

ИЗВОРНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК

(НЕ)ЗАКОНИТОСТ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ

Милијана Буха¹*Правни факултет Универзитета у Бањој Луци*

Апстракт: *Питање (не)законитости доказа чини нам се посебно значајним, с обзиром да се у пракси сусрећемо са олаком примјеном посебних истражних радњи, ради прикупљања доказа о извршењу католошких кривичних дјела. Посебне истражне радње се проводе због постојања основа сумње о извршењу неког од кривичних дјела у погледу којих се може одредити примјена ових радњи, ради тога из приједлога тужиоца треба да се уочавају чињенице које поткрепљују постојање основа сумње. Такође, једно од питања које је расправљено у раду јесте и судска контрола законитости посебних истражних радњи. Између осталог, у раду смо се осврнули на законску мањкавост у кривичном процесном законодавству Босне и Херцеговине, због сувише уопштене законске формулације, да се посебне истражне радње могу одредити и за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора од три године или тежа. Основна теза рада је да су законити докази прибављени посебним истражним радњама, само ако су посебне истражне радње схваћене као крајње средство у прикупљању доказа, како то налаже и члан 8 став 2 Европске Конвенције о заштити људских права и основних слобода. Примјеном посебних истражних радњи долази у сукоб право са неправом. Ради тога смо у раду указали на условљену сличност између посебних истражних радњи и института нужне одбране.*

Кључне ријечи: *посебне истражне радње, крајње средство, законитост доказа, судска контрола, право на приватни и породични живот.*

1. УВОД

Посебним истражним радњама овлашћено службено лице се мијеша у приватни и породични живот осумњиченог. Законитост доказа прибављених посебним истражним радњама је условљена самом чињеницом о оправ-

¹ Доцент Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, milijana.buha@pf.unibl.org

даности примјене посебних истражних радњи у датом случају. Основни услов за процјену оправданости примјене посебних истражних радњи је сразмјерност истих са почињеним кривичним дјелом. Принцип сразмјерности налаже да је предузетим посебним истражним радњама у мањој мјери учињено „зло“ према осумњиченом од „зла“ које је пријетило извршењем католошког кривичног дјела по живот, здравље људи или безбједност државе. Заправо, као што видимо примјеном посебних истражних радњи имамо у сукобу права са неправом, тј. мијешања у приватни и породични живот осумњиченог, ради спречавања извршења кривичних дјела која су пријетња по живот, здравље људи, безбједност државе.² Законитост доказа прибављених примјеном посебних истражних радњи условљена је претходним испитивањем да ли су испуњени сви законски услови за примјену посебних истражних радњи у прикупљању доказа.

У овом раду позабавили смо се анализом једне „занимљиве“ одлуке Уставног суда БиХ, према којој су законити докази прибављени посебним истражним радњама, чија наредба је издата прије наредбе о истрази. Утемељење за овакав став Уставног суда БиХ покушали смо наћи у законским одредбама Закона о кривичном поступку БиХ, истоименог закона РС, као и ФБиХ, али безуспјешно.

2. ЗАКОНИТОСТ ПОСЕБНИХ ИСТРАЖНИХ РАДЊИ

Када говоримо о законитости доказа нека од питања која треба размотрити су лица у односу на која је могућа примјена посебних истражних радњи, према законским одредбама кривичног поступка. Такође, још једно од незаобилазних питања које је битно у разматрању проблематике законитости, односно незаконитости доказа јесте и судска контрола посебних истражних радњи. Судска контрола посебних истражних радњи је нужна, имајући у виду да надлежност за провођење ових процених радњи којима се мијешамо у уставом загарантовано право на приватни и породични живот има само судија за претходни поступак по приједлогу тужиоца. Судија за претходни поступак има задатак да испита да ли су предузете радње у складу са законом и да тим истим процесним радњама није учињена повреда члана 8 ЕЛКЈП.

² Примјена посебних доказних истражних радњи оправдана је код откривања и доказивања извршења најтежих кривичних дјела као што су трговина дрогом, трговина људима и сл., вид. више Саша Кнежевић, „Примјена посебних доказних радњи у сузбијању трговине људима“, *Трговина људима: правна заштита у међународним и националним оквирима*, уред. Предраг Димитријевић, Миомира Костић, Саша Кнежевић (Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу, 2011), 183-205.

