

TAJNO AUDIO I VIDEO SNIMANJE KAO KRIVIČNO DJELO I IZUZECI OD PROTIPRAVNOSTI: NORMA, PRAKSA I „STRAZBURŠKI“ STANDARDI

Pregledni naučni rad

Primljeno/Received: 26. 4. 2022.

Prihvaćeno/Accepted: 1. 11. 2023.

Davor **TRLIN**

Mila **ČOLIĆ**

Sažetak

Krivično zakonodavstvo u Bosni i Hercegovini sadrži impozantan broj krivičnih djela, među kojima je i protivpravno sačinjavanje tajnih audio i video snimaka, koje u posljednje vrijeme veoma privlači pažnju javnosti. U ovom radu ćemo pokušati dati odgovor na pitanje da li je ipak nekada dopušteno sačinjavati tajne audio i video snimke, te ako je odgovor potvrđan, kada je to moguće. Odgovor na to pitanje ćemo tražiti, uz pomoć metoda istraživanja normativnog okvira, domaće sudske prakse, komparativne sudske prakse, te prakse Evropskog suda za ljudska prava u Strazburu i njenom konstruktivnom javnog interesa. Tako ćemo predstaviti nekoliko odluka Ustavnog suda Bosni i Hercegovini i redovnih sudova u Bosni i Hercegovini, kako bismo mogli izvesti zaključak da li se i u kojoj mjeri poštuju „strazburški“ standardi u primjeni prava od strane domaće pravosuđe. Takođe ćemo komparirati normativna rješenja iz Bosne i Hercegovine sa istim ili sličnim iz susjednih država, konkretno Republike Hrvatske i Republike Srbije, koja baštine isti, jugoslavenski pravni sistem, te poput Bosne i Hercegovine prolaze (Republika Srbija) ili su u najvećoj mjeri prošle (Republika Hrvatska) proces usklađivanja nacionalnog zakonodavstva sa pravom Evropske unije i pravom Savjeta Evrope.

Ključne riječi

Neovlašteno snimanje, neovlašteno prisluškivanje, javni interes, sloboda izražavanja, pravo na privatnost, strazburški standardi

UVOD

Najpoznatiji historijski slučaj snimanja radi otkrivanja afere je slučaj „Watergate“. U Sjedinjenim Američkim Državama, postoje zakoni, na centralnom nivou i na nivou država, koji regulišu potajno snimanje oralnog, telefonskog razgovora, te drugih oblika komunikacija. Tajno snimanje razgovora određenog lica regulisano je zakonima države u kojoj ona snima, osim ako savezni zakon više štiti privatnost. Savezni zakon o prisluškivanju i većina državnih zakona koji regulišu tajne snimke dozvoljavaju tajno snimanje kada jedna strana (ili više njih, u nekim državama)

pristane. Pristanak se može dati implicitno kada jedna strana u komunikaciji snima drugu; može se napraviti i kada potrošač ostane na liniji za “pomoć” nakon što mu se saopšti obavezno “ovaj razgovor može biti snimljen u svrhu osiguranja kvaliteta”. Ili, pristanak može biti izričit, kao kada reporterov izvor pristane da govori “za zapisnik” za vijest. Evropska unija ima neke od najstrožijih zakona u vezi sa snimanjem, ali oni su legalni sve dok su ispunjeni određeni uslovi.

Kompanije ili organizacije koje posluju u državama članicama Evropske unije dužne su da poštuju pravila navedena u Opštim propisima Evropske unije o zaštiti podataka (GDPR) od 25. 05. 1918. godine. U Austriji, ako je lice bilo učesnik u razgovoru, tajno snimanje nije krivično djelo. Ali snimanje privatnih razgovora trećih lica jeste. U oba slučaja, naknadno objavljivanje ili stavljanje u promet audio snimka bez pristanka snimljene osobe je takođe krivično djelo. U Njemačkoj, snimanje telefonskog razgovora bez pristanka dvije ili, kada je primjenjivo, više strana je krivično djelo prema čl. 201 njemačkog krivičnog zakona-kršenje povjerljivosti izgovorene riječi. Prisluškiavanje telefona od strane vlasti mora odobriti sudija. Ako je druga osoba u Ujedinjenom Kraljevstvu Velike Britanije i Sjeverne Irske, snimila nečiji razgovor bez pristanka te osobe, pravno gledano, ne može se mnogo učiniti, osim građanske tužbe, gdje bi se potencijalno mogla dobiti isplatu štete ako se mogne dokazati da je privatnost tog lica narušena. Pravni aspekt se znatno pojačava ako neko podijeli snimak bez pristanka lica u razgovoru.

2. UOPŠTENO O SLOBODI IZRAŽAVANJA

Sloboda govora i štampe najčešće se naziva slobodom izražavanja (Dimitrijević i Paunović, 1997). Predstavlja jedno od najvažnijih čovjekovih prava i istovremeno jedan od temelja demokratskog društva i uslova za ukupni društveni napredak, pa je stoga i predmet normiranja u više međunarodnih pravnih akata (Miličević, 2007). Pravo na slobodu izražavanja je prepoznato kao ljudsko pravo još u Univerzalnoj deklaraciji o ljudskim pravima. Ono je takođe dio brojnih međunarodnih dokumenata. Mnoge države imaju ovo pravo u katalozima ljudskih prava u svojim ustavima. Član 10. Evropske konvencije o ljudskim pravima i osnovnim slobodama iz 1950. (u daljem tekstu: Konvencija), koja je za ovaj rad najrelevantnija, predviđa pravo na slobodu izražavanja i informacija, uz određena ograničenja koja su „u skladu sa zakonom“ i „neophodna u demokratskom društvu“. Ovo pravo uključuje slobodu mišljenja, te primanja i prenošenja informacija i ideja. Član 10. štiti ne samo pravo na slobodu izražavanja, već i pravo na mišljenje. Prema međunarodnom pravu, kako je navedeno u članu 19. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966), pravo mišljenja je apsolutno. To nije slučaj, budući da čl. 10 (2) Konvencije, koji predviđa ograničenja, se odnosi na „ostvarivanje ovih sloboda“, očigledno pokriva sve slobode zaštićene članom 10 (1).

3. ODNOS SLOBODE IZRAŽAVANJA I PRAVA NA PRIVATNOST

Različiti dokumenti na različit način definišu privatnost (Dragičević Prtenjača, 2013). Odbor Ujedinjenog Kraljevstva za privatnost i vezana pitanja usvojio je 1990. godine definiciju privatnosti kao „pravo pojedinca da bude zaštićen od zadiranja u svoj privatni život i poslove ili život i poslove svoje porodice, fizičkim sredstvima ili objavljivanjem informacija“ (Maralyan, 2012), dok australijska Povelja privatnosti iz 1994. godine, navedeno pravo definiše kao „autonomiju pojedinca i kao ograničenje prava države i privatnih organizacija da zadiru u tu autonomiju“ koja je zajamčena u slobodnom i demokratskom društvu. Privatni prostor je onaj „u koji niko nema pravo ući“ (Harris, J. & O’Boyle, M. i Warbric, C., 2009). Shvatanje da je privatnost pravo pojedinca da ga se pusti na miru su 1890. godine razradili sudija Louis Brandeis i advokat Samuel Warren (Warren, S. D. & Brandeis, L. D., 1890).

Članom 12. Opšte deklaracije o ljudskim pravima (1948) propisano je da „niko ne smije biti podvrgnut samovoljnom miješanju u njegov privatni život, porodicu, dom ili dopisivanje, niti napadima na njegovu čast i ugled“ te da „svako ima pravo na pravnu zaštitu protiv takvog miješanja ili napada“. Navedeno je pravo regulisano i članom 17. Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima (1966). Konvencija ovo pravo jamči članom 8., prema kojem je svakome zajamčeno pravo na poštovanje njegovog privatnog i porodičnog života, doma i dopisivanja (član 8. stav 1. Konvencije). Sljedećim stavom je zabranjeno javnoj vlasti miješanje odnosno zadiranje u prava iz stava 1. osim ako je takvo zadiranje nužno u demokratskom društvu, radi interesa državne sigurnosti, javnog reda i mira, gospodarske dobrobiti zemlje, sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih (član 8 stav (2) Konvencije).

