

*dr Milana PISARIĆ**
asistent, Pravni fakultet Univerziteta
u Novom Sadu

Pregledni rad
UDK: 341.231.14
343.132:343.44/45
Primljeno: 15. aprila 2019. god.

PRETRESANJE ADVOKATSKE KANCELARIJE U PRAKSI EVROPSKOG SUDA ZA LJUDSKA PRAVA

Pretresanje advokatske kancelarije za potrebe krivičnog postupka nije zabranjeno. Štaviše, apsolutna i bezuslovna zabrana pretresanja bi bila neodrživa i nepoželjna u pravnom sistemu koji se zasniva na vladavini prava. Kako se ne radi o prostoj intervenciji u poslovni prostor, nego se njome dovodi u pitanje zaštita odnosa poverenja između stranke i advokata i advokatova dužnost čuvanja profesionalne tajne, neophodno je da države propišu određene proceduralne garancije za pretresanje advokatske kancelarije. Na taj način bi se na najmanju moguću meru sveo pritisak na poverljivost, koja je u osnovi odnosa poverenja, i istovremeno omogućilo utvrđivanje činjenica u krivičnom postupku. Kao smernica u stvaranju takvih garancija mogu da posluže stavovi Evropskog suda za ljudska prava zauzeti u u nekoliko predmeta u kojima se, iz određenih razloga, pretresanje advokatskih kancelarija pojavilo kao sporno. Predmet rada je analiza tih predmeta.

Ključne reči: krivični postupak, pretresanje, advokatska kancelarija, Evropski sud za ljudska prava.

* e-mail: mpisaric@pf.uns.ac.rs

1. Uvod

U društvu koje se zasniva na vladavini prava slobodna advokatura ima posebnu ulogu, a advokat se stara kako o opštem javnom interesu, tako i o pravima i slobodama pojedinaca kojima pruža pravnu pomoć. Naime, pravo i dužnost advokata je da ono što mu stranka poveri čuva kao profesionalnu tajnu, jer bez toga nema odnosa poverenja između njega i stranke. Ova dužnost advokata odgovara osnovnom ljudskom pravu stranke i kao takva služi *zaštiti odnosa poverenja*, koji je proklamovan kao jedan od *osnovnih principa advokature* u međunarodnim i nacionalnim pravilima koja regulišu njen položaj.¹

Za pravnu sigurnost i sistem ostvarivanja i zaštite prava odnos poverenja između advokata i stranke je od suštinske važnosti, što podrazumeva da stranka može da se pouzda u to da advokat kao profesionalnu tajnu čuva ono što mu je poverila ili što je saznao u pružanju pravne pomoći, a na državi je da na odgovarajući način obezbedi zaštitu tog odnosa, naročito kada postoje opravdani razlozi za intervenciju u profesionalnu aktivnost advokata. Pretresanje advokatske kancelarije samo po sebi nije zabranjeno, pogotovo u slučajevima kada je advokat osumnjičen da je izvršilac ili saučesnik u izvršenju krivičnog dela. Štaviše, apsolutna i безусловna zabrana pretresanja advokatske kancelarije je neodrživa i nepoželjna u pravnom sistemu zasnovanom na vladavini prava, i potpuno je legitimno da zakon koji uređuje krivični postupak predvidi mogućnost pretresanja advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta pronađenih tom prilikom, ali da se to čini uz propisivanje određenih ograničenja.

Prilikom zakonskog uređenja pretresanja advokatske kancelarije za potrebe krivičnog postupka moraju se pomiriti i dovesti u ravnotežu dva, donekle suprotstavljena interesa: interes utvrđivanja činjenica u krivičnom postupku, s jedne strane, i interes zaštite odnosa poverenja između advokata i stranke, s druge strane. Zbog toga propisi pojedinih država koji uređuju krivični postupak u nekim slučajevima i/ili pod određenim uslovima isključuju advokata od dužnosti svedočenja o onome što je dužan da čuva kao profesionalnu tajnu, odnosno propisuju zabranu privremenog oduzimanja određenih predmeta koji su u vezi sa isključenjem od dužnosti svedočenja.

S obzirom na poseban položaj i ulogu advokature, ne samo da je nužno da se pretresanje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta za potrebe krivičnog postupka preduzimaju *uz strogo poštovanje slova zakona*, nego

1 Vid. United Nations, *Basic Principles on the Role of Lawyers*, 1990; Council of Europe, *Recommendation on the freedom of exercise of the profession of lawyer*, 2000; Council of Bars and Law Societies of Europe, *Code of Conduct for European Lawyers*, 2006; Council of Bars and Law Societies of Europe, *Charter of core principles of the European legal profession and code of conduct for European lawyers*, 2013.

prilikom donošenja i izvršavanja odluka o ovim radnjama treba da se uzmu u obzir i *određeni dodatni kriterijumi*. Iz tog razloga analizirane su pojedine presude Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP)² u kojima je, u vezi sa pretresanjem advokatske kancelarije, razmatrana intervencija u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana 8 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda³ (u daljem tekstu: EKLJP). Stavovi ESLJP mogu da posluže kao korisne smernice, kako za zakonsku regulativu, tako i za organ postupka prilikom primene odredaba procesnog zakona.