2.1. Лица према којима се може примијенити нека од посебних истражних радњи

Једна од основних особина посебних истражних радњи јесте и доказна неупотребљивост истих ако су њиховим прибављањем повријеђене одредбе кривичнопроцесног закона. Посебне истражне радње су како сам назив каже, радње које се користе у истражном поступку, ради прикупљања доказа против лица за које постоји основа сумње³ да је починило неко од католошких кривичних дјела. Посебне истражне радње могу се примјењивати како против познатог извршиоца кривичног дјела, тако и у односу на непознатог извршиоца кривичног дјела.⁴ Посебне истражне радње се по правилу спроводе у истражној фази кривичног поступка, а докази прибављени примјеном посебних истражних радњи могу се користити у кривичном поступку.⁵ У погледу примјене посебних истражних радњи из праксе Европског суда за људска права произлази да се националним законодавством мора осигурати да неће доћи до злоупотребе приликом примјене посебних истражних радњи. Тако да се нека од посебних истражних радњи може примјенити у односу на осумњичено лице и „претпостављене“ контакт особе.⁶ Овакав став Европског суда нашао је своје утемељење и у законодавству Босне и Херцеговине, Републике Србије, као и Републике Хрватске.⁷ Законом о кривичном поступку Босне и Херцеговине прописано је да се посебна истражна радња надзор и техничко снимање телекомуникација може одредити и према особи за коју постоји основ сумње да учиниоцу, односно од учиниоца кривичног дјела преноси информације у вези са кривичним дјелом, или да се учинилац дјела користи његовим средствима информисања, члан 116 став 3 Закона о кривичном поступку Босне и

3 Види више о основи сумње, Момчило Грубач, „Отварање истраге према новом законик у кривичном поступку Србије“, *Правни записи, бр. 1* (Београд: Правни факултет Универзитет Унион), 2014, 217 – 234; Више о посебним истражним радњама, Момчило Грубач, „Посебна овлашћења органа кривичног гоњења и уставна права и слободе грађана“, *Демократски надзор над примјеном посебних овлашћења* (Београд: Центар за цивилне и војне односе, 2008), 39-59.

4 Милан Шкулић, „Посебне доказне радње у функцији сузбијања тероризма“, *Међународни научни скуп, Кривичноправни инструменти супротстављање тероризму и другим кривичним дјелима насилничког карактера* (Теслић: 2016), 95-123.

5 Више о посебним истражним радњама, Милан Шкулић, *Кривично процесно право* (Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, 2014), 243-266.

6 European Court of Human Right, Case of Klass and others v. Germany, Application no. 5027/71, Judgements of Strasbourg, 6. September 1978.

7 Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 03/03, након доношења овог закона учињено је низ измјена и допуна истог, доступно на <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>, посјеђено 26.06.2017.; Закон о кривичном поступку Републике Србије, доступно на http://www.paragraf.rs/propisi/zakonik_o_kvivicnom_postupku.html, посјеђено дана 15.5.2017.; Закон о казненом поступку Републике Хрватске, доступно на <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, посјеђено дана 25.6.2017.

Херцеговине (у даљем тексту ЗКП БиХ), исто је прописано и у члану 234 став 3 Закона о кривичном поступку Републике Српске (у даљем тексту ЗКП РС).⁸ Оваква законска одредба упућује на закључак да је наведену посебну истражну радњу могуће одредити и према непознатом лицу. Наиме, идентитет тог лица се утврђује када се то исто лице затекне на лицу мјеста у предузимању недозвољене радње, па се онда по саслушању у полицији утврђује његов идентитет. Заправо, ријеч је о ситуацији када познато лице комуницира и састаје се дуже вријеме са непознатом особом.

У законодавству Републике Хрватске,⁹ посебна истражна радња тајни надзор и праћење може се одредити, поред лица које преноси информације или чијим се средствима комуникације учинилац користи, и према лицу које прикрива извршиоца католошког кривичног дјела или прикрива трагове, доказе настале извршењем таквог дјела или прикрива само кривично дјело (члан 332 став 7 Закона о казненом поступку Републике Хрватске) (у даљем тексту ЗКП РХ). Са другачијим законским рјешењем се сусрећемо када је ријеч о кривичном процесном законодавству Републике Србије. У члану 162 ставу 3 Законик о кривичном праву Републике Србије (у даљем тексту ЗКП РСБ)¹⁰ прописано је да се посебна доказна радња прикривени иследник¹¹ (члан 183 ЗКП РСБ) може одредити и према лицу које спречава или омета доказивање кривичних дјела за која је посебним законом одређено да поступа јавно тужилаштво посебне надлежности. Поред наведеног, законодавац у Србији у члану 161 став 2 ЗКП РСБ прописао је да се нека од посебних истражних радњи може одредити и према лицу за које постоји основ сумње да *припрема* неко од католошких кривичних дјела, уколико околности случаја указују да се кривично дјело не би могло открити, спријечити или доказати на други начин.

У законодавствима сусједних држава, Републике Србије и Републике Хрватске, сусрећемо се са законском могућношћу да се неке од посебних истражних радњи примјењују у односу на нека друга лица која нису учиниоци, већ су саучесници у извршењу католошких кривичних дјела,

⁸ Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12
⁹ Више о посебним доказним радњама у казненом законодавству Републике Хрватске, Елизабета Карас – Ивичевић, „Радње и мјере процесне присиле ради прибављања предмета за потребе казног поступка, (новине у приједлогу Закона о казненом поступку из липња 2008)“, *Хрватски љетопис за казнено право и праксу*, вол. 15, бр. 2/2008 (Загреб: 2008), 939-971.

¹⁰ Види више о посебним доказним радњама у Србији, Саша Кнежевић, *Кривично процесно право, општи део* (Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2015), 327-343; Снежана Бркић, *Кривично процесно право I* (Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014), 384-395.

