог ЗКП-а, који се односи на претресање уређаја за аутоматску обраду података, где би се предвидело да се претресање компјутера може вршити „клонирањем“ хард диск рачунара.

22. Осим инкриминације *spam*-овања, тј. особа које шаљу нежељену пошту, (а што није инкримисано у нашем кривичном законодавству) треба инкримисати и лица која бесплатно или за одређену накнаду уступају спискове емејл адреса различитим компанијама, и на тај начин повређују право на приватност корисника емејл адреса.

23. У чл. 208 ст. 1 односно чл. 211 ст. 1 тачка 4 новог ЗКП-а мера забране напуштања стана проширује се за два случаја где тежина кривичног дела и посебно тешке околности кривичног дела не оправдавају примену ове мере уместо мере притвора (тј. у случајевима ако је за кривично дело које се окривљеном ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно казна затвора преко пет година за кривично дело са елементима насиља или му је пресудом првостепеног суда изречена казна затвора од пет година или тежа казна, а начин извршења или тежина последице кривичног дела су довели до узнемирења јавности које може угрозити несметано и правично вођење кривичног поступка).

Као разлог за примену мере забране напуштања стана у чл. 208 ст. 1 новог ЗКП-а требало би предвидети и разлог из чл. 211 ст. 1 тачка 2 новог ЗКП-а, тј. постојање околности које указују да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче.

Према чл. 190 новог ЗКП електронски надзор се може применити *само као адхезиона мера у случају изрицања мере забране напуштања стана*. Примена електронског надзора у новом ЗКП-у ограничена је само на случај контролисања поштовања забране мере напуштања стана. Као што је то у важећем, и у новом ЗКП-у примена електронског надзора као контролна мера требала би да буде могућа и у случају примене мере забрана напуштања боравишта или мере забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем. Такође, примена електронског надзора у новом ЗКП-у требала би да буде могућа и као *самостална мера* у циљу спречавања окривљеног да утиче на саучеснике или прикриваче, или ако постоји опасност да ће окривљени довршити започето кривично дело, поновити кривично дело, односно учинити кривично дело којим прети.

24. Према чл.208 новог ЗКП-а уз меру забрана напуштања стана као адхезионе мере више не могу бити изречене мере 1) забрана посећивања одређених места, 2) забрана састајања са одређеним лицима или прилажење одређеним лицима, 3) налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу, 4) привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе. Међутим, на основу чл.188, чл.189 ст.2 и 197 новог ЗКП-а неке од ових мера могу бити изречене као самосталне мере (забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем).

Пошто прва наведена адхезиона мера (забрана посећивања одређених места) и један део друге адхезионе мере (забрана прилажења одређеним лицима) и нису спојиве са природом мере забране напуштања стана, а један део друге адхезионе мере се може изрећи као самостална мера (забрана састајања или комуницирања са одређеним лицем) сматрамо оправданим што су забрана посећивања одређених места и забрана прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем изостављене као адхезионе мере уз меру забране напуштања стана.

С друге стране, не сматрамо оправданим што су налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу и привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе изостављене као адхезионе мере које се могу применити уз меру забране напуштања стана. Наиме, налагање окривљеном да се повремено јавља одређеном државном органу и привремено одузимање путне исправе или возачке дозволе могу бити добре превентивне мере за примену мере забране напуштања стана.

25. Са становишта права на приватност, у чл.208 новог ЗКП-а, који регулише *забрану напуштања стана*, није наведено да се овом мером не може ограничити право окривљеног да се несметано виђа са члановима породице и блиским сродницима, осим ако та лица нису обухваћена мером из чл.197 новог ЗКП-а, тј. мером забрана прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним, као и са својим браниоцем, а што је предвиђено у чл.136 ст.3 важећег ЗКП-а.

26. Што се тиче мере *забране напуштања боравишта*, према чл.199 новог ЗКП-а, услови за примену ове мере постављени су шире од чл. 136 важећег ЗКП-а, тако да се ова мера може изрећи и тако да окривљени *без одобрења суда може напустити место боравишта али не и територију Републике Србије*. Стога назив ове мере треба да гласи *забрана напуштања боравишта или територије Републике Србије* а не само забрана напуштања боравишта јер боравиште окривљеног не може бити на целој територији Републике Србије.

27. У чл.199 ст.3 новог ЗКП-а предвиђено је да се *применом мере забране напуштања боравишта* као самосталне мере или одређених адхезионих мера које се уз њу могу изрећи не може ограничити право окривљеног да се виђа са члановима породице, блиским сродницима и својим браниоцем, *али није наведен изузетак од овог права ако су та лица обухваћена мером из чл. 197 новог ЗКП-а тј. мером забране прилажења, састајања или комуницирања са окривљеним.*

28. У новом ЗКП-у као адхезиона мера уз меру забране напуштања боравишта, није предвиђен и електронски надзор окривљеног, што би требало.

29. У чл. чл.197 новог ЗКП предвиђена је мера *забране прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем.*

Као адхезионе мере уз ову меру суд може наложити окривљеном да повремено јавља полицији, поверенику из органа државне управе надлежног за извршење кривичних санкција или другом државном органу одређеном законом.

У новом ЗКП-у као адхезиону меру уз забрану прилажења, састајања или комуницирања са одређеним лицем требало је предвидети и електронски надзор окривљеног, јер би примена електронског надзора омогућила адекватну контролу и правовремену реакцију у примени ове мере, поготову ако би се радило о забрани прилажења оштећеном.

30. Пошто обавезе које суд може изрећи код условне осуде са заштитним надзором (чл. 73 КЗ), спадају у "друге обавезе предвиђене у кривичноправним одредбама" (чл.65.ст.2 КЗ), у чл.65 ст.2 КЗ, као разлог за опозив условне осуде и после протеча времена проверавања, треба додати и и случај када условно осуђени који је стављен под заштитни надзор не испуњава постављене обавезе.

Такође, требало би изричито предвидети да суд у одлуци о условном отпусту може одредити да је осуђени дужан да испуни бар неке од обавеза предвиђених код условне осуде са заштитним надзором.

Ово решење би могло да има примену нарочито код тзв.превременог условног отпуста који постоји у упоредном праву, а који би се под наведеним условима, тј. да је осуђени дужан да испуни неке од обавеза које су предвиђене код условне осуде са заштитним надзором, у нашем кривичном праву могао применити и код осуђеног који је издржао мање од две трећине казне.

Електронски надзор би стога могао да има значајну примену приликом изрицања превременог или обичног условног отпуста уз обавезу уздржавања од посеђивања одређених места, локала или приредби док траје условни отпуст, чиме би се испољила најважнија предност условног отпуста и електронског надзора у односу на казну затвора, тј да су мање ретрибутивне и јефтине мере.

31. У чл.220 ст.2 новог ЗКП-а за разлику од чл.150 ст.6 важећег ЗКП-а нису предвиђена правила за начин слања и примања односно отварања притвореникове поште. У чл. 150 ст.6 важећег ЗКП-а предвиђено је да се молбе притужбе или жалбе притвореника *шаљу и примају у запечаћеној коверти, која се затвара и отвара пред притвореником и то само у циљу прегледа садржаја коверте, а не и садржаја писмена*, док ово правило није предвиђено и у чл.220 ст.2 новог ЗКП-а. Са становишта права на приватност и чл.220 ст.2 новог ЗКП-а , слично као и чл.150 ст.6 важећег ЗКП-а, требао би да садржи правила за начин отварања притвореникове поште.

32. Сматрамо да је добро решење што је код посебне доказне радње рачунарско претраживање података у чл. 178 новог ЗКП-а омогућена и тзв. „негативна“ и „потврдна“ растер потрага, за разлику од чл.504љ ст.3 важећег ЗКП-а који је омогућавао само негативну растер потрагу. Ипак, и у члановима 171-180 новог ЗКП-а, који регулишу рачунарско претраживање података, неке ствари су могле бити другачије предвиђене, слично решењу из ЗКП-а из 2006.г.

Према чл. 155. ст.1 и 2 ЗКП-а из 2006.г., аутоматско рачунарско претраживање личних и других података састојало се у аутоматском претраживању већ похрањених личних и других, са њима непосредно повезаних, података и њиховом аутоматском поређењу са подацима који се односе на кривична дела за која се ова доказна радња може применити *и лице које се основано може довести у везу са тим кривичним делом*. У чл.178 новог ЗКП-а рачунарско претраживање података састоји се у рачунарском претраживању већ обрађених личних и других података и њиховом поређење са подацима који се односе на *осумњиченог* и кривично дело. Дакле, ЗКП из 2006.г. примену ове истражне радње није ограничавао само на *осумњиченог* (као важећи и нови ЗКП) већ је примену ове истражне радње омогућавао и кад је у питању било које *лице које се основано може довести у везу* са неким од таксативно наведених кривичних дела. То значи да је примена ове доказне радње била дозвољена и ради проналажења *сведока*, што је јако значајно.