Sudovi moraju uravnotežiti član 8, koji propisuje pravo na privatnost, sa članom 10, koji garantuje pravo na slobodu izražavanja. U predmetu *Axel Springer protiv Njemačke* (2012), Veliko vijeće Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) je načelno navelo da član 10. i član 8. zaslužuju „jednako poštovanje“, te se zato od ESLJP može zahtijevati da provjeri da li su domaći organi uspostavili „pravičnu ravnotežu“ kada ove dvije vrijednosti dođu u sukob. S tim u vezi, Veliko vijeće je objavilo svoj standard revizije: tamo gdje su domaći sudovi izvršili odgovarajuću ravnotežu u skladu s principima člana 10, ESLJP će zahtijevati „jake razloge“ da svoje stavove zamijeni stavovima domaćih sudova (citirajući *MGN Limited protiv Ujedinjenog Kraljevstva* i *Palomo Sánchez protiv Španije*). ESLJP je zatim nastavio sa postavljanjem šest kriterija za takvu vježbu balansiranja i primijenio je analizu njemačkih sudova: a) doprinos debati od opšteg interesa; b) koliko su poznati lice i predmet; c) prijašnje ponašanje lica; d) metod prikupljanja informacija i njena istinitost; e) forma sadržaja i konsenkvence publikacije i f) okrutnost sankcije.

Granica između prava na privatnost i slobode izražavanja nije određena nijednim državnim propisom. ESLJP uzima kod utvrđivanja povrede na privatnost nekoliko činjenica u obzir, i to: - okolnosti pod kojima je fotografija sačinjena, - način na koji je sačinjena: tajno i bez pristanka, - stepen miješanja u privatni život. Najintimnija sfera privatnosti je zaštićena ako se radi o informaciji koja nije od javnog značaja. Prema praksi ESLJP, ličnosti od javnog značaja su nosioci državnih, političkih i javnih funkcija, a taj interes uvijek utvrđuje konkretna država. Presude ESLJP u pogledu neovlaštenje zvučne registracije i prisluškivanja su većinom vezane za procesna pravila. Ali, u dva predmeta je ESLJP ocijenjivao kvalitet zakona, odnosno usklađenost njihovih odredbi sa odredbama Konvencije. U predmetu *Klass i ostali protiv Njemačke* (1978), ESLJP je utvrdio da je zakon kojim je regulisano nadziranje pojedinaca dovoljno određen i precizan i da je postupak kojim je regulisano nadziranje i kojim se osigurava da sve mjere nadzora budu u skladu sa zakonom, u skladu s odredbama Konvencije i da ne predstavlja povredu člana 8. Konvencije. Suprotan stav, ESLJP je zauzeo u predmetu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984). U ovom predmetu je ESLJP utvrdio povredu člana 8. Konvencije, jer je tokom kriminalističkog istraživanja proveden tajni nadzor nad podnosiocima zahtjeva putem policijskog presretanja telefonskih razgovora (prisluškivanja) i popisivanja brojeva koji su birani s konkretnog telefonskog aparata. Sud je utvrdio da je propis kojim se uređuje policijsko prisluškivanje nedovoljno precizan da bi bio u skladu sa članom 8. Konvencije, te da bilježenje poziva i upotreba na taj način dobijenih podataka, te prisluškivanje, bez postojanja dovoljne zakonske regulative kojom se uređuje takvo postupanje ili bez dobijenog pristanaka osobe čiji se pozivi bilježe, predstavlja neopravdano zadiranje u privatnost te povredu člana 8. Konvencije (Gomien, 2007).

U savremenom društvu se sve više informišemo putem internet portala. Ta je činjenica uticala i na slobodu izražavanja, na primjenu i davanje informacija. Budući da mediji lakše i brže primaju i daju informacije, na taj način se i vrše izmjene i na metode formiranja mišljenja. Ovakve

promjene utiču na povećavanje rizika za napade na pravo na privatnost. Ovo se posebno odnosi na pasivnu legitimaciju za tužbu ili na adresata zahtjeva za demanti.

4. ULOGA SUDOVA PRI UTVRĐIVANJU JAVNOG INTERESA

U odlukama ESLJP (Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 6538/74, presuda od 26 aprila 1979; Jersild protiv Danske, zahtjev broj 15890/89, presuda od 23 septembra 1994; De Haes i Gijssels protiv Belgije, zahtjev broj 19983/92, presuda od 27 februara 1994; Thoma protiv Luksemburga, zahtjev broj 38432/97, presuda od 29 marta 2001; Paturel protiv Francuske, broj 54968/00, presuda od 22 decembra 2005 i Von Hannover protiv Njemačke, broj 2, zahtjevi broj 40660/08 i 60641/08, presuda od 07 februara 2012) se pitanje javnog interesa pojavljuje, u principu, u kontekstu medijskih sloboda. Kao što je ESLJP jasno istakao, sloboda izražavanja i pravo na primanje i prenošenje informacija su suštinski osnov demokratskog društva i shodno tome im se pridaje značajna težina. U predmetu *Sunday Times protiv UK* (1979) navedeno je da: „Sloboda izražavanja predstavlja jedan od bitnih osnova demokratskog društva.....primjenljiva je ne samo na „informacije“ ili „ideje“ koje su pozitivno prihvaćene ili se smatraju neuvredljivim ili kao pitanje ravnodušnosti, već i kao onima koji vrijeđaju, šokiraju ili uznemiruju. Sloboda izražavanja, kako je sadržana u članu 10, podliježe brojnim izuzecima koji se, međutim, moraju usko tumačiti i uvjerljivo utvrditi neophodnost bilo kakvog ograničenja.“ . “Ovi principi su od posebne važnosti što se tiče štampe. Iako ne smije prekoračiti granice postavljene, između ostalog, u “interesima nacionalne sigurnosti” ili za “održavanje autoriteta pravosuđa”, ipak je obaveza na njemu da prenosi informacije i ideje o pitanjima od javnog interesa. Ne samo da štampa ima zadatak da prenosi takve informacije i ideje: javnost ima pravo da ih primi. Da je inače, štampa ne bi mogla igrati svoju vitalnu ulogu ulogu „javnog čuvara“. Međutim, sloboda izražavanja i pravo na primanje i širenje informacija nisu apsolutna prava. Oni mogu biti ograničeni, ali samo tamo gdje se može pokazati da je ograničenje neophodno i proporcionalno. Budući da pokretanje krivičnog gonjenja može biti ograničenje ovih prava, tužiocima moraju pažljivo razmotriti ove uslove u svakom slučaju.

Prema praksi ESLJP, koju ćemo detaljnije analizirati u redovima koji slijede, tajno snimanje nije krivično djelo ukoliko sud procijeni da je bila riječ o javnom interesu (Radio Twist A. S. protiv Slovačke, presuda broj 62202/00 od 19 decembra 2006, stav 52 i Haldimann i ostali protiv Švicarske, stavovi 56-58). Tada javni interes nadilazi pravo na privatnost. Sudovi ocjenjuju da li se radilo o javnom interesu, od slučaja do slučaja. Fotografisati tajno političara na ljetovanju sa ljubavnicom i objaviti slike u časopisu kao takvo, potpada pod kršenje prava na privatnost¹. Ali, ako je to ljetovanje plaćeno iz budžetskih sredstava, onda je svakako riječ o objavljivanju slike radi informisanja javnosti. Najprecizniji način na koji sudovi mogu utvrditi da li se radi o javnom interesu² je da ispituju karakter novca. Ako je riječ o nenamjenskom

¹ Prema presudi Evropskoga suda za ljudska prava Von Hannover protiv Njemačke (zahtjev broj 59320/00 od 24. juna 2004), javna osoba snimljena na javnom mjestu ima pravo na zaštitu privatnosti i tako sačinjena snimka može predstavljati povredu člana 8., ukoliko nije snimljena u javnom interesu, već samo u svrhu zabavljanja čitalaca.

² Ni u pravnoj teoriji ni u praksi Evropskog suda za ljudska prava ne postoji opšteprihvaćena definicija javnog interesa. Takođe je nema u bosanskohercegovačkom pravnom sistemu, ali ni u praksi Ustavnog suda Bosne i Hercegovine. Ovo je slučaj i sa ostalim pravnim sistemima u Evrokontinentalnom pravnom krugu. Kada zakonodavni organ usvoji zakon u kojem navede da nešto treba biti „u javnom interesu“, to je onda u primjeni ostavljeno upravnim i sudskim organima na diskrecionu ocjenu, te zavisi od okolnosti slučaja. Oni onda moraju u svom odlučivanju odrediti šta je najbolji interes javnosti generalno. Kao

trošenju budžetskih sredstava, npr. u svrhe političke trgovine, onda se svakako radi o javnom interesu.

