

Милана Писарић*

„СЛОБОДНО КРЕТАЊЕ“ ДОКАЗА У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ

Једно од актуелних, а важних питања кривичног процесног права у савременим условима је питање прихватања доказа прикупљених у иностранству и могућности њихове употребе у кривичном поступку. Као традиционални механизам за прикупљање доказа у другој држави користе се правила о пружању узајамне правне помоћи у кривичним стварима. Но, у оквиру Европске уније, заједнице чија чланица тежи наша држава да постане, присутна је тенденција да се на прикупљање доказа у кривичним стварима с прекограничним елементима прошири дејство принципа узајамног признавања одлука и успостави режим „слободног кретања“, односно „увоза/извоза“ доказа између држава чланица. Наиме, анализом стратешких докумената и усвојених извора права почевши од краја ХХ века може се уочити јасно опредељење ка унапређењу овог аспекта међународне правне помоћи у кривичним стварима, што је резултирало доношењем Директиве о европском налогу за истрагу 2014. године. Интенција аутора овог рада је да критички сагледа правила која предвиђају „преношење/преузимање“ доказа прикупљених у једној држави чланици у државу чланицу која је тражила предузимање доказних радњи за потребе кривичног поступка пред домаћим органом поступка, с нагласком на последице која ова правила могу имати на уобличавање правних норми у домаћем кривичном процесном праву.

Кључне речи: *Кривични поступак. Докази. Узајамно признавање одлука. Европски налог за истрагу.*

1. УВОД

С обзиром на потребу да се превазиђу проблеми које прекогранични елементи савремених облика криминалитета стварају у кри-

* Ауторка је асистент Правног факултета Универзитета у Новом Саду, mpisaric@pf.uns.ac.rs

вичним поступцима националних држава, међународна заједница је настојала да уреди „прелажење“ доказа из јурисдикције једне државе у другу. Како Република Србија тежи томе да постане део Европске уније, у оквиру које је регулисању овог питања посвећена пажња у одређеном броју извора права, нужно је упознати се с тим шта се од наше државе очекује у погледу усклађивања с правилима која се односе на „слободно кретање доказа“.

Унапређење правосудне сарадње у кривичним стварима између држава чланица Европске уније ка стварању јединственог простора правде, слободе и безбедности захтевало је, између осталог, проналажење одговора на следећа питања: како осигурати да органи једне државе брзо и ефикасно обезбеде и прикупе доказе за потребе кривичног поступка у другој држави, а потом и како обезбедити да докази који се прибаве у једној држави буду прихватљиви, односно да се могу користити у кривичном поступку друге државе. С циљем олакшавања и убрзавања сарадње између држава чланица у погледу прикупљања и преноса доказа за потребе кривичног поступка, 3. априла 2014. донета је Директива 2014/41/ЕУ о европском налогу за истрагу у кривичним стварима.¹ Поред поменутог, циљ Директиве је и хармонизација прописа који уређују овај облик међународне сарадње између држава чланица. Замисао је да Директива замени постојећа правила о прекограничном прикупљању доказа ради превазилажења фрагментације правне регулативе у овој области на нивоу Европске уније. Ипак, тенденцији да се систем узајамне правне помоћи замени механизмом заснованим на принципу узајамног признавања одлука у кривичном поступку, могу се упутити одређени приговори.²

2. ЗАЧЕЦИ ИДЕЈЕ О „СЛОБОДНОМ КРЕТАЊУ“ ДОКАЗА

Међународна сарадња у погледу прибављања доказа између држава чланица Европске уније првобитно се заснивала на инструментима узајамне правне помоћи.³ Паралелно с настојањем да се ови

¹ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters, *Official Journal of the European Union*, L130/1.

² Више о томе вид. Lorena Bachmaier, „European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2010, 581.

³ Пре свега, ради се о Конвенцији Савета Европе о узајамној правој помоћи у кривичним стварима из 1959. са додатним протоколима из 1978. и 2001 (коју су ратификовале све земље чланице ЕУ), Уговору о Бенелуску из 1962. и Конвенцији о примени Шенгенских споразума из 1990. У Шенгенским споразумима је смањен број основа за одбијање извршења захтева за узајамну помоћ (чл. 48–53) у односу на Конвенцију Савета Европе, ограничен је услов у погледу двоструке инкриминације

механизми побољшају, постојала је идеја да се правосудна сарадња у кривичним стварима унапреди тако што ће се постојећа међународна правила *замени* инструментима који би се заснивали на *принципу узајамног признавања*. Наиме, изналажење начина да се омогући прибављање доказа и њихова прихватљивост у кривичним стварима у форми такозваног „слободног кретања“ доказа постављено је међу циљевима у правцу успостављања јединственог простора правде, слободе и безбедности а као нужан елемент за ефикасну борбу против прекограничног и организованог криминала.⁴ Као резултат тога, усвојене су 2002. године Оквирна одлука о европском налогу за хапшење⁵ и 2003. године Оквирна одлука о привременим мерама обезбеђења имовине и предмета.⁶ Корак даље било је представљање предлога Оквирне одлуке о европском налогу за прибављање предмета, исправа и података за потребе поступка у кривичним стварима 2003. године (*Оквирне одлуке о европском налогу за прибављање доказа*), а 2005. године у Хашком програму међу најважнијим питањима је истакнуто прибављање доказа и њихове прихватљивости и подршка усвајању наведене Оквирне одлуке.⁷ Услед неповерења према примени принципа узајамног признавања, ова Оквирна одлука усвојена је тек децембра 2008. године,⁸ међутим, и пре него што је

(чл. 51) и предвиђен је поједностављен поступак за упућивање захтева, те је омогућен директан контакт између судских власти земље подносиоца и земље из вршиоца захтева (чл. 53). То су била основна правила која се односе на прикупљање доказа у кривичним стварима у другој држави чланици ЕУ до усвајања Европске конвенције о међусобној помоћи у кривичним стварима маја 2000. године (ступила на снагу пет година након усвајања), која је, иако се заснива на истим принципима као и Конвенција Савета Европе из 1959. године, представљала битан корак ка унапређењу правосудне сарадње у кривичним стварима.

⁴ Идеја о проширењу важења принципа узајамног признавања одлука, као „камена темељца“ правосудне сарадње у кривичним стварима, и на прибављање доказа потиче са састанка у Тампереу 1999. године (вид. тачку VI). Ради постизања циља, да се проширењем важења принципа узајамног признавања убрза размена доказа између држава чланица, од тада је одобрено неколико акционих планова и програма. Тако је у Програму мера за имплементацију принципа узајамног признавања одлука у кривичним стварима усвојеном 2001. године, пренос доказа означен као приоритет (*Programme of measures to implement the principle of mutual recognition of decisions in criminal matters*).

⁵ Council Framework Decision 2002/584/JHA of 13 June 2002 on the European arrest warrant and the surrender procedures between Member States, *Official Journal of the European Union*, L190.

⁶ Council Framework Decision 2003/577/JHA of 22 July 2003 on the execution in the European Union of orders freezing property or evidence, *Official Journal of the European Union*, L196.

⁷ The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union, *Official Journal of the European Union*, C 53/1. Вид. тач. 3.3.1.