2. Predmet *Niemietz* protiv Nemačke⁴

U ovom predmetu sudiji je poslato uvredljivo pismo u kom se iznosi negativan stav lokalne političke partije povodom postupka koji je trebao da se vodi pred njim. Protiv lica koje je potpisalo pismo pokrenuta je istraga zbog krivičnog dela uvrede, ali njegov identitet nije mogao da se utvrdi. Sporno pismo bilo je označeno brojem poštanskog sandučeta koji je koristila ta lokalna politička partija, a čija njena korespondencija je bila upućivana advokatskoj kancelariji podnosioca predstavke, koji je bio njen predsednik. Kako bi se pronašle isprave u cilju utvrđivanja identiteta potpisnika spornog pisma određeno je pretresanje advokatske kancelarije. Pretresanje je izvršeno u prisustvu predstavnika policije, javnog tužilaštva i dva lica zaposlena u kancelariji. Tom prilikom pregledana su četiri ormara u kojima su bili podaci o svim strankama advokata, no, tražene isprave nisu pronađene, pa je istraga protiv navodnog potpisnika pisma obustavljena usled dokaznog deficita. Podnositelj predstavke je izjavio žalbu protiv odluke o pretresanju, ali je ona odbačena zbog nedostatka pravnog interesa da se odluka poništi kao nezakonita. Ustavna žalba izjavljena protiv odluke o pretresanju i odluke žalbenog veća odbačena je iz razloga što nije postojalo dovoljno izgleda za uspeh. Smatrajući da je pretresanjem njegove advokatske kancelarije povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana 8 EKLJP, advokat se obratio ESLJP.

Nemačka je istakla da član 8 EKLJP ne pruža zaštitu advokatskoj kancelariji, jer odnos poverenja između advokata i stranke nije dovoljan razlog zbog kog bi se profesionalne aktivnosti mogle štititi kao privatni život ili dom.

2 Presude su dostupne u elektronskoj bazi sudske prakse ESLJP, vid. <https://hudoc.echr.coe.int/>.

3 Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf.

4 ECHR, Judgment of 16.12.1992. in case of *Niemietz v. Germany* (Application no. 13710/88).

ESLJP je zaključio da restriktivno tumačenje pojma privatnog života nije opravdano, jer njime treba da se obuhvate i odnosi pojedinca sa drugim licima, a upravo se u profesionalnim i poslovnim aktivnostima ti odnosi u najvećoj mjeri stvaraju i razvijaju. Takođe, i pojmu doma treba dati širu konotaciju, tako da obuhvata i poslovni prostor. Zbog toga je ESLJP zauzeo stav da su poslovni prostor i poslovne i profesionalne aktivnosti zaštićene članom 8 EKLJP. To znači da *pretresanje advokatske kancelarije predstavlja intervenciju u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.*

Procenjajući da li je takva intervencija bila u skladu sa domaćim pravom, a povodom tvrdnje podnosioca predstavke da se odluka zasnivala na pukim pretpostavkama (a ne na činjeničnim okolnostima koje bi opravdale sumnju da je učinjeno navodno krivično delo), ESLJP je utvrdio da da je postojala verovatnoća da će se traženi predmeti pronaći prilikom pretresanja, pa je prilikom izdavanja i izvršavanja naredbe u svemu postupljeno u skladu sa zakonom. Pored toga, pretresanje je služilo legitimnoj svrsi, a to je otkrivanje krivičnog dela (pronalaženja predmeta koji bi poslužili kao dokaz u krivičnom postupku).

Ono što je ESLJP utvrdio kao sporno jeste *pitanje neophodnosti u jednom demokratskom društvu*. Naime, i pored postojanja legitimne svrhe, *pretresanje* kao mera za *postizanje takvog cilja nije mu bila srazmerna*, tim pre što advokat nije bio osumnjičen za krivično delo. S jedne strane, krivično delo povodom kog je određeno pretresanje je delo malog značaja, dok, s druge strane, tekst naredbe sadrži uopštene termine kojima su se nadležni organi ovlastili da pregledaju i oduzmu isprave bez bilo kakvog ograničenja. Iako prilikom pretresanja nijedna isprava nije privremeno oduzeta, tako *neograničen pregled privilegovanog materijala (zaštićenog profesionalnom tajnom) je bio neproporcionalan okolnostima slučaja*, a mogao je i da negativno utiče na profesionalnu reputaciju advokata među njegovim strankama.

Zbog svega navedenog, ESLJP je utvrdio da je povređeno advokatovo pravo iz člana 8 EKLJP.

