

Edin Šarčević*

Da li je pretres redakcijske prostorije neustavan? Slučaj portala Klix.ba

Sadržaj

1. Opis slučaja
2. Exkurs: opšte i stručne reakcije
3. Ocjena krivičnopravnih argumenata i kleveta
4. Inkurs: rješenje nadležnog suda
5. Ostali pravni argumenti
 - 5.1. Javnopravni argumenti
 - 5.2. Smjernica komiteta ministara Vijeća Evrope
 - 5.3. Članovi 13 i 17 EKLJP
 - 5.4. Relevantni aspekt člana 8 EKLJP
6. Povreda slobode izražavanja iz čl. II/3.h) Ustava BiH i čl. 10 EKLJP
 - 6.1. Područje zaštite
 - 6.2. Povreda
 - 6.3. Opravdanje
 - 6.4. Zakonski osnov
 - 6.5. Legitiman cilj
 - 6.6. Srazmjernost
7. Zaključak

1. Opis slučaja

Pod „slučajem Klix.ba“ podrazumijevam okolnosti pretresa u redakciji internet portala Klix.ba od 29. decembra 2014. godine, tačnije, okolnosti pretresa prostorija InterSoft d.o.o. Pretres je prema opisu glavne tužiteljice Kantona Sarajevo, Dalide Burzić,¹ proveden u skladu sa predmetom koji je u Kantonalnom tužilaštvu Kantona Sarajevo (Kantonalno tužilaštvo) formiran 16. decembra 2014. godine. Općinski sud u Sarajevu je na zahtjev Kantonalnog tužilaštva izdao

* Autor je izv. profesor javnog prava na Pravnom fakultetu u Leipzigu i predsjednik Fondacije Centar za javno pravo.

¹ Opis je pruzet iz navoda glavne tužiteljice D. Burzić kako su objavljeni u vijesti na portalu Klix.ba 31. 12. 2014. na linku:
<http://www.Klix.ba/vijesti/bih/tuzilastvo-ks-i-fup-preispituju-okolnosti-pod-kojima-je-pretresen-klix-ba/141231038>.

naredbu za pretres redakcije. Naredba je donesena na osnovu zamolbe Specijalnog tužilaštva Republike Srpske i članova 67 (Naredba za pretresanje) i 79 (Naredba za oduzimanje predmeta) Zakona o krivičnom postupku Federacije Bosne i Hercegovine. Naredbu za pretres je izdao MUP Kantona Sarajevo radi pronalaženja dokaza i predmeta u vezi sa osnovanom sumnjom da je počinjeno krivično djelo neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja, kažnjivo po Krivičnom zakonu RS-a².

Naredbu su trebale izvršiti ovlaštene službene osobe MUP-a KS uz pomoć stručnjaka iz oblasti računarske forenzike, u saradnji i uz prisustvo načelnika Službe za suzbijanje organizovanog kriminaliteta i korupcije Uprave kriminalističke policije RS ili osoba koje on odredi. Pretres je proveden 24. decembra 2014, pretraženi su kompjuterski sistemi i uređaji za pohranjivanje elektronskih podataka kao i mobilnih telefona koji su se zatekli u posjedu osumnjičenih osoba, privremeno su oduzeti mobilni telefoni i kompjuterski diskovi o čemu je izdana odgovarajuća potvrda. Ukratko, pretres je naređen i proveden zbog sumnje da će se u redakcijskim prostorijama pronaći tragovi i predmeti krivičnog djela neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja iz čl. 174 st. 1 Krivičnog zakona RS-a.³

Prema tome, u slučaju Klix.ba radi se o pretresu redakcije elektronskog medija (internet portala) kako bi se došlo do novinarskih izvora koji su neophodni za otkrivanje počinioca krivičnog djela neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja.

2. Exkurs: opšte i stručne reakcije

Nakon prvih informacija o pretresu uslijedila je reakcija novinara i građana, kako na socijalnim mrežama, tako i u printanim i elektronskim medijima, na radiju i TV. Uglavnom su protiv pretresa isticali razlozi moralne prirode, naglašavano je da je pretres brutalan, da se radi o „upadu policije“, o „brutalnoj kaznenoj ekspediciji“, slijedile su reakcije iziritiranih intelektualaca, novinara i stručnih udruženja. Svima je zajednička ocjena da se radi o nedopuštenom i nezakonitom demonstriranju sile i policijske nadmoći MUP-a RS-a. Nešto jasnijim zahtjevom koji je koristio i pravne argumente istakla se prijava udruženja novinara BiH Uredu disciplinskog tužioca pri VSTV-u BiH u kojoj se spominje kršenje slobode izražavanja iz člana 10 EKLJP kao moguća povreda zagarantirane pravne pozicije medija zajedno sa kršenjem

² Sl. gl. RS 49/2003. Riječ je o počiniocu krivičnog djela koje je opisano u članovima 173 i 174.

Neovlašćeno otkrivanje profesionalne tajne, čl. 173: (1) Advokat, ljekar ili drugo lice koje neovlašćeno otkrije tajnu koju je saznalo u vršenju svog poziva, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. (2) Nema krivičnog djela iz stava 1. ovog člana ako je tajna otkrivena u opštem interesu ili interesu dugog lica koji je pretežniji od interesa čuvanja tajne. (3) Gonjenje se preduzima po prijedlogu.

Neovlašćeno prisluškivanje i tonsko snimanje, član 174: (1) Ko posebnim uređajima neovlašćeno prisluškuje ili tonski snimi razgovor ili izjavu koja mu nije namijenjena, ili omogući nepozvanom licu da se upozna sa razgovorom ili izjavom koja je neovlašćeno prisluškivana ili snimana, kazniće se novčanom kaznom ili zatvorom do jedne godine. (2) Kaznom iz stava 1. ovog člana kazniće se i 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. (3) Ako djelo iz st. 1. i 2. ovog člana učini službeno lice u vršenju službe, kazniće se zatvorom do tri godine.

³ Navodi prema Rješenju općinskog suda u Sarajevu br. 65 0 K 477433 15 Kv od 05. 01. 2015.

„odluke Evropskog suda za ljudska prava u kojoj je tajnost informacija važan dio novinarskog rada, a opravdava se postojanje redakcijskih tajni“⁴.

Mediji su donijeli i dvije reakcije koje su bacile više svjetla na pravnu perspektivu problema, jednu advokata *Asima Crnalića*⁵ i drugu novinara i advokata *Senada Pećanina*⁶. Advokat *Crnalić* je, parafraziram, na jednoj strani stavio primjedbu da je pretres obavljen nezakonito zato što su ga faktički provodili i pripadnici MUP-a RS-a i da je, na drugoj strani izvan ustavnih okvira zbog toga što je suprotan ustavnom načelu o slobodi izražavanja. *Crnalić* je utvrdio da u konkurenciji, sloboda izražavanja kao ustavom zagarantirano pravo stoji ispred krivičnog djela neovlaštenog snimanja.

Novinar i advokat *Pećanin* je najprije na stranici portala Klix.ba utvrdio da je odluka Kantonalnog tužilaštva „šokantna i pravno nevjerovatna“ jer dozvoljava „brutalni atak“ na slobodu informiranja koja je u BiH zaštićena EKLJP i Ustavom BiH. U nastavku je, bez navođenja konkretnog osnova, zaključio da u korist portala govori princip novinarske obaveze na čuvanje izvora objavljenih informacija „koji je suveren u svakoj demokratskoj državi“. Nešto konkretnije objašnjenje je uslijedilo u Dnevniku plus TV1 od 30. decembra 2014. godine za koji je *Pećanin* pripremio pravnu analizu. U tom smislu se pozabavio sadržajem krivičnopravnih propisa o neovlaštenom prisluškivanju i tonskom snimanju iz KZ RS-a (čl. 173 i 174 KZ RS) zaključujući da redakcija Klix.ba na osnovu ovih propisa nije mogla biti objekt istrage. Zatim je uputio na čl. 10 Zakona o zaštiti od klevete RS-a⁷ tvrdeći da novinar na osnovu ovog propisa nije dužan otkriti identitet izvora i konačno na međunarodnopravni aspekt, naime na „Smjernice komiteta ministara Vijeća Evrope iz 2000. godine“ i EKLJP, odnosno na njene propise: „član 10 slobodu izražavanja, član 13 pravo na djelotvorni pravni lijek i član 17 zabrana zloupotrebe prava“. Zaključio je da je sve ovo „narušila gospođa Cvijanović i vlast RS-a“, a da su asistenciju za takvu zloupotrebu prava pružili pravosudni organi u Federaciji i Kantonu Sarajevo.