Наиме, ова истражна радња могла је да има практичну примену и приликом проналаска сведока таксативно наведених кривичних дела, поготову сведока очевидаца, који непосредно по извршењу кривичног дела због различитих разлога (страх, неповерење у правосудни систем, користољубље) не желе да се самостално јаве ради сведочења.

Такође, у чл. 178 и 179 новог ЗКП-а није предвиђено решење које је постојало у чл. 155.ст.4 ЗКП-а из 2006.г. које је омогућавало да се у *хитним ситуацијама, које су у пракси могуће*, ова доказна радње примени и на основу наредбе јавног тужиоца, уз прецизно дефинисану и у кратком року извршену контролу од стране истражног судије.

Наиме, у чл. 155.ст.4 ЗКП-а из 2006.г било је предвиђено да ову доказну радњу наређује истражни судија на предлог јавног тужиоца, а у случају постојања околности које не трпе одлагање *јавни тужилац је могао и сам донети наредбу, коју је а у року од 24 часа морао поднети истражном судији на потврђивање.* Ако истражни судија не потврди наредбу јавног тужиоца у року од 24 часа од када је наредбу примио, она се без одлагања стављала ван снаге, а сви прикупљени подаци су се одмах уништавали под надзором истражног судије и јавног тужиоца.

Због наведених разлога ,тј. због хитности поступања, сматрамо да је било оправдано да се ово решење нађе и у чл.179 новог ЗКП-а.

33. Да би се избегли сви наведени проблеми који могу проистећи приликом примене чл.143 и чл.144 новог ЗКП-а, а посебно да не би остала несакционисана кривична дела за које је запређена казна блажа од четири године затвора а која не припадају кругу таксативно наведених кривичних дела из чл.143 ст.1 новог ЗКП-а, сматрамо да је чл.143 ст.1 новог ЗКП-а требао да гласи:

„Ако постоје основи сумње да је *физичко лице* извршило кривично дело које се гони по *службеној дужности* орган поступка може одредити да се изврши провера његових рачуна или сумњивих трансакција.“

Предложена формулација с разлогом наглашава да се ради о провери рачуна физичког лица јер се после доношења *Закона о одговорности правних лица за кривична дела* термин *осумњичени* (које је употребљен у чл.143 ст.1 новог ЗКП-а) може примењивати и за правна лица, тј. након доношења наведеног закона термин *осумњичени* не може се више везивати само за физичка лица.

Такође, у чл. 143 ст.1 новог ЗКП-а требало би додати став 3 који би гласио:

«Проверу рачуна и трансакција *правних лица* врши полиција на основу својих овлашћења из чл. 286 ст.1 и 2 овог законика.»

На овај начин би се отклониле све нејасноће и недоумице да је наредба тужилаштва неопходна само приликом контроле рачуна физичких лица а да контролу рачуна правних лица на основу својих овлашћења може вршити полиција.

Такође, предложеном формулацијом избегло би се важеће ограничење да се контрола рачуна физичких и правних лица не може извршити уколико се ради о кривичним делима за која је запређена казна *блажа од четири године затвора* која не припадају кругу таксативно наведених кривичних дела из чл. 143 ст.1 новог ЗКП-а, тј. предложеном формулацијом и за ова кривична дела, на основу наредбе судије за претходни поступак, могли би се прибављати подаци са рачуна физичких лица, док би податке са рачуна правних лица прибављала полиција на основу својих овлашћења из чл.286 ЗКП.

У супротном кривична дела против привреде за која су предвиђене казне блаже од четири године затвора, (нпр. - издавање чека и коришћење платне картице без покрића из чл.228 ст.1 и 2 КЗ; пореска утаја из чл.229 ст.1 КЗ; оштећење повериоца из чл. 237 ст.1 КЗ; несавестан рад у привредном пословању из чл.234 ст.1 КЗ; недозвољена трговина из чл.243 ст.1, 2 и 3 КЗ) за чије је доказивање потребно прибављање података са рачуна правних или физичких лица, не би могла бити ни доказана ни процесуирана, што је у супротности са циљевима криминалне политике и генералне превенције.

34. *Закон о јавном информисању* не одређује с колико година малолетно лице стиче самостално право на давање сагласности за објављивање информација која се тичу његовог приватног живота што сматрамо пропустом јер је у члану 44 поменутог закона јасно предвиђено да малолетно лице од навршене 16. године живота даје пристанак за објављивање информације о умрлом родитељу.

35. Међу угроженим добрима заштићеног сведока у чл.105 ст.1 новог ЗКП-а није наведено и *тело*, иако се у чл.107 ст.2 новог ЗКП-а (који одређује садржај захтева за стицање статуса заштићеног сведока) као угрожено добро помиње и тело сведока, па би стога чл.105 ст.1 новог ЗКП, слично као у чл.109а ст.1 важећег ЗКП, требало допунити у смислу додавања тела сведока као потенцијално угроженог добра.

36. На основу чл.103 ст.4 новог ЗКП-а, против решења којим је усвојен или одбијен захтев за стицање статуса *посебно осетљивог сведока* није дозвољена посебна жалба. Сматрамо да није оправдано што је у овом случају одступљено од начела двостепености при одлучивању тј. што против решења којим се одбија или усваја захтев за стицање статуса посебно осетљивог сведока није дозвољена жалба, јер тиме право на жалбу губе и сведок и окривљени.

Наиме, сведок оваквим решењем губи право на жалбу у случају да је његов захтев за стицање статуса посебно осетљивог сведока одбијен, иако је тај захтев можда био оправдан. Такође, и окривљени губи право на жалбу у случају да је захтев сведока за стицање статуса посебно осетљивог сведока усвојен, иако захтев можда није био оправдан. Стога би чл.103 ст.4 новог ЗКП-а требало изменити у смислу дозвољености жалбе на решење којим се усваја или одбија захтев за стицање статуса посебно осетљивог сведока.

37. Према чл. 108 ст.1 новог ЗКП-а решење о одређивању статуса *заштићеног сведока* у току истраге доноси судија за претходни поступак, а након потврђивања оптужнице *веће*. За разлику од чл.109в ст.1 важећег ЗКП-а у ком је прецизирано које веће доноси решење о стицању статуса заштићеног сведока, тј. да је реч о претресном већу ако је у заседању, односно ванрасправном већу ако претресно веће није у заседању, у чл.108 ст.1 новог ЗКП-а то није прецизирано, па би чл.108 ст.1 новог ЗКП-а требало допунити у смислу прецизирања које веће доноси решење о стицању статуса заштићеног сведока.

38. Код Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела правоснажна осуђујућа пресуда није у свим случајевима услов за трајно одузимање имовине, тј. решење о трајном одузимању имовине може се донети и пре правоснажности пресуде. Наиме, према чл. 28.ст.1 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела захтев тужиоца за трајно одузимање имовине могуће је поднети одмах након ступања оптужнице на правну снагу, а према чл. 30.ст.1 и 2 истог закона, када се власник изјасни да оспорава захтев тужиоца за трајно одузимање имовине (што ће бити у највећем броју случајева) суд у року од 30 дана од дана подношења захтева јавног тужиоца заказује припремно рочиште ради предлагања доказа.

Након одржавања припремног рочишта суд ће у року од 3 месеца (или најкасније 6 месеци) одржати главно рочиште на којем ће решењем одлучити о захтеву тужилаштва за трајно одузимање предмета (чл.31.ст.4 и чл. 34.ст.1 наведеног закона).

То практично значи да је у року од 4 месеца (или најкасније 7) од ступања оптужнице на правну снагу могуће донети решење о трајном одузимању имовине, дакле и пре него што је донета правоснажна осуђујућа пресуда, поготову што је у чл.28 ст.4 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела, предвиђено да је поступак за трајно одузимање имовине *хитан*.

Иако је то мало вероватно, али не и немогуће, поставља се питање како решити ситуацију у којој је донето правоснажно решење о трајном одузимању имовине (јер оптужени није могао да докаже законитост порекла имовине) а потом правоснажном пресудом оптужени буде ослобођен од оптужбе (јер тужилац није могао да докаже његову кривицу).

У чл.29.ст.4 Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела предвиђено је само да ће се пресудом којом се оптужба одбија или ослобађа од оптужбе укинути решење о привременом одузимању имовине, али се ништа не предвиђа за ситуацију ако је пре пресуде донето решење о трајном одузимању имовине. Забуну да ли пре доношења решења о трајном одузимању имовине мора да постоји правоснажна осуђујућа пресуда уноси и чл. 33 ст.2 предметног закона који предвиђа да захтев за трајно одузимање имовине треба да буде усмерен *на осуђеног.....*, као и да на главном рочишту на којем се решава о захтеву за трајно одузимање имовине *осуђени* оспорава наводе јавног тужиоца, што упућује да пре доношења решења о трајном одузимању имовине ипак треба да постоји осуђујућа пресуда.

Такав проблем се неће јавити ако се одбијајућа или ослобађајућа пресуда донесе пре него што се реши о захтеву за трајно одузимање имовине, јер ће у том случају такав захтев бити одбачен (чл.29.ст.4).