3. Predmet *Golovan* protiv *Ukrajine*⁵

U istrazi protiv direktora privrednog društva zbog krivičnog dela utaje poreza i falsifikovanja isprava određeno je pretresanje advokatske kancelarije zastupnika. Odluku o pretresanju je doneo inspektor poreske policije a potvrdio javni tužilac. U obrazloženju odluke se navodi da je nesporno utvrđeno da se u advokatskoj kancelariji nalaze knji-

⁵ ECHR, Judgment of 5.7.2012. in case of *Golovan v. Ukraine* (Application no. 41716/06).

govodstvena, fiskalna i bankarska dokumentacija i druge isprave koje je advokatu predao osumnjičeni, pa je pretresanje neophodno radi njihovog pronalaženja i privremenog oduzimanja za potrebe krivičnog postupka. Pretresanje je izvršila poreska policija u prisustvu dva svedoka, studenta mašinstva, a tom prilikom privremeno su oduzete isprave povezane sa osumnjičenim. Advokat se usprotivio pretresanju jer se advokatska kancelarija nalazi u stanu, čiji suvlasnici su on i njegova supruga, a kako se radi o privatnoj svojini, pretresanje je mogao narediti samo sud, shodno odredbama Zakona o krivičnom postupku. Osim toga, isprave radi čijeg pronalaženja je određeno pretresanje su predmeti koje je advokatu predala stranka i koji se ne mogu oduzeti bez njegove saglasnosti, shodno odredbama Zakona o advokaturi. Nakon nekoliko meseci odluka o pokretanju istrage je poništena kao neosnovana. Advokat se posle toga bez uspeha u više navrata obraćao javnom tužilaštvu, zahtevajući pokretanje istrage protiv lica koja su odredila i izvršila pretresanje njegove kancelarije. Odlukom suda je poništena odluka javnog tužilaštva da ne pokrene istragu, jer je sporno pretresanje bilo nezakonito, s obzirom na to da nije postojala sudska odluka a isprave radi čijeg pronalaženja je pretresanje određeno su bile izuzete od oduzimanja jer su zaštićene odnosom poverenja između advokata i stranke. Smatrajući da je pretresanjem i privremenim oduzimanjem predmeta bilo povređeno pravo iz člana 8 EKLJP, advokat se obratio ESLJP.

ESLJP je utvrdio da se pretresanjem advokatske kancelarije intervenisalo u pravo advokata iz člana 8 EKLJP, pre svega iz razloga što je *poslovni prostor obuhvaćen pojmom doma i prepiske*, koji se ovim članom štite. Pored toga, oduzimanje isprava koje je advokatu predala stranka predstavlja intervenciju u profesionalni život podnosioca predstave, jer je *imalo ili moglo da ima posledice po reputaciju advokata* i utiče na lične odnose koje je razvio u obavljanju profesionalne aktivnosti.

Odgovor na pitanje *da li je određena intervencija u pravo garantovano EKLJP u skladu sa domaćim pravom* podrazumeva da se utvrdi da li postoji pravni osnov za preduzimanje određene mere i radnje, a potom i da se proceni kvalitet pravne regulative. To znači da propisi moraju sa *dovoljnim stepenom predvidivosti* pojedincu da pruže smernice o tome u kojim okolnostima i pod kojim uslovima nadležni organi mogu da preduzmu određene mere i radnje kojima se interveniše u neko njihovo pravo, kao i da obezbede odgovarajući stepen pravne zaštite od arbitrarnosti.

Zakon o krivičnom postupku predviđa da se pretresanje bez odluke suda može izvršiti samo u hitnim slučajevima (spašavanje ljudskog života ili imovine ili hvatanje učinioca). Konkretni slučaj ne može se razumeti kao izuzetak od ovog pravila, shodno čemu je *pretresanje određeno protivno zakonu*.

Što se tiče spornog oduzimanja predmeta, ESLJP je utvrdio da Zakon o advokaturi zabranjuje protivno volji advokata pregledanje i oduzimanje onih isprava koje mu je predala stranka ili do kojih je došao u obavljanju profesionalne aktivnosti. Međutim, ostaje nejasno u kakvom je odnosu ova odredba sa pravilima Zakona o krivičnom postupku, jer se ni u ovom niti u drugom propisu predviđa legitimni izuzetak u kom bi istražnim organima bilo dozvoljeno da intervenišu u profesionalnu tajnu. Sud smatra da apsolutna zabrana oduzimanja predmeta od advokata ustanovljena u cilju zaštite nepovredivosti advokatske profesije ne može da se dosledno sprovede ukoliko ne postoje jasna, obavezujuća pravila koja bi opravdala intervenciju u privilegovani materijal. U konkretnom slučaju domaće pravo je pružilo diskreciono ovlašćenje istražnim organima u proceni odnosa između odredbe Zakona o advokaturi, koja propisuje zabranu oduzimanja predmeta od advokata, i odredaba Zakona o krivičnom postupku, koje uređuju privremeno oduzimanje predmeta za potrebe krivičnog postupka. Zbog toga Sud smatra da *domaće pravo ne ispunjava zahtev dovoljne predvidivosti*.