5. PRAKSA EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA KOJA SE ODNOSI NA NEOVLAŠTENI SNIMANJE

Potrebno je naglasiti da se presude ESLJP u pogledu neovlaštene zvučne registracije i prisluškivanja, prvenstveno odnose na proceduralna pitanja i prava koja su zagarantovana u krivičnom postupku, gdje se posebno ističu dva ključna predmeta koja su se pojavila pred ESLJP; predmet *Klass i drugi protiv Njemačke* (1978) te *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (1984) u kojim predmetima je sud odlučivao o kvalitetu zakona, odnosno o usklađenosti njihovih odredaba s odredbama Konvencije (Dragičević Prtenjača, 2013). Od naročitog značaja su i presude *Radio Twist A. S. protiv Slovačke* (2007) i *Haldimann i ostali protiv Švicarske* (2015), u kojima je presuđeno da su novinari opravdano snimali, budući da je interes javnosti bio u pitanju. Važno je da ni jedno lice ne bude vrijeđano i da ono što je objavljeno bude u cilju zaštite javnog poretka. Takvo objavljivanje služi raspravi o bitnim stvarima u javnosti.

U presudi *Haldimann i ostali protiv Švicarske* (Zahtjev broj 21830/09, presuda od 24. februara 2015, stav 50), ESLJP je iznio sljedećih šest kriterijuma koje je potrebno ispitati kada se utvrđuje da li je postignuta ravnoteža između slobode izražavanja i prava na privatni život: 1) doprinos raspravi od opšteg interesa, 2) može li se određena osoba smatrati javnom osobom i predmet reportaže/dokumentarca, 3) ranije ponašanje lica, 4) način na koji se došlo do informacije, 5) stepen ozbiljnosti, oblik i uticaj reportaže/dokumentarca i 6) izrečena sankcija. Sud je sve ove kriterijume primijenio na konkretni predmet, uzimajući u obzir specifičnosti slučaja osobe koje su sudjelovale u događaju. Agent osiguranja nije bio lice poznato javnosti. Sporni dokumentarac nije bio usmjeren na agenta lično nego na otkrivanje načina na koji posluju osiguravajuća društva. ESLJP je primijetio kako je nedovoljna zaštita potrošača prilikom prodaje životnog osiguranja, što je bilo predmet dokumentarca predstavljao dio vrlo zanimljive javne rasprave. Zaštita prema članu 10. Konvencije u odnosu na izvještavanje o temama važnim za interes javnosti zavisi od toga da li su podnosioci aplikacije postupali u dobroj vjeri i na osnovu činjenica te su pružili „pouzdana i jasne“ informacije u skladu sa novinarskom etikom. Podnosioci aplikacije su zamaglili agentovo lice i izmijenili njegov glas, a razgovor se nije odvijao u uobičajenim službenim prostorijama agenta osiguranja, što su bili odlučujući faktori da ESLJP ustanovi da miješanje u agentov privatni život nije postiglo toliko stepen ozbiljnosti da bi se moglo smatrati važnijim od interesa javnosti koji se u ovom slučaju odnosio na dobivanje informacija o mogućim zloupotrebama u poslovanju osiguravajućih društava.

1996. godine je *Radio Twist* (Radio Twist protiv Slovačke, zahtjev broj 62202/00, presuda od 19. decembra 2006) emitovao nezakonito snimljen telefonski razgovor o angažmanu policijskih snaga tokom borbe za prevlast u najvećoj osiguravajućoj kući u Slovačkoj, vođen između tadašnjeg slovačkog ministra finansija, koji je bio i dopremijer, i državnog sekretara Ministarstva pravde Slovačke. U Slovačkoj su sudovi ustanovili da je objavom snimka Radio Twist narušio privatnost državnog sekretara Ministarstva pravde. Radio Twist se obratio ESLJP,

ilustracija (indirektnog) definisanja javnog interesa može poslužiti Zakon o slobodi informacija SAD-a koja zahtijeva od administrativnih službenika da se odreknu ili smanje naknade koje se naplaćuju za pokrivanje troškova umnožavanja traženih dokumenata ako je „otkrivanje ... u javnom interesu jer je vjerovatno da će doprinijeti značajno za javno razumijevanje operacija ili aktivnosti vlade i nije prvenstveno u komercijalnom interesu podnosioca zahtjeva.“ Vidjeti: Freedom of Information Act, 5 USC, paragraph 552 (a)(4)(A)(iii)

koji je uvažio aplikaciju te ustanovio da su stavovi slovačkih sudova bili neosnovani. ESLJP je ovom prilikom konstatovao (Zahtjev broj 62202/00, presuda od 19. decembra 2006, stav 58) “Sud ne može prihvatiti taj zaključak. Posebno se mora primijetiti da je predmetni telefonski razgovor vodilo dvoje visokih državnih službenika, državni sekretar u Ministarstvu pravde s jedne strane i zamjenik premijera i ministar finansija s druge strane. Kontekst i sadržaj razgovora bili su, dakle, očigledno politički i Sud nije u stanju prepoznati bilo kakvu dimenziju privatnog života u spornim događajima. Stoga je primjenjiv poseban standard tolerancije uspostavljen u sudskoj praksi Konvencije. Sud isto tako nalazi da pitanja koja se tiču upravljanja i privatizacije državnih preduzeća nesumnjivo i po definiciji predstavljaju stvar od općeg interesa. To je još i više u periodima ekonomske i političke tranzicije. U okolnostima ovog slučaja nije relevantno da li je snimak bio jasan i da li je povod za dalju javnu raspravu”. ESLJP, nadalje, “nije uvjeren da sama činjenica da je snimak pribavila treća osoba, suprotno zakonu” Radio Twist “može lišiti zahtijeva zaštite članka 10. Konvencije” (Zahtjev broj 62202/00, presuda od 19. decembra 2006, stav 62) te konstatuje da “nema naznaka da su novinari Radio Twista postupali u lošoj vjeri ili da su slijedili bilo koju drugu svrhu osim izvještavanja o stvarima za koje su se osjećali obavezu da ih učine dostupnima javnosti”.

O pravu na privatnost rješavao je Evropski sud za ljudska prava i u predmetu *Niemietz protiv Njemačke* (Zahtjev broj 13710/88, presuda od 16. decembra 1992, stav 29) zauzeo stav u pogledu pojma privatnog života. Naime, privatni život ne obuhvaća samo tzv. „inner circle“ (unutrašnji krug) pojedinca, nego se pod ovim pojmom razumijevaju i druge veze s okolinom i odnosi s drugim ljudima. To iz razloga što privatni život obuhvaća i slobodu uspostavljanja veza s drugima, a što je socijalni nastavak na temeljni unutrašnji krug pojedinca. U predmetu *McFeeley protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Zahtjev broj 8317/18, presuda od 15. maja 1980) Evropska komisija za ljudska prava je naglasila važnost odnosa i veza s drugima ljudima, zaključujući da pravo na privatni život imaju i zatvorenici te im je potrebno omogućiti određeni stupanj uspostavljanja odnosa s drugima. Sud je zauzeo stajalište da nadziranje osoba na javnim mjestima uporabom sredstava za fotografiranje u pravilu ne predstavlja zadiranje u privatnost pojedinca i miješanje u njegov privatni život, ali snimanje, pohrana ili upotreba tih podataka mogu predstavljati povredu člana 8. Konvencije.

U predmetu *Becker protiv Norveške* (Zahtjev broj 21272/12, presuda od 05. januara 2018), u kojem je novinarka je obavezana na pružanje dokaza za otkrivanje njenog izvora. Posljedice tog naloga, u konkretnom slučaju, imajući u vidu značaj slobode štampe u vezi sa zaštitom novinarskog izvora, kako objelodanjivanje nije bilo opravdano važnim zahtjevom javnog interesa, došlo je do povrede člana 10. Konvencije (Zahtjev broj 21272/12, presuda od 05. januara 2018, stavovi 82-84). U slučaju *Barbulescu protiv Rumunije* (Zahtjev broj 61496/08, presuda od 12. januara 2016, nadzor komunikacija u okviru preduzeća i sadržaj je korišćen prilikom disciplinskog postupka. Apelant nije prethodno obaviješten o mogućem nadziranju i prirodi i srazmjeri nadzora niti je postojao konkretan razlog za tu mjeru. U presudi *Von Hannover protiv Njemačke* (Zahtjev broj 59320/00, presuda od 24. juna 2004) sud je utvrdio povredu prava na privatnost princeze Karoline od Monaka, koju su slikali njemački paparazzi na javnom mjestu. U presudi *Schenk protiv Švajcarske* (Zahtjev broj 10862/84, presuda od 12. jula 1988, stav 48) utvrđeno je da ne postoji dokazna zabrana korišćenja nezakonitih dokaza, ali da će se način na koji je dokaz pribavljen i njegova uloga u suđenju ispitivati u kontekstu pravičnosti suđenja u cjelini. *Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Zahtjev broj 35394/97, presuda od 04. oktobra 2000, stav 40) sadrži jednoznačan stav da prisluškivanje, obzirom na mogućnost osporavanja pred sudom, ne pokreće *per se* pitanje prava iz člana 6. Konvencije. Prema presudi *Dragojević protiv Hrvatske* (Zahtjev broj 68955/11, presuda od 15. januara 2015, stav 130),