Исто тако, наведени проблем се неће јавити ни ако уредно позвани власник не дође на главни претрес или се не изјасни о захтеву или се изјасни да не оспорава захтев (што је мало вероватно) јер ће одлука о захтеву за трајно одузимање имовине у том случају бити донета у пресуди (чл.29 ст.2),⁹³⁵. Наведени проблем неће се јавити и ако тужилац захтев за трајно одузимање имовине поднесе у року од годину дана по правоснажном окончанчању кривичног поступка (чл.28.ст.1).⁹³⁶ јер ће тужилац у том случају захтев поднети само ако је донета правоснажна осуђујућа пресуда.

Пошто и оквирна одлука ЕУ из 2005.године (2005/212/ЈНА) предвиђа да се имовина може одузети само од *осуђеног лица*, дакле након правоснажности пресуде. (овом одлуком се између осталог захтева и то да суд буде потпуно уверен у то да имовина која се одузима потиче од криминалне делатности осуђеног лица (чл. 3:" (...) *fully convinced that property in question has been derived from criminal activities of the convicted person (...)*"), потребно је овом решењу прилагодити *Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела*, тј. предвидети да се решење о трајном одузимању имовине може донети само након правоснажне осуђујуће пресуде.

40. Код *Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* није предвиђено постојање посебне евиденције у којој би се бележили резултати финансијских истрага, што може бити значајан проблем, јер се знатно отежава праћење и анализа успешности предузетих мера. Стога *Законом о одузимању имовине проистекле из кривичног дела* требало предвидети постојање посебне евиденције у којој би се бележили резултати финансијских истрага.

41. У складу са праксом европског суда за људска права у Стразбуру, у члану 88 ст.2 КЗ требало би додати да суд приликом оцене да ли ће изрећи меру безбедности протеривања странца из земље, поред већ постојећих околности (природа и тежина кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела) треба да узме у обзир и да ли се ради о странцу прве или друге генерације, тј. да ли је реч о лицима који су рођени у Србији, који су се ту школовали, чија је ужа родбина у Србији...

Иако се ове околности можда и могу подвести под "друге околности" које указују на непожељност даљег боравка странца у земљи (иако је овде реч о околности за останак странца у земљи) које се помињу у чл.88 ст.2 КЗ, у складу са праксом европског суда за људска права у члану 88 ст.2 КЗ ипак треба конкретизовати и наведену околност, тако да чл. 88 ст.2 КЗ гласи:

⁹³⁵ Па ће ако пресуда буде одбијајућа или ослобађајућа захтев за трајно одузимање имовине бити одбачен (чл.29.ст.4).

⁹³⁶ Јер ће у том случају тужилац захтев за трајно одузимање имовине поднети само ако је донета правоснажна осуђујућа пресуда.

" При оцени да ли ће изрећи меру из става 1 овог члана суд ће узети у обзир природу и тежину учињеног кривичног дела, побуде због којих је кривично дело учињено, начин извршења кривичног дела, *породичне и социјалне везе странца у Србији* и друге околности које указује на непожељност даљег боравка странца у Србији."

42. Најтежи облик кривичног дела изношење личних и породичних прилика из чл.172 став 3 КЗ постоји у случају ако је оно што се износи или проноси довело или *могло довести* до тешких последица за оштећеног. За разлику од клевете, овде је довољно и да је постајала могућност да дође до тешких последица. Због тога није сасвим јасна правна природа квалификаторне околности. Док се код клевете ради о кривичном делу квалификованом тежом последицом, овде то може бити спорно. Решење би се могло наћи у томе што ако је наступила тежа последица, онда би се радило о кривичном делу квалификованом тежом последицом, што значи да би у односу на тежу последицу морао да постоји нехат, а у случају ако је постојала могућност наступања те последице онда би то требало теритирати као околност у односу на коју би онда морао постојати умишљај.

У сваком случају, нема разлога да се код овог кривичног дела у погледу квалификованог облика задржи старо решење, а да се код клевете он ограничи само на наступање тешких последица, тј. требало би и код квалификованог облика кривичног дела изношење личних и породичних прилика из чл.172 ст.3 КЗ предвидети решење као и код квалификованог облика кривичног дела клевете из чл.171 ст.3 КЗ, тј. требало би предвидети да квалификовани облик кривичног дела изношења личних и породичних прилика из чл. 172 ст.3 КЗ постоји само онда кад су по оштећеног наступиле тешке последице.

43. За разлику од чл.82 ст.5 важећег ЗКП-а у чл.147 и 148 новог ЗКП-а нису предвиђени случајеви у којима овлашћена службена лица органа унутрашњих послова поједине предмете могу привремено одузети *самостално*, тј. *и без формалног захтева суда или јавног тужиоца*.

Сматрамо да је у новом ЗКП-у било оправдано задржати решење из чл. 82 ст.5 важећег ЗКП-а и органе унутрашњих послова *изричито* самостално овластити за привремено одузимање предмета у два случаја:

- Када врше одређене активности у предистражном поступку због постојања основа сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности, а пре свега, када извршавају потребан преглед превозних средстава, путника и пртљага, или када у присуству одговорног лица прегледају одређене објекте и просторије правних лица (чл.286 новог ЗКП-а, слично као и овлашћења полиције у преткривичном поступку из чл.225 важећег ЗКП-а).
- Када постоји опасност од одлагања, а у питању су предмети који се по кривичном закону имају одузети, као и они који могу послужити као доказ у кривичном поступку. (такво решење постоји у чл.238 важећег ЗКП-а али није преузето у нови ЗКП).

44. Пошто је на основу чл.149 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а окривљени ослобођен само од дужности предаје ствари, то значи да на основу чл.148 ст.2 новог ЗКП-а окривљени може бити новчано кажњен ако одбије да омогући приступ предметима или ако одбије да пружи потребна обавештења за њихову употребу.

С обзиром да на основу чл.68 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а, окривљени има право да ништа не изјави или да ускрати одговор на поједино питање, могућност новчаног кажњавања окривљеног ако одбије да омогући приступ предметима а посебно ако одбије да пружи потребна обавештења за употребу, значило би повреду права окривљеног из чл.68 ст.1 тачка 2 новог ЗКП-а да ништа не изјави или да ускрати одговор на поједино питање.

Стога би у чл.149 ст.1 тачка 1 новог ЗКП-а требало предвидети да окривљени поред ослобођења од дужности предаје предмета, буде ослобођен и од дужности омогућавања приступа предметима а посебно од дужности пружања обавештења која су потребна за њихову употребу.

45. Код доказне радње телесног прегледа осумњиченог из чл.131 важећег ЗКП-а, као и код доказне радње узимања узорока биолошког порекла из чл.141 новог ЗКП-а, није предвиђено да телесни преглед неког лица односно узимање узорака биолошког порекла и предузимање других медицинских радњи на неком лицу може вршити само здравствени радник који је истог пола као и лице са кога се узорци узимају односно лице на коме се предузимају друге медицинске радње. То би се, ради заштите права на приватност, морало предвидети.

46. На основу чл.142 ст.3 у вези са чл.279 новог ЗКП-а предвиђено је да се вођење евиденције о узетим форензичко-генетичким узорцима, њихово чување и уништавање уређује *подзаконским актом*, тј. актом о начину вођења казнене евиденције који доноси Влада.

Генетички узорци омогућавају увид у информације какве су расна и етничка припадност, затим постојање неких болести, што све нарушава право на приватност, а у догледној будућности могу постајати и други проблеми, поготово како истраживања у тој области буду напредовала.

ДНК може служити за прецизно лоцирање сваког грађанина, као и генетско истраживање ван знања његовог имаоца. Да би се спречила употреба форензичко-генетичких узорака за потребе генетског истраживања ван знања имаоца, *законом* се мора предвидети да се форензичко-генетички узорак уништи пошто је искоришћен за потребе кривичног поступка тј. 1) ради откривања учиниоца кривичног дела или 2) утврђивања других чињеница у поступку.

Стога вођење евиденције о узетим форензичко-генетичким узорцима, њихово чување и уништавање мора бити прецизно регулисана законом⁹³⁷, а не подзаконским актом као што је предвиђено у чл.142 ст.3 новог ЗКП-а.

47. На основу чл.109 ст.2 у вези са чл.108 важећег ЗКП-а, ако лице које је новчано кажњено настави да вређа оштећеног или сведока, да му прети или угрожава безбедност, може се још једном казнити истом казном, док на основу чл.102 ст.2 новог ЗКП-а ова могућност није предвиђена, иако би то требало.

48. У чл.231 новог ЗКП-а, за разлику од чл. 173 важећег ЗКП-а, аналогно члановима 108 и 109 важећег ЗКП-а, није предвиђена могућност поновног кажњавања истом казном у случају понављања увреде, иако би то требало.

49. Тешко дело клевете (чл.171 став 3 КЗ) постоји онда када је услед основног облика наступила нека тешка последица по оштећеног. Имајући у виду до каквих тешких последица може доћи по оклеветано лице, из криминално-политичких разлога прописана искључиво новчана казна није адекватна тежини овог облика клевете.

50. У члану 5 ст.4 *Закон о полицији* као један од разлога за необјављивање података и информација треба унети и разлог заштите права на приватност.