Osim toga, ovaj zahtev podrazumeva da odluka o pretresanju bude *zasnovana na dovoljnom stepenu sumnje, te precizno i detaljno formulisana*. U ovom predmetu nisu u potrebnoj meri određeni razlozi koji su doveli do zaključka da se traženi predmeti mogu pronaći u advokatskoj kancelariji čije pretresanje je određeno.

Takođe, domaće pravo *ne predviđa dovoljno proceduralnih garancija* koje bi štitili advokata od zloupotrebe ili arbitrarnosti. Naime, prilikom pretresanja advokatske kancelarije i privremenog oduzimanja predmeta potrebno je da se obezbedi *prisustvo i delotvorno učešće nepristrasnog posmatrača*, koji bi mogao da prati i nadzire pretresanje, a time i spreči arbitrarno oduzimanje privilegovanog materijala (predmeta koji su obuhvaćeni dužnošću čuvanja profesionalne tajne). Da bi prisutan svedok mogao da ostvari takvu ulogu, neophodno je da ima odgovarajuće pravničko obrazovanje, da je i sam vezan dužnošću čuvanja profesionalne tajne (kako bi mogao da se stara o zaštiti privilegovanog materijala trećih lica) i da je ovlašćen da reaguje prilikom pretresanja određenim pravnim sredstvima (prigovorom i sl).⁶

Zbog svega navedenog, ESLJP je utvrdio da pretresanje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta *nije bilo u skladu sa zakonom* jer domaće pravo ili nije bilo primenjeno, ili nije dovoljno predvidivo i ne obezbeđuje odgovarajući nivo zaštite od arbitrarnosti.

6 Ovi zahtevi utvrđeni su u odlukama ESLJP u sličnim predmetima, vid. Judgment of 22.5.2008. in case of Iliya Stefanov v. Bulgaria (Application no. 65755/01), Judgment of 9.4.2009. in case of Kolesnichenko v. Russia (Application no. 19856/04).

4. Predmet *André* i drugi protiv Francuske⁷

U poreskom postupku protiv privrednog društva nadležni organi su od suda zatražili izdavanje naredbe za pretresanje advokatske kancelarije zastupnika, podnosioca predstavke, i privremeno oduzimanje predmeta u cilju pribavljanja računovodstvenih, pravnih i korporativnih dokumenata koji bi mogli da budu dokaz sumnjivih, prevarnih aktivnosti u vezi sa utajom poreza. Naredbu su izvršila četiri inspektora poreske policije u prisustvu advokata, predsednika advokatske komore i policijskog službenika. Tom prilikom je oduzeto nekoliko desetina isprava, među njima i beleške koje je svojeručno sačinio advokat, za koje je predstavnik komore istakao da se radi o privatnim ispravama obuhvaćenim pravilom o apsolutnoj profesionalnoj tajnosti a time i zabranom oduzimanja. Primedbe advokata i predsednika komore u vezi sa postupkom pretresanja unete su u zapisnik, koji su prisutni potpisali. U žalbi protiv odluke o pretresanju advokat je, polazeći od zaštite profesionalne tajne i prava na odbranu, istakao da se, u skladu sa zakonom i sudskom praksom te države, *isprave* koje zastupano lice preda advokatu zastupniku i *korespondencija* između njih *ne mogu oduzeti*, osim u slučaju kada su pretresanje i oduzimanje predmeta usmereni na pronalaženje dokaza da je advokat *izvršilac ili saučesnik* u izvršenju krivičnog dela. Međutim, žalbeni sud je zauzeo stav da dužnost advokata da čuva profesionalnu tajnu nije bila smetnja da se pretrese advokatska kancelarija i oduzmu isprave pronađene tom prilikom, jer je sud prilikom donošenja odluke našao da je za to postojalo dovoljno razloga koji proizlaze iz sumnje da je učinjeno krivično delo poreske utaje. Advokat se obratio ESLJP smatrajući da mu je pretresanjem advokatske kancelarije na ovaj način povređeno nekoliko prava iz EKLJP, a pre svega pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.