nalozima za mjere tajnog nadzora nisu bili odgovarajuće obrazloženi, a da bi miješanje u prava iz člana 8. Konvencije bilo opravdano moraju biti u skladu sa zakonom, u konvencijskom smislu, teži ostvarenju legitimnog cilja i biti nužni u demokratskom društvu. U predmetu *Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Zahtjev broj 44674/98, presuda od 28. aprila 2003, stavovi 80 i 81), ukazano je da načelo predvidljivosti u kontekstu snimanja na javnom mjestu od strane kamera podrazumijeva da je osoba dala saglasnost za snimanje jer je to predvidljivo i očekivano. Načelo proporcionalnosti uključuje ispitivanje svrsishodnosti i opravdanosti sa stanovišta javnog interesa. Presuda *Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (Zahtjev broj 63737/00, presuda od 17. oktobra 2003, stavovi 43 i 49), determinira da čak i snimanje u policijskoj stanici koje se koristilo za identifikaciju pokreće pitanja iz člana 8. Konvencije, jer država u tom slučaju nije primijenila domaće pravo. Prema presudi *Bašić protiv Hrvatske* (Zahtjev broj 22251/13, presuda od 25 oktobra 2016, stav 43), razina javnog interesa za istraživanje i kažnjavanje za predmetno krivično djelo se može uzeti u obzir i razmotriti protiv pojedinačnog interesa da se dokazi protiv aplikanta prikupe na zakonit način.

6. INKRIMINACIJA NEOVLAŠTENOG SNIMANJA U BIH

U BiH, sva četiri krivična zakonodavstva (BiH, RS, FBiH i BD BiH) inkriminišu neovlašteno snimanje i neovlašteno fotografisanje kao posebna krivična djela³. Djelo neovlaštenog prisluškivanja i tonskog/zvučnog snimanja čini onaj ko posebnim uređajima neovlašteno prisluškuje ili tonski snimi razgovor ili izjavu koja mu nije namijenjena, ili omogući nepozvanom licu da se upozna sa razgovorom ili izjavom koja je neovlašteno prisluškivana ili snimana, kazniče se novčanom kaznom ili kaznom zatvora do jedne godine. Poseban oblik djela u KZ RS čini onaj ko tonski snimi izjavu koja je njemu namijenjena, bez znanja i odobrenja onoga ko je daje, u namjeri da takvu izjavu zloupotrijebi, ili ko omogući nepozvanom licu da se upozna sa takvom izjavom. Teži oblik postoji ako učini službeno lice u vršenju službe. Zapriječena sankcija za osnovni oblik djela je novčana kazna ili kazna zatvora do jedne godine u KZ RS, odnosno do tri godine u KZ FBiH i KZ BD BiH, dok je za teži oblik djela zapriječena kazna zatvora od 6 (šest) mjeseci do 3 (tri) godine u KZ RS, odnosno do 5 (pet) godina u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH. Što se tiče neovlaštenog fotografisanja/optičkog snimanja, krivično djelo čini ko neovlašteno sačini fotografski, filmski ili drugi snimak nekog lica ili njegovih prostorija bez njegove saglasnosti, povređujući time posebno njegovu privatnost, ili ko takav snimak preda ili pokazuje trećem licu ili mu na neki drugi način omogući da se s njim upozna. Teži oblik postoji ako djelo učini službeno lice u vršenju službe. Zapriječena sankcija za osnovni oblik djela je novčana kazna

³ Krivična djela neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja i neovlaštenog fotografisanja inkriminirani su članovima 155 i 156 Krivičnog zakonika Republike Srpske ("Sl. glasnik RS", br. 64/2017, 104/2018 - odluka US, 15/2021, 89/2021 i 73/2023) (u daljem tekstu: KZ RS), članovima 188 i 189 Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine ("Sl. novine FBiH", br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023) (u daljem tekstu: KZ FBiH), članom 147a Krivičnog Zakona BiH ("Sl. glasnik BiH", br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023) za službeno ili odgovorno lice u institucijama BiH (u daljem tekstu: KZ BiH) i članovima 185 i 186 Krivičnog zakona Brčko distrikta BiH ("Sl. glasnik Brčko distrikta BiH", br. 19/2020 - prečišćen tekst) (u daljem tekstu: KZ BD BiH). U svim pobrojanim zakonima, navedeni članovi se nalaze u glavi posvećenoj krivičnim djelima protiv sloboda i prava građana.

ili kazna zatvora do jedne godine u KZ RS, odnosno do tri godine u KZ FBiH i KZ BD BiH, dok je za teži oblik djela zapriječena kazna zatvora od 6 mjeseci do 3 godine u KZ RS, odnosno do 5 godina u KZ BiH, KZ FBiH i KZ BD BiH. Za razliku od KZ FBiH i KZ BD BiH, KZ RS ne sadrži u odredbama ovih krivičnih djela stavove u vezi snimanja maloljetnika u pornografske svrhe iz razloga što je u KZ RS posebna glava posvećena toj grupi krivičnih djela⁴. U Republici Srpskoj je ove godine u Krivični zakonik dodan član koji predviđa kaznu za zloupotrebu fotografija i snimaka spolno eksplicitnog sadržaja, dok u F BiH za sada postoji samo prijedlog izmjena da se ovakvo postupanje učini krivičnim djelom.

Kada se govori o neovlaštenom prisluškivanju i tonskom snimanju, bitno je shvatiti da se djelom štiti lični, privatni život čovjeka, potreba da se čovjeku osigura sloboda i spontanost u komunikaciji s drugima (Babić i Marković, 2005). Najprostije rečeno, djelo obuhvata neovlašteno upadanje u čovjekov privatni život i iskorištavanje onoga što je saznato. Ovo djelo je relativno novo, a uvedeno je u jugoslovensko krivično zakonodavstvo 1977. godine⁵. Radnja je postavljena alternativno. Radi se o svojevrsnom špijuniranju čovjekovog života, a opasnost ovog djela povećavaju i prisutne mogućnosti zloupotreba i manipulacija, što omogućavaju savremena tehnička sredstva reprodukcije glasa, montiranjem i stavljanjem u druge kontekste, što može dobiti i sasvim drugi smisao (Babić i Marković, 2005). Ovo krivično djelo može se učiniti samo sa umišljajem koji treba da obuhvata svijest da se neovlašteno prisluškuje odnosno tonski snima razgovor ili izjava koja nije namijenjena javnosti (Sokolović i Krajina, 1981). Što se tiče neovlaštenog fotografisanja, za postojanje djela neophodno je da se na navedeni način osjetno povređuje privatnost pasivnog subjekta. Riječ je o normativnom obilježju djela koje sud treba utvrditi, što posebno zavisi od značaja činjenica koje su predmet učinjene fotografije i snimka (Babić, Marković, 2005). Ovim krivičnim djelom takođe se štiti sloboda čovjeka, posebno njegova intimna sfera života, tako da u stvari ima donekle i karakter delikta indiskrecije, pa bi ovo krivično djelo s obzirom na to mogli uvrstiti i u krivična djela protiv časti i ugleda (Sokolović i Krajina, 1981). Kada je počinitelj djela osoba koja nije snimila takav snimak, ali je upotrebljava ili prosljeđuje, tada mora biti svjesna činjenice da je snimak nastao pod inkriminirajućim okolnostima.