51. Пошто се чланом 3 и важећег и новог ЗКП-а штити *и претпоставка невиности и право на приватност*, није јасан *ratio legis* због кога је у чл.3 ст.2 новог ЗКП-а заштита права на приватност ускраћена оштећеном, који би на основу овог члана требао да ужива заштиту.

52. С обзиром да је кривично дело недозвољено јавно коментарисање судских поступака из чл.336а КЗ могуће и кад се у средствима јавног информисања дају изјаве не само о кривичном већ и о другим судским поступцима (парнични, прекршајни, управни, трговински), сматрамо да је слично као и код кривичног дела давање лажног исказа из чл. 335 ст.2 КЗ и код овог кривичног дела требало предвидети тежи облик у случају ако је у питању *кривични поступак*, тј. ако неко у току трајања *кривичног поступка*, пре доношења правоснажне судске одлуке, у намери да повреди претпоставку невиности или независности суда, даје јавне изјаве у средствима јавног информисања.

Код кривичног поступка могле би да постоје обе намере, тј. и намера повреда претпоставке невиности (пошто је ова намера могућа само код кривичног поступка) и намера повреда претпоставке независности суда, а код других поступака (парнични, прекршајни, управни, трговински) могла би да постоји само намера повреде претпоставке независности суда.

⁹³⁷Видети “The police National DNA Database» организације «Genewatch» на адреси: http://www.genewatch.org/uploads/f03c66a9b354535738483c1c3d49e4/leaflet_dna_police_small_1.pdf.

Л И Т Е Р А Т У Р А

ABRAHAMS, Peter/ Schwarz, Thomas: Nichtzahlung des Entgelts für "Telefon-Sex" - Vollendeter Betrug, untauglicher Versuch oder Wahndelikt?", Juristische Ausbildung, br. 7/1997, str.355-358.

ADAMOLI, S., et.al.: Organized crime - Around the World, Helsinki, 1998

ALATON, Ph., The EU and Human Rights, Oxford University Press, 2004

ALBRECHT, H.J.: The Electronic monitoring for adult offenders, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006,

ALBRECHT, H.J.: Electronic Monitoring in Europe: A Summary and Assessment of Recent Developments in the Legal Framework and Implementation of Electronic Monitoring, Max-Planck Internationales Strafrecht, Online publ., 2005-07,

ALBRECHT, H.J.: The Electronic monitoring for adult offenders, House of Commons Committee of Public Accounts, published 12 October 2006

ALLEN, Michael: Textbook on Criminal Law, Oxford University Press, Oxford, 2003 (XXXIV)

ALATON, Ph., The EU and Human Rights, Oxford University Press, 2004.

ALKEMA, The Third-Party Applicability or "Drittwirkung" of EHRC

ARTUD – VIGNOLLET, S., «Le principe de l'equilibre institutionnel dans l'Union europeene», these, 2003, Universite des Sciences Toulouse 1;

ASHBOURN, Julian : The Societal Implications of the Wide Scale Introduction of Biometrics and Identity Management, под поднасловом «Dispelling popular myths around technology, студија представљена на Конференцији «Euroscience Open Forum ESOF 2006», у Минхену 26.јула 2006.г.

ATTARAN, M: « RFID:an Enabler of Supply Chain Operations», Supply Chain Management: An International Journal, Vol.12, No.4

AHMED, T., Jesus Butler, I.De, « The European Union and Human Rights: An International Law Perspective», *European Journal of international Law*, 17/2006, Issue 4, pp 771-801

АЛЕКСИЋ, Ж и М.Шкулић, Криминалистика, шесто измењено издање, Београд, 2009.г

BANTEKAS, I., « Some Theoretical Foundations of EU Criminal Law: An International Law and International Organizations Perspective», *European Journal of Law Reform*, 8/2007,no.2/3, pp 343-357.

BALL Kristie, David Lyon, David Murakami Wood, Clive Norris, Charel Raab, *A Report of the Surveillance Society*, Full Report, 2006

BEDDARD, R., *Human Rights and Europe*, 3rd edition, Cambridge, Grotius

BENVENISTI E., Downs,G.W., «National Courts, Domestic Democracy, and the Evolution of International Law», *E.J.I.L.*, 20/2009

BERGER, V., *Case Law of the European Court of Human Rights*, Vol.I, 1960-1987,Dublin, The Round Hall Press

BERGER, V., *Case Law of the European Court of Human Rights*, Vol.II, 1988-1990,Dublin, The Round Hall Press

BEQUAI A. (1996), "Cyber crime: the US experience", in: *European Journal of Criminal Policy and Research*,No.4

BEQUAI, A. *Computer crime*, Lexington, 1978.r.,

BLACK, M. and R.G.Smith, *Electronic Monitoring in the Criminal Justice System*, Australian Institute of Criminology, Issues, no.254, May 2003

BOGDANDY, A. Von, « The European Union as Situation, Ehecutive, and Promoter of International Law of Cultural Diversity – Elements of Beautiful Friendship», *E.J.I.L.*, 19/2008,No 2, 241-275.

BOGDANDY, A. Von, « The European Union as Human Rights Organization?», *Common Market Law Review*,2000, pp 1307-1338

BONI W; Kovacich G, L.(2000), *The Global Information* Butterworth,Woburn:Heinemann

BRANDS, S :*Rethinking Public Key Infrastructures and Digital Certificates; Building in Privacy*, MIT Press, 2000

BRVAR, Bogo: *Pojavne oblike zlorabe računalnika*, Revija za kriminalističko in kriminologijo,Ljubljana,broj 2/1982.r

BRITZ M.T. (2004), *Computer Forensics and cyber Crime: An introduction*, Pearson Prentice Hall,2004

BRYANT,Robin: *Investigating digital crime*,John Wiley & Sons,2008.

BOGOSAVLJEVIC, Can parents vicariously consent to recording a telephone conversation of behalf of minor child, University of Illinois law review,2000, s.321.

BOTTKE, Wilfried:" Strafrechtliche Probleme von AIDS und der AIDS - Bekämpfung", у: Die Rechtsprobleme von AIDS,Nomos Verlagsgesellschaft,Baden-Bade,1988,str.171-247.

BOULOUIS,J., La jurisprudence de la Cour de justice des Communautés europeennes auh relations exterieures des communautés, Recueil des cours 206, Academie de Droit International de la Haze,1991.

BOUZET Pierre – PINATELI Jean : Traite de droit penale et de criminologie, Tome II, Procedure Penale, deuxieme edition, Librairie Dalloz, Paris, 1970.

BURCA,G.De, «Fundamental Human Rights and the Reach of EC Law», Oxford Journal of Legal Studies 13/1993

BRATEL, Schutz des Familienlebens, RabelsZ,1999.,s.580

BUNYAN, Tony «While Europe sleeps», ECLN Essays no 11, 2005, стр.4.

БАНОВИЋ, Божидар : Коришћење специјалних средстава за надзор комуникација у преткривичном поступку и људска права, Правни живот, тематски број 9, 2001.г.

БЕЈАТОВИЋ, Станко – Драго Радуловић : Законик о кривичном поступку са објашњењем, Култура, Београд, 2002.

БЕЉАНСКИ, Слободан: Право на приватност, Бранич бр.1, 2000

БОШКОВИЋ, М., Криминолошки лексикон, Матица српска, Нови Сад, 1999

БРКИЋ, Снежана : Нове процесне форме у Законику о кривичном поступку,Место југословенског кривичног права у савременом кривичном праву, Српско удружење за кривично право, 2002.

БУЛАТОВИЋ, Душан: Смарт картице и сигурност података у њима

VITORINO,A., "Le Charte des droits fondamentaux de l Union europeenne", Revue du Droit Europeen,2001,pp 30-60.

VILIGER, Expulsion and the right to respect for private and family life (Article 8 of the Convention), in «Homage Wiarda», s 657.

VON MUNCH, Die Drittwirkung von Grundechten in Deutschland

VOUIN Robert et JACQUES Leaute : Droit Penal et Procedure Penal, Paris, 1969.

WACKS,Raymond: Privacy and Press Freedom,Blackstone,1995.g.

WALL, Savid S. Crime and the Internet, London, Routledge,2002.

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

WAYNER, Peter: *Technology and Tracks Cell Phones Draws Fire*, N.Y. TIMES ABSTRACTS, Feb.23, 1998, at D3.

WEIGARD, T.; The criminal justice systems facing the challenge of organized crime – General report, 68 Revue international de droit penal, 1997

WESTIN, A., *Privacy and Freedom*, New York, 1967

WHITLEY, Edgar A.,Ian R. Hosein, Ian O. Angeli,Simon Davies, Reflections on the academic policy analysis process and UK Identity Card scheme, Department of Information Systems LSE, Лондон 2006

WITTE,B.De, "International Law as a Tool for the European Union", European Constitutional Law review (EuConst),5/2009,Issue 02,pp 265-283.

WITTE,B.De."European Union Law: A Unifed Academic Discipline?",EUI Working Papers,RSCAS,34/2008.

WITTE,B.De,"The Past and Future Role of the European Court of Justice in the Protection of Human Rights", in Philip Alston (ed.), *The EU and Human Rights*,Oxford,OUP,1999.