Podnosilac predstavke nije sporio da je pretresanje bilo u skladu sa zakonom (pravni osnov nalazi se u odgovarajućim odredbama propisa o poreskom postupku i propisa o krivičnom postupku) ili da je bilo opravdano legitimnim ciljem (određeno je u cilju otkrivanja krivičnog dela), nego je sporno to što pretresanje *nije bilo srazmerno i neophodno spram okolnosti konkretnog slučaja*. Sud je procenjujući neophodnost pretresanja, utvrdio da je svrha pretresanja bila da se pronađu isprave koji bi ukazale na izvršenje krivičnog dela poreske utaje privrednog društva koje je zastupao advokat, a da ni u jednom trenutku protiv njega nije postojala sumnja da je izvršilac ili saučesnik u izvršenju ovog krivičnog dela. Kako

7 ECHR, Judgment of 24.7.2008 in case of *André and Other v. France* (Application no. 18603/03).

advokatura vrši značajnu ulogu u sistemu zaštite i ostvarivanja prava, a pretresanje advokatske kancelarije nedvosmisleno ugrožava profesionalnu tajnu koja je u osnovi odnosa poverenja između advokata i stranaka, stav ESLJP je da domaće pravo koje dozvoljava pretresanje advokatske kancelarije mora predvideti odgovarajuće proceduralne garancije. U konkretnom slučaju, radi se o obaveznom prisustvu predsednika advokatske komore, što je zapisnički konstatovano, zajedno sa njegovim primedbama na oduzimanje pojedinih isprava. Međutim, ovo nije bilo dovoljno da se spreči da organi nadležni za izvršavanje naredbe faktički pregledaju sve dokumente u advokatskoj kancelariji. Što se tiče beležaka koje je svojeručno sastavio advokat, Sud je stava da se radi o privatnim ispravama advokata koje su zaštićene kao profesionalna tajna i nisu se smeli oduzeti. Pored toga, Sud je našao da je naredba bila „preširoka“, odnosno nedovoljno određena, čime su izvršiocima data ekstenzivna ovlašćenja da pretraže sva mesta gde bi mogle da pronađu isprave i nosioce podatka koji bi mogli da budu dokaz.

Zbog svega navedenog Sud je zaključio da su pretresanje advokatske kancelarije i oduzimanje isprava pronađenih tom prilikom bili *nesrazmerni cilju* zbog kojih su određeni, čime je povređeno pravo iz člana 8 EKLJP.

5. Predmet *Leotsakos protiv Grčke*⁸

U okviru istrage protiv članova organizovane kriminalne grupe zbog postojanja sumnje da su izvršili više krivičnih dela pranja novca javno tužilaštvo je naredilo pretresanje poslovnog prostora u advokatskoj kancelariji podnosioca predstavke. Postupak pretresanja je trajao 12 dana u prisustvu zamenika javnog tužioca i komšije, u svojstvu svedoka. Tom prilikom privremeno je oduzet računar i više stotina isprava, koje su, između ostalog, sadržale podatke o strankama advokata. O pretresanju i privremenom oduzimanju predmeta sačinjen je obiman zapisnik. Nakon toga podignuta je optužnica protiv nekoliko lica, među njima i protiv advokata, podnosioca predstavke. Njegov prigovor protiv optužnice, u kom osporava zakonitost odluke o pretresanju i privremenom oduzimanju predmeta, odbačen je kao nedozvoljen. Smatrajući da mu je na ovaj način povređeno pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske iz člana 8 EKLJP advokat se obratio ESLJP.

Sud je pošao od toga da pretresanje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje navedenih predmeta predstavlja intervenciju u dom i prepisku, kao objekte zaštite iz člana 8 EKLJP. Pretresanje je bilo određeno u skladu sa zakonom a u cilju ostvarivanja legitimne svrhe (sprečavanje i dokazivanje krivičnog

⁸ ECHR, Judgment of 4.10.2018. in case of *Leotsakos v. Greece* (Application no. 30958/13).

dela), međutim, kako je istražnim organima bilo poznato da se pretresanje preduzima kod advokata, prilikom izvršavanja odluke morali su da *poštuju određene proceduralne garancije*, što je izostalo.

ESLJP je utvrdio da odluka javnog tužilaštva sadrži *uopštene termine*, kao i da nije bila predviđena nikakva *prethodna sudska kontrola* pre izvršavanja ove radnje. I pored obaveznog prisustva držaoca prostora koji se pretresa, podnositelj predstave nije prisustvovao pretresanju ni u jednom trenutku tokom dvanaestodnevnog postupka, a u spisima ne postoje dokazi da je o tom pravu obavješten. *Prisustvo komšije* koji nije imao nikakvog pravničkog znanja *nije dovoljna proceduralna garancija* jer on nije mogao da proceni zakonitost oduzimanja isprava i njihovu relevantnost za konkretnu istragu, naročito u pogledu onih koje sadrže podatke o strankama advokata i koje su bili obuhvaćeni advokatovom dužnošću čuvanja profesionalne tajne. Pored toga, pretresanju i oduzimanju predmeta nije usledila *naknadna sudska kontrola* kojom bi se ustanovila povezanost oduzetog računara i isprava sa krivičnim delima koja su bila predmet istrage.