U publikaciji „Preporuke za zaštitu privatnosti u izvještajima medija“ (<https://bhnovinari.ba/bs/2014/01/27/preporuke-za-medijsku-privatnost-i-medijski-izvjestaj/>, 2022) objavljenoj na stranici BH novinara, navodi se da bi novinari trebalo da pribjegavaju tajnom snimanju tek kada iscrpe sve druge metode i kada se radi o interesu javnosti. „Sadržaj privatne komunikacije političara koja je snimljena sa ekrana komunikacionih uređaja uz pomoć dugih objektivna ili razgovora slušanih iz daleka pomoću pojačanih mikrofona mediji mogu da koriste u sasvim izuzetnim slučajevima kada postoji interes javnosti koji preteže (kao što su slučajevi korupcije ili pronevere u koje su umešani visoko rangirani političari) i samo ako se te informacije koje će se prikupljati ne mogu pribaviti ni na koji drugi manje intruzivan način. Čak i pod ovim posebnim uslovima, odluka da se snime i/ili objave informacije prikupljene na takav nekorektan način treba da se donese na najvišem nivou izvršnog rukovodstva medija“, navodi se u publikaciji. Pravilnik BIRN-a o radu novinara nalaže da se projekti koji uključuju rad u tajnosti ili tajno

⁴ Glava XV KRIVIČNA DJELA SEKSUALNOG ISKORIŠTAVANJA I ZLOSTAVLJANJA DJETETA, član 175 KZ RS Iskorištavanje djece za pornografiju.

⁵ Član 195. Krivičnog zakona SFRJ (("Službeni list SFRJ", br.44/76-1329, 36/77-1478)

snimanje mogu vršiti samo uz direktorovu saglasnost, a BIRN u svojoj skupštini ima i advokata za provjeru istraživanja i pravno osjetljiva pitanja. Kodeks za štampu i online medije u BiH definisao je interes javnosti kao postupak i/ili informacija kojima je namjera pomoći javnosti u donošenju ličnog mišljenja i odluka o pitanjima i događajima, uključujući i napore otkrivanja krivičnog djela i/ili prekršaja, te spriječiti zavođenje javnosti nekom izjavom ili postupkom pojedinca ili organizacije⁶.

7. INKRIMINACIJA NEOVLAŠTENOG SNIMANJA U REPUBLICI HRVATSKOJ

Kaznenim zakonom Republike Hrvatske (u daljem tekstu: KZ RH) propisani su članovi Neovlašteno zvučno snimanje i prisluškivanje i Neovlašteno slikovno snimanje⁷. Oba navedena kaznena djela su kaznena djela protiv privatnosti i nalaze se u glavi XIV koja štiti privatnost kao pravno dobro, po uzoru na njemačko zakonodavstvo. Prijašnja inkriminacija u KZ RH uprkos činjenici da se njome štutila privatnost, nalazila se u glavi XI među kaznenim djelima protiv slobode i prava čovjeka i građanina. Osoba koja zvučno snimi neki razgovor čini kazneno djelo prema ukoliko je to snimanje neovlašteno i kada su snimljene „nejavno izgovorene riječi drugoga“ ili ukoliko neovlašteno prisluškuje posebnim napravama „nejavno izgovorene riječi drugoga koje mu nisu namijenjene“⁸ Počinilac je i osoba koja tako snimljene riječi učini dostupne drugima ili ih upotrijebi, i osoba koja prisluškivane riječi doslovce ili u bitnim crtama javno iznese⁹. Djelo se, dakle, može počinuti na četiri različita načina. Snimanjem tuđih izgovorenih riječi koje nisu namijenjene javnosti, prisluškivanjem drugoga posebnim napravama, upotrebom tako dobijenih snimaka ili njihovim davanjem drugim osobama te javnim iznošenjem tuđih riječi do koji se došlo prisluškivanjem. Za sva navedena ponašanja predviđena je kazna do tri godine zatvora. Kvalifikovani oblik ovog djela predviđe je za slučajeve kada navedene radnje učini službena osoba u obavljanju službe ili javne ovlasti, a za koji oblik je predviđena teža sankcija, kazna zatvora od šest mjeseci do pet godina¹⁰. Novina u odnosu na ranije uređenje je, da je izrekom predviđena kao poseban razlog isključenja protipravnosti situacija kada su radnje opisane u osnovnom obliku djela „učinjene u javnom interesu ili drugom interesu koji je pretežniji od interesa zaštite privatnosti snimane ili prisluškivane osobe“¹¹.

Što se smatra pretežito javnim interesom u vezi ovog krivičnog djela, rečeno je u Obrazloženju radne skupine za izradu nacrta prijedloga Kaznenog zakona u kojem je navedeno da „snimanje

⁶ Član 1. Kodeksa za štampu i online medije u BiH, <https://vzs.ba/kodeks-za-stampane-i-online-medije-bih/> (očitanje 18. 09. 2023.)

⁷ Članak 143. i 144. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

⁸ Članak 143. stav 1. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

⁹ Članak 143. stav 2. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

¹⁰ Članak 143. stav 3. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

¹¹ Članak 143. stav 4. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

koje se čini sa svrhom otkrivanja kaznenog djela čije je otkrivanje u javnom interesu“ jest pretežito javni interes. S druge strane se u obrazloženju navodi da će se drugi interes koji je pretežniji od privatnog interesa pojedinca koji je sniman ili prisluškivan, utvrđivati vaganjem tih interesa u svakom konkretnom slučaju. Djelo se može počinuti na javnom i nejavnom mjestu, jer ova inkriminacija nije vezana za mjesto na kojem su izrečene nejavno izgovorne riječi, nego za osobe koje ih izgovaraju i kojima (ni)su namijenjene. Predviđeno je pokretanje krivičnog postupka po prijedlogu za progon kada počinitelj nije službena osoba, za oba krivična djela. Analogno rješenju u inkriminaciji Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja i kod Neovlaštenog slikovnog snimanja predviđeno je oduzimanje posebnih naprava i snimljenih snimaka (*instrumenta i producta sceleris*).

Za razliku od inkriminacije u pogledu zvučnog snimanja i prisluškivanja kod Neovlaštenog slikovnog snimanja, nije predviđen kao poseban razlog isključenja protipravnosti počinjenje djela u javnom ili drugom interesu koji je pretežniji od privatnog interesa osobe koja je snimljena. Zašto je tome tako, ostaje samo nagađati (Dragičević Prtenjača, 2014). Iako nema izrekom propisanog posebnog razloga isključenja protipravnosti kao kod Neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja, mogu se primijeniti neki opšti razlozi isključenja protipravnosti. Primjera radi, postupanje osobe koja snimi prijetnje drugog, kvalifikovaće se kao nužna obrana ili krajnja nužda, pa će takvo postupanje isključivati protipravnost prema odredbama iz opšteg dijela Kaznenog zakona. Inkriminacijom krivičnog djela Neovlašteno slikovno snimanje¹² štiti se samo privatnost unutar doma ili drugog prostora zaštićenog od pogleda, što nije u skladu s praksom ESLJP, koji pojam privatnog prostora veže uz pojedinca, a ne mjesta, pa i zadiranje u privatni prostor odnosno privatnost osobe koja se nalazi na javnom mjestu može predstavljati povredu člana 8. Konvencije.

Stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske je da osoba koja snima samu sebe nema zaštitu privatnosti od neovlaštenog snimanja i prisluškivanja. Zaštita ne obuhvata postupke koje ta osoba preduzima sama, svjesno ili nesvjesno i takav dokaz se može koristiti kao dokaz u krivičnom postupku. Službena osoba ne može imati zaštitu privatnosti kao i građanin i istovremeno raspolagati pravima službene osobe, tj. pravima koji proističu iz nadležnosti tijela državne vlasti. (VS RH, I Kž- 1092/06 od 1. februara 2007). Ustavni sud Republike Hrvatske je u jednoj svojoj odluci (US RH, U-III/4365/2005) izrazio pravno stajalište da se fotografije snimljene na javnim mjestima mogu slobodno objavljivati. Drugačija je praksa ESLJP, prema kojoj i javna osoba koja je snimljena na javnom mjestu ima pravo na zaštitu privatnosti i tako učinjen snimak može predstavljati povredu člana 8. Konvencije, ukoliko nije snimljena u opštem/javnom interesu, već samo u svrhu zabavljanja čitalaca (Van Hannover protiv Njemačke, zahtjev broj 59320/00 od 24. juna 2004, stav 57).

8. INKRIMINACIJA NEOVLAŠTENOG SNIMANJA U REPUBLICI SRBIJI

U Republici Srbiji ova materija nije bila na zadovoljavajući način uređena, te je Ustavni sud Republike Srbije ukinuo pojedine odredbe Zakona o vojnobezbedonosnoj agenciji i vojnoobaveštajnoj agenciji i Zakona o bezbednosno-informativnoj agenciji (u daljem tekstu:

¹² Članak 144. Kaznenog zakona Republike Hrvatske (NN 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 84/21, 114/22).