Iz prethodnog se opisa vidi da je pretres redakcije portala Klix.ba interpretiran, na jednoj strani, kao kršenje osnovnih prava koja su zajamčena u BiH članom II/3.h) Ustava BiH i pojedinim propisima EKLJP sa protokolima i, na drugoj strani, kao nezakonito provođenje pretresa, odnosno, kao krivičnopravno nedopuštena istraga koju isključuje čl. 173 st. 2 KZ RS i čl. 10

⁴ Citirano prema Oslobođenju od 31. 12. 2013, pod linkom: <http://www.oslobodjenje.ba/vijesti/bih/udruzenje-bh-novinari-uputilo-prijavu-vstvu-protiv-kantonalnog-tuzilastva-i-opcinskog-suda-u-sarajevu>.

⁵ Izjava za BH RT Dnevnik 2 od 30. 12. 2014, odgovarajući clip na linku: <http://www.bhrt.ba/vijesti/bih/asim-crnalic-upad-nezakonit/>.

⁶ Ovdje će se koristiti dva izvora: izjava za Klix.ba od 29. 12. 2014, Senad Pećanin: Pravosuđe u BiH ugrožava temeljna ljudska prava (pod: <http://www.Klix.ba/vijesti/bih/senad-pecanin-pravosudje-u-bih-ugrozava-temeljna-ljudska-prava/141229112>) i stavovi iznešeni u Dnevniku plus TV 1 u 19:30 od 30. 12. 2014. (Dnevnik plus: Gosti Senad Pećanin i Boro Kontić, pod: <http://www.tv1.ba/produkcija/formati/dnevnik-plus-sa-ognjenom-blagojevicem/20185-dnevnik-plus-gosti-senad-pecanin-i-boro-kontic.html>).

⁷ Sl. gl. RS 37/2001. Zaštita povjerljivih izvora, čl. 10: (1) Novinar, kao i svako drugo fizičko lice koje je redovno ili profesionalno uključeno u novinarski posao traženja, primanja ili saopćavanja informacija javnosti, koji je dobio informaciju od povjerljivog izvora, nije dužan saopćiti izvor informacije. Ovo pravo uključuje pravo da ne otkrije bilo koji dokument koji bi mogao razotkriti identitet izvora, naročito uključujući: usmene, pisane, audio, vizualne ili elektronske materijale. Ni pod kakvim okolnostima pravo na neotkrivanje identiteta povjerljivog izvora nije ograničeno kontekstom postupka u smislu ovog Zakona. (2) Pravo na neotkrivanje identiteta povjerljivog izvora odnosi se na svako drugo fizičko lice koje učestvuje u postupku u skladu s ovim Zakonom, a koje, kao rezultat svog profesionalnog odnosa sa novinarom ili drugom osobom iz stava 1. ovog člana, sazna identitet povjerljivog izvora informacije.

Zakona o zaštiti od klevete RS-a (argumentacija Pećanin). U nastavku ću najprije provjeriti ispravnost krivičnopranog argumenta, zatim ću ispitati u kojoj su mjeri relevantni javnopravni argumenti i koji od njih može poslužiti kao osnova za izvođenje opšteg stava o pravnoj dopuštenosti pretresa novinskih redakcija.

3. Ocjena krivičnopravnih argumenata i kleveta

Krivičnopravni prigovor izveden iz čl. 173 st. 2 KZ RS-a polazi najprije od nalaza da odavanje tajne do koje se došlo vršenjem svoga poziva (čl. 173 st. 1) kažnjivo i da predstavlja krivično djelo, ali da krivično djelo nije počinjeno ako je tajna otkrivena u opštem interesu ili interesu drugog lica koji preteže nad interesom čuvanja tajne (stav 2). Konkretno, istraga u formi pretresa je prema ovom mišljenju nezakonita, pa je, prema tome, i zabranjena jer čl. 173 st. 2 KS RS-a predviđa izuzetak za postojanje krivičnog djela neovlaštenog otkrivanja profesionalne tajne. Ovaj izuzetak bi se, prema ovom mišljenju, trebao protegnuti i na krivično djelo neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja iz čl. 174 KZ RS-a. Svaki pretres u redakciji, radi otkrivanja počinioca krivičnog djela bio bi, prema tome, nezakonit kada je otkrivanje tajne u opštem ili ličnom interesu koji preteže (važniji je) nad interesom čuvanja tajne.

Ovakvom shvatanju se mora staviti najprije načelna primjedba, naime, da se u konkretnom slučaju uopšte ne radi o krivičnom djelu neovlaštenog otkrivanja profesionalne tajne iz čl. 173 KZ RS-a, nego o samostalnom krivičnom djelu neovlaštenog prisluškivanja i snimanja (čl. 174 st 1 KZ RS). Osim toga, ono previđa procesnopravnu i logičko-funkcionalnu prirodu istrage u formi pretresa: pretres je upravo u funkciji istrage, odnosno u funkciji otkrivanja počinioca krivičnog djela. Izuzetak (nepostojanje krivičnog djela) od pravila (počinjeno krivično djelo) moći će se primijeniti nakon što se utvrdi da li su ispunjene činjenične pretpostavke konkretnog krivičnog djela – one se mogu utvrditi samo istražnim radnjama, dakle i pretresom. Konačno, krivično djelo neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja (čl. 174 st. 1 KTRS) ne predviđa nikakve izuzetke, tako da se na osnovu izuzetka iz čl. 173 st. 2 KZ RS-a ne može uspostaviti analogna konstelacija za čl. 174 KZ RS-a, a da se ne obesnaži jezičko značenje ovog propisa. Postojanje krivičnog djela mora, dakle, biti najprije utvrđeno da bi se donijela odluka o pokretanju postupka. Da bi bilo utvrđeno neophodno je da postoji osnov sumnje. Istaraga je u tom smislu procesnopravna pretpostavka koju opis krivičnog djela (i prema modelu pravilo-izuzetak i prema modelu pravilo-posljedica) podrazumijeva. Ona se ne može logički isključiti.

Prema tome, i materijalnopravno i logički je pogrešno na osnovu opisa činjeničnih pretpostavki krivičnih dijela (bilo prema prema modelu pravilo-posljedica, bilo prema modelu pravilo-izuzetak) proglašavati istragu nezakonitom: materijalnopravno se tek na osnovu istrage može doći do zaključka o postojanju osnovane sumnje da je počinjeno krivično djelo, a pravno-logički se izuzetak od pravila (st. 2 čl. 173 KZ RS-a) može primijeniti nakon što se utvrdi da su ispunjene činjenične pretpostavke inkriminisanog djela. U suprotnom bi se institut istrage svaki put kada postoji osnovana sumnja da je počinjeno krivično djelo pretvorio u pravni osnov za zabranu provođenja istrage, odnosno, u cjelini bi se obesmisllila nadležnosti tužilaštva u pogledu procijene mjera koje se moraju poduzeti kako bi se otkrio počinitelj krivičnog djela.