¹¹ Види више о посебној истражној радњи прикривени истражитељ, Хајрија Сијерчић- Чолоћ, „Прикривени истражитељ у борби против организованог криминалитета – примјер Босне и Херцеговине“, у *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, бр. 4, 2009 (Сплит: Правни факултет у Сплиту, 2009), 687-700.

а не само на починиоце католошких кривичних дјела. Таква законска рјешења нам се чине добрим, јер уколико је посебне истражне радње могуће примјенити у односу на већи број лица која су олакшала извршење или омогућила скривање католошких кривичних дјела, или трагова средстава насталих извршењем таквих дјела, тиме ће се омогућити лакше разоткривање тако тешких, транснационалних кривичних дјела у чијем извршењу никада не учествује само једно лице. Међутим, у Србији је примјена посебних истражних радњи могућа и у ранијој фази извршења кривичног дјела, тј. већ при самом припремању извршења католошких кривичних дјела.

Иако бисмо у први мах рекли да у законодавству Босне и Херцеговине, односно Републике Српске није могуће примјенити посебне истражне радње према лицу које припрема извршење неког од католошких кривичних дјела, то баш и није тако. Наиме, у члану 248 КЗ БиХ (члан 316 а) КЗ РС) прописано је да ће се казнити онај ко припрема извршење кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора три године или тежа. С друге стране, у кривичном процесном законодавству Босне и Херцеговине, у члану 117 став 1 тачка д) прописано је да се посебне истражне радње могу одредити за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора од три године или тежа казна. Доводећи у везу ове двије законске одредбе, намеће се закључак, да се посебне истражне радње могу одредити и према лицу које припрема извршење кривичног дјела за које се може изрећи казна затвора од 3 године. Колико год учавамо сличност оваквим повезивњем материјалног и процесног законодавства Босне и Херцеговине у смислу трагања за одговором на питања ко су све лица према којима се могу примјенити посебне истражне радње, одређених разлика има. Законодавац у Републици Србији је таксативно набрајајући кривична дјела за која се могу одредити посебне истражне радње спријечио мијешање у приватни и породични живот осумњиченог за почињење било ког кривичног дјела, као што је то случај у Босни и Херцеговине, односно Републици Српској. Заправо, наш законодавац каже да се посебне истражне радње могу одредити за кривична дјела за која се може изрећи казна затвора од три године, тако бисмо под ову законску формулацију могли подвести изузетно велики број кривичних дјела, јер ту се убрајају и она кривична дјела за које је посебни минимум прописана мања казна затвора од три године. Управо ова законска одредница *изрећи казна затвора од три године* нам се чини спорном, јер полазећи од језичког тумачења ове законске одредбе могућа је њена екстензивна примјена у погледу великог броја кривичних дјела, те тиме мијешање у приватни и породични живот осумњичених за та дјела. Такође, законодавац прописује да се посебне истражне радње могу примјењивати само ако се на

други начин не могу прибавити докази, или би њихово прибављање било повезано са несразмјерним трошковима (члан 116 става 1 ЗКП БиХ). Иако према члану 117 став 1 тачка д) ЗКП БиХ остављена могућност примјене посебних истражних радњи у поглед великог броја кривичних дјела, ипак законодавац онемогућава олаку примјену истих имајући у виду да у члану 116 став 1 ЗКП БиХ омогућава мјешање у приватни и породични живот осумњиченог ради прикупљања доказа, само ако се исти не могу прикупити на други начин. Тако да сматрамо потребним да законодавац прецизира одредбу члана 117 став 1 тачке д) ЗКП БиХ (члан 235 став 1 тачка г) ЗКП РС) у смислу да таксативно поброји кривична дјела у погледу којих је могућа примјена посебних истражних радњи, али не и нужним, јер су посебне истражне радње крајње средство за прикупљање доказа, како је то утврђено чланом 116 став 1 ЗКП БиХ.

Једна од предности коју смо уочили, када је ријеч о лицима у погледу којих се све могу примјењивати посебне истражне радње, у Србији и Хрватској је примјена посебних истражних радњи у односу на лица која онемогућавају откривање неког католошког кривичног дјела. Сматрамо да оваква законска могућност није искључена ни у нашем законодавству када се узме у обзир члан 232 став 2 и 3 КЗ БиХ и члан 117 став 1 тачка д) ЗКП БиХ. Доводећи у међусобну везу претходно поменуте законске одредбе дао би се извести закључак да је у Босни и Херцеговини могућа примјена посебних истражних радњи у односу на лице које пружа помоћ учиниоцу католошког кривичног дјела по извршењу таквог кривичног дјела.