Zakon o VBA i VOA i Zakon o BIA). Ustavni sud je utvrdio da je neustavna odredba¹³, „kojom je propisano da se posebni postupci i mjere tajnog prikupljanja podataka¹⁴ (tajni elektronski nadzor telekomunikacija i informacionih sistema radi prikupljanja podataka o telekomunikacionom saobraćaju i lokaciji korisnika, bez uvida u njihov sadržaj) preduzimaju samo na osnovu naloga direktora Vojnobezbednosne agencije ili lica koje on ovlasti“, jer se time odstupa „od zajemčene nepovredivosti tajnosti sredstava komuniciranja i bez odluke suda“. Suština je u činjenici da je zakon dozvoljavao da se bez sudske odluke, samo na bazi dozvole direktora VBA, prikupljaju tzv. meta podaci o komunikaciji, kojima se ne otkriva sadržaj razgovora, već samo činjenice poput: ko je sa kim razgovarao, u koje vreme i sa kog mesta i koliko dugo (odnosno otkrivaju se samo okolnosti komunikacije).

Često se postavlja i pitanje da li se snimljeni razgovor može koristiti kao dokaz u krivičnom ili drugom pravnom postupku. Ukoliko bi snimanjem razgovora bez saglasnosti bilo učinjeno krivično delo, onda bi ovakav dokaz bio nezakonit i ne bi mogao da se koristi u postupku¹⁵. Ali, formulacija člana, po našem mišljenju, ne ide u prilog ovoj interpretaciji. Jezičko tumačenje govori da je učinilac lice kom razgovor, izjava ili saopštenje nisu namenjeni. Sagovorniku koji je učesnik komunikacije razgovor, izjava ili saopštenje jesu namijenjeni, te ovdje nema krivičnog dela. (Milošević, 2021)

Kada reporter nedeljnog lista snimi fotografiju na javnom skupu, tim fotografijama nije zadržao u privatni život oštećenog (Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 682/02 od 9. aprila 2002. godine). Takođe, u presudi Vrhovnog kasacionog suda Srbije (presuda broj: KZZ 184/2019) okrivljeni je oглаšen krivim zbog neovlaštenog fotografisanja, a drugi zbog neovlaštenog objavljivanja i prikazivanja tuđeg spisa, portreta i snimka. Prema Zakonu o javnom informisanju i medijima, propisano je da se informacija iz privatnog života može izuzetno objaviti ukoliko je interes javnosti pretežniji od zaštite privatnosti, a to je ako se odnosi na nosioce javne ili političke funkcije, a zapis se odnosi na događaj od javnog interesa i to: interes nacionalne bezbjednosti, javne sigurnosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprječavanja nereda ili zločina, zaštite zdravlja ili morala ili prava i sloboda drugih. Konkretno, ovdje je fotografisana osoba na nudističkoj plaži bez njene saglasnosti, naga, a ta osoba svojim ponašanjem nije privukla pažnju javnosti, te ne postoji javni interes za snimanje i objavljivanje fotografije, pa su stoga ispravno oглаšenim krivim.

9. NEOVLAŠTENI SNIMANJE U PRAKSI SUDOVA U BIH

Uvidom u praksu sudova i tužilaštava u Republici Srpskoj i Federaciji Bosne i Hercegovine, prikupljene u svrhu pisanja ovog rada, može se uočiti primjena Konvencije i stavova ESLJP u većini slučajeva. Razlog za to može se naći i u kontinuiranoj edukaciji koju pružaju entitetski centri za edukaciju sudija i tužilaca, a koja se tiče primjene Konvencije i standarda ESLJP, te se može zaključiti da nosioci pravosudnih funkcija razmišljaju „u duhu Konvencije“.

¹³ Član 13. stav 1. Zakona o vojnobezbednosnoj agenciji i vojnoobavještajnoj agenciji ("Sl. glasnik RS", br. 88/2009, 55/2012 - odluka US i 17/2013).

¹⁴ Član 12. tačka 6.) Zakona o vojnobezbednosnoj agenciji i vojnoobavještajnoj agenciji ("Sl. glasnik RS", br. 88/2009, 55/2012 - odluka US i 17/2013).

¹⁵ Član 16. stav 1. Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije ("Sl. glasnik RS", br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014, 35/2019, 27/2021 - odluka US i 62/2021 - odluka US).

Prikupljena praksa se, uglavnom, odnosi na tužilačka akta u vidu naredbe o nesprovođenju istrage. Kao razlozi donošenja ovakvih odluka, uglavnom se navodi: „Snimanje nekog u njegovom dvorištu tokom događaja u kojem su učestvovali i prijavljeni i podnosioci prijave (sukobu koji traje od ranije zbog neriješenih porodičnih odnosa), ne bi se moglo smatrati kao snimanje koje je imalo za posljedicu posebno povredu nečije privatnosti“ (Okružno javno tužilaštvo u Bijeljini, br. T14 O KT 0024452 19 od 18. februara 2019. godine) ili „Analizirajući stanje u spisu može se izvesti zaključak da snimanje kamerom i objavljivanjem snimaka na Fejsbuku, prijavljeni L.J.D. nije povrijedio njegovu privatnost jer je snimljen na svom radnom mjestu, zbog čega u radnjama prijavljenog nisu stečena sva bitna obilježja naprijed navedenog krivičnog djela“ (Okružno javno tužilaštvo u Bijeljini, br. T14 O KT 0020944 17 od 20. novembra 2017. godine).

Kada se govori o vrsti krivičnih djela, može se uočiti da se uglavnom radi o prijavama i presudama za „Neovlašteno fotografisanje“, odnosno „Neovlašteno optičko snimanje“. Ovo pitanje u BiH je od posebnog interesa kada su u pitanju novinari, a naročito istraživačko novinarstvo. U svojoj odluci broj AP-18/20, Ustavni sud BiH navodi sljedeće: „Važno je istaći i to da je važan i način postupanja novinara, pridržavanje profesionalnih normi i postupanje u dobroj namjeri, što može biti djelotvorna odbrana i ako su iznesene netačne činjenice, što novinar mora dokazati“. Ovakav stav Ustavnog suda BiH je u saglasnosti sa stavom Evropskog suda za ljudska prava (Thorgeir Thorgeison protiv Islanda, zahtjev broj 13778/88, presuda od 25 juna 1992, stav 61). Čak i kad su u pitanju neistinite informacije- moguća odbrana medija ako su postupali razumno, u skladu sa profesionalnim standardima, dakle u dobroj namjeri“. Sudovi ostavljaju medijima „prostor za grešku“, prepoznajući pritisak kojem su novinari izloženi u smislu pravovremenog izvještavanja.

U presudi Apelacionog suda BD BiH (presuda broj: 96 O K 100499 18 Kž) okrivljeni je telefonom snimio razgovor sa ciljem njegove odbrane i dokazivanja nevinosti, te u pravnoj zabludi. Taj sud je međutim utvrdio da je okrivljeni imao umišljaj i isključio postojanje zablude. Bio je svjestan da nije smio snimiti razgovor i da postupa protipravno čineći to snimanje bez pristanka.

U predmetu pred Evropskim sudom za ljudska prava *Medžlis islamske zajednice i drugi protiv BiH*, sud je utvrdio da nema povrede prava. Apelanti su poslali dopis organima Brčko distrikta BiH sa izražavanjem zabrinutosti zbog imenovanja direktora javne radio stanice, sa navodima o omalovažavanju muslimana i etničkih Bošnjaka. Optužbe su dostigle potrebni nivo ozbiljnosti i mogle da ugroze prava iz člana 10. Konvencije, a Bosna i Hercegovina je tvrdila da je došlo do uplitanja u pravo podnosioca predstavke na slobodu izražavanja, ali je tvrdila da je to bilo propisano zakonom, da je težilo legitimnom cilju i da je bilo neophodno u demokratskom društvu (*Medžlis islamske zajednice i drugi protiv BiH*, zahtjev broj 17224/11, presuda od 27. juna 2017, stav 61). Odmjeravanje suprotstavljenih interesa, iako su apelanti podvukli da su željeli podstaći nadležne da istraže njihove navode, koji su i javno objavljeni, pa je objava otvorila mogućnost da dođe do povrede dostojanstva i ugleda urednice. Kako apelanti nisu imali dovoljno potkrepljujućih činjenica za njihove navode, država (BiH) je postupila u okviru polja svoje slobodne procjene kada je pružila zaštitu urednici.