Usled navedenih proceduralnih nedostataka, pretresanje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta ne mogu da se smatraju *razumno srazmernim ostvarivanju legitimnog cilja* u jednom demokratskom društvu i stoga predstavljaju intervenciju kojom je povređeno pravo iz člana 8 EKLJP.

6. Predmet *Robathin* protiv Austrije⁹

U krivičnom postupku protiv advokata, podnosioca predstave, za krivična dela teške krađe, prevare i pronevere istražni sudija je naredio pretresanje advokatske kancelarije u cilju pronalaženja isprava, računara i kompaktnih diskova, knjigovodstvenih i bankarskih dokumenata, ugovora o poklonu i testamenata sačinjenih u korist advokata i svih drugih isprava koji se odnose na oštećena lica R i G, koja su advokatske stranke. Pretresanje je izvršila policija u prisustvu podnosioca predstave, njegovog branioca i predstavnika advokatske komore. Tom prilikom pregledan je i privremeno oduzet laptop advokata a sve datoteke sačuvane na njemu kopirane su na dva CD-a (na zahtev predstavnika komore datoteke povezane sa oštećenima snimljene su na jedan a sve ostale na drugi CD). O pretresanju je sastavljen zapisnik sa popisom privremeno oduzetih predmeta (laptop i dva CD-a) koji su predati istražnom sudiji da odluči koji od njih će se koristiti u istrazi. Žalbeno veće je odbilo žalbu podnosioca predstave izjavljenu na odluku o pretresanju, smatrajući da postoji dovoljno razloga za sumnju da je izvršio krivična

9 ECHR, Judgment of 3.7.2012. in case of *Robathin v. Austria* (Application no. 30457/06).

dela, te je odlučilo da se zadrže i pregledaju sve oduzete datoteke radi sprovođenja sveobuhvatne istrage. U obrazloženju odluke se ističe da advokat ne može da se pozove na dužnost čuvanja profesionalne tajne kao razlog za zabranu oduzimanja pojedinih predmeta u slučaju da je on sam osumnjičeni. Smatrajući da mu je pretresanjem advokatske kancelarije i oduzimanjem laptopa i svih podataka sačuvanih na njemu povređeno pravo iz člana 8 EKLJP, advokat se obratio ESLJP.

Advokat je u predstavi istakao da je prema Zakonu o advokaturi bio dužan da kao profesionalnu tajnu čuva sve što mu je stranka poverila ili što je saznao u svojstvu zastupnika, a da načelo tajnosti podataka ne sme da se „zaobiđe“ oduzimanjem isprava ili ispitivanjem zaposlenih u advokatskoj kancelariji. Iz tog razloga smatra da pretresanje njegove kancelarije i oduzimanje predmeta nije bilo u skladu sa zakonom, a da kopiranje svih datoteka sa njegovog računara nije bilo srazmerno i neophodno u jednom demokratskom društvu. Podnosilac predstave smatra da se čak radilo o arbitrnem postupanju nadležnih organa jer je postupak okončan donošenjem oslobađajuće presude, čime se potvrđuje da u vreme donošenja i izvršavanja odluke o pretresanju nije bilo dovoljnog stepena sumnje da je učinio krivična dela koja su mu stavljena na teret.

U odgovoru Austrije ističe se da je pretresanje bilo u svemu sprovedeno u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku i uz poštovanje svih proceduralnih garancija. Iako dužnost čuvanja profesionalne tajne iz Zakona o advokaturi služi zaštiti odnosa poverenja između advokata i stranke, ona ne štiti advokata od krivičnog gonjenja u slučaju da postoji sumnja da je izvršilac krivičnog dela. Odgovarajući na tvrdnju da je pretresanje računara i oduzimanja svih datoteka sačuvanih na njemu bilo preterano i nesrazmerno, ističe se da je to bilo potrebno kako bi se pronašli svi relevantni podaci, što je moglo da izostane da su se primenili prosti kriterijumi za pretragu (tj. da su oduzete samo datoteke nedvosmisleno povezane za oštećenima).

ESLJP je stava da svako pretresanje računara predstavlja intervenciju u pravo iz člana 8 EKLJP, prvenstveno u pravo na poštovanje prepiske. Ceneći da li je u konkretnom slučaju pretresanje bilo u skladu sa zakonom, ESLJP je utvrdio da, iako Zakon o krivičnom postupku ne sadrži specifične odredbe o pretresanju računara i oduzimanju pohranjenih računarskih podataka, Zakon predviđa jasna pravila o oduzimanju isprava, koja se, prema stavu domaće sudske prakse, shodno primenjuju i na isprave u elektronskom obliku. Shodno tome, pretresanje računara i privremeno oduzimanje datoteka bilo je u skladu sa zakonom, a određeno je u cilju ostvarivanja legitimne svrhe (otkrivanja krivičnog dela).