2.2. Судска контрола посебних истражних радњи

Примјеном посебних истражних радњи учинилац треба да буде ухваћен на дјелу, тј. по правилу у тренутку извршења кривичног дјела. Приликом примјене посебних истражних радњи мора се водити рачуна да права појединаца морају бити поштована, то значи да се њихова права смију кршити само ако се то чини на законит начин и у оправданим случајевима и на основу издатог одобрења. Одлуке органа који одобравају примјену посебних истражних радњи подлијежу контроли и оспоравању. Ради тога се посебне истражне радње, које се спроводе ради прикупљања обавјештајних података или доказног материјала, могу користити само када постоји изричит основ у унутрашњем праву за примјену таквих посебних истражних радњи, те када је могућа контрола над примјеном таквих мјера, те да је примјена истих нужна и сразмјерна. У законодавству Босне и Херцеговине, али и сусједних нам држава, осигурана је контрола над примјеном посебних истражних радњи. У Босни и Херцеговини ова контрола обез-

бијеђена је на слједећи начин, тако што је у члану 121 Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине прописано да се докази прибављени примјеном посебних истражних радњи без судске наредбе или изван њеног оквира не могу користити у кривичном поступку.

По престанку посебних истражних радњи полицијски органи морају све податке, информације и предмете добијене примјеном посебних истражних радњи, и извјештај о провођењу истих, доставити тужиоцу. Тужилац је дужан доставити писмени извјештај о свим предузетим активностима судији за претходни поступак, који провјерава да ли су предузете активности у складу са његовом наредбом или нису. Тако ако би судија за претходни поступак утврдио да постоје одступања у провођењу посебних истражних радњи у односу на његову наредбу, тако прибављени докази би се сматрали незаконитим доказима.¹² Прикупљени докази посебним истражним радњама се уништавају у случају ако тужилац одустане од кривичног гоњења, с тим да тужилац мора образложити свој одустанак од кривичног гоњења. Такође, разлог за уништавањем доказа ће постојати и када информације и подаци прибављени посебним истражним радњама нису потребни за кривични поступак. Уништавање података у наведеним случајевима се врши под надзором судије за претходни поступак, који о томе саставља посебан записник. Прикупљене а непотребне податке је нужно уништити, јер би се у супротном створили услови да такви подаци некада буду злоупотребљени против лица на које се односе и тиме би се угрозила њивова приватност. Докази прибављени супротно утврђеним одредбама о примјени и провођењу посебних истражних радњи сматрају се незаконитим доказима, који за посљедицу имају укидање пресуде. Пресуда заснована на незаконитом доказу представља апсолутну повреду одредаба кривичног поступка, члан 297 став 1 тачка и) и став 2 ЗКП БиХ, члан 311 став 1 тачка з) ЗКП РС.

Увијек приликом доношења одлуке о примјени неке од посебних истражних радњи, треба да се потражи одговор на питање да ли је могуће доћи до потребних података, доказа на неки други начин који је у мањој мјери интрузиван, примјеном неких конвенционалних метода, техника и тактика разоткривања и доказивања кривичног дјела. Одлука којом се одо-

¹² Види више о незаконитим доказима, Снежана Бркић, „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије“, у *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2011 (Нови Сад: Правни факултет, 2011), 183-214; Милан Шкулић, „Доказ и доказни поступак на главном претресу“, *Главни претрес и суђење у разумном року*, Мисија ОЕСБ-а у Србији (Београд: 2015), 193-218; Давор Крапац, „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права“, у *Зборник Правног факултета у Загребу*, (60), 3 (Загреб: 2010), 1207-1240., Миодраг Симовић, *Кривично процесно право, увод и општи дио* (Бихаћ: Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2016), 496-525.

брана примјена посебних истражних радњи је наредба о провођењу истих. Наредба мора бити образложена имајући у виду да законодавац јасно прописује да се примјени посебних истражних радњи прибјегава, ако се на други начин не могу прибавити докази, а и прописује шта све наредба мора да садржи. Одредбе којима законодавац указује да су посебне истражне радње крајње средство за прикупљање доказа и шта мора да садржи приједлог тужиоца или наредба судије за провођење посебних истражних радњи свједоче у прилог чињеници да наредба мора да буде образложена, што потврђује и новија судска пракса Европског суда за људска права у предмету Драгојевић против Хрватске и Башић против Хрватске.¹³ Законитост посебних истражних радњи процјењује се између осталог и на основу образложења наредбе као једне од судских одлука.¹⁴

Да би се докази прибављени примјеном посебних истражних радњи сматрали законитим, битно је да је правни оквир за примјену посебних истражних радњи успостављен на тај начин да се задовоље сви захтјеви члана 8 става 2 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. То би значило да уколико је дошло до мијешања јавне власти у сферу приватног и породичног живота, да је то учињено у легитимне сврхе ради спречавања криминала, нереди, заштите морала и здравља, или ради заштите права и слобода других. Наиме, довољно је постојање једног од постављених легитимних циљева прописаних чланом 8 ставом 2 Конвенције. Сходно томе, имајући у виду да право на приватност није апсолутно право, већ условљено у смислу да ће бити мјешања у право на приватност уколико нпр. посебне истражне радње нису предузете у складу са законом, ради остваривања једног од циљева тачно утврђених у претходно поменутом члану Конвенције, а то је у интересу националне безбједности, јавне