10. DISKUSIJA

Činjenica je da se svaka osoba izlaskom na javno mjesto odriče dijela privatnosti, odnosno opravdano je za pretpostaviti i očekivati da će biti viđena od drugih, ali nije opravdano očekivati da će biti i snimljena. U većini država regiona, tajno audio ili tajno video snimanje predstavlja krivično djelo, ali samo KZ Republike Hrvatske predviđa izuzetak kada je u pitanju krivično djelo Neovlašteno zvučno snimanje i prislušivanje kod isključenja protipravnosti. Tako da rješenje iz člana 143 stav 4 KZ Republike Hrvatske nam se čini najprihvatljivijim. Njime je predviđeno

da nema krivičnog dela ukoliko je radnja snimanja ili prisluškivanja učinjena radi zaštite javnog interesa ili drugog interesa koji je pretežniji od zaštite privatnosti snimanog lica, a što bi trebalo uvesti i kod krivičnog djela Neovlaštenog fotografisanja/optičkog snimanja. Ovakvom formulacijom odredbe bi se otklonile nedoumice u tumačenju i postavile adekvatne granice krivičnopravne reakcije jer ako zakonodavac nije siguran u to šta je mislio pod određenom normom, ne mogu to znati ni oni koji taj zakon primjenjuju.

Ovo je složen zadatak koji je pred sudovima u svakom pojedinačnom predmetu. U svakom slučaju, sudska odluka koja je jasno i dobro obrazložena, svakako će preventivno djelovati na sadržaj i jačinu potencijalne kritike kroz medije i/ili javnost. Ova normativna rješenja i uloga sudova u utvrđivanju javnog interesa su posebno važna za tzv. istraživačko novinarstvo. ESLJP odlučuje različito od slučaja do slučaja a sve se svodi na to je li prekršen član 10. i član 8. Konvencije. ESLJP ovdje cijeni da li je tema bitna za zaštitu javnog zdravlja i morala; ugleda i prava drugih; nacionalne bezbjednosti, te očuvanja teritorijalnog integriteta ili javne bezbjednosti. Na javnu ličnost se primjenjuju drugi kriteriji nego kad je riječ o privatnoj. Ključna riječ kada se govori o javnom interesu je novac, odnosno budžet (npr. ako je novinar snimio političara sa ljubavnicom na ljetovanju, koje je plaćeno iz javnih sredstava, onda je to u javnom interesu). Pri pisanju ovog rada izvršili smo analizu sudskih / tužilačkih odluka pravosudnih institucija iz Republike Srpske i Federacije BiH (uz ogradu da nismo imali u radu odluke većine sudova/tužilaštava). Tu se mogu iznijeti sljedeća zapažanja:

1. Primijećeno je da sudovi /tužilaštva u principu prate „strazburške“ standarde, kada je riječ o tom šta spada u pravo na privatnost, a šta ne, kod neovlaštenog snimanja.
2. Sudovi/tužilaštva nisu dostavili odluke u kojima su ustanovili da, iako su novinari snimali neovlašteno, nisu počinili krivično djelo, jer su snimali u svrhe javnog interesa.
3. Nijedan sud/tužilaštvo od onih koji su nam dostavili odluke nije ustanovio da nema protipravnosti kod tajnog snimanja, jer je ono počinjeno u svrhe dokumentovanja krivičnog djela ili nužne odbrane / krajnje nužde, višedecenijskih razloga za isključenje kažnjivosti (Betlich, 2019; Petrović, Artuković, 2017).
4. Češće se u radu javljalo neovlašteno video nego audio snimanje.
5. Kada je riječ o neovlaštenom video snimanju, dominira snimanje u svrhe pornografije, koja je kasnije cirkulisana putem društvenih mreža, ili postavljana na web stranice. Bilo je mnogo odluka kojim se optuženi oglašava krivim za ovakvo protipravno ponašanje. Primijećen je i određen broj presuda u kojima su optuženi osuđeni za tzv. „osvetničku pornografiju“.

Iz ovih zaključaka bismo predložili da se u budućim legislativnim izmjenama, a po uzoru na pomenutu odredbu KZ Hrvatske, uvede isključenje protipravnosti za tajno audio/video snimanje, ako je ono izvršeno u svrhe javnog interesa ili interesa koji je pretežniji od zaštite privatnosti snimanog lica. Takođe predlažemo da „osvetnička pornografija“ postane zasebno krivično djelo (ne samo u Republici Srpskoj), eventualno immanentno krivičnim djelu kakvo postoji u KZ Hrvatske od nedavno (NN 84/21) – „Zlouporaba snimke spolno eksplicitnog sadržaja“.

11. ZAKLJUČAK

U ovom radu je predstavljen koncept slobode izražavanja te njen odnos sa pravom na privatnost. Nakon toga, deskriptivno i analitički je obrađena praksa ESLJP kada je riječ o tajnom audio i video snimanju. Odluke ovog međunarodnog foruma su poslužile kao uzor za ocjenu zakonodavstva i prakse u Bosni i Hercegovini i regionu. Doprinos ovog rada je upravo u tome što smo nastojali

da pokažemo da pravni okvir u Bosni i Hercegovini treba mijenjati i tako uskladiti skladu sa sudskom praksom Evropskog suda za ljudska prava.

U Bosni i Hercegovini često tužilaštva pokreću istrage protiv lica koje objave snimke na kojima su nezakonite radnje (najčešće novinara, ali i običnih građana). Postupanjem, kakvo se dešavalo kod pojedinih tužilaštava, koje kod analize i odlučivanja da li podići naredbu za sprovođenje istrage, ne uzima u obzir javni interes, lokaciju na kojoj je snimak sačinjen, te praksu ESLJP, onemogućava borbu protiv ozbiljnih krivičnih djela, ali i pospješuje autocenzuru medija i građana. Veliki je broj ovakvih postupaka od strane bosanskohercegovačkih tužilaca, te smatramo da je neophodno, kroz izmjene u postojećim krivičnim zakonima, onemogućiti im da procesuiraju takva lica. To bi se moglo postići na jedan od sljedećih načina: a) izmjenom postojećih odredaba - jasnim propisivanjem da snimanje drugih lica iz javnog interesa ili na javnom mjestu odnosno objavljivanje tih snimaka od strane drugih lica ne vodi krivičnom gonjenju i b) brisanjem relevantnih zakonskih odredaba. Smatramo da je dovoljno fokusirati se na krivične zakone entiteta (s tim da je KZ RS rigidniji jer zabranjuje i učesniku u razgovoru da svoje razgovore sa drugim licima snima „u namjeri“ da snimak „zloupotrijebi“ ili ga podijeli s neki trećim), jer su odredbe KZ FBiH i KZ BD BiH za ova djela identične, a da KZ BiH reguliše isključivo neovlašteno prisluškivanje i snimanje od strane službenih i odgovornih lica u Institucijama BiH (ne propisuje kao krivično djelo bilo kakvo snimanje od strane drugih lica).

Pristup procesuiranja lica za nezakonite snimke, a koje su očigledno snimljene radi javnog interesa, na javnom mjestu, u svrhe dokumentovanja krivičnog djela, upravo je argument da bi se pravni okvir za neovlašteno audio i video snimanje u Bosni i Hercegovini, trebao usaglasiti sa evropskim standardima. Kada bi se što više usaglasio bosanskohercegovački pravni okvir sa „strazburškom“ jurisdikcijom (primjer tako usklađenog je, kako smo već naveli, Krivični zakon Republike Hrvatske), onda bi se izbjegla moguća odbrana nedovoljnog poznavanja prakse ESLJP i obezbijedila potpunija krivičnopravna zaštita.