WILDHABER, The right to respect for private and family life: new case-law on Art.8 of the European Convention on Human Rights, «The modern world of human rights», s.103.

WYATT and Dashwood,European Union Law,Fifth Edition,Sweet & Maxwell,London,2006.

ВАЖИЋ, Невенка: Докази у кривичном поступку којима се задире у приватност, Правни живот бр.51, 2002.

ВАСИЉЕВИЋ Т., Грубач М., Коментар Законика о кривичном поступку, једанаесто измењено и допуњено издање, Службени гласник РС, Београд 2010

ВОДИНЕЛИЋ, Владимир : Криминалистика, Друго поправљено и проширено издање, Савремена администрација, Београд, 1982.

ВОДИНЕЛИЋ, Владимир: Увреда, клевета и повреда приватности политичара и јавних функционера,Избор судске праксе број 3,2005.г

GABLE, RK and R.S. Gable, Electronic Monitoring: Positive Intervention Strategies, Federal Probation, June 2005,vol.69, no1

GAJA,G., «The Review by the European Court of Human Rights of Member States» Acts Implementing European Union Law: Yet Again»Solange», *Melanges Tomuschat*.

GALANTER,M., «Justice in Many Rooms: Courts,Private Ordering and Indigenous Law» Journal of Legal Pluralism 1, 19/1981.

GEGRGE,D.R.: Crime Readings,New York,2004.

GIESKER H., *Das Recht des privaten an der eigenen Geheimsphare*, Zurich, 1905

GRABENWARTER, Medienfreiheit und Bildnisschutz nach der EMRK, in «FS Ress», s.979

GRANATA,S., «Review of judgments and Decisions Delivered in 2004 by the European Court of Human Rights on Subjects Relevant to International Law», Italian Y.B. Int l L.14/2004.

GRANATA,S., «Review of judgments and Decisions Delivered in 2003 by the European Court of Human Rights on Subjects Relevant to International Law», Italian Y.B. Int l L.13/2003

GRANATA,S., «Review of judgments and Decisions Delivered in 2001 by the European Court of Human Rights on Subjects Relevant to International Law», Italian Y.B. Int l L.11/2001

GROPP, W: Besondere Ermittlungsmassnahmen zur Bekämpfung der OK, Freiburg in Breisgau, 1993

ГРУБАЧ, Момчило : Актуелна питања преткривичног и претходног кривичног поступка, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Саветовање, Златибор 1998.

ГРУБАЧ, Момчило : На почетку реформе кривично процесног права, Актуелна питања савезног законодавства, Будвански правнички дани, 2002.

ГРУБАЧ, Момчило : Законик о кривичном поступку са кратким објашњењима, Треће издање, Службени гласник, Београд, 2004.г.

ГРУБИША, Младен : Чињенично стање у кривичном поступку, Народне новине, Загреб, 1963.

DAVENPORT, Right to a private life, right to marry, Journal of civil liberties, 1998, s.265

DAVIES, Simon G. «Touching Big Brother: How biometric technology will fuse flesh and machine» Privacy internationa, 1996.

DAUSES, M.A., «The Protection of Fundamental Rights in the Community Legal Order» European Law Review 10/1985.

DESSIMOZ, Damien, Cristophe Champod, Jonas Ricihiardi, Andrzej Drygajlo, Multimodal Biometrics for Identity Document State-of-the-Art, Research Report, PFS 341-08.05, Version 2.0 , 2006.

DIAZ, Claudia: “ Privacy risk scenario”, D2.6: *Identity ina a Network World – Use Cases and Scenarios*, FIDIS, август 2006.
Адреса: <https://prof.hti.bfh.ch/arb1/FIDIS/fidis.pdf>.

DOLAN, Edward F.: Your Privacy: protecting it in a nosy world, Cobblehill Books, 1995.

DOUGLAS – Scott, « A Tale of Two Courts: Luxemburg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis», CML Rev.43/2006.

DUPUY, P.-M., « The Danger of Fragmentation or Unification of the International Legal System and the International Court of Justice», International Law and Politics, 1999.

DUTHEIL de la Rochere, J., «The EU and the individual: fundamental rights in the draft Constitutional Treaty», Commun Market Law Review, 2004, pp.345-354.

DRZEMCZEWSKI, Andrew :The right to respect for private and family life, home and correspondence as guaranteed by article 8 of the European Convention of Human Rights, Strasbourg, Council of Europe, 1993.

ДРАКУЛИЋ. Мирјана : Приватност на Интернету - проблеми и заштита, Компјутери и право бр.1-2, 1998.г

ДИМИТРИЈЕВИЋ, В. Драгољуб , Стефановић Златић Милица, Лазин Ђорђе : Кривично процесно право, Једанаесто издање, Научна књига, Београд, 1990

ДИМИТРИЈЕВИЋ, Драгољуб : За успешнији кривични поступак, ЈРКК, бр. 2, 1973.

EDWARD, W. Desmond, The Scariest Phone System, FORTUNE, Oct.13,1997

EMMANUEL SCHMITZ, Patrice, Roberto Tavano, Juliet Lodge, Ronald Huijgens & al., *Biometrics in Europe - Trend Report 2006*, Брисел 2006,

ŽABERL, M: Policijsko zbirawe obvestil ali policijsko zasliševanje v predkazenskem postopku, Revija za kriminalistiko in kriminologijo, Ljubljana, br.4/2002

ЖАРКОВИЋ, Милан и Тања Кесић : Поступак претресања стана, других просторија и лица, Правни живот бр.10/2009

ЖИВАНОВИЋ, Тома : Дуалитет кривичних санкција, казне и мере безбедности, Београд, 1928

ЖИВАНОВИЋ, Тома : Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права, I одељак, Српска краљевска академија, Београд, 1940.

ЖИВАНОВИЋ, Тома : Основни проблеми кривичног и грађанског процесног права, II одељак, Српска краљевска академија, Београд, 1941.

ЖИВКОВИЋ, М: Тајност писама према новом уставу Србије и посебна доказна радња тајног звучног и оптичког надзора, Наука, безбедност, полиција, бр.3, 2006.г., Београд.

ΠΙΟΡΟΥΛΟΣ –Strangas, Die allgemeinen Rechtsgrundsätze in der Praxis der Stassburger Organe am Beispiel der Verhältnismässigkeit, RabelasZ, 1999., s.414.

ИГЊАТОВИЋ, Ђорђе: Појмовно одређивање комјутерског криминалитета, Анали Правног факултета у Београду, Београд, број 1-3, 1991

ИЛИЋ, Горан: Одступање од неповредивости тајне писма и других средстава општења, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.1, 2003.г.

ИЛИЋ, Горан; Мајић Миодраг; Николић Бранко; Мелило Ђовани: Коментар закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела

JACOBS, G., Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung, ZStW, 1985/4

JACQUE, J.P., Droit Institutionnel de l'Union Européenne, Dalloz, Second Edition, Paris, 2004.

JUBAN, Rusty L. and David C. Wyld, «Would you like Chips With That?: Consumer Perspectives of RFID, Management Research News, 2004, Vol.27, No.11/12

ЈЕКИЋ, Загорка : Докази и истина, Београд, 1989.

ЈЕКИЋ, Загорка : Начини гоњења учинилаца кривичних дела, Правни живот, бр. 4-5, 1968.

ЈЕКИЋ, Загорка: Нека спорна решења у предлогу Законика о кривичном поступку, Правни живот, Тематски бр.9, 2001.г.

ЈЕКИЋ, Загорка – Данић Радмила : Кривично процесно право, девето измењено и допуњено издање, Београд, 2004.г.

ЈОВАНОВИЋ, Миодраг А.: Безбедност и приватност, Ревизија за безбедност бр.4, 2008.

ЈОВИЋ, В.: Компаративни приказ појединих метода сузбијања организованог криминала, Безбедност бр.3, 2008.г.

KAPLAN, Karen: In Giveaway of 10.000 PCs, the Price is User Privacy Marketing: Recipients Must Agree to Let Pasadena Firm Monitor Where They Go on Internet and What They Buy, L.A.TIMES, Feb., 8, 1999, at A1.

KLEY – Struller, Der Schutz der Umwelt durch die EMRK, EuGRZ, 1995.

KOPPER – Reifenberg, Kindschaftsrechtsreform und Schutz des Familienlebens nach Art.8 EMRK, Baden-Baden, 2001.

KRISCH, N., «The Open Architecture of European Human Rights Law», *Modern Law Review*

KUHNERT, K., «Bosphorus-Double Standards in European Human Rights Protection?» *Utrecht Law Review*, Research Paper, 2/2006, Issue 2, pp.177-189.

KUSTER, Ronald Wolfgang P. Schulz, Biometric Identity – Privacy, Risks and Law, Work paper, Пекинг, 4-10. септембар 2005, Рад је презентован на : 2nd Biennial congress on the law of the world

KORIATH, G. : Verdeskteer Ermittler – Ein europaweit taugliches instrument, *Kriminalistik*, N0 8 9/56, Heidelberg, 1996.