⁸ Council Framework Decision 2008/978/JHA of 18 December 2008 on the European evidence warrant for the purpose of obtaining objects, documents and data

почела да се примењује, Штокхолмски програм од децембра 2009. године међу приоритетима је предвидео успостављање свеобухватног система за прибављање доказа у предметима с прекограничном димензијом.⁹ Процес консултација око стварања таквог једног правног инструмента (усвајањем нове оквирне одлуке) започет је 2009. године објављивањем публикације „Зелена књига о прикупљању доказа у једној држави чланици за потребе кривичног поступка у другој држави и обезбеђивању прихватљивости таквих доказа“.¹⁰ Користећи легислативне могућности из Лисабонског уговора, априла 2010. године представљен је предлог Директиве о европском налогу за истрагу¹¹ с циљем да овај правни извор замени Оквирну одлуку о привременим мерама обезбеђења имовине и предмета, Оквирну одлуку о европском налогу за прибављање доказа, као и друге правне механизме међународне сарадње засноване на узајамној правној помоћи у вези с прикупљањем доказа за потребе кривичног поступка.

2.1. Потреба за проширењем принципа узајамног признавања одлука

Да би се за потребе кривичног поступка у једној држави прикупили докази у другој држави, могу се, дакле, користити два механизма међународне сарадње у кривичним стварима: пружање узајамне правне помоћи и узајамно признавање одлука. У оквиру система *узајамне помоћи*, држава молиља (преко министра правде) упућује молбу (замолницу) надлежним органима друге државе, које имају широко дискреционо овлашћење да одбију да поступе по захтеву, а осим тога нису везане роковима, што може довести до временског одуговлачења у извршавању захтева. Докази се прибављају у складу с правилом *locus regit actum*, што може проузроковати проблем неприхватљивости таквог доказа у кривичном поступку државе молиље, јер се пред њеним органима поступка преиспитује компатибилност доказа прикупљених у иностранству с правилима домаћег

for use in proceedings in criminal matters, *Official Journal of the European Union*, L350/72.

⁹ The Stockholm Programme: An open and secure Europe serving and protecting citizens, *Official Journal*, C115. Вид. тач. 3.1.1.

¹⁰ О критици проширења дејства принципа узајамног признавања одлука, вид. Rosanna Belfiore, „Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17/2009, 1–23; Cian C. Murphy, „The European evidence warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?“, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, 224–248; Libor Klimek, „Free movement of evidence in criminal matters in the EU“, *The Lawyer Quarterly* 4/2012, 250–290.

¹¹ Више о томе, вид. Catherine Heard, Daniel Mansell, „The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence Gathering in EU Cross Border Cases“, *New Journal of European Criminal Law* 2/2011, 2–3.

правног система.¹² Поједини негативни аспекти пружања узајамне правне помоћи (укључивање државних органа извршне власти у процедуру, могућност одлагања у извршавању захтева и доследна примена принципа *lex loci*) донекле су превазиђени током времена.

У оквиру режима *узајамног признавања одлука*, национални правосудни органи једне државе доносе одлуку и директно налажу правосудном органу друге државе да признају и изврше одлуку у одређеном року, а предвиђен је веома ограничен круг основа за одбијање поступања по налогу. Овај режим заснива се на идеји да државни органи једне земље чланице признају одлуке државних органа друге земље чланице као да су њихове, без потребе да се преиспитује законитост такве одлуке пре поступања по истој, што за последицу има да се одлука извршава у складу с принципом *forum regit actum*, чиме је олакшано признавање доказа који су прибављени у иностранству. С обзиром на то да на нивоу Европске уније не постоји хармонизација националних правила о доказивању, примена начела узајамног признавања одлука могла би допринети превазилажењу разлика у процесном законодавству између државе чији органи издају и државе чији органи одлуку извршавају, а управо на темељу „узајамног поверења“.

Оквирна одлука о европском налогу за прибављање доказа заснива се на принципу узајамног признавања одлука у вези с одређеним врстама доказа. Оквирна одлука је усвојена након дуготрајног и компликованог процеса консултација, а иако је рок за примену био јануар 2011. године, примењена је само у две од 27 држава чланица (у Данској и Финској), тако да се не може расправљати о њеним стварним ефектима, који су практично занемарљиви. Но, овај инструмент не би постигао много, с обзиром на то да је његов обухват био ограничен само на доказе који већ постоје,¹³ док би се традиционални инструменти узајамне правне помоћи свакако примењивали за прикупљање доказа које је потребно претходно прибавити (за саслушање окривљеног, испитивање сведока и вештака, телесни преглед и узимање узорака биолошког порекла, укључујући ДНК и отиске прстију, прикупљање података у реалном времену, пресретање комуникација, прикривени надзор и контролу банковних рачуна, анализу предмета и трагова, прикупљање података задржаних од стране пружалаца телекомуникационих услуга). И Оквирна одлука из 2003. године такође се заснива на узајамном признавању одлука, а односи се на обезбеђење доказа који су већ доступни у другој држави, па

¹² Robin Loof, „Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad – a Defence Perspective on Cross Border Evidence“, *Criminal Law Review* 1/2011, 54.

¹³ John R. Spencer, „The Problems of Trans border Evidence and European Initiatives to Resolve Them“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9/2007, 477.

би се као такви, могли користити у другој држави. Међутим, примена овог инструмента није основ за „пренос“ доказа, него само за обезбеђивање потребних предмета, исправа и података, док је за сам пренос доказа потребно да надлежни државни органи иницирају редовне механизме сарадње у кривичним стварима засноване на узајамној правној помоћи.

Према томе, осим што је постојао својеврсни правни фрагментизам, с обзиром на то да је обезбеђивање доказа било регулисано једним, а прикупљање и пренос (само одређених врста) доказа другим извором права, проблем је представљала потреба паралелног коришћења инструмената заснованог на принципу узајамног признавања одлука и система заснованог на узајамној правној помоћи иницираног упућивањем замолница. Полазећи од премисе да паралелно постојање различитих правила и система има за последицу сложеност у поступању, заузет је став да се овај систем потпуно замени јединственим правним инструментом, чиме би се проширила могућност прикупљања других врста доказа – како оних који још увек не постоје али су директно доступни (нпр. саслушање осумњиченог) тако и оних који се, иако постоје, не могу користити без даљих истраживања и испитивања (нпр. узимање узорака биолошког порекла).

Дакле, идеја о стварању јединственог, ефикасног и флексибилног инструмента за прикупљање доказа који се налазе у другој држави чланица за потребе кривичног поступка, како би се избегла несигурност повезана с компликованим и фрагментарним нормативним оквиром, није нова. Као оправдање за увођење новог инструмента за прикупљање доказа коришћене су тврдње да је систем замолница спор и неефикасан, да не постоји стандардизован облик молбе за пружање помоћи, те да нису предвиђени рокови за извршавање захтева за прикупљање доказа у другој држави. Међутим, не постоје студије с прецизним статистичким подацима који би ишли у прилог тврдњама о недостацима система узајамне правне помоћи.¹⁴ Ипак, превладао је став да би доношење Директиве о европском налогу за истрагу требало да допринесе убрзавању и поједностављењу процедуре, обезбеђивању прихватљивости доказа, гарантовању високог степена заштите људских права, смањењу трошкова, јачању узајамног поверења и сарадње између држава чланица, а уз очување посебности националних правних система и правне традиције.

¹⁴ L. Bachmaier (2010), 571.