Sličan zaključak slijedi i iz člana 10 Zakona o zaštiti od klevete RS-a. Ovaj propis važi u području primjene Zakona o zaštiti od klevete i već se prema jezičkom značenju druge rečenice prvog stava i dugog stava istog člana njegova primjena ne može proširiti na opštu zaštitu

povjerljivih izvora. U samom članu 10 st. 1 rečenica 3 propisano je da se kontekstom „*postupka ovog Zakona*“ ne može ograničiti pravo na otkrivanje identiteta povjerljivog izvora, a u stavu 2 se precizira da se pravo na neotkrivanje identiteta povjerljivog izvora odnosi na lica koja u skladu „*sa ovim Zakonom*“ učestvuju u postupku. Upućivaje na „ovaj Zakon“ predstavlja nedvosmisleno vezivanje zaštite povjerljivih izvora za postupak koji se odvija prema zakonu o zaštiti od klevete RS-a. Prema tome, ni ovaj kriterij ne može poslužiti kao osnov za zaključak da je prikrivanje identiteta novinarskog izvora putem člana 10 Zakona o zaštiti od klevete izveden na nivo opšte zabrane provođenja istražnih radnji u pogledu otkrivanja počinitelaca krivičnih djela. Prigovor advokata *Crnalića* na zakonitost pretresa je pravno prihvatljiv argument. Njegova utemeljenost se mora cijeliti s obzirom na sadržaj naredbe za pretres kao i s obzirom na načina njene provedbe. U svakom slučaju odluka o ovom prigovoru je kazuističke prirode i ne može imati nikakvog utjecaja na načelno pitanje, da li je u pravnom sistemu BiH dopušteno pretresati novinarske redakcije kako bi se došlo do izvora (informanata, redakcijskih tajni) koji su neophodni za otkrivanje počinioca krivičnih djela. Ona može samo utvrditi da li je u konkretnom slučaju pretres proveden u skladu sa naredbom MUP-a Kantona Sarajevo i sa relevantnim zakonskim propisima.

4. Inkurs: rješenje nadležnog suda

Upravo je u tom smislu odlučeno o zakonitosti pretresa. U rješenju Općinskog suda u Sarajevu obrazloženo je da naredba za pretres nije donešena na zakonit nači i da je sam pretres nezakonit.⁸ Sud je utvrdio da naredba nije sastavljena u skladu sa članovima 65, 67 i 72 ZKP F BiH jer ne sadrži ni minimalno obrazloženje vjerovatnosti da će se pronaći dokazi o počinjenom krivičnom djelu i zbog toga je naložio da se vrate privremeno oduzeti predmeti po izdanim potvrdama.

Osim toga sud je, citirajući žalbu advokata, utvrdio da donošenje naredbe počiva na pretpostavkama koje nisu u skladu sa članovima 8 i 10 EKLJP. Pri tom nije pobliže odredio u čemu se ogleda povreda ovih prava kao ni u kom aspektu je povrijeđeno svako od konvencijskih prava, ali je naveo da se prava i slobode iz EKLJP direktno primjenjuju u BiH i da imaju prioritet u primjeni nad svim ostalim zakonima kao i da sudija za prethodni postupak nije provjerio ispunjenost uslova za zadiranje u ova prava (zasnovanost na zakonu, legitiman cilj, neophodnost i proporcionalnost cilju kojem se teži).⁹ Općinski sud se pri tom pozvao na odluku Ustavnog suda BiH iz 2012. godine u kojoj je povodom pretresa privatnog stana potvrđena povreda člana 8 EKLJP u aspektu zaštićenog prava na porodični i privatni život ili dom.¹⁰

Sasvim pojednostavljeno: Ustavni sud BiH je zauzeo stav da mora provjeravati zakonitost pretresa privatnog stana zbog toga što u ovom polju ima „širu“ nadležnost, odnosno nadležnost da „prodre“ u pitanja zakonitosti „tako što će utvrditi da li je određena odredba zakona primijenjena na adekvatan način“. ¹¹ Zaključak je da će naredba o pretresu svaki put voditi ka povredi prava iz čl. 8 EKLJP ako je nezakonita, a nezakonita će biti svaki put kada se nadležni sud pozove samo na osnove sumnje da je počinjeno krivično djelo i ne obrazloži u čemu se

⁸ Rješenje Općinskog suda u Sarajevu (bilj. 3). Ovim rješenjem je sud uvažio žalbu koju je u međuvremenu uložio ovlaštení advokat Klix.ba, odnosno, advokat osumnjičenih fizičkih lica.

⁹ Rješenje Općinskog suda (bilj. 3), s. 3 pasos 3.

¹⁰ Odluka Ustavnog suda BiH AP 2120/09 od 26. 05. 2012.

¹¹ St. 38 Odluke US (bilj. 10).

konkretno ogleda vjerovatnost da će se pretresom zaista pronaći predmeti i tragovi krivičnog djela. Ako postupak donošenja naredbe o pretresu nije proveden u skladu sa relevantnim zakonskim odredbama on onda nije ni ustavan jer ne zadovoljava uslov za ograničavanje ovog prava, naime da se osnovna prava iz člana 8 EKLJP (čl. II/3.f Ustava BiH) mogu ograničiti samo u skladu sa zakonom.¹²

Žalbeno vijeće Općinskog suda u Sarajevu nije imalo poteškoća da ovu formulu primjeni i na pretres poslovnih prostorija InterSoft d.o.o. i redakcije portala Klix.ba: budući da naredba ne sadrži minimum konkretnog obrazloženja vjerovatnosti da će se pronaći tragovi krivičnog djela ili predmeti važni za postupak, odnosno, da ne sadrži uvjerljive razloge koji pokazuju da je sumnja u počinjeno krivično djelo osnovana, ona je nezakonita i time krši prava zagarantovana članom 8 i 10 EKLJP.

U osnovi, rješenje općinskog suda utvrđuje *nezakonitost* poretresa. Spominjanje pojedinih prava iz EKLJP je vrlo neizdiferencirano: sud ne opisuje konkretne provrede, ne utvrđuje koja su područja zaštite konkretno povrijeđena kao što ni ne navodi da li su povrijeđena oba propisa (čl. 8 i 10 EKLJP) ili se u njihovoj konkurenciji može (i mora) isključiti primjena jednog kako bi se područje zaštite drugog specificiralo u konstelaciji konkretnog slučaja. Ukratko, osnovna prava iz čl. 8 i 10 EKLJP su u rješenju Općinskog suda zapravo argumentacioni nakit bez kog je obrazloženje u cjelini moglo fungirati kao utemeljen prikaz nezakonite naredbe o pretresu.

5. Ostali pravni argumenti

5.1. Javnopravni argumenti

Ostali *javnopravni argumenti* koji se ističu u gore citiranim stavovima upućuju na pravnu relevanciju „Smjernica komiteta ministara Vijeća Evrope iz 2000. godine“ i na pojedine garancije EKLJP. U nastavku ću težište staviti upravo na garancije EKLJP budući da one kao neposredno primjenjivo pravo koje ima prioritet nad svim zakonima direktno obavezuju sve organe vlasti Bosne i Hercegovine. Njihova povreda, za razliku od kršenja zakonskog prava, predstavlja specifičnu povredu ustavnog prava BiH. U slučaju pozitivnog nalaza – kršenja konvencijskih garancija – pretres novinskih redakcija bi (u svakom konkretnom slučaju) važio kao neustavan i državni organi bi morali u analognim situacijama odustati od sličnih mjera.

Prema tome, potrebno je provjeriti koji propisi sadrže opis činjeničnih pretpostavki zaštićenih pozicija, a zatim je potrebno, s obzirom na konkretan slučaj, ponuditi kriterijume za ocjenu ustavnosti istrage u formi pretresa novinarske redakcije. Iako jednoznačan odgovor na pitanje povrede i opravdanosti državnog zadiranja u zaštićene pravne pozicije na osnovu analiziranog slučaja zasigurno neće biti moguć, mogu se uspostaviti precizni kriterijumi za donošenje odluke o ustavnosti pretresa u analognim ili približno sličnim situacijama.

5.2. Smjernica komiteta ministara Vijeća Evrope

Najprije treba otkloniti nejasnoće o značaju spomenute „Smjernice“ Vijeća Evrope i ocijeniti koji od propisi konvencijskog prava (isticani su članovi 8, 10, 13 i 17 EKLJP) mogu doći u obzir kao odgovarajuće područje zaštite novinarskog rada i čuvanja tajnosti izvor informacija.

¹² Usp. St. 41 Odluke US (bilj. 10).