¹³ Европски суд за људска права, *Драгојевић против Хрватске*, захтјев бр. 68955/11, пресуда од 15. јануара 2015. Европски суд за људска права, *Башић против Хрватске*, захтјев бр. 22251/13, пресуда од 25. октобра 2016. У овим случајевима је Европски суд констатовао да национално законодавство задовољава стандарде прописане чланом 8 Конвенције. С тим да је у предметним случајевима дошло до мијешања у приватни и породични живот осумњиченог, јер наредба о спровођењу посебних истражних радњи није образложена на начин како то налаже национално законодавство. Из ових пресуда као један од закључака који нам се намеће је да наредба треба да је образложена на тај начин да из самог образложења исте произилазе чињенице које говоре у прилог тези да су се докази против осумњиченог лица могли прикупити само посебним истражним радњама. Исто тако једна од битних околности које се морају образложити у наредби је да овлашћено службено лице посебним истражним радњама спријечи извршење или даље чињење кривичног дјела којим се угрожава живот и здравље људи или безбједност државе. Поменуте одлуке нису садржавале таква образложења иако им таква обавеза проистиче и из националног законодавства које примјену посебних истражних радњи везује за одређена кривична дјела и прописује да се примјењују само ако на други начин није могуће прикупити доказе.

¹⁴ Горан П. Илић, „Право на образложену судску одлуку“, *Crimen, II, бр. 2* (Београд: Правни факултет, 2011), 227-244.

безбједности, у интересу економске добробити земље, ради спречавања нереда и криминала, ради заштите здравља или морала људи, ради заштите права и слобода других, као и да је ријеч о мјерама неопходних друштву.

Предузимањем неке од посебних истражних радњи долази до мијешања у право на приватност и породични живот осумњиченог за извршење католошког кривичног дјела. Посебне истражне радње су крајње средство (*ultima ratio*) за прикупљање доказа о извршењу католошког кривичног дјела. Тако да посебним истражним радњама овлашћена службена лица прибјегавају само када немају другог начина да разоткрију католошко кривично дјело и тиме заштите право људи на живот, здравље и безбједност државе. Како смо рекли да су оне крајње средство у заштити друштва од криминалитета, и чијом примјеном се сучељавају право са неправом, тиме уочавамо извјесну условну сличност између нужне одбране¹⁵ и посебних истражних радњи. Условна сличност посебних истражних радњи са институтом нужне одбране огледа се у томе да се овим процесним радњама прибјегава када није могуће на други начин заштитити живот, здравље људи, безбједност државе, већ само мијешањем у право на приватни и породични живот осумњиченог за извршење католошког кривичног дјела.

Заправо, долази до сукоба права са неправом, тј. право државе да предузме одређене процесне радње према осумњиченом у борби против тешких католошких кривичних дјела. Овлашћена службена лица црпе легитимитет за мијешањем у приватни и породични живот осумњиченог из основа сумње о извршењу католошког кривичног дјела. А када је ријеч о сразмјерности, обавеза је суда да се определијели за неку од посебних истражних радњи помоћу које ће се доћи до потребних доказа. Са аспекта члана 8 става 2 ЕКЉП сразмјерност се цијени на начин да је оправдано мијешање јавне власти у сферу приватног и породичног живота, ако је то учињено у легитимне сврхе ради спречавања криминала, нереда, заштите морала и здравља, или ради заштите права и слобода других. Тако посебна истражна радња надзор и техничко снимање телекомуникација се не може користити ради лоцирања осумњиченог, јер тиме се не остварује сврха посебне истражне радње, а то је прикупљање доказа о извршењу кривичног дјела.¹⁶ Захтјев за примјеном посебних истражних радњи произлази из потребе прибављања доказа о извршењу кривичног дјела и кривици извршиоца истог.

15 Више о институту нужне одбране у материјалном праву, Милош Бабић, Иванка Марковић, *Кривично право – општи дио* (Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2011), 180-188.

16 Рјешење Суда Босне и Херцеговине, бр. С1 2К 008630 Крн 8 од 06.09.2013., Билтен Суда Босне и Херцеговине, бр. 4/2004.