3. ДИРЕКТИВА О ЕВРОПСКОМ НАЛОГУ ЗА ИСТРАГУ

Европски налог за истрагу дефинисан је као судска одлука коју издаје или потврђује орган једне државе чланице (државе издаваоца) ради предузимања једне или неколико истражних радњи у другој држави чланици (држави извршиоцу) а с циљем прибављања доказа. Налогом се може тражити како пренос доказа који већ постоје у поседу државних органа државе извршиоца,¹⁵ тако и доказа за чије прибављање је претходно потребно предузимање појединих доказних радњи. Осим тога, налог се може односити и на предузимање привремених мера у смислу обезбеђења доказа (чл. 1).¹⁶ Међутим, проблем може бити то што Директива не дефинише појам истражне радње на коју се налог за истрагу односи, па се не може с прецизношћу утврдити на које се доказне радње примењује, осим на оне побројане у поглављу IV, што не иде у прилог правној сигурности нити униформности прописа који ће у државама чланицама имплементирати Директиву,¹⁷ тим пре, што термин истражна радња може, осим доказних радњи, да обухвата и мере процесне принуде.¹⁸ Међутим, логичким тумачењем текста произлази да се налог за истрагу може издати у вези с предузимањем свих доказних радњи које имају прекограничну димензију, осим формирања и деловања заједничких истражних тимова (чл. 3), у погледу којих се примењује Оквирна одлука 2002/46 о заједничким тимовима за истрагу¹⁹ (што је оправдано, јер се тимови формирају по другим основама и ради остварења других циљева у односу на доказне радње на које се европски налог за истрагу односи).²⁰ Докази на које се односи налог, могу се прикупљати за *потребе* не само кривичног поступка који покреће правосудни орган и поступка који се у вези с кривичним делом може покренути

¹⁵ Што је било регулисано Оквирном одлуком из 2008. године.

¹⁶ Што је било регулисано Оквирном одлуком из 2003. године.

¹⁷ Не би се истражним радњама у смислу Директиве ни у ком случају могле сматрати радње у вези са: реституцијом имовине (у смислу Конвенције ЕУ, чл. 8); поступцима за накнаду штете због неоснованог лишења слободе или неосновна не осуде; поступцима у вези с амнестијом и помиловањем; поступцима за накнаду штете проистекле из кривичног дела. Вид. Steve Peers, *The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty* 2010, http://www.statewatch.org/analyses/no_96_european_investigation_order.pdf, 13. јануар 2016.

¹⁸ Stefano Ruggeri, „Investigative Powers Affecting Fundamental Rights And Principles For a Fair Transnational Procedure In Criminal Matters. A Proposal Of Mutual Integration in the Multicultural EU Area“, *Crimen* 2/2012, 148.

¹⁹ Council Framework Decision 2002/46 of 13 June 2002 on joint investigation teams, *Official Journal of the European Union*, L190.

²⁰ Више о томе вид. Lorena Bachmaier, „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters“, *The European Criminal Law Associations Forum* 2/2015, 47–48.

према националном праву државе издаваоца, него и поступка који покрећу органи управе за дела која су кажњива према националном праву државе издаваоца јер представљају кршење правних правила што може довести до покретања поступка пред кривичним судом (чл. 4). У погледу *просторног важења*, Директива не обавезује Данску и Ирску,²¹ док је почетак *временског важења* одложен до 22. маја 2017 (чл. 35), као крајњег рока за уношење Директиве у национални правни систем држава чланица. У погледу *важења према лицима*, предвиђено је да се Директива односи како на кривичне поступке против физичких тако и против правних лица.

У тексту Директиве разликују се два субјекта: орган издавалац налога и орган извршилац налога. Иако се у члану 1. Европски налог за истрагу одређује као судска одлука, у члану 2. је наведено да *орган издавалац* налога може бити судија, суд, истражни судија, али и јавни тужилац, као и било који други орган који у складу са законом државе издаваоца у конкретном случају поступа као орган надлежан за прикупљање доказа (што значи да би то могла бити и полиција, као орган поступка). Уколико у кривичном поступку прибављање доказа наређује јавни тужилац, у погледу доказних радњи којима се ограничавају основна људска права, потребна је одлука суда, па је логично да издавалац налога за предузимање таквих доказних радњи може бити само суд. С друге стране, *орган извршилац* је орган надлежан за признавање налога и обезбеђење његовог извршења у складу с правилима поступка која се примењују у сличном домаћем случају. С тим у вези, да би се предузела доказна радња наведена у налогу који је издао јавни тужилац, може се захтевати судско одобрење у држави извршиоцу, уколико је тако предвиђено њеним националним законодавством (чл. 2, тач. д).

Пре усвајања коначног текста Директиве међу спорним питањима било је истицано непостојање равнотеже између овлашћења јавног тужиоца и права окривљеног у вези с прикупљањем доказа. Наиме, неједнаки положај странака у поступку био би евидентан уколико би се прикупљање доказа у иностранству за јавног тужиоца заснивало на принципу узајамног признавања одлука, док би за окривљеног важиле традиционални механизми пружања међународне правне помоћи. Да би се таква неједнакост оружја на нормативном нивоу превазишла, Директива садржи одредбу по којој издавање налога може да затражи и *осумњичени*, односно *окривљени или његов бранилац* у његово име, у оквиру права одбране у складу с важећим националним прописима (чл. 1, ст. 3). Оваква одредба подразумева дужност држава да предвиде могућност у свом законодавству да окривљени и његов бранилац могу тражити издавање на-

²¹ Вид. Експликативни меморандум Директиве, ставке 43–45.

лога, али је државама остављена слобода у погледу начина како ће остваривање тог права регулисати. Другим речима, услови и поступак за остваривање права окривљеног да захтева прикупљање доказа путем издавања налога за истрагу биће уређено националним прописима, што би могло представљати проблем, нарочито у системима (с адверзијалним елементима) у којима процену да ли је неопходно и пропорционално издавање налога за истрагу врши орган издавалац, а то је јавни тужилац. Истовремено, самим подношењем захтева за прикупљање одређених доказа у раним фазама поступка странци са супротстављеним интересом, окривљени обелодањује стратегију одбране, чиме се фактички доводи у неповољан положај.

У одредбама Директиве уређени су *услови за издавање налога*. У складу са чланом 6, налог се може издати уколико су кумулативно испуњени следећи услови: а) да је извршавање налога неопходно и сразмерно сврси кривичног поступка, и б) да се доказна радња које се тражи може предузети и у сличном случају у складу с домаћим важећим прописима. Непредвиђање услова пропорционалности код издавања налога за хапшење, као инструмента заснованог на принципу узајамног признавања одлука, показало се као недостатак,²² јер је довело до тога да се може издавати и код багателних кривичних дела²³ и до неуједначене примене овог инструмента, па је услов пропорционалности предвиђен у Директиви. Но, у погледу пропорционалности, Директива не садржи прецизирајућа правила, у смислу ограничавања могућност издавања налога само за тежа кривична дела или прописивањем додатних услова чије испуњење би извршавање налога чинили сразмерним (неопходност доказа за откривање и расветљавање кривичног дела, непостојање других мера процесне принуде којима би се исти циљ могао постићи, трошкови извршења налога) и оправдали ограничење основних права окривљених и трећих лица. С једне стране, сразмерност у погледу ограничења људских права потребно је узети у обзир, јер непропорционалност угрожавања права предузимањем одређене доказне радње може довести до неприхватљивости доказа, док с друге стране, сразмерност у погледу трошкова извршавања налога може утицати на квантитативни елемент ефикасности кривичног поступка.

²² У оцени практичне примене европског налога за хапшење уочен је као значајан недостак то што није предвиђено спровођење теста пропорционалности приликом издавања налога, у смислу процене да ли је издавање налога оправдано спрам околности конкретног случаја, нарочито узимајући у обзир тежину кривичног дела и последице извршавања налога по права окривљеног, те могућности да се исти циљ постигне применом мање интрузивне радње. Вид. „Final Report on the fourth round of mutual evaluations, The practical application of the European Arrest Warrant and corresponding surrender procedures between Member States“, 2009, 13–14, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=EN&f=ST%2017132%202009%20INIT>, 13. јануар 2016.