Pod pojmom „Smjernica“ se najvjerojatnije misli na Preporuku Vijeća Evrope br. R (2000) 7 od 08. marta 2000.¹³ godine o pravu novinara na držanje u tajnosti izvora informacija koja je donešena na 701. sjednici Vijeća po proceduri iz čl. 15.b Statuta Vijeća Evrope. Mora se imati na umu da su adresati ovakvih akata države članice Vijeća Evrope. Dakle, fizičkim i pravnim osobama ili državnim organima se preporukama Vijeća Evrope ne mogu postavljati direktne obaveze niti su iz same preporuke mogu izvoditi pravne zabrane, naredbe ili stavovi koji se primjenjuju na konkretan slučaj. Države članice su pozvane (kao adresati) da u svoj pravni sistem integriraju odgovarajuće mehanizme, a državni organi su obavezni da primjenjuju nacionalne propise kao mjerodavne norme za konkretan slučaj. Prema tome, preporuka Vijeća Evrope nisu i ne predstavljaju mjerilo provjere da li je, pod pretpostavkom otkrivanja tajnih izvora novinarskih informacija, pravno dopuštena istraga u formi pretresa. Čak i ako bi se pošlo od (netačne) pretpostavke da spomenuta „Smjernica“ Vijeća Evrope obavezuje, i to direktno organe pravosuđa ili gonjenja, njeno treće načelo („Granice prava na tajnost“) upućuje na čl. 10 stav 2 EKLJP i precizira da izvori novinarskih informacija nisu apsolutno zaštićeni i da se može narediti njihovo otkrivanje ukoliko bi to bilo u funkciji važnog javnog interesa. Prema tome, i u ovom aspektu bi zaključak da „Smjernica“ apsolutno štiti novinara od otkrivanja izvora informacija bio netačan budući da će konačna odluka ovisiti o ocjeni konkretnog slučaja, naime od procjene da li konkretna konstelacija upućuje na postojanje značajnog javnog interesa za otkrivanje tajnih izvora informacije i da li su okolnosti po svojoj prirodi dovoljno važne.¹⁴

5.3. Članovi 13 i 17 EKLJP

Ni jedan od gorespomenutih propisa ne vodi, dakle, do zaključka da je pravno nedopuštena istraga u formi pretresa novinarske redakcije kada se ona provodi u postupku potrage za novinarskim izvorima koji su neohodni za otkrivanje počinioca krivičnog djela. Ostale su još otvorene ustavne garancije iz čl. II/3.h) Ustava BiH i člana 10 EKLJP (sloboda izražavanja). Ovo je aspekt koji je potrebno detaljnije obrazložiti, ne samo zbog toga što su na slobodu izražavanja fokusirana uvodna obrazloženja, nego i zbog utvrđivanja parametara na osnovu kojih bi se mogli rješavati i prema kojima bi se mogli orijentirati slični pokušaji otkrivanja redakcijske tajne i novinarskih informanata.

Prethodno je neophodno otkloniti nedoumice oko primjene članova 13 (pravo na djelotvoran pravni lijek) i 17 (zabrana zloupotrebe prava) EKLJP.

Član 13 EKLJP očigleno nije relevantan kao samostalna garancija budući da se na njega moguće pozvati samo akcesorno uz neku od materijalnih garancija EKLJP. U procesualnom smislu zahtjev za iscrpljivanje svih sudskih instanci iz čl. 35 EKLJP predstavlja ekvivalent materijalnoj garanciji člana 13 EKLJP. Oba propisa su komplementarna jer se nekorištenjem dostupnih pravnih lijekova na nacionalnom nivou prema čl. 35 EKLJP ne može kršiti pravo na djelotvoran pravni lijek iz čl. 13 EKLJP. Obrnuto, u slučaju nepostojanja efektivnog pravnog lijeka od početka je ispunjena pretpostavka iscrpljivanja svih raspoloživih pravnih lijekova.¹⁵ U slučaju Klix.ba se ne vidi u kojoj bi uzajamnoj ovisnosti mogao biti povrijeđen čl. 13 EMRK: ni

¹³ Korišten je neslužbeni prevod na njemački jezik sa švicarskog portala: <http://www.egmr.org/minkom/ch/rec2000-7.pdf>.

¹⁴ Usp. načelo 3 lit. b) Preporuke R (2000) 7 (bilj. 13).

¹⁵ Usp. C. Grabenwarter/K. Pabel, EMRK, 5. izd, München/Basel/Wien 2012, s. 484 sa daljim uputama.

ovaj propis, a ni EKLJP ne propisuje državama članicama kako žalba mora biti konkretno uobličena. Ona mora biti samo „učinkovita/efektivna“ u tom smislu da mora biti upućena instanci koja će je riješiti u smislu donošenja obavezujuće odluke. Prema praksi Suda za ljudska prava efektivan/učinkovit pravni lijek mora biti primjeren i pristupačan,¹⁶ nacionalna instanca mora donijeti obavezujuću odluku i ne smije se ograničiti na preporuke,¹⁷ pogođena osoba mora imati mogućnost da bude oštećen za materijalne i imaterijalne štete¹⁸. U svemu ostalom će eventualna povreda ovisiti o osnovnom pravu uz koje se utužuje povreda čl. 13 EKLJP. Budući da se iz opisane konstelacije ne vidi da je Klix.ba osujećen u poduzimanju procesnopravnih radnji koje obuhvata kategorija efektivan/učinkovit pravni lijek, a da je on osiguran u okviru Zakona o krivičnom postupku F BiH (čl. 83)¹⁹ to se član 13 EKLJP u ovoj fazi mora isključiti kao relevantan propis.

U pogledu povrede člana 17 EKLJP mora se imati na umu da ovaj propis u pravilu služi za dodatno preciziranje područja zaštite svakog osnovnog prava, posebno člana 10 EKLJP.²⁰ To znači da se konvencijom zagarantirana prava ne smiju tumačiti tako da ona za neku državu, za grupu ili za osobu osiguravaju pravo da se poduzimaju mjere kojima bi se ukinule ili snažnije ograničile prava i slobode nego što je to predviđeno konvencijom.²¹ Član 17 EKLJP je mjerilo za interpretaciju činjenica kojima se krši neko od konvencijskih prava i sloboda.²² Tako npr. iznošenje uvredljivih stavova, čak i rasnih uvreda, predstavlja „informaciju ili ideju“ u smislu čl. 10 st. 1 EKLJP. Iznošenje stavova koji su usmjereni protiv osnovnih principa demokratskog društva uživaju također zaštitu čl. 10 EKLJP.²³ Primjenom člana 17 EMRK bi se moglo dospjeti do zaključka da ni jedan od navedenih slučajeva nije pokriven područjem zaštite člana 10 EKLJP. Novije odluke ESLJP pokazuju da iznošenja mišljenja koja su uvredljiva ili čak rasistički intonirana, ili koja sadrže jednoznačno antidemokratske stavove ne izlaze svaki put zbog čl. 17 EKLJP iz područja zaštite čl. 10 EKLJP. Evropski sud je u dosadašnjoj praksi neujednačeno i kazuistički koristio čl. 17 EKLJP kao filter za otvaranje područja zaštite čl. 10 EKLJP. Može se uočiti da su se mogućnosti koje ostavlja čl. 17 EKLJP najprije primjenjivale kako bi se spriječilo da pozivi na revolucionarne promjene budu pokrivene članom 10, zatim da se širenje nacionalsocijalističke i rasne ideologije opravda ciljevima Konvencije i u novije vrijeme da se spriječi širenje negatorske ideologije (negiranje holokausta, zagovarane islamofobije, rasne diskriminacije, ekstrernog govora mržnje ili opravdavanje zločina).²⁴ Ocjena činjenica koje su relevantne u pogledu člana 17 EKLJP uzimaju se u obzir u okviru provjere srazmjernosti ograničavanja slobode. Prenošenje zabrane zloupotrebe prava i sloboda koja su zagarantirana EKLJP (čl. 17) na prvi nivo, naime na provjeru područja zaštite konkretne

¹⁶ Detaljno: M. Cromhecke/V. Staelens, Recht op daadwerkelijke rechtshulp, u: v. Lanotte/Haack (ur), *Handboek EVRM*, Deel 2/2004, ss. (75 i dalje) 100 i dalje (citirano prema Grabenwarter/Pabel (bilj 15), s. 490).

¹⁷ Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), s. 490.

¹⁸ ESLJP 19. 02. 1998, Kaya./TUR, br. 22729/93; 10. 05. 2001, Z i drugi ./ VelBr, br. 29391/95; 09. 05. 2006, Pereira Henriques ./ LUX, br. 60255/00.

¹⁹ Žalba koja je prethodila rješenju općinskog suda u Sarajevu (bilj. 3) je uložena na osnovu čl. 83 ZKP FBiH.

²⁰ Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), s. 134.