KURLAND, *The Private*, I, University of Chi. Magazine, 1976.g

KUBE, E., Jehle, J., M.: The Criminal Justice Systems Facing the Challenge of Organized Crime, Germany.- U: International Review of Penal Law, no 3-4,1997,

КРИВОКАПИЋ, Владимир : Примена техничких средстава у откривању и обезбеђивању доказа у кривичном поступку, Удружење за кривично право и криминологију Југославије, Београд,1995.

LAURENT Di Raimondo, Droit du justiciable au controle efficace de la regularite des ecoutes telephoniques, La semaine juridique, 2005, s.1295.

LEIMANZIK,.; Tietz R. (1988), " Beturg mit Telefonkarten; Manipulationen mit Telefonkartensimulatoren (TKS)", Kriminalistik,No.3-4.

LEPAGE, Ecoutes telephoniques et protection europeenne des droits de l homme, Revue de la Faculte de Droit de l Universite de Liege, 2004, s 280.

LEIGH, Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy:Lesson from the Commonwealth,ICLQ 1999

LENAERTS,K., «The Rule of Law and the Coherence of the Judicial System of the European Union», Common Market Law Review 44/2007,1625-1659.

LENAERTS,K.,»Fundamental rights in the European Union», European Law Revue,2000,pp.575-617.

LORCH, S. (2001)," Ermittlungen im Internet: Eine Zwischenbilanz und Standortbestimmung Telefonkarte",Kriminalistik,No.5.

LOUCAIDES, *Personality and Privacy under the European Convention on Human Rights*, BYIL,1990,

LUNA, Jack J.: How to be invisible: the essential guide to protecting your personal privacy,your assets, and your life, New York, Thomas Dunne Books: St.Martin,, 2004.

LUTZNER, : Besondre Ermittlungsmassnahmen zur Bekampfung der OK in USA,

ЛАЗИЊ, Ђорђе : “ In dubio pro reo” у кривичном поступку, Научна књига,Београд,1985.

ЛАЗИЊ, Ђорђе : Ефикасност кривичног поступка и заштита слобода и права грађана гарантованих Међународним пактом о грађанским и политичким правима, ЈРКК,бр.4,1985.

ЛАЗИН, Ђорђе : Развој немачког кривичног процесног законодавства после Другог светског рата (и његов значај за реформу југословенског кривичног законодавства), Закон о кривичном поступку СРН, Центар маркетинг, Београд 1995.

ЛАЗИН, Ђорђе : Улога органа унутрашњих послова према новом Законику о кривичном поступку, Место југословенског кривичног права у савременом кривичном праву, Српско удружење за кривично право, Београд, 2002.

MANIN,P., Les Communautés europeennes – L Union europeenne – Droit institutionnel, 5e edition, Paris, Editions A.Pedone, 1999.

MANDIL, Daniel: "Chance, Freedom and Criminal Liability", Columbia Law Review, br.1/1987, str.125-141.

MARKS Susan, Andrew Clapham, *International Human Rights Lexicon*, Oxford University Press, USA, 2005.

MASON, Stephen: International electronic evidence, London, British Institute of International and Comparative Law, 2008

MASON, Stephen: « Is there a need for identity cards?»

MOORE, Dudley J.: Privacy, Palladian Law Publishing, 2003.

MC KEMMISH, Rodney: What is forensic computing, Australia Institute of Criminology, june 1999.g.

МАКСИМОВИЋ Р., Тодоровић, Криминалистика техника, Полицијска академија, Београд, 1995.

МАРИНКОВИЋ, Д.: Тајна опсервација у спречавању и сузбијању кривичних дела, Зборник радова "Сузбијање криминалитета - деценија после смрти професора Водинелића, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац, 2004

МАРКОВИЋ, Божидар : Уџбеник судског кривичног поступка Краљевине Југославије, Друго поправљено и допуњено издање, Београд, 1937

МАТИЋ, Горан: Посебна доказна радња аутоматског рачунарског претраживања личних и других података, Правни информатор бр.2, 2007.

МИЛОШЕВИЋ М, Матић Г., Посебне доказне радње којима се задире у право на приватност - позитивноправни и упоредноправни аспекти, Београд, Безбедност бр.1, 2007.г.

МИЛОШЕВИЋ М., Актуелни проблеми сузбијања компјутерског криминала, Београд, Наука, безбедност, полиција бр.1, 2007.г.

МИХАЉЕВИЋ, Миодраг .: Теорија и пракса криптографске заштите приватности информација, Електронска размена података и електронска трговина у свету и Југославији, 1995.

МОНТЕСКЈЕ, О духу закона, Том I, Филип Вишњић, Београд, 1989.

МРВИЋ-ПЕРОВИЋ, Наташа: Домашаји заштите права на приватност у условима мрежног компјутерског повезивања (Интернета), Правни живот бр.9, 2001.г

МРВИЋ-ПЕРОВИЋ, Наташа: Перспективе примене електронског надзора у оквиру кривичних санкција, Страни правни живот бр.1-3/2006.

NAISMITH, Private and family life, Home and Correspondence, in «de Salvia/Villiger», s.141

NELSON, Bill : Guide to computer forensics and investigations, Thomson Course Technology, 2006.

NEILLIS, M: The Ethics and Practice of Electronically Monitoring Offenders, Seminar for the Glasgow School of Social Work 16th February 2006

NOLLKAEMPER, A., «The Role of Domestic Courts in the Case Law of the International Court of Justice», Chinese Journal of International Law, 5/2006, No.2, 301-322.

PARKER, Don : Computer abuse, Springfield, 1973.г

РЕСК, R: Extending the Constitutional Right to Privacy In the New Tehnological Age, Hosfra Law Review, 1984.g., бр.4

PESCATORE, P., «External Relations in the Case-Law of the Court of Justice of the European Communities», C.M.L.Rev., 16/1979

РЕЕВ, Gerri «ID Cards will lead to massive fraud», The Scotsman, 18.10.2005.

ПЕТРОВИЋ М., Вучковић Шаховић Н., Стевановић И. : Права детета у Србији, Центар за права детета, Београд 2007

ПЕТРОВИЋ ШКЕРО, Вида: Право на приватност и лекарска тајна, Избор судске праксе, 2005.г. бр.1

REIFENBERG, Reform des deutschen Kindschaftsrechts und der Schutz des Familienlebens nach Art.8 der Europaischen Menschenrechtskonvention, Berlin, 1999.g.

RESS, G., «Problems of Extraterritorial Human Rights Violations – The Jurisdiction of the European Court of Human Rights: The Bankovic Case»,12 Italian Y.B.Int l L,2002.

ROSAS,A., «The European Court of Justice and Public International Law», Wouters,Nollkaemper,De Wet,The Europeanisation of International Law 71/2008.

RODRIGUEZ, Kenneth: Learning about privacy: a foundations of a democracy activity book

RUDOLF, Zur Rechtsstellung des Vaters eines nichtehelichen Kindes, EuGRZ,1995, s 110.

RYAN,Christofer: Criminal Law,peto izdanje,Oxford University Press,Oxford - New York,1998 (XXIV) 301 str.

ROXIN Claus : Strafverfanrensrecht, Auflage, Verlage Beck, Mincheen, 1999.

РАДАК, Станиша : Процесни положај и улога органа унутрашњих послова према Предлогу Законика о кривичном поступку, Зборник, Основне карактеристике Предлога новог југословенског кривичног законодавства, Београд, 2002.

РАДУЛОВИЋ, Драго : Предлог за кривично гоњење, ЈРКК, бр.2, 1999.

SELLITTO C, Burgess M., and Hawking P. «Information quality attributes associated with RFID-derived benefits in the retail supply chain» International Journal of Retail and Distribution Managment, 2007, Vol.35

SIEBER, Ulrich: Legal Aspects of Computer-Related Crime in the Information Society, COMCRIME study

STEPHENSON, Peter: Investigation computer-related crime, Boca Raton,CRC Press,2000.

SHINDER, Debra Littlejohn: Scene of the cybercrime:computer forensicsd,Rockland,MA: Syngress,2002.

SCHEB, M.J.,J.D.,Scheb,M.J. II, Criminal Law and Procedure, fifth edition, Thomson Wadsworth,Belmont,CA,USA,2005

SCHRECK, «The Relationship between European Courts and Integration through Human Rights», ZaoRV 65/2005.

SCHMALLEGER,G.: Organized crime and protection,London,1989.

SMITH,Janna Malamud: Private matters: in defense of the personal, Emeryville,Seal Press,2003.

SOLOVE , Daniel J : The future of reputation: gossip, rumor, and privacy on the Internet, New Haven, Yale University Press,2007.

СИМОВИЋ, М.; Практични коментар Закона о кривичном поступку Републике Српске, Виша школа унутрашњих послова, Бања Лука 2005.г., стр.389-402.

СПАСИЋ, Видоје: Приватност у дигиталном свету, Правни живот бр.11,2004.

СТЕВАНОВИЋ, Ивана: Заштита права детета на приватност у кривичном поступку и медијско извештавање, Темида бр.2,2008.г.