²³ Више о томе, вид. Joachim Vogel, John R. Spencer, „Proportionality and the European Arrest Warrant“, *Criminal Law Review* 6/2010, 481–482.

Неопходност и пропорционалност процењује искључиво орган који издаје налог, док у складу с принципом узајамног признавања одлука орган извршилац није овлашћен да ову процену врши нити да одбије извршење налога по овом основу. У вези с наведеним, потребно је истаћи да Директива не предвиђа могућност да се у држави извршиоцу одбије извршење налога који није издао суд у ситуацији да је за предузимање доказне радње у њеном националном законодавству потребно одобрење суда, него је, пак, у том случају потребно спровести поступак признавања налога.²⁴ Дакле, да би у држави извршиоцу извршење налога било у складу с уставом и законом, потребно је спровести поступак признавања налога од стране националних судова, али није могуће одбити извршење налога из тог разлога. На пример, уколико јавни тужилац, у држави у којој је за прибављање података о кориснику услуга електронских комуникација од пружалаца услуга довољна његова наредба, изда налог за предузимање ове доказна радње у држави у којој је за предузимање ове радње потребно одобрење суда, орган извршилац не може одбити поступање по налогу, него је потребно да тражи одобрење суда те државе. Можда је овакво решење у Директиви имало за циљ да сузи круг основа за одбијање извршавања налога уз истовремено пружање гаранција заштите основних људских права, али може се поставити питање шта ће то и на основу чега суд у држави извршиоцу ценити у конкретном случају приликом давања одобрења за предузимање доказних радњи у овом случају.²⁵ У превазилажењу дилеме да ли правосудни орган у поступку признавања налога процењује испуњеност услова неопходности и пропорционалности затражене доказне радње да би се ограничавање људских права могло дозволити или се ради о простој формалности, у члану 2. Директиве се може препознати интенција да је признавање само *pro forma* корак ка извршењу налога,²⁶ чиме се потврђује принцип узајамног признавања одлука.

Процена испуњености услова је повезана с правилима о *садржају налога* (чл. 5). Предвиђено је да орган издавалац доноси одлуку и налог саставља на формулару (који је саставни део Директиве), те својим потписом и печатом оверава тачност и правилност његовог

²⁴ Осим тога, у националном законодавству којим буде имплементирана Директива може бити предвиђено да, пре него што се налог проследи органу надлежном за извршење, суд, судија, истражни судија или јавни тужилац у држави изда ваоца може да прегледа сагласност одлуке с условима предвиђеним у Директиви (а посебно с онима из чл. 6, ст. 1), након чега се одлука признаје, у ком случају се и тај орган може сматрати органом издаваоцем.

²⁵ Bernd Schünemann, „The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction“, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe* (ed. S. Ruggeri), Heidelberg 2014, 32.

²⁶ L. Bachmaier (2015), 49.

садржаја.²⁷ Након што у сваком конкретном случају процени да су испуњени услови за издавање налога, орган издавалац прослеђује налог надлежном органу извршиоцу у другој држави.²⁸

Орган коме је упућен налог и надлежан је за његово извршавање обезбеђује да се налог изврши на исти начин, под једнаким условима и редоследу као да је дотичну доказну радњу тражио домаћи надлежни орган, осим ако постоји један од разлога за непризнавање, неизвршење или одлагање извршења налога које Директива предвиђа, при чему је важно истаћи да су разлози за непризнавање налога веома ограничени и у тексту Директиве се инсистира на *алтернативама неизвршења одлуке*. Наиме, основно правило и смисао извршавања налога за истрагу је предузимање доказне радње које је у налогу орган издавалац назначио, међутим, орган извршилац

²⁷ Директива предвиђа следеће минималне елементе садржаја налога: подаци о органу издаваоцу, и према потреби и органу који је потврдио налог; прецизирање на шта се налог односи и образложење потребе за издавањем налога; потребне податке који су познати о лицу/лицима на које се налог односи; опис кривичног дела који је предмет поступка и важеће одредбе процесног законодавства државе издаваоца; опис затражене доказне радње и доказа које је потребно прибавити. Осим тога, уколико се налогом допуњује неки раније издат налог, та чињеница се такође наводи. Ови елементи су предвиђени само као минимални и недовољно су одређени. Може се поставити питање: који су то подаци који служе за идентификацију лица; да ли је код означавања кривичног дела довољно цитирати одредбе закона које предвиђају кривично дело или дати што попунији чињенични опис дела, и слично. Стога је потребно ове одредбе Директиве прецизирати у националним прописима који ће имплементирати Директиву, како би се избегли практични проблеми у примени налога. С тим у вези, корисно би било постојање одређених смерница за имплементацију, како би се избегло неједначено прописивање садржаја налога. У погледу језика на ком се налог саставља, у Директиви је предвиђено да је свака држава чланица дужна да наведе који се језик (пored службеног језика те државе чланице) међу службеним језицима институција Уније може користити приликом састављања или превођења налога у случајевима у којима је та држава извршилац налога, па надлежни орган државе издаваоца преводи налог на један од језика које је држава којој се упућује налог одредила.

²⁸ Орган издавалац то чини на начин и под условима који омогућава органу извршиоцу да утврди веродостојност налога. Директива предвиђа могућност прослеђивања налога путем телекомуникационог система Европске правосудне мреже (вид. <http://www.ejn.crimjust.europa.eu/ejn/>, 13. јануар 2016), но правило је да се сва службена комуникација одвија непосредним контактом између органа издаваоца и органа извршиоца. Уколико није познато који од орган у држави извршиоцу је надлежан за извршавање налога, орган издавалац спроводи све потребне извиде, између осталог и посредством Европске правосудне мреже, како би прибавио податке од државе извршиоца. У случају да орган у држави извршиоцу који прими налог није надлежан за признавање налога или предузимање потребних радњи за његово извршење, по службеној дужности прослеђује налог надлежном органу и о томе обавештава орган који је налог издао. Дакле, изричито је предвиђено да се све потешкоће у вези с прослеђивањем или утврђивањем веродостојности било ког документа потребног за извршење налога решавају директним контактом између органа издаваоца и органа извршиоца, што има за циљ убрзавање процедуре.

може да предузме другу доказну радњу, уколико доказна радња коју је у налогу назначио орган издавалац не постоји у законодавству државе извршиоца или се та радња не би могла извршити у сличним околностима у складу с важећим прописима. Осим тога, постоји могућност да орган извршилац предузме неку другу доказну радњу, а не ону која је назначена у налогу, уколико би се исти резултат могао постићи али средствима којима се мање задира у права појединаца. У ова два случаја орган коме је упућен налог дужан је да о томе обавести издаваоца налога, који може налог повући или допунити. Уколико, пак, доказна радња наведена у налогу није регулисана у законодавству државе извршиоца или не би била доступна у сличном случају и уколико није могуће предузету ниједну другу доказну радњу којом би се постигли исти резултати као предузимањем затражене доказне радње, *орган извршилац обавештава орган издаваоца да није у могућности да пружи затражену помоћ*, што заправо није одбијање, него немогућност извршавања налога.²⁹

Могућност да се уместо тражене доказне радње предузме друга којом се мање задира у основна људска права може се оценити као позитивна и посредни је доказ процене пропорционалности пре извршавања налога у држави издаваоцу. Ипак, може се поставити питање, на који начин орган извршилац врши ову процену, с обзиром на то да му нису познате све околности конкретног случаја (у налогу је орган издавалац дужан да наведе разлоге за издавање налога).³⁰

Наведена правила показују да се не може очекивати да је орган једне државе дужан да предузме доказну радњу уколико би то угрозило принципе законитости и пропорционалности у националном правном систему, односно јединство правног система (уколико би се другачији стандарди и правила примењивали у домаћој истрази и истрази за потребе надлежних органа друге државе), што не би било ни у складу с принципом дефинисаним у пракси ЕСЉП у погледу „предвидљивости правног основа“ за предузимање интрузивних

²⁹ Но, и поред могућности предузимања друге доказне радње у односу на радњу назначену у налогу, изричито је наведено да се *одређене доказне радње морају извршити*, без обзира на претходно наведене алтернативе, и то: а) прибављање података или доказа који су већ у поседу органа извршиоца; б) прибављање података садржаних у базама података полиције или правосудних органа који су директно доступне органу извршиоцу; в) испитивање сведока, вештака, оштећеног, испитивање осумњиченог или окривљеног на територији државе извршиоца; г) било која доказна радња којом се не задира у приватност грађана у складу с прописима државе извршиоца; д) идентификовање лица које имају претплату на одређени телефонски број или ИП адресу.