²¹ Npr. ESLJP 11. 01. 1995, Walendy ./ GER, br. 2112892. Detalji kod A. Weber, *Handbuch zur Frage der Hassrede*, Strassburg 2009, s. 24 i dalje.

²² Usp. R. Grote/N. Wenzel, u: R. Grote/Th. Marauhn (ur), *EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz*, Tübingen 2006, poglavlje 18, rubni br. 35.

²³ Usp. ESLJP 04. 12. 2003, Müslüm ./ TUR, br. 35071/97.

²⁴ Weber (bilj. 21), ss. 23 i dalje.

slobode, vodi prema relativiranju ili potpunom ukidanju granice između područja zaštite i područja ograničenja osnovnog prava ili slobode.²⁵

Za problem koji nas zanima, da li pretres novinarske redakcije krši čl. 17 EKLJP, proizilazi da se čl. 17 može u konkretnom slučaju koristiti samo u postupku preciziranja područja zaštite i u okviru provjere srazmjernosti državne mjere. Ako bi se, suprotno tome, član 17 EKLJP koristio kao samostalno jamstvo, moglo bi se dospjeti do zaključka da svaka mjera koja cilja na ograničenje sloboda izražavanja u nekom od njenih aspekata predstavlja u smislu čl. 17 zloupotrebu liberalnog duktusa sloboda i prava koja su zagaranitana EKLJP. Ovim bi se obesmislio u cjelini stav 2 čl. 10 EKLJP, odnosno, obesnažio bi se propisan sistem ocjene da li je ograničenje slobode iz člana 10 EKLJP opravdano. Mišljenja sam, prema tome, da je član 17 EKLJP, kako to dokumentira i novija praksa ESLJP, nepodoban za samostalnu provjeru, odnosno za provjeru da li je povrijeđena zabrana zloupotrebe prava koja su zagaranitana Konvencijom, samostalno ili paralelno sa ostalim jamstvima EKLJP.

5.4. Relevantni aspekt člana 8 EKLJP

Preuzimanje materijalnih jamstava iz člana 8 EKLJP u spisak mogućih povreda konvencijskog i ustavnog prava najprije otvara pitanje konkretne materijalne garancije koja bi pretresom mogla biti povrijeđena. Rješenje Općinskog suda u Sarajevu indicira povredu prava na poštovanje privatnog i porodičnog života u formi nepovredivosti stana (doma, „domicile“) iz člana 8 stav 1 EKLJP. U presudi Ustavnog suda BiH koja je poslužila kao uporište za obrazloženje odluke iz rješenja Općinskog suda sporni pretres je proveden u *privatnom* stanu fizičkog lica. S obozirom na tu činjenicu potvrđena je povreda čl. 8 st. 1 EKLJP. U slučaju Klix.ba nije riječ o privatnom stanu nego o poslovnom prostoru koji je jasno razgraničen i nema nikakvih dodirnih tačaka sa privatnim stanom (domom).

Član 8 EKLJP štiti stan (dom) kao područje u kojem se odvija privatni i porodični život; stan (dom) je zapravo u smislu ovog propisa „prostorno-predmetno osiguranje privatne sfere“.²⁶ Njegova zaštita stoji u neposrednoj vezi sa zaštitom privatnosti fizičkih osoba i upravo u tom smislu je stan (dom) zaštićen kao utočište, kao prostorom omeđeno područje u kojem se odvija privatni i porodični život.²⁷ Od slučaja Niemiz, Evropski sud za ljudska prava u pojam stana (doma) u smislu člana 8 EKLJP uračunava, pod određenim uslovima, i poslovne prostorije.²⁸ Riječ je najprije prostorijama u kojima se ne može razgraničiti sfera poslovnog prostora od sfere stana (doma) zbog prirode zanimanja i djelatnosti koja se odvija u stanu. Riječ je, zatim, o „slobodnim zanimanjima“ (advokati, novinari, glumci, književnici isl) koja po prirodi djelatnosti vlastite stanove mogu i moraju korsičiti kao centar privatnog i porodičnog života i profesionalnog angažmana. Ovako postavljen pojam stana (doma) podrazumijeva, dakle, poslovni prostor koji je zaštićen kao „stan“ zbog toga što je u uskoj stvarnoj ovisnosti sa privatnošću porodičnog života i

²⁵ Detaljnije uz navođenje argumenata protiv, Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), s. 134.

²⁶ T. Maruhn/J. Tmorn, Privat- und Familienleben, u: *EMRK/GG – Konkordanzkommentar*, 2. izd, tom 1, Tübingen 2013, s. 921.

²⁷ ESLJP, br. 32015/02 – Gaida 2007.

²⁸ ESLJP, br. 13710/88, Niemitz 16. 12. 1992.

prostora kao utočišta u kojem se privatna sfera osigurava od svakog državnog uplitanja.²⁹ Prema tome, određeni stepen privatnosti je uslov koji mora biti ispunjen kako bi se jedan prostor koji služi za profesionalan rad i koji fungira kao poslovni prostor podveo pod pojam stana (doma). Konačno, Evropski sud je nakon odluke *Buck* (2005)³⁰ proširio pojam stana (doma) i utvrdio da se on proteže i na čisto poslovne prostorije pravnih i fizičkih osoba. No, i ovako postavljen, širok pojam stana (doma) ima granice u privatnosti. Naime, tamo gdje konkretne prostorije nisu u funkciji privatnosti prestaje područje zaštite domicila nad poslovnim prostorijama.³¹

U slučaju Klix.ba to bi značilo da se poslovne prostorije same redakcije ne mogu podvesti pod pojam stana (doma) iz čl. 8 EKLJP zbog toga što im nedostaje određeni stepen privatnosti koji ih približava „prostorno-predmetnom osiguranju privatne sfere“. Redakcijske prostorije su u ovom slučaju poslovne prostorije preduzeća InterSoft d.o.o. koje su svakodnevno otvorene saobraćaju sa publikom i u kojem se nalaze radna mjesta urednika i saradnika redakcije. Opšta pristupačnost poslovnih prostorije širem krugu saradnika, uposlenika i općenito publici, prema mom mišljenju, ne dopušta podvođenje poslovnog prostora redakcije Klix.ba pod pojam „doma“ iz člana 8 st. 1 EKLJP, jer je prekoračena granice šireg pojma „doma“: poslovne prostorije nisu u funkciji privatnosti niti se na bilo koji način mogu dovesti u vezu sa osiguranjem privatne sfere koja bi analogno ili približno odgovarala sferi zaštite jednog stana ili doma.

Kako se u konkretnom slučaju pojam redakcije ne može smjestiti u stvarno područje zaštite nepovredivosti „doma“, otpada, prema mom mišljenju, i mogućnost da se redakcija Klix.ba pozove na povredu čl. 8 EKLJP. U prilog ovakvom zaključku govori i informativna djelatnost Klix.ba koja cijeli slučaj iz područja zaštite privatnosti fokusira na područje opšte zaštite slobode informisanja. Tako, kao moguće područje zaštite ostaje čl. 10 EKLJP u vezi sa čl. II/3.h) Ustava BiH.

6. Povreda slobode izražavanja iz čl. II/3.h) Ustava BiH i čl. 10 EKLJP

6.1. Područje zaštite

Sloboda izražavanja je zaštićena u ustavnom sistemu BiH kao jedna od elementarnih sloboda pravnodržavnog uređenja. Ona obuhvata slobodu informisanja koja je izričito navedena u čl. 10 EKLJP i zajedno sa slobodom mišljenja i štampe štiti kompletan postupak pripreme i objavljivanja informacija, organizaciju i rad novinskih kuća kao i rad novinara i izdavača. Povjerljivost redakcijske tajne, pribavljanje informacija, istraživanje, pisanje kao i pomoćne djelatnosti su zaštićene ovim pravom.³²

Budući da je praksa Ustavnog suda BiH neizdašna u pogledu zaštite slobode izražavanja, posebno u pogledu eventualne veze slobode informisanja sa čuvanjem redakcijske tajne, moguće se orijentirati prema praksi ESLJP. Upravo je ESLJP priznao zaštitu informanata i redakcijske

²⁹ ESLJP redovno naglašava da pojam stana/doma polazi od izvornog francuskog pojma „domicile“ koji je širi od pojma „stana“ i koji se primjerice može odnositi i na biro jedne od profesija iz spektra slobodnih zanimanja (npr. *Buck* ./ Njemačka br. 41604/98 od 28. 04. 2005, st. 31 sa daljim uputama na vlastite judikate).