3. ПОКУШАЈ ДЕСТРУКЦИЈЕ ЈЕДНЕ „СУМАНУТЕ“ ПРАВНЕ КОНСТРУКЦИЈЕ

О (не)законитости доказа прибављених примјеном посебних истражних радњи свједоче и поједини случајеви из судске праксе Уставног суда Босне и Херцеговине.¹⁷ Уставни суд Босне и Херцеговине у једном случају је заузео став да су неосноване тврдње апеланта да су незаконити докази који су прибављени примјеном посебне истражне радње надзор и техничко снимање телекомуникација, јер је иста донесена прије него што је тужилац донио наредбу о провођењу истраге. Уставни суд Босне и Херцеговине у погледу законитости доказа прибављеним примјеном посебне истражне радње чија је наредба издата прије наредбе о провођењу истраге, приклања се ставу који су заузели непосредно нижи судови. Стога потврђује да је провођење посебних истражних радњи могуће против непознатог учиниоца кривичног дјела, те да подаци о лицу против кога се проводи посебна истражна радња, не значи да се ради о личним подацима, у смислу навођење потпуног индентитета тог лица, и указује се на исправност закључака Врховног суда Републике Српске да је за провођење посебне истражне радње довољно навођење претплатничког броја мобилног телефона. Надаље, у својој одлуци Уставни суд БиХ такође, указује да Врховни суд Републике Српске у својој пресуди исправно заузима став да Закон о кривичном поступку нигдје не искључује могућност провођења посебних истражних радњи прије доношења наредбе о спровођењу истраге. И напослијетку заузима и став да судија за претходни поступак има функционалну надлежност и прије доношења наредбе о спровођењу истраге, будући да има законско овлашћење да поступа при предузимању процесне радње претресања стана, за коју закон не условљава постојање наредбе о спровођењу истраге.

Уставн суд Босне и Херцеговине и у погледу апликантових навода да је предузетом посебном истражном радњом повријеђено право на приватност и породични живот, исти овај суд напомиње на своју ранију пресуду којом констатује да се наредба о претресању може издати и прије доношења наредбе о спровођењу истраге, јер иста има за циљ доказивање кривичног дјела. Сходно томе, наредба представља закониту мјеру која је неопходна у демократском друштву, као и да постоји разуман однос пропорционалности између заштите законитог циља који се тиче заштите јавног реда и мира, с једне стране и с друге стране, заштите апелантовог на приватни и породични живот. Тако да Уставни суд поменути пресуду доводи у везу

¹⁷ Устави суд Босне и Херцеговине, предмет бр. АП 4413/13. објављен у „Службеном гласнику Босне и Херцеговине“, бр. 70/15.

са овим случајем, у којем се као питање намеће да ли се могу сматрати законити докази прибављени примјеном посебне истражне радње чија је наредба издата прије доношења наредбе о спровођењу истраге, и да ли такво поступање надлежног органа значи и повреду права на приватност и породични живот.

Поводом оваквих теза Уставног суда Босне и Херцеговине, слjedeћег смо мишљења да нам се тешко чини логичним и разумљивим да се сматрају законитим доказима прибављени примјеном наредбе о спровођењу посебне истражне радње, која је издата прије наредбе о спровођењу истраге. Наиме, у Закону о кривичном поступку Републике Српске у члану 224 јасно је прописано да наредбу о спровођењу истраге доноси тужилац када постоје основи сумње о извршеном кривичном дјелу. А у ставу 2 истог члана прописано је да ће у наредби тужилац навести које околности треба истражити и које истражне радње треба предузети. Оваква законска одреба нас упућује на закључак да истражне радње није могуће проводити док тужилац својом наредбом није предочио које истражне радње и ради чега их је потребно провести. Тако да када тужилац у својој наредби о спровођењу истраге одреди које истражне радње треба предузети, предузимање истих је могуће по одобрењу судије за претходни поступак, а на образложени приједлог тужиоца. Законска одредба члана 20 става 1 тачке г) нам прописује да судија за претходни поступак своју функционалну надлежност везује за истрагу, а претходно поменутом законском одредбом је јасно прописано када се сматра да је истрага покренута доношењем наредбе тужиоца о спровођењу исте. Тако да бисмо могли рећи да судија за претходни поступак има овлашћења да предузима одређене процесне радње, тј. истражне радње тек након доношења наредбе о спровођењу истраге и на образложен приједлог тужиоца о потреби спровођења истих истражних радњи. Заправо, функционална надлежност судије за претходни поступак је условљена покретањем истраге а која је у надлежности тужиоца, а судија за претходни поступак заправо своја овлашћења своди на оцјену основаности и законитости предузимања одређених процесних истражних радњи које прије свега не треба да се проводе на уштрб повреде основних људских права и слобода. Тачније, судија у фази истраге треба да се постара да докази који се прибављају буду законити, и да је гарант једнаких могућности странака у кривичном поступку управо кроз бригу о законитости доказа и заштити њихових права и слобода. Имајући у виду наведено, става смо да су незаконити докази прибављени примјеном посебне истражне радње која је издата прије наредбе о спровођењу истраге, а посебне истражне радње као процесне радње предузимају се на основу наредбе о спровођењу истих

коју издаје судија за предходи поступак, који је овлашћен да ове процесне радње предузима само у фази истраге која почиње како законодавац каже доношењем наредбе о спровођењу истраге. Стога, предузете процесне радње доказивања, односно истражне радње супротно прописаној законској одредби чини незаконите доказе који се не могу употребљавати у кривичном поступку, те се на истима не може заснивати судска одлука.