³⁰ Annalisa Mangiaracina, „A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order“, *Utrecht Law Review* 1/2014, 132.

радњи и мера којима се угрожавају људска права.³¹ С тим у вези су прописани основи за *одбијање признавања или извршавања налога*.³² Прописујући основе за одбијање признавања или извршавања налога, Директива садржи разлоге исте оне садржане у Конвенцији СЕ и Конвенцији ЕУ, с изузетком заштите јавног реда и двоструке инкриминације, но предвиђа и заштиту основних права препознатих у ЕУ и домаћем правном систему. Формулација овог основа је широка, и не захтева се доказ, него је довољно постојање основане сумње, односно претпоставке да би извршење налога представљало кршење основних права, и то оних људских права која су препозната у Повељи ЕУ и пракси Суда правде ЕУ.

Осим ограничавања круга основа за одбијање извршавања налога, унапређењу прибављања доказа у иностранству доприносе одредбе Директиве које се односе на *утврђивање рокова* за доношење одлуке о признавању и извршавању налога, односно спровођење доказних радњи затражених налогом (чл. 12). Наиме, прописана је обавеза да се одлуке у вези с налогом доносе једнако брзо, те да им се даје једнака предност као и у сличном домаћем случају. Орган извршилац дужан је да одлуку о признавању или извршењу налога донесе што пре, а најкасније 30 дана од пријема налога. Уколико не постоје одређени разлози који дозвољавају одлагање извршавања³³ или се потребни докази већ не налазе у поседу државе извршиоца,

³¹ Lorena Bachmaier, „The role of the proportionality principle in the cross border investigations involving fundamental rights“, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings* (ed. S. Ruggeri), Springer, Heidelberg 2013, 100.

³² Директива предвиђа одређена ограничења у погледу наведених основа. Наиме, изричито је наведено да се последња два основа не могу применити за одбијање извршење налога, уколико се односе на доказне радње уместо којих орган издавалац не може предузети ни алтернативну доказну радњу. Осим тога, уколико се налог односи на кривично дело у вези с порезима или давањима, царинама и разменом валута, не може се одбити признавање или извршење просто на основу чињенице да право државе извршиоца не прописује исту врсту пореза или давања, односно да не садржи исту врсту правног уређења с обзиром на порезе, давања, царине и размену валута. Такође, пре него што донесе одлуку о непризнавању или неизвршењу налога на основу тач. а, б, г, д и ђ, орган издавалац је дужан да се консултује на било који одговарајући начин с органом издаваоцем те да, према потреби, тражи достављање потребних информација без одлагања (чл. 11, ст. 2, 3, 4 и 5).

³³ Признање или извршење налога може се одложити у два случаја, и то: уколико би његово извршење могло довести у питање кривичну истрагу или гоњење који су у току (за време које држава извршилац сматра разумним) или уколико се у налогу наведени предмети, документи или подаци већ користе у другим поступцима (докле год све док су потребни у ту сврху). Чим престану наведени разлози, орган извршилац без одлагања предузима потребне радње и о томе обавештава орган који је налог издао било којим средством које омогућује писани запис (чл. 15).

орган извршилац је дужан да доказну радњу предузме без одлагања, а најкасније 90 дана од доношења одлуке о признавању налога.³⁴

Правило да се доказна радња која је предмет налога извршава по правилима државе издаваоца (*lex fori*), није ново, јер је предвиђено у Конвенцији ЕУ, као и у Оквирној одлуци о европском налогу за прикупљање доказа. Принцип да се докази прибављају у складу с правилима државе у којој се прикупљају (*locus regit actum*) уступио је место принципу да се докази прикупљају у складу с правилима државе чијим државним органима су докази потребни за кривични поступак (*forum regit actum*). Ово правило има за сврху обезбеђење прихватљивости доказа у кривичном поступку државе издаваоца, која би могла да буде доведена у питање уколико би доказна радња била предузета у складу с правилима државе извршиоца (*lex loci*). Међутим, шта се дешава у ситуацији уколико су правила о прикупљању доказа државе издаваоца налога у супротности с основним принципима у држави извршиоца налога. Стога је предвиђено да је у извршавању налога орган извршилац дужан да се *придржава формалности и поступака* које је орган издавалац изричито навео у налогу, осим ако је другачије предвиђено у Директиви и под условом да те формалности и поступци нису у супротности с основним начелима поступка у држави извршиоцу. Директива прописује да орган извршилац признаје налог који је прослеђен у складу с описаном процедуром и условима не захтевајући никакве додатне формалности. Иако је поверење основ принципа узајамног признавања одлука, уколико орган извршилац има разлога да верује да услови нису испуњени, оно се може саветовати с органом издаваоцем о важности извршења налога, а резултат тог саветовања може бити и повлачење налога од стране органа издаваоца.

Интересантно је решење по ком постоји могућност да орган издавалац затражи да један или више органа државе издаваоца помаже надлежним органима државе извршиоца при извршавању

³⁴ При том, орган извршилац дужан је да води рачуна о захтеву органа издаваоца у ситуацији у којој је због процесних рокова, тежине кривичног дела или других посебно хитних околности нужен краћи рок од предвиђених рокова или уколико је нужно да се нека доказна радња предузме на тачно одређен датум. Уколико, пак, није могуће поступити у роковима, односно предузети доказну радњу одређеног датума, орган извршилац о томе без одлагања обавештава надлежни орган који је налог издао, наводећи разлоге за кашњење, уз процену времена потребног за доношење одлуке, у ком случају се рок за извршавање налога може продужити за највише 30 дана. С тим у вези, значајне су и одредбе које се односе на *привремене мере* (чл. 32). Наиме, орган издавалац може издати налог како би се предузела било која мера с циљем привременог спречавања уништења, измене, помицања, преноса или уклањања предмета која се може употребити као доказ, а о таквој привременој мери орган извршилац доноси одлуку и доставља је што је пре могуће (а кад год је то могуће у року од 24 сата од пријема налога).