³⁰ ESLJP, 28. 04. 2005 *Buck* ./ Njemačka, br. 41604/98, st. 31: „Pojam ‚stana‘ se zbog toga tumači tako da on obuhvata biro u mjestu na kojem je registrovano sjedište preduzeća neke privatne osobe ili pravnog lica kao i predstavništva ili druge poslovne prostorije.“

³¹ Marauhn/Tmorn (bilj. 26), s. 923.

³² Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), ss. 309 i dalje i 338.

tajne kao bitan element novinarskog rada.³³ Bez redakcijske tajne i zaštite informacija nema ni slobode štampe niti se sloboda informisanja može staviti u funkciju donošenje demokratskih odluka. U slučaju Klix.ba je sloboda informisanja realizirana putem World Wide Web, dakle putem medija koji se ne može subsumirati ni pod pojam štampe ni pod pojmove radija ili TV, nego ulazi u opšti pojam slobode iznošenja mišljenja i informisanja.³⁴ Time je praktično određeno područje zaštite koje će se primijeniti na slučaj Klix.ba: sloboda informisanja kao podaspekt slobode izražavanja (komuniciranja) iz čl. II/3.h) Ustava BiH i člana 10 EKLJP.

6.2. Povreda

Prema tome, djelatnost redakcije Klix.ba u formi aktivne slobode informisanja, pripreme i objavljivanja informacija sa svim pratećim elementima u pogledu tajnosti izvora i informacija zaštićene su članom II/3. h) Ustava BiH i članom 10 st. 1 EKLJP, kako u personalnom tako i u stvarnom području zaštite. To znači da svako uplitanje države u otkrivanje tajnosti izvora informacije ili u otkrivanje informanata može predstavljati ograničenje ili povredu prava na slobodu izražavanja. Država time ne poduzima nužno radnje kojima će spriječiti nosioca osnovnog prava da informiše, a javnost da primi informacije (one su u konkretnom slučaju već prenešene), ali produženi efekt otkrivanja izvora informacija stoji u funkciji zastrašivanja i kažnjavanja informanata. Zbog toga se slobodno informisanje ovim bitno ograničava. Kažnjavanje može imati krajnje negativne posljedice na kasnije informisanje i otkrivanje podataka koji se redovnim ili uobičajenim putem ne mogu dobiti, a od posebnog su značaja za formiranje ličnog stava u demokratski organiziranim državama. Porema tome, u samoj činjenici otkrivanja izvora informacije opredmećuje se ograničavanje slobode informisanja jednog elektronskog medija.

Budući da je naloženi pretres u redakciji Klix.ba imao za cilj da se otkriju novinarski izvori ili informanti, kako bi se razotkrila redakcijska tajna, to bi moglo imati negativan učinak na pribavljanje i prenošenje relevantnih informacija. Time bi moglo doći do povrede osnovne slobode zagwarantirane čl. II/3.h) Ustava BiH i čl. 10 st. 1 EKLJP u konkretnoj formi slobode na informisanje. Također, oduzimanje predmeta iz redakcije, kompjutera, hard diskova ili cd-diskova predstavlja povredu prava na informisanje.³⁵ Na taj način se adresat slobode sprečava da širi informacije na njemu najpogodniji ili najefikasniji način.³⁶

6.3. Opravdanje

Ograničavanja ove slobode su dopuštena: prema stalnoj sudskoj praksi ESLJP države potpisnice EKLJP mogu smatrati da su pretresi i oduzimanje stvari neophodni kako bi se otkrili dokazi za određena krivična djela. Takvi pretresi predstavljaju ograničenja slobode informisanja i moraju ostati u formalnim i materijalnim granicama člana 10 EKLJP. Za sva ograničenja je u stavu 2

³³ ESLJP 27. 03. 1996 Goodwin ./ VelBrit, br. 17488/90, br. 39, 46; Sanoma Uitgevers B.V. ./ HOL, br. 38224/03, br. 50.

³⁴ Grabenwarter/Pabel (bilj 15), s. 311.

³⁵ Prema informaciji urednika portala Klix.ba, Jasmina Hadžiahmetovića, iz redakcije su „izuzeti hard diskove, usbove, cdove i ostale stvari“ (prema navodima iz intervjuja za radiosarajevo.ba od 29. 12. 2014. (pod linkom: <http://www.radiosarajevo.ba/novost/175937/>).

³⁶ ESLJP 03. 09. 2009, Women an Waves ./ PORT, br. 31276/05.

reguliran jednoobrazan sistem: ograničenje ove slobode mora biti *predviđeno zakonom* i u tom smislu *neophodno u demokratskom društvu*³⁷, ono mora *služiti legitimnom cilju* i mora biti *srazmjerno*. Izvjesna specifičnost se ogleda u taksativnom navođenju legitimnih ciljeva: *teritorijalni integritet, javna sigurnost, sprečavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja i morala, ugleda ili prava drugih, sprečavanje širenja povjerljivih informacija ili očuvanje autoriteta i nepristranosti suda*.

Broj legitimnih ciljeva iz čl. 10 stav 2 EKLJP ukazuje na njihovu funkciju: oni *pripremaju* provjeru neophodnosti ograničavanja konkretne slobode u demokratskom društvu.³⁸ Uplitanje u slobode iz člana 10 EKLJP dopušteno je pod uslovima koji jedanko važe za garantije iz članova 8, 9 i 11 EKLJP, naime ako ono odgovara materijalnom pridržavanju zakona, a time i neophodnosti u demokratskom društvu.³⁹ Taksativno imenovanje legitimnih ciljeva koji opravdavaju zadiranje u osnovna prava i slobode iz člana 10 EKLJP ne igra posebnu ulogu pri konkretnoj ocjeni neophodnosti državne mjere (pretresa) u demokratskom društvu, one su samo „uvod“ u pitanje centralne i najzahtjevnije pretpostavke koja opravdava ograničavanje sloboda iz člana 10 EKLJP, naime, neophodnosti u demokratskom društvu.⁴⁰

6.4. Zakonski osnov

Postojanje zakonskog osnova ne predstavlja poseban problem. Za Evropski sud „predviđeno zakonom“ znači da postoji osnov u važećem nacionalnom pravu, a pravo je „zakon“ kao važeći propis koji primjenjuju i tumače nacionalni sudovi.⁴¹

Zakonski osnov predstavljaju krivičnopravni propisi, posebno članovi 66 (pretresanje lica kad je vjerovatno da će se naći predmeti ili tragovi važni za krivični postupak), 67 (naredba za pretres), čl. 71 (izdavanje naredbe za pretres), čl. 75 (izvršenje naredbe za pretres), čl. 80 (privremeno oduzimanje predmeta bez naredbe) ZKP FBiH i u tom se pogledu ne mogu pojaviti sumnje u postojanje zakonskog osnova za ograničenje slobode informisanja.

6.5. Legitiman cilj

Ograničenje konvencijske slobode mora biti u službi postizanja legitimnog cilja. U pravilu, i nacionalni ustavni sudovi, i ESLJP potvrđuju postojanje legitimnog cilja ako se on može izvesti iz bilo kojeg od konvencijskih ili ustavnih ciljeva. U slučaju Klix a će se provjera opravdanosti morati najprije ispitati s obzirom na ciljeve koji su nabrojani u čl. 10 st. 2 EKLJP. Nacionalna i javna sigurnost, teritorijalni integritet, sprečavanje nereda ili zločina, zaštita zdravlja i morala drugih, očuvanje autoriteta i nepristranosti sudova bi prema mom mišljenju bilo teško dovesti u stvarnu veza sa slučajem Klix.ba. U izvjesnom smislu bi se u sprečavanje krivičnih djela mogla učitati prevencija kriminala kao legitimni cilj. U tom bi smislu pretres morao biti interpretiran kao prevencija kriminala jer bi otkrivanje počinioca bilo u funkciji odvratanja od neovlaštenog

³⁷ O klauzuli neophodnosti u demokratiji detaljno G.-H. Gornig, *Äußerungsfreiheit und Informationsfreiheit als Menschenrecht*, Berlin 1988, s. 299.