Da bi procenio da li su sporne radnje bile *potrebne u demokratskom društvu*, odnosno da li se *odnos* između *cilja* koji se trebao postići i *mera* koje su radi

toga preduzete može smatrati *srazmernim*, ESLJP je razmotrio da li su ispunjeni sledeći *zahtevi*:¹⁰ da li je pretresanje naredio sud zbog postojanja dovoljnog stepena sumnje da je učinjeno krivično delo, da li je obim pretresanja bio razumno ograničen u sudskoj odluci i da li je pretresanju prisustvovao nepristrasni posmatrač koji bi mogao da vodi računa da se predmeti i podaci obuhvaćeni dužnošću čuvanja profesionalne tajne izuzmu od oduzimanja.

Sud je utvrdio da je odluka istražnog sudije o pretresanju bila u dovoljnoj meri obrazložena u pogledu postojanja sumnje da su izvršena krivična dela. Činjenica da je na kraju doneta oslobađajuća presuda ne znači da u vreme izdavanja naredbe za pretresanje nije postojao dovoljan stepen sumnje da je učinjeno krivično delo. Što se tiče proceduralnih garancija koje bi služile zaštiti od zloupotreba i arbitrnosti, ESLJP smatra da je u svemu postupljeno u skladu sa Zakonom o krivičnom postupku.

Međutim, *zahtev da obim pretresanja bude u odluci razumno ograničen nije ispoštovan*, jer su u jezičkoj formulaciji naredbe korišćeni veoma uopšteni termini koji su omogućili *generalno i neograničeno pretraživanje svih datoteka* sačuvanih na advokatovom računaru. Takođe, sporna je odluka žalbenog veća povodom žalbe izjavljene na odluku o pretresanju, jer sadrži samo *uopšteno i ukratko dato obrazloženje zašto je potrebno oduzimanje i pregledanje svih datoteka na advokatovom laptopu*. Nedvosmisleno je postojala potreba da se oduzmu i pregledaju datoteke povezane sa oštećenim licima, dok su u pogledu svih ostalih datoteka izostali dovoljno određeni razlozi koji bi opravdali njihovo oduzimanje za potrebe krivičnog postupka. Iz tog razloga ESLJP smatra da pretresanje i privremeno oduzimanje *nije bilo u srazmeri* sa potrebama konkretnog slučaja i da je time povređeno pravo podnosioca predstavke iz člana 8 EKLJP.

7. Zaključak

Odnosi koje advokat stvara i razvija sa drugim licima u okviru profesionalne i poslovne aktivnosti obuhvaćeni su pojmom privatnog života, a poslovni prostor u kom se obavljaju ovakve aktivnosti obuhvaćeni su pojmom doma, koji se štite članom 8 EKLJP. Pretresanje advokatske kancelarije stoga predstavlja intervenciju u pravo na poštovanje privatnog i porodičnog života, doma i prepiske. ESLJP je stava da, ukoliko *domaći propisi o krivičnom postupku* dozvoljavaju pretresa-

10 Ovi zahtevi utvrđeni su u odlukama ESLJP u sličnim predmetima, vid. Judgment of 16.12.1992. in case of Niemietz v. Germany (Application no. 13710/88), Judgment of 19.09.2002 in case of Tamosius v. the United Kingdom (Application no. 62002/00), Judgment of 16.10.2007. in case of Wisser and Bicos Beteiligungen GmbH (Application no. 74336/01).

nje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta pronađenih tom prilikom, oni moraju da *predvide određene proceduralne garancije*. U tom smislu, u presudama u predmetima u kojima se u vezi sa pretresanjem advokatske kancelarije ukazuje na povredu prava iz člana 8 EKLJP, ESLJP je utvrdio nekoliko *kriterijuma*, koji mogu da posluže *kao smernice* za zakonsko regulisanje.

Procena da li je ovakva intervencija *u skladu sa domaćim pravom* podrazumeva utvrđivanje da li postoji pravni osnov za preduzimanje radnje, a potom i proveru kvaliteta pravne regulative. Propisi kojima se uređuje pretresanje advokatske kancelarije i privremeno oduzimanje predmeta za potrebe krivičnog postupka moraju sa dovoljnim stepenom predvidivosti da advokatu pruže smernice o tome u kojim okolnostima i pod kojim uslovima nadležni organi mogu da preduzmu te radnje kojima se interveniše u neko njihovo pravo, i obezbede odgovarajući stepen pravne zaštite i time obezbede jasne proceduralne garancije koje služe zaštiti od zloupotreba i arbitrnosti. Ukoliko zakon o advokaturi zabranjuje da se protivno volji advokata pregledaju i oduzimaju predmeti koje mu je predala stranka ili do kojih je došao u pružanju pravne pomoći (i koje je dužan da čuva kao profesionalnu tajnu), a ovakva odredba se ne dovede u jasnu vezu sa propisom o krivičnoj proceduri, koji uređuju privremeno oduzimanje predmeta za potrebe krivičnog postupka, nije ispunjen zahtev predvidivosti. U tom slučaju obavljanje profesionalne aktivnosti advokata je ugroženo a apsolutna zabrana oduzimanja predmeta od advokata ustanovljena u cilju zaštite nepovredivosti advokatske profesije se ne sprovodi dosledno.