налога, но само у мери у којој би именовани органи могли да помогну у извршавању истражне радње наведене у налогу у сличним околностима у складу с домаћим правом. Ипак, орган извршилац испуњава овај захтев издаваоца налога само уколико таква помоћ није у супротности с основним начелима права државе извршиоца нити штети њеним битним интересима националне безбедности. При томе, уколико се присуство органа државе издаваоца омогући у извршавању налога, они су дужни да поступају у складу с прописима државе извршиоца и немају никаква овлашћења за кривично гоњење на територији државе извршиоца, осим ако је извршење тих овлашћења на територији државе извршиоца у складу с њеним важећим прописима (имају право да учествују активно, не само као пасивни посматрачи, но искључена је могућност да поступа с овлашћењима која припадају органу поступка). Дакле, да би се осигурало правилно извршавање налога, постоји могућност да орган издавалац тражи да у извршењу учествују надлежни органи државе издаваоца у предузимању доказне радње, али не постоји обавеза органа извршиоца да поступа у складу са *lex fori* уколико та правила нису у сагласности с правилима *lex loci*, односно њеним основним принципима, у ком случају би предузео радње у складу са својим националним правом, што може довести у питање прихватљивост резултата такве радње у поступку државе издаваоца. Ова одредба је стога ограниченог значаја за обезбеђење прихватљивости доказа у држави издаваоцу налога, тим пре што није предвиђено учешће браниоца у предузимању доказних радњи, па прихватљивост доказа свакако може бити доведена у питање.

Након што изврши потребне доказне радње, орган државе извршиоца органу државе издаваоца без непотребног одлагања *преноси доказе* који су прибављени као резултат извршења налога или су већ у поседу надлежних органа државе извршиоца (чл. 13).³⁵ Иако се пренос доказа може одложити до доношења одлуке о правном средству, предвиђено је да се докази могу пренети и пре, уколико су у налогу наведени довољни разлози да је непосредни пренос нужен за правилно вођење истраге или очување индивидуалних права (но, у другом случају се пренос доказа може одложити, ако би тиме била нанета озбиљна и непоправљива штета за дотично лице).

Из наведеног је нејасно ко и на који начин контролише да ли су се приликом предузимања доказних радњи у иностранству по-

³⁵ Предвиђена је и могућност враћања доказа држави извршиоцу: уколико приликом преноса прибављених доказа орган извршилац захтева да се докази врате (чим престану да буду потребни у држави издаваоцу) или уколико су предмети, документи или подаци релевантни за друге поступке у држави извршиоцу, па су само привремено пренети у држави издаваоцу (чим више не буду потребни у држави издаваоцу или у било ком другом тренутку).

штовала правила *lex fori*, односно да ли је поступањем у складу са *lex loci* прилагођеним захтевима у налогу за истрагу повређено право на одбрану. Даље се може поставити питање које су стварне могућности одбране да контролише прикупљање доказа уколико не зна како се прибављају у иностранству и применом којих правила. Директива садржи неколико спорних одредаба. Наиме, начелно се у поступку у држави издаваоцу мора водити рачуна о праву одбране и правичности поступка приликом оцене доказа прибављених применом европског налога за истрагу (чл. 14, ст. 7). Државе чланице дужне су да обезбеде да правна средства, која постоје у сличним ситуацијама према домаћим прописима, буду доступна и у односу на доказне радње наведене у налогу. Но, материјалноправне разлоге за издавање налога могуће је довести у питање само у поступку покренутом у држави издаваоцу, при чему није могуће доводити у питање гаранције основних права у држави извршиоцу. Орган издавалац и орган извршилац јесу дужни да предузму одговарајуће мере како би се обезбедило достављање података и давање поука о могућностима употребе правних средстава у складу с националним правом, како би се осигурало њихово делотворно коришћење, али само ако се тиме не би нарушила потреба за обезбеђењем поверљивости истраге. Државе су дужне да обезбеде да су рокови за употребу правног средства идентични онима предвиђенима за сличне случајеве у домаћим кривичним поступцима и да се примењују на начин којим се јамчи да погођена лица могу делотворно примењивати та правна средства, но, истовремено је предвиђено да коришћење правних средстава не суспендује извршење доказне радње, осим ако је тако предвиђено у сличним домаћим случајевима. Такође, предвиђено је да држава издавалац узима у обзир успешно оспоравање признања или извршења налога у складу са својим националним правом. Дакле, када одбрана буде обавештена о доказним радњама које су предузете у иностранству моћи ће да их изазове коришћењем правног средства што је могуће само уколико је одбрани познато на који начин и применом којих правила су докази у иностранству прибављени, док је обавештавање о овим чињеницама остављено националним државама да уреде у складу с интересима тајности истраге (чл. 14, ст. 3), па може бити одложено док такво обавештење не би могло да угрози конкретну истрагу. Осим тога, уколико би у држави извршиоцу доказана радња била проглашена за незакониту, то не би имало за последицу издавање таквих доказа у кривичном поступку у држави издаваоцу, јер то зависи од правила за издавање поступка у тој држави. Стога се може рећи да је стварна вредност правила о правним средствима у Директиви веома мала.

4. ПРИГОВОРИ ПРОШИРЕЊУ ВАЖЕЊА ПРИНЦИПА УЗАЈАМНОГ ПРИЗНАВАЊА ОДЛУКА У ВЕЗИ СА ПРИКУПЉАЊЕМ ДОКАЗА

Уместо превазилажења проблема и недостатака система узајамне правне помоћи унапређењем система или приближавањем правила кривичног поступка у државама чланицама, заузет је другачији правац: проширити дејство принципа узајамног признавања одлука,³⁶ те обавезати државе чланице да обезбеде да се признају одлуке у вези с прикупљањем доказа у другој држави, као и прихватљивост на тај начин прикупљених доказа. Сматрамо, пак, да је потребно указати на одређене приговоре на проширење важења начела узајамног признавања на прибављање доказа, нарочито имајући у виду непостојање претходне хармонизације, односно приближавања правила која се односе на доказивање у националним законодавствима држава чланица.

Принцип узајамног признавања одлука у правним изворима ЕУ није ближе одређен, нити је, пак, посвећена пажња образложењу потребе за његовом применом, него се просто подразумева да је то исправан концепт, толико очигледно добар да додатна објашњења нису потребна, јер су примена и позитивни ефекти примене овог начела разумљиви сами по себи.³⁷ Овај принцип настао је првобитно у оквиру некадашњег првог стуба у вези са слободним кретањем робе, као метод за превазилажење ситуације у којој услед елемента „иностраности“ државни органи једне државе одбију, односно дају другачији третман роби само из разлога што потиче из друге државе чланице (касније је примена принципа проширена на слободно кретање капитала, услуга и људи). Примена принципа узајамног признавања одлука значи да одлука државног органа друге државе може да буде, без додатних формалности, изједначена с одлуком домаћег органа. У вези с доказима за потребе кривичног поступка, конкретно, одлука

³⁶ Први инструмент међународне сарадње који се заснива на принципу узајамног признавања одлука је европски налог за хапшење (који је заменио поступак изручења поједностављеним издавањем лица између правосудних органа држава чланица), у чијој досадашњој примени су уочени одређени недостаци. Ти проблемни су последица разлика између система кривичног поступка држава чланица, а истичу се критике у погледу укидања захтева двоструке кажњивости за листу кривичних дела, као и принципа законитости, издавања сопствених држављана, степена аутоматизма у извршавању налога (нарочито с обзиром на то да недостаје процена сразмерности у налогу за хапшење), те утицаја на основна људска права. Више о томе, вид.: „Fair Trials International, The European Arrest Warrant seven years on – the case for reform“, 2011, http://www.fairtrials.net/documents/FTI_Report_EAW_May_2011.pdf, 30. јун 2016.

³⁷ Silvia Allegranza, „Critical remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdokmatik* 9/2010, 574.