³⁸ Usp. v. U.-S. Mensching, Art. 10 EMRK, u: U. Karpenstein/F. C. Mayer, *EMRK, Kommentar*, München 2012, s. 284.

³⁹ Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), s. 315.

⁴⁰ Mensching (bilj. 38), s. 285 sa daljim uputama.

⁴¹ Usp. npr. ESLJP Slg. 2002-III, br. 43 – Siciété Colas Est i dr. / Francuska; Buck (bilj. 29), st. 37.

snimanja, a time i u funkciji preveniranja odgovarajućeg krivičnog djela. Pod ovom pretpostavkom bi se moglo zaključiti da uplitanje u osnovno pravo iz čl. 10 EKLJP slijedi legitiman cilj koji je pretpostavka njegovoj opravdanosti.

Zaštita morala i ugleda uglavnom se odnosi na izjave uvredljivog sadržaja.⁴² Ovaj cilj je utoliko u uskoj stvarnoj ovisnosti sa zaštitom prava drugih i zbog toga jedva da je moguće opravdati uplitanje u pravo na slobodno informisanje pravima drugih. Izvjestan prostor, samo na prvi pogled, ostavlja sprečavanje širenja povjerljivih informacija. „Povjerljive informacije“ obuhvataju skup informacija koje su nacionalnim propisima klasifikovane kao službena, državna ili vojna tajna tako da ovaj osnov zbog nepostojanje legislativnih pretpostavki otpada kao legitiman cilj koji opravdava pretres. Osim toga, državna mjera pretresa ne služi sprečavanju širenja povjerljivih informacija, ona je usmjerena na otkrivanje počinioca krivičnog djela i upravo tim ciljem bi se morao opravdati pretres. Ako bi se u postojećoj konstelaciji i neovisno o prethodnom zaključku htjela osnažiti pozicija državnog uplitanja u slobodu informisanja, i to pod pretpostavkom da se radi o sprečavanju širenja povjerljivih informacija, bilo bi neophodno dodatnim argumentima i dokazima pokazati da su tražene informacije, osim za otkrivanja krivičnog djela, neophodne i za zaštitu povjerljivih informacija. Budući da se ovaj cilj djelimično preklapa sa zaštitom nacionalne sigurnosti moralo bi se pokazati da je riječ o državnoj tajni koja ne obavezuje na tajnost samo osobe koje su izvorno u posjedu informacija nego i treće osobe, uključiv i novinare. Ovakav zaključak, s obzirom na raspoložive informacije, nije moguć tako da pretres redakcije Klix.ba koji je u funkciji otkrivanja počinioca krivičnih djela otkrivanjem redakcijske tajne nije u funkciji ovog cilja.

Dakle, državna mjera pretresa bi se mogla pokriti jednim od nabrojanih ciljeva iz čl. 10 st. 2 EKLJP, naime, argumentom da se intervencijom u zaštićeno područje slobode informisanja (uvid u redakcijsku tajnu) dobijaju informacije o mogućem počiniocu krivičnog djela neovlaštenog prisluškivanja i tonskog snimanja koje bi ubuduće spriječilo sličnu prkasu (prevencija kriminala). Kako, otkrivanje počinioca krivičnog djela i pratećih dokaza spada u legitimne ciljeve demokratski organiziranog društva mora se još provjeriti da li je ono nužno u demokratskom društvu. Pri tom važi kao pravilo da je EKLJP ostavila državama odgovarajući prostor slobode u pogledu provjere da li je konkretna mjera (ovdje pretres) usklađena sa legitimnim ciljem. Obim ove slobode će se provjeravati u okviru srazmjernosti, s obzirom na ocjenu relevantnih elemenata (npr. značaj pogođenog osnovnog prava, intenzitet konkretne povrede, konkretan cilj koji stoji iza povrede, interes javnosti u pogledu sadržaja objavljene informacije, postoje li privatne ili državne obaveze na čuvanje tajne, ponašanje novinara, odnosno da li je on sam došao do informacije ili je samo preuzeo dokumente od treće osobe i eventualno način na koji je informacija plasirana).⁴³ Posebna pažnja se pri tom mora posvetiti obavezi na obrazloženje same mjere (pretresa) jer se samo na osnovu zadovoljavajućeg obrazloženja može ocijeniti da li je pretres u skladu sa zahtjevom nužnosti u demokratskom društvu, odnosno da li odgovara standardu hitne socijalne potrebe.⁴⁴

⁴² Grabenwarter/Pabel (bilj. 15), s. 318.

⁴³ ESLJP 10. 12. 2007, Stoll, br. 69698/01; 09. 01. 2006, Leempoel i S.A. Ed. Ciné Revue, br. 64772/01, st. 75 i dalje.

⁴⁴ Mensching (bilj. 38), s. 288.

ESLJP u svojim judikatima polazi od toga da je čl. 10 EKLJP povrijeđen svaki put kada zbog nedovoljnog obrazloženja nije moguće provjeriti da li je konkretna nacionalna mjera (ovdje pretres) u funkciji hitne socijalne potrebe.⁴⁵ Također uzima u obzir negativan utjecaj koji bi državna mjera mogla imati na paralelna jamstva (npr. čl. 8 i privatnu sferu, čl. 9 i religijsku slobodu, čl. 11 i slobodu okupljanja)⁴⁶. Prema tome, nedovoljno obrazloženje naredbe za pretres u pogledu postojanja osnovane sumnje, kako je to utvrđeno u rješenju Općinskog suda u Sarajevu (gore pod 5.4) može predstavljati razlog da se pretres na ovom mjestu proglašava neustavnim. Jer, nedovoljno obrazloženje razloga za pretres predstavlja valjan osnov za proglašenje takve mjere neopravdanom u pogledu legitimnog cilja koji mora biti ispunjen u smislu čl. 10 st. 2 EKLJP. Nedovoljno obrazloženje ne omogućuje sudu da provjeri da li konkretnu mjeru iziskuje hitna socijalna potreba i zbog toga je može proglasiti nespojivom sa čl. 10 st. 2 EKLJP. Načelno prihvatanje pretresa kao mjere koja je nužna u demokratskom društvu podrazumijeva konkretnu mogućnost da se utvrdi da li je ona s obzirom u okolnosti samog slučaja jednaka hitnoj socijalnoj potrebi. Kako bez odgovarajućeg obrazloženja neće biti moguće utvrditi ni argumente, ni racionalne razloge koji je opravdavaju, to se ona može u okviru provjere ispunjenja legitimnog cilja proglašiti neopravdanom.

Mišljenja sam, međutim, da bi *pitanje obrazloženja naredbe o pretresu*, s obzirom na sistematiku provjere, bilo tačnije provesti u okviru provjere srazmjernosti pretresa. Jer, ocjena razloga koji opravdavaju pretres nikada ne može uslijediti izolirano i neovisno o razlozima koji govore protiv njega. Uzimanje u obzir argumenata koji idu u prilog ili su protiv državne mjere, predstavlja ocjenu srazmjernosti konkretne mjere pa tako i ocjena samog obrazloženja mora biti stavljena u kontekst vidljivih razloga koji ga opravdavaju. A, to je metod koji vodi provjeri srazmjernosti državne mjere.

6.6. Srazmjernost

Ako bi se, prema tome, prihvatilo da državna mjera pretresa slijedi legitiman cilj koji opravdava državno uplitanje u ustavom zagaraniranu slobodu informisanja mora se još provjeriti da li je u pogledu postizanja željenog cilja takva mjera srazmjerna u odnosu na nedostatke koje adresat konvencijske slobode mora trpiti. S obzirom na okolnosti konkretnog slučaja, utvrđuje se da li je sam pretres (povreda konvencijske slobode) bio u srazmjeri sa ciljem koji se želio postići (otkrivanje dokaza o počinjenom krivičnom djelu). Provjera se mora kretati u sljedećem okviru: ograničenje osnovnih sloboda iz čl. 10 EKLJP je „neophodno“ ako predstavlja reakciju na hitnu (važnu) socijalnu potrebu („*pressing social need*“, „*besoin social impérieux*“). Drugim riječima, naredba za pretres bi predstavljala opravdano zadiranje u osnovnu slobodu iz čl. 10 EKLJP ako bi razlozi koji su navedeni bili *relevantni* i *dovoljni* („*relevant and sufficient*“, „*pertinents es suffisants*“) kao i *srazmjerni* cilju koji se želi postići (otkrivanju počinioca krivičnog djela ili pronalaženje tragova i predmeta koji su bitni za krivično djelo). U načelnom smislu su razlozi „*relevantni* i *dovoljni*“ ako su podobni da u konkretnom slučaju opravdaju ograničenje zagaranirane slobode, a pitanja srazmjernosti se ocjenjuje na osnovu konkretnih okolnosti pretresa, naime na osnovu mjerodavnih elemenata kao što su značaj pogođenog osnovnog prava, intenzitet konkretne povrede, konkretan cilj koji stoji iza povrede, interes javnosti u pogledu

⁴⁵ ESLJP 08. 06. 2010, Sapan, br. 44102/04, st. 37 i dalje; 09. 01. 2007, Kommersant Moldovy, br. 41827/02, st. 38.