Da bi se procenilo da li je pretresanje advokatske kancelarije i oduzimanje predmeta *potrebno u jednom demokratskom društvu*, odnosno da li se može smatrati *srazmernim* odnos između cilja koji treba postići i radnji koje su u tom cilju preduzete, utvrđuje se da li je ispoštovano nekoliko zahteva:

- 1) da pretresanje *služi legitimnoj svrsi* (otkrivanje krivičnog dela, odnosno pronalaženje predmeta koji bi poslužili kao dokaz u krivičnom postupku);
- 2) da se pretresanje odredi zbog postojanja *dovoljnog stepena sumnje* da je učinjeno krivično delo, naročito ako je advokat osumnjičen kao izvršilac ili saučesnik (odluka ne sme da se zasniva na pukim pretpostavkama, nego na činjeničnim okolnostima koje opravdavaju sumnju da je učinjeno navodno krivično delo povodom kog se određuje pretresanje, pri čemu se postojanje te sumnje procenjuje u vreme donošenja odluke);
- 3) da postoji *verovatnoća* da će se ostvariti svrha pretresanja (da će se traženi predmeti pronaći prilikom pretresanja);
- 4) da pretresanje i privremeno oduzimanje predmeta *odredi sud* (prethodnom odlukom ili naknadnom kontrolom);

- 5) da *obim pretresanja bude razumno ograničen u odluci* (jasnim, a ne uopštenim terminima, što je preciznije moguće da se odrede predmeti za koje se pretpostavlja da će se prilikom pretresanja pronaći i oduzeti);
- 6) da se obezbedi *prisustvo i delotvorno učešće nepristrasnog posmatrača*, koji bi mogao da prati i nadzire pretresanje, a time i spreči arbiterno oduzimanje predmeta koji su obuhvaćeni dužnošću čuvanja profesionalne tajne. Da bi prisutan svedok mogao da ostvari takvu ulogu, neophodno je:
 - a. da ima odgovarajuće pravničko obrazovanje,
 - b. da je i sam vezan dužnošću čuvanja profesionalne tajne (dakle, da i sam bude advokat),
 - c. da prilikom pretresanja može da koristi određena pravna sredstva kojim bi ukazao na nepravilnosti.

Kako advokatura vrši značajnu ulogu u sistemu zaštite i ostvarivanja prava, a pretresanje advokatske kancelarije nedvosmisleno ugrožava profesionalnu tajnu koja je u osnovi odnosa poverenja između advokata i stranaka, uzimanje u obzir ovih *proceduralnih garancija* je neophodnost.

Literatura

- ECHR, Judgment of 16.12.1992. in case of Niemietz v. Germany (Application no. 13710/88);
- ECHR, Judgment of 19.09.2002 in case of Tamosius v. the United Kingdom (Application no. 62002/00);
- ECHR, Judgment of 16.10.2007. in case of Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH (Application no. 74336/01);
- ECHR, Judgment of 22.5.2008. in case of Iliya Stefanov v. Bulgaria (Application no. 65755/01);
- ECHR, Judgment of 24.7.2008 in case of André and Other v. France (Application no. 18603/03);
- ECHR, Judgment of 9.4.2009. in case of Kolesnichenko v. Russia (Application no. 19856/04);
- ECHR, Judgment of 3.7.2012. in case of Robathin v. Austria (Application no. 30457/06);
- ECHR, Judgment of 5.7.2012. in case of Golovan v. Ukraine (Application no. 41716/06);
- ECHR, Judgment of 4.10.2018. in case of Leotsakos v. Greece (Application no. 30958/13).

Milana PISARIĆ, PhD

Faculty of Law, University of Novi Sad, assistant

SEARCH AND SEIZURE AT A LAWYER'S OFFICE IN CASE LAW OF EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

The search and seizure at a lawyer's offices for the purpose of criminal proceedings does not constitute a mere intervention in the business premises but is also in a kind of contradiction with the protection of the trust relationship between the client and the lawyer and the lawyer's duty of keeping the professional secret. In order to reduce to a minimum the pressure on confidentiality, which is at the core of the trust relationship, while at the same time to allow the establishment of facts in criminal proceedings, it is necessary for states to proclaim certain procedural guarantees. Case-law of the European Court of Human Rights can serve as a guideline in creating and reviewing such guarantees. For this reason, the subject of this paperwork is an analysis of the judgments of this Court in several cases in which, for certain reasons, the issue of search and seizure at a lawyer's office appeared as controversial.

Key words: *criminal procedure, search and seizure, law office, European Court of Human Rights.*