надлежног органа о прикупљању доказа извршава се у другој држави на исти начин као да ју је донео надлежни орган те државе. Смисао проширења важења овог принципа је и да се докази које прикупе државни органи извршавањем одлуке органа једне државе у другој држави прихватају као да су доказне радње предузели њени органи (под условом да је прикупљање доказа предузето у складу с правилима којима се не одступа од правила домаће кривичне процедуре). То значи да би примена овог принципа била основ за својеврсно слободно кретање доказа који су прикупљени у складу с прописима држава чланица. Може се поставити питање да ли је легитимна аналогна примена правила о слободном кретању у оквиру првог стуба на доказе у кривичном поступку. Принцип узајамног признавања имао је оправдање у изворима права који су допринели уједначавању (хармонизацији, односно приближавању) националних правила у погледу обавезе држава у вези с уједначавањем квалитета робе, а ради заштите потрошача. У вези с доказима у кривичном поступком таква правила још увек не постоје. Стога би слободно кретање доказа било оправдано само уколико би претходно постојала минимална правила на нивоу ЕУ која би допринела томе да се уједначе национална правила, а ради заштите права окривљеног.

Међусобно поверење јесте основ узајамног признавања одлука, међутим, непостојање усклађених правила процедуре у државама чланицама може имати за последицу неправичност кривичног поступка у држави чији органи извршавају налог, с обзиром на то да треба да прихвате одлуку органа друге државе уз могућност одбијања поступања по веома ограниченом броју основа. Може се поставити питање да ли је проширење важења принципа узајамног признавања одлука и на прикупљање и употребу доказа у кривичном поступку адекватно, будући да је принцип првобитно настао у вези са заједничким тржиштем и слободним кретање робе и капитала. Треба имати у виду то да су докази, за разлику од робе, резултат процесних активности државних органа³⁸ а у складу с прецизним правилима прикупљања и извођења која су карактеристична за сваки правни систем, при чему је поступање по тим правилима услов да би били законити и уопште се могли користити као доказ у кривичном поступку, односно да би се на њима могла заснивати судска одлука. Имајући у виду и начело слободне оцене доказа, карактеристично за савремене системе кривичног поступка, судија је тај који оцењује доказ по свом слободном судијском уверењу, па би и утицај хармонизације правила о доказивању био сасвим ограничен у том погледу.

Примена принципа узајамног признавања одлука могла би довести до озакоњења прихватљивости доказа прикупљених у другом

³⁸ *Ibid.*, 573.

правосудном систему противно правилима која би се у датим околностима примењивала у складу с домаћим правилима (нпр. обавезног присуства браниоца приликом испитивања осумњиченог). Проблеми би могли настати и у вези с испитивањем сведока у другој држави а ком није присуствовао окривљени нити његов бранилац и чиме је одступљено од начела контрадикторности. У вези с тајним надзором комуникација, прописи се разлику у погледу кривичних дела за која се може ова радња одредити, органа овлашћених за одређивање и извршавање одлуке, механизма контроле спровођења радње и сл. Осим тога, пракса ЕСЈП у вези са чланом 6. Конвенције који садржи минимум гаранција правичног поступка није допринела хармонизацији правила о доказивању у државама потписницама Конвенције, јер се не могу пронаћи општа правила о доказивању. Штавише, правила се процењују само са становишта правичности целокупног кривичног поступка (укључујући и оцену да ли је прибављање доказа било правично), јер је прописивање правила у надлежности националних законодаваца а национални судови процењују законитост и прихватљивост доказа у сваком конкретном случају.

У погледу прикупљања доказа у иностранству требало би обезбедити остваривање не само пасивне улоге као тужилаштву супротстављене стране кроз омогућавање учешћа у предузимању доказних радњи, него и проактивне улоге у смислу давања права да иницирају издавање налога. Директива предвиђа да бранилац може у корист окривљеног тражити од надлежног органа да изда налог, међутим, како одбрана нема правну могућност да испита начин на који су доказне радње у иностранству предузете, не може се говорити ни о фактичкој могућности заштите права окривљеног у вези са доказима прикупљеним ван државе издаваоца налога. С тим у вези, као противтежа овлашћењу тужилаштва да тражи прикупљање доказа у иностранству, постоје предлози за формирање канцеларије европског браниоца (тзв. *Eurodefensor*³⁹) који би имао функцију заштите права окривљених, који нису обавештени да се истрага на овај начин води против њих, као и оштећених, а тиме што би учествовао у прекограничном прикупљању доказа. Као приговор тексту Директиве, осим недовољно посвећене пажње правима окривљеног је потпуно занемаривање права оштећеног лица.

Према томе, примени принципа узајамног признавања одлука требало би да претходи хармонизација националних прописа у вези са доказима у виду минималних заједничких правила, како би се

³⁹ Више о томе вид. Bernd Schünemann, *Observations on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, 2009, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf, 30. јун 2016.

избегли и ризици по правичност поступка с последицама по права окривљених и оштећених лица.⁴⁰ Иако се може очекивати да ће у погледу права окривљеног бити уочен напредак приступањем Европске уније ЕКЈП и применом усвојених и планираних директива,⁴¹ ипак су заједничка минимална правила недовољна да оправдају аутоматско признавање одлука у кривичним поступцима, докле год не буду обезбеђене гаранције у извршавању одлука правосудних органа. Остају отворена два важна питања: да ли држава, чији државни органи доносе налог, може да прихвати доказ, који је прихватљив и/или прикупљен у складу с правилима државе чији органи извршавају налог, иако то није могуће у њеном систему; и да ли државни органи који издају налог могу обавезати државне органе друге државе да примене мере принуде за прикупљање доказа на начин који није законит у тој држави.

5. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Након што до наведеног рока државе буду имплементирале одредбе Директиве у своја национална законодавства постојаће само један инструмент за обезбеђење и прибављање доказа у иностранству за потребе кривичног поступка, чиме ће се превазићи недостаци спо-

⁴⁰ Lorena Bachmaier Winter, „Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Case law“, *Utrecht Law Review* 4/2013, 145.

⁴¹ Као разрада идеја из документа посвећеног јачању процедуралних права осумњиченог и окривљених у кривичном поступку из 2009. године (Roadmap for strengthening procedural rights of suspected or accused persons in criminal proceedings, *Official Journal*, C 295/1), донете су три директиве: Директива о праву на тумачење и превод у кривичном поступку из 2010 (Directive 2010/64/EU of the European Parliament and of the Council of 20 October 2010 on the right to interpretation and translation in criminal proceedings, *Official Journal*, L280/1), Директива о праву на информисање у кривичном поступку из 2012 (Directive 2012/13/EU of the European Parliament and of the Council of 22 May 2012 on the right to information in criminal proceedings, *Official Journal*, L142/1) и Директива о праву на приступ браниоцу и праву на поверљив разговор по лишењу слободe 2013. године (Directive 2013/48/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2013 on the right of access to a lawyer in criminal proceedings and in European Arrest Warrant proceedings, and on the right to have a third party informed upon deprivation of liberty and to communicate with third persons and with consular authorities while deprived of liberty, *Official Journal*, L 294). Новембра 2013. године објављен је пакет предлога за даље јачање права окривљеног, и то предлог Директиве о јачању претпоставке невиности и права при суства на главном претресу у кривичном поступку, предлог Директиве о посебним гаранцијама за малолетна лица осумњичена, односно оптужена да су извршили кривично дело и предлог Директиве о праву на привремену правну помоћ за грађане осумњичене, односно оптужене у вези с извршавањем европског налога за хапшење (http://ec.europa.eu/justice/newsroom/criminal/news/131127_en.htm, 30. јун 2016).