СТЕФАНОВИЋ Златић Милица : Повластице окривљеног у југословенском кривичном поступку, Центар за публикацију и документацију Правног факултета у Београду, 1982.г.

СТОЈАНОВИЋ, Зоран, Границе, могућности и легитимност кривичноправне заштите, Савремена администрација, Београд, 1987.г.

СТОЈАНОВИЋ, Зоран, Међународно кривично право, Београд 2008.г.

СТОЈАНОВИЋ, Зоран, Кривично право - Општи део, (шеснаесто измењено издање), Београд, Правна књига 2009.г.

СТОЈАНОВИЋ, Зоран, Кривично право -Посебни део, (тринаесто измењено издање) Београд, Правна књига 2009.г.

СТОЈАНОВИЋ, Зоран, Коментар Кривичног законика (треће допуњено издање) Београд, Службени гласник, 2009.

СТОЈАНОВИЋ Зоран, Повраћај добара прибављених кривичним делом, Одговорност правних лица за кривична дела и повраћај добара, Колашин, октобар 2009

СТОЈАНОВИЋ, Зоран: Кривичноправни експанзионизам и законодавство Србије, Стање Криминалитета у Србији, Београд 2010.г

СТОЈАНОВИЋ, Зоран : Коментар кривичног законика Црне Горе, Подгорица 2010.г.,

СУБОТИЋ, Оливер: Друштвене импликације биометријских система идентификације, Нова Српска политичка мисао, Београд, 2006

TOURNIER ,P.V,: Towards prisons without inmates? Re: the Introduction of Electronic Monitoring in France, Penological Information Bulletin, decembar 2002

ТОМИЋ, Миролуб: Прислушкивање, наши прописи и европски стандарди, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, бр.2/3, 2003.г.

FABELO, T: «Technocorrections»: The Promises, the Uncertain Threats, Sentencing and Corrections, Issues for the 21st Century, Washington, Department of Justice, may 2000

FAIRHURST J., Law of the European Union, Longman, 2006.

FELDMAN, The developing scope of Article 8 of the European Convention of Human Rights, EHRLR

FESTA, Paul и Joe Wilcox, Experts Estimate Damages in the Billions for Bug

FORKOSCH, Morris D.; Privacy, Human Dignity, Euthanasia - are these independent Constitutional Rights?"

FOSTER, N.G., *EC Law*, 2nd Edition, Oxford, University Press, 2003.

FROMKIN, A. Michael :The Uneasy Case for National ID Cards, Draft, University of Miami School of Law, март 2004

ФЕЈЕШ, И; Савремени криминалитет и доказно право, Нови Сад 2002. година

HALL, Jerome: General Principles of Criminal Law, The Bobbs-Merrill Companu Publishers, Indianapolis, 1960 (XII).

HERRING, Jonathan: Criminal Law. Text, Cases and Material, Oxford University Press, Oxford-New York, 2004. (LV)

HENDERSON, Harry: Privacy in the Information Age, New York, Facts on File, 2006.

HENNING, P.: Individual Liability for Conduct by Criminal Organizations in The United States. - U: International Review of Penal Law, бр.3-4, 1997

HESSE, Grundsätze des Verfassungsrechts, 20. auflage, Heidelberg, 1995

HOLIEN, H. и L. Gjeison и J.W. Hicks, Voice Stress Evaluators and Lie Detection, Journal of Forensic Sciences, бр. 22, Colorado Springs, 1987

HOOGH, A. de, «Obligations Erga Omnes and International Crimes: A Theoretical Inquiry into the Implementation and Enforcement of International Responsibility of States», Kluwer Law International, The Hague, 1996.

HUBMANN H., *Das Persoenlichkeitsrecht*, Koln-Graz, 1976.г

CALLIESS, C., Europe as Transnational Law – The Transnationalization of Values by European Law», *German Law Journal*, 10/2009, No.10

CARNELLUTI F., *Diritto alla vita privata*, Roma, 1955.g

CAMERON, I., «Terrorist Financing in International Law», I.Banteks (Ed.), International and European Financial Criminal Law 65/2006.

CATE, Fred H.: Privacy in the Information Age, Washington: Brookings Institution Press, 1997.

CESONI, Maria Luisa: Criminalite Organisee – des representations sociales aux definitions juridiques, sous la direction , Paris – Bruxelles-Geneve, 2004,

CLARKE, Roger: « Interview with Dr Ted Dunstone, Director, Biometrix Consulting» од 16. септембра 2000.g.

COHEN – Johnatan, Respect for private and family life, in «MacDonald/Mastcher/Petzold», s.405.

COHEN – Johnatan, G « La territorialisation de la juridiction de la Cour europeenne des droits de l Homme», *Revue trimestrielle des droits de l Homme*, 52/2002

COUSSIRAT – Coustrere, Famille et la CEDH, in «Homage Ryssdal» s.281.

CONFORTI, B., «The New European Court of Human Rights between International and Domestic Law», *Ital. Y. B. Int l L*, 9/1999.

CRAIG, P., Burca, G.de, EU Law, Text, cases, and materials, Second Edition, Oxford University Press, 2007.

CROMPTON, Malcolom: «Biometrics and Privacy: The End of The World We Know It or The White Knight of Privacy?» ауторизована и публикована верзија излагања аустралијанског комесара за приватност на конференцији «»Biometrics – Security and Authentication», одржаној у Сиднеју 20 марта 2002

CHESTERMAN, S., «An International Rule of Law», Public Law & Legal Theory Reasearch Paper series Working Paper, No.08-11, April 2008.

CLAPHAM, A.: Human Rights and the European Community: A Critical Overview, 1991.

CLAPHAM, A.: The "Drittwirkung" of the Convention

CLARKE, Roger: «Biometrics and Privacy».

CLARKE, Roger: « Chip-Based ID: Promise and Peril

CLEMENTS,L.J., European Human Rights. Taking a case under the Convention.1994,London,Sweet & Maxwell.

CLEMENT, Andrew : Felix Stalder,Jeff Johnson,Robert Guerra, «National Identification Schemes (NIDS) and the Fight against Terrorism: Frequently Asked Questions» v1.2, 27.11.2001.

CLIFFORD,Ralph D.: Cybercrime: the investigation,prosecution and defense of a computer - related crime, Durha,North Carolina,Caroline Academic Press,2006.

COHEN,A., "Scarket Robes,Dark Suits: The social Recruitment of the European Court of Justice", EUI Working Papers,RSCAS,2008/35.

ЧУБИНСКИ, Михаило : Научни и практични коментар Законика о судском кривичном поступку Крљевине Југославије, Издање Књижарница Геце Кона, Београд, 1933.

ШКУЛИЋ, М: Аудио-надзор телефонских и других разговора у кривичном поступку, Безбедност, 1/97

ШКУЛИЋ, Милан : Увиђај и криминалистичке верзије – верзије и увиђај у кривичном поступку, Правни факултет у Београду, 1998.г.

ШКУЛИЋ, Милан : Принцип акузарности у кривичном поступку, Архив за правне и друштвене науке, број 3, Београд, 2000.г.

ШКУЛИЋ, Милан : Организовани криминалитет, Досије, Београд, 2003.г.

ШКУЛИЋ, Милан : Основна начела поступка према малолетницима, Ревизија за криминологију и кривично право, бр.1, 2008

ШКУЛИЋ, Милан : Кривично процесно право, Београд, 2009.г.

ШКУЛИЋ ,М и Алексић Ж. : Криминалистика, шесто измењено издање, Београд, 2009.г

ШКУЛИЋ, Милан : Мере имобилизације добара замрзавање - привремено и трајно одузимање имовине чије законито порекло није доказано, Одговорност правних лица за кривична дела и повраћај добара,Колашин, октобар 2009

ЕЛЕКТРОНСКИ ИЗВОРИ (ИНТЕРНЕТ САЈТОВИ)

<http://www.privacy.gov.au/news/speeches/sp80notes.pdf>

<http://www.enu.edu.au/people/Roger.Clarke/dv/BiometrixIview.html>

http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/data_protection/practical_application/surveillance_society_full_report_2006.pdf

[http://www.travel-bite.co.uk/newsbrief/flights/scandinavian-airline-first-use-fingerprint-scans-\\$452572.htm](http://www.travel-bite.co.uk/newsbrief/flights/scandinavian-airline-first-use-fingerprint-scans-$452572.htm).

<http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d32/>

<http://www.no2id.net/>.

http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/112_165_file.pdf.

<http://bif-monthly.mediaonweb.org/sh/092006/it/417/>

http://www.ic.gc.ca/epic/site/oca-bc.nsf/en/h_ca02216e.html

<http://www.techterms.com/definition/cybercrime>.

<http://www.crime-reasrch.org/analytics/702>.

http://www.webopedia.com/TERM/C/cyber_crime.html

<http://www.itu.int/osg/spu/forum/intgov04/contributions/itu-workshop-feb-04-internet-governance-background.pdf>.

<http://www.eff.org>

<http://arstechnica.com/tech-policy/news/2007/04/child-porn-case-shows-that-an-open-wifi-network-is-no-defense.ars>

<http://news.cnet.com/news0-1003-200-1814907.html>

www.uscode.house.gov/usc.htm

<http://www.junk-o-meter.com/stats/index.php>

<http://www.research.att.com/projects/crowds>.