LITERATURA

- Axel Springer protiv Njemačke, zahtjev broj 39954/08, presuda od 7. februara 2012
- Babić M., Marković I. (2007), „Krivično pravo- posebni dio“ drugo izm. izdanje, Pravni fakultet Banja Luka
- Barbulescu protiv Rumunije, zahtjev broj 61496/08, presuda od 12 januara 2016
- Bašić protiv Hrvatske, zahtjev broj 22251/13, presuda od 25 oktobra 2016
- Becker protiv Norveške, zahtjev broj 21272/12, presuda od 05 januara 2018
- Betlach, H. (2019), „Nužna obrana kao razlog isključenja protupravnosti“, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu
- De Haes i Gijssels protiv Belgije, zahtjev broj 19983/92, presuda od 27 februara 1994
- Dimitrijević, V., Paunović, M. (1997), „Ljudska prava“, Beogradski centar za ljudska prava
- Dragičević Prtenjača, M. (2014), „Kaznena djela neovlaštenog zvučnog snimanja i prisluškivanja te neovlaštenog slikovnog snimanja s ovrtom na praksu Evropskog suda za ljudska prava i elaboracijom pojmova privatnosti i neovlaštenosti“, Godišnjak Akademije pravnih znanosti Hrvatske, Vol. V No. 1, str. 164-199
- Dragojević protiv Hrvatske (Zahtjev broj 68955/11, presuda od 15. januara 2015

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (1950.). Dostupno na: https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/convention_bos (18. 09. 2022.)
- Gomien, D. (2007). *Evropska konvencija o ljudskim pravima: priručnik*. Naklada d.o.o. Zadar
- Haldimann i ostali protiv Švicarske (Zahtjev broj 21830/09, presuda od 24. februara 2015
- <https://bhnovinari.ba/bs/2014/01/27/preporuke-za-medije-privatnost-i-medijski-izvjestaj/> (18. 09. 2022.)
- Harris, J. & O'Boyle, M. & Warbric, C. (2009). „The Law of the European Convention on Human Rights“. Oxford. Oxford University press
- Jersild protiv Danske, zahtjev broj 15890/89, presuda od 23 septembra 1994
- Kazneni zakon Republike Hrvatske, Narodne novine, br. 125/11, 144/12, 56/15, 61/15, 101/17, 118/18, 126/19, 114/22)
- Khan protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Zahtjev broj 35394/97, presuda od 04 oktobra 2000
- Klass i ostali protiv Njemačke, zahtjev broj 5029/71, presuda od 06. septembra 1978
- Krivični zakonik Republike Srbije, „Sl. Glasnik RS“, br. : 85/05, 88/05 , 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14, 94/16, 35/19
- Krivični zakonik Republike Srpske (“Službeni glasnik RS”, br. 64/2017, 104/2018 - odluka US, 15/2021 i 89/2021)
- Krivični zakon Federacije Bosne i Hercegovine (“Službene novine FBiH”, br. 36/2003, 21/2004 - ispr., 69/2004, 18/2005, 42/2010, 42/2011, 59/2014, 76/2014, 46/2016, 75/2017 i 31/2023)
- Krivični zakon Brčko distrikta BiH (“Službeni glasnik Brčko distrikta BiH”, br. 19/2020 - prečišćen tekst)
- Krivični zakon Bosne i Hercegovine (“Sl. glasnik BiH”, br. 3/2003, 32/2003 - ispr., 37/2003, 54/2004, 61/2004, 30/2005, 53/2006, 55/2006, 8/2010, 47/2014, 22/2015, 40/2015, 35/2018, 46/2021, 31/2023 i 47/2023)
- Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 8691/79, presuda od 02. avgusta 1984
- Maralyan, A. (2012). *Comparative Analysis of the Protection of Private Life of Public Officials and Public Figures Guaranteed by the Constitution of the United States and European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Tufts University Fletcher School of Law and Diplomacy. Dostupno na: <https://law.aua.am/files/2012/03/PAPER.pdf> (18. 09. 2022.)
- Milićević, N. (2007). „Ljudska prava“, Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu
- Medžlis islamske zajednice i drugi protiv BiH, zahtjev broj 17224/11, presuda od 27. juna 2017
- Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima 1966. Dostupno na: <http://www.mhrr.gov.ba/pdf/medunarodnipakt%20b.pdf> (18. 09. 2022.)
- McFeeley protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 8317/18, presuda od 15. maja 1980
- MGN Limited protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 39401/04, presuda od 18. januara 2011

- Milošević, M. (2021). „Krivičnopravna zaštita podataka o ličnosti“, Revija za kriminologiju i krivično pravo, Srpsko udruženje za krivičnopravnu teoriju i praksu/ Institut za kriminološka i sociološka istraživanja u Beogradu, Beograd, str. 113-130.
- Naredba Okružnog javnog tužilaštva u Bijeljini, br. T14 O KT 0020944 17
- Naredba Okružnog javnog tužilaštva u Bijeljini, br. T14 O KT 0024452 19
- Niemietz protiv Njemačke, zahtjev broj 13710/88, presuda od 16. decembra 1992
- Odluka Ustavnog suda Bosne i Hercegovine broj AP-18/20
- Odluka Ustavnog suda Republike Hrvatske, U-III/4365/2005
- Opšta deklaracija o ljudskim pravima 1948 . Dostupno na: https://www.ombudsmen.gov.ba/documents/obmudsmen_doc2013041003050667cro.pdf (18. 09. 2023.)
- Palomo Sánchez protiv Španije, zahtjev broj 28955/06, presuda od 12. septembra 2011
- Petrović, B., Artuković, K. (2017), „Historijski razvoj instituta kranje nužde“, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu LX – 2017, str. 259-277
- Paturel protiv Francuske, broj 54968/00, presuda od 22 decembra 2005
- Peck protiv Ujedinjenog Kraljevstva (Zahtjev broj 44674/98, presuda od 28. aprila 2003
- Perry protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 63737/00, presuda od 17. oktobra 2003
- Presuda Apelacionog suda Brčko distrikta Bosne i Hercegovine broj: 96 O K 100499 18 Kž
- Presuda Okružnog suda u Beogradu, Kž. 682/02 od 9. aprila 2002
- Presuda Vrhovnog kasacionog suda Srbije broj: KZZ 184/2019
- Radio Twist A. S. protiv Slovačke, presuda broj 62202/00 od 19 decembra 2006
- Rješenje Vrhovnog suda Republike Hrvatske, I Kž- 1092/06 od 1. februara 2007
- Schenk protiv Švajcarske (Zahtjev broj 10862/84, presuda od 12. jula 1988
- Sokolović S., Krajina B. (1981), KOMENTAR KRIVIČNOG ZAKONA SOCIJALISTIČKE REPUBLIKE BOSNE I HERCEGOVINE, IRO >Veselin Masleša<, Izdavačka djelatnost, Sarajevo
- Sunday Times protiv Ujedinjenog Kraljevstva, zahtjev broj 6538/74, presuda od 26 aprila 1979
- Thoma protiv Luksemburga, zahtjev broj 38432/97, presuda od 29 marta 2001
- Thorgeir Thorgeison protiv Islanda, zahtjev broj 13778/88, presuda od 25 juna 1992
- Zakon o bezbednosno-informativnoj agenciji, „Sl. Glasnik RS “, br. 42/02, 111/09, 65/14 - US, 66/14, 36/18
- Zakon o vojnobezbednosnoj i vojnoobaveštajnoj agenciji, „Sl. Glasnik RS “, br. 88/09, 55/12 - US, 17/13
- Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, „Sl. Glasnik RS “, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13, 55/14, 35/19, 27/21 – US
- Von Hannover protiv Njemačke, broj 2, zahtjevi broj 40660/08 i 60641/08, presuda od 07 februara 2012
- Warren, S. D. & Brandeis, L. D. (1890). The Right to Privacy. Harvard Law Review, vol. IV, No. 5.- Dostupno na: http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/privacy/Privacy_brand_warr2.html (18. 09. 2023)

SECRET AUDIO AND VIDEO RECORDING AS A CRIMINAL OFFENSE AND EXCEPTIONS FROM ILLEGALITY: STANDARDS, PRACTICE AND “STRASBOURG” STANDARDS

Review paper

Abstract

The criminal legislation in Bosnia and Herzegovina contains an impressive number of criminal offenses, among which is the illegal making of secret audio and video recordings, which has recently attracted a lot of public attention. In this paper, we will try to answer the question of whether it is sometimes permissible to make secret audio and video recordings, and if the answer is yes when it is possible. We will seek an answer to that question with the help of research methods of the normative framework, domestic judicial practice, comparative judicial practice, and the practice of the European Court of Human Rights in Strasbourg and its public interest construct. We will also present several decisions of the Constitutional Court of Bosnia and Herzegovina and regular courts in Bosnia and Herzegovina so that we can conclude whether and to what extent the “Strasbourg” standards are respected in the application of the law by the domestic judiciary. We will also compare normative solutions from Bosnia and Herzegovina with the same or similar ones from neighboring countries, specifically the Republic of Croatia and the Republic of Serbia, which inherit the same, Yugoslav legal system, and like Bosnia and Herzegovina are passing (Republic of Serbia) or have largely passed (Republic Croatia) process of harmonizing national legislation with the law of the European Union and the law of the Council of Europe.

Keywords: Unauthorized recording, unauthorized eavesdropping, public interest, freedom of expression, privacy right, Strasbourg standards

Podaci o autoru

Davor Trlin, JU Centar za edukaciju sudija i tužilaca u Federaciji BiH.

E-mail: davor.trlin@cest.gov.ba.

Mila Čolić, JU Centar za edukaciju sudija i javnih tužilaca u Republici Srpskoj.

E-mail: mila.colic@rs.cest.gov.ba.