рог и недовољно ефикасног система узајамне правне помоћи заснованог на захтеву за пружање помоћи предвиђеног у конвенцијама са немалим бројем резервација и основа за одбијање пружања помоћи, као и ограниченог обухвата европског налога за прикупљање доказа. Истовремено, упућивање налога на обрасцу упрошћује додатно процедуру издавања и преноса одлука о прибављању доказа и омогућава узајамно признавање тих одлука, но ипак не обезбеђује и аутоматско извршавање налога. Директива садржи решења која за циљ имају убрзавање поступања по налогу прописивањем да се извршавају са истим приоритетом као и захтеви националних органа, а такође прописује и рокове за извршење налога.

Но, и поред позитивних решења у Директиви, да би европски налог за истрагу као инструмент прекограничног прикупљања доказа за потребе кривичног поступка остварио своју сврху од пресудног је значаја на који начин и у којој мери ће државе чланице имплементирати њене одредбе у своја национална законодавства. Међутим, принцип узајамног признавања одлука у кривичним стварима, а нарочито у вези са доказима прибављеним у иностранству на начин како то Директива предвиђа иде и *de facto* и *de jure* у корист оптужбе. Посебну пажњу је потребно посветити преиспитивању да ли постоји довољан степен заштите права окривљених и других лица, с обзиром на то да принцип узајамног признавања одлука не води рачуна о интересима одбране, односно не постоји равнотежа између интереса оптужбе и одбране.⁴² Како није обезбеђена одбрани могућност да на одговарајући начин тражи прикупљање доказа у другој држави нити пак преиспитивање доказа прибављених на основу налога које издаје орган у држави издаваоцу, имплементација решења у Директиви може заправо допринети неједнакости оружја процесних странака у кривичном поступку, уколико не буде праћена предвиђањем адекватних права одбране у вези с транснационалним прикупљањем доказа у националним законодавствима. Стога остаје да се види на који начин ће Директива бити имплементирана и каква ће бити улога Суда правде ЕУ у погледу заштите права свих учесника у кривичном поступку а у вези с прикупљањем доказа у иностранству и њиховом употребом у кривичном поступку држава чланица.

Иако решења садржана у Директиви подразумевају извршан степен аутоматизма у извршавању налога за истрагу као последица принципа узајамног признавања одлука, сматрамо да такав аутоматизам не може да постоји у погледу прихватљивости доказа, јер да ли ће суд у држави издаваоцу прихватити доказ прибављеним налогом зависи од његове слободне оцене доказа, а другачије би

⁴² Gisele Vernimmen *et al.*, „Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union“, 2008, http://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Nyheter/Slutrapport_mutual_recognition_eng.pdf, 30. јун 2016.

решење представљало увођење елемената законске оцене доказа. Обавезивањем држава да њени органи прихватају у иностранству прибављене доказе, чак и уколико су приликом предузимања доказне радње поштована правила као у сличном случају према домаћем праву државе извршиоца, носи собом ризик умањења степена заштите процедуралних права окривљених и трећих лица у кривичном поступку уколико у иностранству те гаранције нису на истом нивоу као у држави издаваоцу налога. На тај начин слободно кретање доказа може имати за последицу угрожавање људских права, што може бити основ за преиспитивање одлуке која се на таквим доказима заснива.

ЛИТЕРАТУРА (REFERENCES)

- Allegrezza, S., „Critical remarks on the Green Paper on Obtaining Evidence in Criminal Matters from one Member State to another and Securing its Admissibility“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdokmatik* 9/2010.
- Bachmaier, L., „European Investigation Order for obtaining evidence in the criminal proceedings: study of the Proposal for a European Directive“, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 9/2010.
- Bachmaier, L., „The role of the proportionality principle in the cross-border investigations involving fundamental rights“, *Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings* (ed. S. Ruggeri), Springer, Heidelberg 2013.
- Bachmaier, L., „Transnational Evidence Towards the Transposition of Directive 2014/41 Regarding the European Investigation Order in Criminal Matters“, *The European Criminal Law Associations Forum* 2/2015.
- Bachmaier Winter, L., „Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR’s Caselaw“, *Utrecht Law Review* 4/2013.
- Belfiore, R., „Movement of Evidence in the EU: The Present Scenario and Possible Future Developments“, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 17/2009.
- Heard, C., D. Mansell, „The European Investigation Order: Changing the Face of Evidence-Gathering in EU Cross-Border Cases“, *New Journal of European Criminal Law* 2/2011.
- Klimek, L., „Free movement of evidence in criminal matters in the EU“, *The Lawyer Quarterly* 4/2012.

- Loof, R., „Obtaining, Adducing and Contesting Evidence from Abroad – a Defence Perspective on Cross-Border Evidence“, *Criminal Law Review* 1/2011.
- Mangiaracina, A., „A New and Controversial Scenario in the Gathering of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order“, *Utrecht Law Review* 1/2014.
- Murphy, C., „The European evidence warrant: mutual recognition and mutual (dis)trust?“, *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*, Cambridge University Press 2011.
- Peers, S., *The proposed European Investigation Order: Assault on human rights and national sovereignty*, 2010, <http://www.statewatch.org/analyses/no-96-european-investigation-order.pdf>.
- Ruggeri, S., „Investigative Powers Affecting Fundamental Rights And Principles For a Fair Transnational Procedure In Criminal Matters. A Proposal Of Mutual Integration in the Multicultural EU Area“, *Crimen* 2/2012.
- Schünemann, B., „The European Investigation Order: A Rush into the Wrong Direction“, *Transnational Evidence and Multicultural Inquiries in Europe* (ed. S. Ruggeri), Heidelberg 2014.
- Schünemann, B., *Observations on the Green Paper on obtaining evidence in criminal matters from one Member State to another and securing its admissibility*, 2009, http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0004/civil_society/eurodefensor_en.pdf.
- Spencer, J. R., „The Problems of Trans-border Evidence and European Initiatives to Resolve Them“, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 9/2007.
- Шкулић, М., Бугарски, Т., *Кривично процесно право*, Нови Сад 2015. (Škulić, M., Bugarski, T., *Krivično procesno pravo*, Novi Sad 2015)
- Vernimmen, G. *et al.*, „Analysis of the future of mutual recognition in criminal matters in the European Union“, 2008, http://www.advokatsamfundet.se/Documents/Advokatsamfundet_sv/Nyheter/Slutrapport_mutual_recognition_eng.pdf.
- Vogel, J., Spencer, J.R., „Proportionality and the European Arrest Warrant“, *Criminal Law Review* 6/2010.

Milana Pisarić

Assistant Lecturer

University of Novi Sad, Faculty of Law

„FREE MOVEMENT” OF EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Summary

One of the current and important issues of criminal procedural law is a matter of accepting evidence gathered abroad and of their possible use in criminal proceedings. In this paper, author analyzed a tendency within European Union, as an organization of which member the Republic of Serbia aspires to become, of extending the effect of the principle of mutual recognition of decisions on the collection of evidence in criminal matters with cross-border elements and establishing of a regime of „free movement”, or „import/export” of evidence between Member States.

In this sense, the articles of the Directive on the European Investigation Order (EIO) were critically analyzed, as an instrument of cross-border collection of evidence for the purposes of criminal proceedings. Although the solutions contained in the Directive imply a degree of automaticity in the execution of the EIO as a consequence of the principle of mutual recognition of decisions, we believe that such automatism can not exist with regard to the admissibility of evidence, as whether or not the court in one State accepts evidence obtained through the warrant in other State depends on free assessment of evidence – otherwise, it would constitute a solution introducing elements of the legal assessment of evidence.

Key words: *Criminal procedure. – Evidence. – Mutual recognition of decisions. – European Investigation Order.*

Article history:

Received: 13. 1. 2016.

Accepted: 5. 9. 2016.