У Закону о кривичном поступку Републике Српске односно Босне и Херцеговине није прописан предистражни поступак у коме тужилац или овлашћена службена лица имају овлашћење да предузимају одређене процесне радње у правцу прибављања доказа ради откривања кривичног дјела или проналажења осумњиченог, као што је то случај у Републици Србији, члан 285, 286 и 287 Закона о кривичном поступку Републике Србије. Наиме, овакве законске одредбе јасно дефинишу да ће се сматрати законитим и докази прикупљени прије доношења наредбе о спровођењу истраге, јер претходне поменуте законске одредбе о предистражном поступку дају легитимитет за предузимање одређених процесних радњи и прије доношења поменуте наредбе.

4. ЗАКЉУЧАК

У раду смо се позабавили питањем законитости доказа прибављених примјеном посебних истражних радњи. Колико је данас значајно ово питање указује новија пракса Европског суда за људска права у предметима Драгојевић против Хрватске и Бешић против Хрватске, као и домаћа судска пракса што такође потврђује једна одлука Уставног суда БиХ. Ове пресуде су нас испровоцирале да се позабавимо питањима значаја образложења наредбе о спровођењу посебних истражних радњи. Тако из образложења сваке судске одлуке па тако и наредбе треба јасно и неспорно да произлази да су задовољени сви законски стандарди за предузимањем неке од посебних истражних радњи, јер су исте крајње средство у прикупљању доказа. Како бисмо указали на значај крајње обазривог прибјегавања примјени посебних истражних радњи у прикупљању доказа о извршењу католошког кривичног дјела, исте смо условно упоредили са институтом нежне одбране. Наиме, овлашћено службено лице примјеном неке од посебне истражне радње у циљу доказивања да је осумњичени починио неко од католошких кривичних дјела, мијеша се у приватни и породични живот осумњиченог. С тим да овлашћено службено лице легитимитете за мијешање у приватни и породични живот црпи из постојања основа сумње да је неко лице извршило или пријети опасност да ће извршити неко од кри-

вичних дјела којима се угрожава живот и здравље људи и безбједност државе. А како би се докази прибављени на овај начин сматрали законитим овлашћено слжбено лице има законску дужност да се креће у границама судске наредбе о провођењу посебне истражне радње. Међутим, посљедице у смислу непоступања по основу судске наредбе су не само незаконити докази, него и прекорачење овлашћења, овлашћеног службеног лица у прибављању доказа.

И када се говори о законитости доказа прибављених посебним истражним радњама помало апсурдном нам се чинила једна одлука Уставног суда БиХ, према којој се сматрају законитим доказима прибављени на основу наредбе о провођењу посебних истражних радњи издате прије наредбе о провођењу истраге. За овакву тезу Уставног суда БиХ нисмо нашли утемељење у законским одредбама Закона о кривичном поступку Босне и Херцеговине. Ова одлука нам се чини апсурдном, јер законодавац јасно дефинише да се истрага сматра покренутом издавањем наредбе о провођењу истраге, а функционално надлежан за издавање наредбе о спровођењу посебних истражних радњи, је судија за претходни поступак. Прије свега, ова одлука нам се чинила неразумљивом из разлога како је могуће прикупљати доказе у погледу кривичног дјела за које није ни покренута истрага. Даље, законодавац јасно каже да судија за претходни поступак поступа у току истраге у случајевима регулисаним законом. Имајући у виду ове законске одредбе остаје нам нејасно како судија за претходни поступак може предузимати одређене процјене радње ако истрага није покренута. И тако нам постаје неразумљива и нелогична, па и супротна закону одлука Уставног суда БиХ, па нам се као закључак намеће да је оваквом одлуком и учињена повреда једног од људских права утврђених чланом 8 ЕКЉП.

5. ЛИТЕРАТУРА:

- European Court of Human Right, Case of Klass and others v. Germany, Application no. 5027/71, Judgements of Strasbourg, 6. September 1978.
- Бркић, Снежана, „Употреба незаконитих доказа у кривичном поступку Србије“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1, 2011., 183-214,
- Грубач, Момчило, „Отварање истраге према новом законнику о кривичном поступку Србије“, *Правни записи*, бр. 1, Правни факултет Универзитет Унион, 2014., стр. 217 – 234.
- Грубач, Момчило, „Посебна овлашћења органа кривичног гоњења и уставна права и слободе грађана“, *Демократски надзор над примјеном посебних овлашћења*. Београд: Центар за цивилне и војне односе, 2008., стр. 39-59.