<http://www.onionrouter.net/publications/html>.

<http://www.aic.gov.au>

<http://www.copyriot.com/electronic-minitoring>

<http://www.statewatch.org/news/2005/Oct/ecln/essay-11.pdf>

http://www.europeanbiometrics.info/images/resources/90_264_file.pdf

<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/Biometrics.html>

[http://www.privacyinternational.org/article.ahtml?cmd\(347\)-61904](http://www.privacyinternational.org/article.ahtml?cmd(347)-61904)

<http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d32/>

<http://www.personal.law.miami.edu/~fromkin/articles/IDI.pdf>

<http://www.news.scotsman.com/index.cfm?id=2103982005>

http://www.compseconline.com/free_articles/cfs_IDcards.pdf

<http://is2.lse.ac.uk/wp/pdf/wp147.pdf>

<http://www.fidis.net/fidis-del/period-2-20052006/d36/>

<http://www.publications.parliament.uk/pa/cm200506/cmselect/cmstech/1032/1032.pdf>

http://www.europeanbiometrics.info/images/news/24_857_file.pdf

<http://www.cpsr.org/issues/privacy/natidfaq>

<http://www.anu.edu.au/people/Roger.Clarke/DV/IDCards97.html>

БИОГРАФИЈА АУТОРА

Синђелић Жарко је рођен 27.02.1974.г. у Београду. Основну и средњу школу завршио је у Обреновцу са одличним успехом. Одмах по завршетку средње школе 1993.г. отишао је на одслужење војног рока. Након испуњења војне обавезе уписао се на Правни факултет Универзитета у Београду школске 1994/95 г. где је и дипломирао 1998.г. са просечном оценом 9,51.

1998.г., на основу Универзитетске сарадње Ректората у Београду и Ректората у Чикагу, боравио је на *UNIVERSITY OF ILLINOIS AT CHICAGO, OFFICE OF INTERNATIONAL CRIMINAL JUSTICE*, у менторском раду са Проф.др. Jess Maghanom. Под менторством Проф.др. Jess Maghana написао је рад *LEXICON OF VIOLENCE*.

У фебруару 2000.г. на Правном факултету Универзитета у Београду награђен је другом наградом из Фонда Проф.др.Николе Стјепановића за рад на тему **«Одговорност за штету причињену радом управе»**.

У децембру 2001.г., у Савезном Министарству привреде и унутрашње трговине - Савезни Завод за интелектуалну својину, положио је **стручни испит за Заступника у поступку заштите индустријске својине**.

У децембру 2002.г., у Министарству Правде Републике Србије, положио је **правосудни испит**.

У јулу 2005.г. у Министарству за привреду и приватизацију – Агенција за лиценцирање стечајних управника, као полазник прве генерације која је полагала ову врсту испита, положио је **стручни испит за стечајне управнике**.

На последипломским студијама **кривичноправног смера** Правног факултета Универзитета у Београду одбранио је два семинарска рада и то:

из предмета Кривично право на тему **«Мера безбедности обавезног лечења алкохоличара и наркомана»**, и

из предмета Кривично процесно право на тему **«Забрана *reformatio in peius*»**.

У децембру 2006.г. на Правном факултету Универзитета у Београду са одликом је одбранио магистарску тезу **«Јавни тужилац у преткривичном поступку»**.

У априлу 2008.г. као представник МУП РС, у организацији РАСО (*Project against economic crime in the Republic of Serbia*) завршио је курс *Internet Forensic Traces*.

У мају 2008.г. у организацији Правосудног центра Републике Србије и Министарства правде САД, завршио је курс *«Праће новца и финансирање тероризма»*.

У мају 2009.г. на међународном научном скупу Удружења за међународно кривично право на Тари на тему «Корупција и људске слободе» објавио је рад под насловом *«Механизми Европске уније и Републике Србије у борби против корупције»*.

У децембру 2009. г. у организацији Копаоничке школе природног права у Правном животу бр.10/09 том II објавио је рад под насловом *„Право на приватност података на рачуну и његова ограничења у кривичном поступку»*.

У децембру 2010. г. у организацији Копаоничке школе природног права у Правном животу бр.9/10 том I објавио је рад под насловом *“Увид у аудио и видео снимке и праћење електронских комуникација, као нове доказне радње”*.

У јуну 2011 .г. на десетом међународном научном скупу Удружења за међународно кривично право на Тари на тему «Заштита људских права и слобода у време економске кризе» објавио је рад под насловом *« Прибављање информација о потрошачима коришћењем савремених технологија у време економске кризе и заштита потрошача »*.

У јуну 2011 на научном скупу на Тари у организацији Криминалистичко-полицијске академије и Ханс Зејдел Фондације објавио је рад под насловом *«Тајност писама,телеграма и других пошиљки и стандарди европског суда за људска права»*.

После дипломирања радио је три месеца у Окружном суду у Београду на радном месту судског приправника, а од **20.12.1999.г.** запослен је у Министарству унутрашњих послова – Полицијска управа за град Београд, на радном месту инспектора за сузбијање привредног криминалитета.

У току рада у МУП-у обављао је послове из области сузбијања привредног криминала, и од децембра 2009.г. налази се на радном месту **вође групе** у Полицијској управи за град Београд, **Одељење за сузбијање привредног криминалитета, одсек за банкарско и спољнотрговинско пословање.**

У мају 2011 године из Министарства унутрашњих послова привремено је упућен на место **саветника у Тужилаштву за организовани криминал.**

Говори енглески језик.

Има једно дете, сина.

Прилог 1.

Изјава о ауторству

Потписани: Жарко Синђелић

број индекса _____

Изјављујем

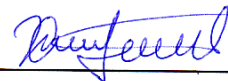
да је докторска дисертација под насловом

Право на приватност-кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти

- резултат сопственог истраживачког рада,
- да предложена дисертација у целини ни у деловима није била предложена за добијање било које дипломе према студијским програмима других високошколских установа,
- да су резултати коректно наведени и
- да нисам кршио/ла ауторска права и користио интелектуалну својину других лица.

Потпис докторанда

У Београду, 23.05.2012. год.



Прилог 2.

Изјава о истоветности штампане и електронске верзије докторског рада

Име и презиме аутора: Жарко Синђелић

Број индекса _____

Студијски програм _____

Наслов рада Право на приватност-кривичноправни, кривичнопроцесни и
криминалистички аспекти

Ментор: проф. др Зоран Стојановић и проф. др Милан Шкулић

Потписани/а: Жарко Синђелић

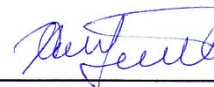
Изјављујем да је штампана верзија мог докторског рада истоветна електронској верзији коју сам предао/ла за објављивање на порталу **Дигиталног репозиторијума Универзитета у Београду**.

Дозвољавам да се објаве моји лични подаци везани за добијање академског звања доктора наука, као што су име и презиме, година и место рођења и датум одбране рада.

Ови лични подаци могу се објавити на мрежним страницама дигиталне библиотеке, у електронском каталогу и у публикацијама Универзитета у Београду.

Потпис докторанда

У Београду, 23.05.2012. год.



Прилог 3.

Изјава о коришћењу

Овлашћујем Универзитетску библиотеку „Светозар Марковић“ да у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду унесе моју докторску дисертацију под насловом:

Право на приватност-кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти

која је моје ауторско дело.

Дисертацију са свим прилозима предао/ла сам у електронском формату погодном за трајно архивирање.

Моју докторску дисертацију похрањену у Дигитални репозиторијум Универзитета у Београду могу да користе сви који поштују одредбе садржане у одабраном типу лиценце Креативне заједнице (Creative Commons) за коју сам се одлучио/ла.

1. Ауторство

2. Ауторство - некомерцијално

3. Ауторство – некомерцијално – без прераде

4. Ауторство – некомерцијално – делити под истим условима

5. Ауторство – без прераде

6. Ауторство – делити под истим условима

(Молимо да заокружите само једну од шест понуђених лиценци, кратак опис лиценци дат је на полеђини листа).

Потпис докторанда

У Београду, 23.05.2012. год.



1. Ауторство - Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце, чак и у комерцијалне сврхе. Ово је најслободнија од свих лиценци.
2. Ауторство – некомерцијално. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела.
3. Ауторство - некомерцијално – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела. У односу на све остале лиценце, овом лиценцом се ограничава највећи обим права коришћења дела.
4. Ауторство - некомерцијално – делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца не дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада.
5. Ауторство – без прераде. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, без промена, преобликовања или употребе дела у свом делу, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела.
6. Ауторство - делити под истим условима. Дозвољаваате умножавање, дистрибуцију и јавно саопштавање дела, и прераде, ако се наведе име аутора на начин одређен од стране аутора или даваоца лиценце и ако се прерада дистрибуира под истом или сличном лиценцом. Ова лиценца дозвољава комерцијалну употребу дела и прерада. Слична је софтверским лиценцама, односно лиценцама отвореног кода.