- Европски суд за људска права, *Башић против Хрватске*, захтјев бр. 22251/13, пресуда од 25. октобра 2016.
- Европски суд за људска права, *Драгојевић против Хрватске*, захтјев бр. 68955/11, пресуда од 15. јануара 2015.,
- Закон о казненом поступку Републике Хрватске, доступно на <https://www.zakon.hr/z/174/Zakon-o-kaznenom-postupku>, посјеђено дана 25.6.2017.
- Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, „Службени гласник Босне и Херцеговине“, бр. 03/03, након доношења овог закона учињено је низ измјена и допуна истог, доступно на <http://www.tuzilastvobih.gov.ba/>, посјеђено 26.06.2017.,
- Закон о кривичном поступку Републике Србије, доступно на http://www.paragraf.rs/propisi/zakonik_o_krivicnom_postupku.html, посјеђено дана 15.5.2017.
- Закон о кривичном поступку Републике Српбије, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014
- Закон о кривичном поступку Републике Српске, „Службени гласник Републике Српске“, бр. 53/12
- Илић, Горан П., „Право на образложено судску одлуку“, *Crimen, II, бр. 2, Правни факултет Универзитета у Београду*, 2011., 227-244.
- Карас – Ивичевић, Елизабета, „Радње и мјере процесне присиле ради прибављања предмета за потребе казног поступка, (новине у приједлогу Закона о казненом поступку из липња 2008)“, *Хрватски љетопис за казно право и праксу, Загреб, вол. 15, бр. 2/2008*, 939-971.
- Крапац, Давор, „Незаконити докази у казненом поступку према пракси Европског суда за људска права“, *Зборник ПФЗ, (60), 3, Загреб, 2010.*, 1207-1240.
- Бабић, Милош, Марковић, Иванка, *Кривично право – општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бањој Луци, 2011., 180-188.
- Симовић, Миодраг, *Кривично процесно право, увод и општи дио*, Правни факултет Универзитета у Бихаћу, 2016., 496-525.
- Рјешење Суда Босне и Херцеговине, бр. С1 2К 008630 Крн 8 од 06.09.2013., Билтен Суда Босне и Херцеговине, бр. 4/2004.
- Кнежевић, Саша, „Примјена посебних доказних радњи у сузбијању трговине људима“, *Трговина људима: правна заштита у међународним и националним оквирима* (уредили Предраг Димитријевић, Миомира Костић, Саша Кнежевић), Правни факултет Универзитета у Нишу, 2011., 183-205.
- Кнежевић, Саша, *Кривично процесно право, општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2015., 327-343.,
- Сијерчић- Чолоћ, Хајрија, „Прикривени истражитељ у борби против организованог криминалитета – примјер Босне и Херцеговине“, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр.4, 2009.*, 687-700.
- Бркић, Снежана, *Кривично процесно право I*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду, 2014., 384-395.

(NO)LEGALITY OF SPECIAL INVESTIGATIVE ACTIONS

Milijana Buha¹⁸
University of Banja Luka, Faculty of Law Banja Luka

Summary: *In this paper we dealt with the question of the legality of the evidence obtained through the use of special investigative actions. The recent practice of the European Court of Human Rights in the case of Dragojević v. Croatia and Bešić v. Croatia, as well as domestic case law confirms how important this issue today is. The importance of this issue is also confirmed by a decision of the Constitutional Court of BiH. These judgments provoked us to analyse the issue of the significance of the execution of the order on the conduct of special investigative actions. Thus, from the rationale of each court decision, and so orders, it must be clear and undisputed that it follows that all legal standards are met for undertaking some of the special investigative actions, since they are the same extreme in the gathering of evidence. In order to point out the importance of extremely careful resorting to the application of special investigative actions in the collection of evidence on the execution of a criminal offense, we have conditionally compared them to the institute of the necessary defense. Namely, an authorized official person applying a special investigative action in order to prove that the suspect has committed some of the crimes of the catalogue is confused with the private and family life of the suspect. By doing this, an authorized official legitimizes the mixing in private and family life from the existence of the basis of suspicion that a person has committed or threatened to commit one of the crimes that endanger the life and health of people, the security of the state. In order to regard the evidence as rigged in this way as a legally authorized official, the person has the legal duty to move within the bounds of the court order on the conduct of special investigative actions. However, the consequences in terms of not acting on the basis of a court order are not only illegal evidence, but also overstepping the authority of an authorized official in obtaining evidence. When it comes to the legality of the evidence obtained by special investigative actions, it was somewhat absurd for us to find a decision of the Constitutional Court of BiH, which is considered to be legitimate evidence obtained on the basis of an order to conduct special investigative actions issued prior to the order to conduct an investigation. For this thesis of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina we did not find*

¹⁸ LL.D., assistant professor at the Criminal Law Department, University of Banja Luka, Faculty of Law Banja Luka, milijana.buha@pf.unibl.org

a justification in the legal provisions of the Criminal Procedure Code of Bosnia and Herzegovina. This decision seems absurd to us, as the legislator clearly defines that the investigation is considered to be initiated by the issuance of an order to carry out the investigation, and functionally competent for issuing an order on the conduct of special investigative actions, pre-trial judges. First of all, this decision seemed incomprehensible to us because it is possible to collect evidence regarding a criminal offense for which no investigation was launched. Furthermore, the legislator clearly states that the preliminary procedure judge is acting in the course of an investigation in cases regulated by law. Having an insight into this legal provision, it remains unclear how a preliminary procedure judge can undertake certain assessments of an act if the investigation is not initiated. And so it becomes incomprehensible and illogical, and contrary to the law of the Constitutional Court's decisions. However, we conclude that this decision has been made and that one of the human rights of Article 8 of the ECHR is formulated.

Key words: *special investigation of the act, the ultimate means, the legality of evidence, judicial control, the right to private and family life.*