⁴⁶ Npr. ESLJP (bilj. 36).

sadržaja objavljene informacije, postojanja privatne ili državne obaveze na čuvanje tajne, ponašanje novinara, odnosno da li je on sam došao do informacije ili je samo preuzeo dokumente od treće osobe i eventualno načina na koji je informacija plasirana kao i značaja „tabuizirane“ informacije za portal i njegove (potencijalne) čitaoce ili općenito za javnost kao i raspoloživost podataka i alternativnih izvora o spornoj informaciji.⁴⁷

S obzirom na postavljene kriterije pada u oči da se u slučaju Kilix.ba ne mogu provjeriti argumeti kojima se rukovodio nadležni sud kada je naredio pretres. Pretres se, prema tome, mora proglasiti nesrazmjernim zbog toga što se ne vide razlozi koji ga opravdavaju (razlozi koji su „relevantni“ i „dovoljni“).

Da li su razlozi srazmjerni cilju koji se zeli postići, zavisi opet od ocjene konkretnih okolnosti pretresa koje se moraju razmatrati u vezi sa otkrivanjem informanta kao neposrednog izvora objavljene informacije i kao mogućeg počinioca krivičnog djela neovlaštenog prisluškivanja. Drugim riječima, moraju se usporediti opterećenja koja padaju na teret adresata sa značajem legitimnog cilja koji slijedi država. U konkretnom slučaju je već iscrpljena blaža mjera, koja ne pogađa nosioca konvencijske slobode na drastičan način kao pretres, ali se ona očigledno nije pokazala dovoljno efikasnom, odnosno njome se nije mogao postići željeni cilj.⁴⁸ ESLJP kod provjere srazmjernosti ispituje da li postoji apsolutna zabrana prenošenja informacija o nekom predmetu, da li postoje drugi izvori na osnovu kojih se može dobiti ista ili približno slična informacija i, konačno, koji značaj imaju informacije za njihove korisnike.⁴⁹

U ovom slučaju ne postoji opšta zabrana informisanja o predmetu: nije zabranjeno informisanje o stavu visoko pozicionirane entitetske političarke o metodi formiranja skupštinske većine nakon izbora kao ni o falsificiranju izbornih rezultata faktičkim preuzimanjem mandata. Također, na raspolaganju ne stoje drugi izvori o istoj informaciji i očigledno je da je informacija od izuzetnog značaja za cjelokupnu bosanskohercegovačku javnost. Ni jedan od navedenih kriterija u slučaju Klix.ba ne opravdava pretres kao mjeru koja je dobijenom informacijom o informantu/snimatelju razgovora, koji je predmet krivičnog postupka, proporcionalna koristi koja se dobija sadržajem objavljene informacije. Značaj informacije za demokratsku debatu prema tome nadilazi značaj koji bi imalo otkrivanje mogućeg počinioca krivičnog djela neovlaštenog snimanja i zbog toga bi sam pretres u opisanoj konstelaciji morao kvalificirati kao neustavna mjera, odnosno kao mjera koja krši opštu slobodu informisanja iz člana 10 EKLJP.

Uz to je važno naglasiti da se u slučaju Klix.ba interesi državnih organa za otkrivanjem počinioca krivičnog djela nezakonitog prisluškivanja suprostavljaju interesima javnosti da bude do u detalje informirana o ključnoj temi političkog sistema na osnovu koje bi svaki pojedinac mogao izgraditi svoje mišljenje i obrazovati politički stav. Takav interes podrazumijeva pribavljanje relevantnih informacija putem zaštićih informanata i držanje u tajnosti izvora informacija. Otkrivanje i sankcionisanje informanata bi štetilo cijelom društvu jer bi negativno djelovalo na kasnije pribavljanje informacija i na iznošenje stavova o društveno relevantnim temama koje su od posebnog javnog interesa. Kako se u slučaju Klix.ba radi o prenošenju informacija o visokorangiranom entitetskom političaru, potrebno je u okviru provjere

⁴⁷ ESLJP, 29. 10. 1992, Open Door i Dublin Well Woman /. IRS br. 14234/88, u: NJW 1993, s. 773 br. 72 i dalje.

⁴⁸ Prema informacijama urednika portala Klix.ba (bilj. 20) na informativnom razgovoru u MUP-u RS-a je urednik Jasmina Hadžiahmetovića potvrdio da posjeduje traženi video snimak i da ne namjerava odati izvor informacije.

⁴⁹ ESLJP, 29. 10. 1992, Open Door i Dublin Well Woman /. IRS br. 14234/88.

srazmjernosti voditi računa i o sadržaju informacije i njenom utjecaju na opštu političku debatu u cjelini, ali i o interesu države da osigura primjenu krivičnoporavnih propisa.

U osnovi radi se o odmjeravanju potrebe da se javnosti informiše iz tajnih izvora o političkoj praksi korumpiranja, koja po sebi determinira cjelokupan politički život, zakonodavstvo i rad državnih organa sa negativnim efektima koje bi otkrivanje izvora informacija moglo imati po slobodu informisanja. U tom smislu državna ograničenja slobode informisanja (u formi pretresa) mogu biti u skladu sa čl. 10 EKLJP samo ako su opravdana značajnim javnim interesom. Da li će otkrivanje mogućeg počinioca krivičnog djela opravdati krišenje slobode informisanja oduzimanjem tehničkih sredstava i otkrivanjem informanata zavisi sadržaja informacije. Čini se da je sadržaj informacije Klix.ba o korumpiranju nosioca zakonodavne vlasti, prema upravo iznešenim ocjenama, od eminentnog interesa za javnost tako da je teško zamisliti da bi se uplitanje u slobodu informisanja moglo opravdati krivičnopравnim razlogom otkrivanja informanata kao mogućeg počinioca krivičnog djela. Jer, radi se o informaciji koja bi, po sebi, morala ukazati na krivično djelo jednog odredivog kruga političara, ali i o informaciji koja otkriva suštinu političkog djelovanja, obrazovanja koalicionih većina i osiguravanja političke podrške jednoj vladi. Značaj takvih informacija nadilazi značaj njihovog pribavljanja.

Zbog toga sam mišljenja da bi u postupku ocjene proporcionalnosti državne mjere prednost trebala dati zaštiti slobode na informisanje nad državnim interesom da se otkrije počinioca krivičnog djela otkrivanjem izvora informacije. Budući da državi stoje i druge, blaže mjere na raspolaganju (utvrđivanje autentičnosti snimka, saslušanje snimljenih osoba u pogledu mjesta i vremena snimanja, rekonstrukcija pojedinosti na osnovu snimljenog materijala, izjava pogođenih osoba i utvrđivanje užeg kruga mogućih počinioca) to se pretres mora smatrati neustavnim u smislu krišenja slobode na informisanje kao elementa ustavom zagarantirane slobode izražavanja.

7. Zaključak

Poteškoće sa slučajem Klix.ba u pogledu kršenja osnovnih prava/sloboda započinju sa određivanjem područja zaštite. Čini se da slučaj govori u prilog zaštite putem osnovne slobode izražavanja mišljenja u formi slobode informisanja iz čl. II/3. h) Ustava BiH i člana 10 st. 1 EKLJP. Stvarno poručje zaštite je problematično s obzirom na razgraničenje slobode štampe od slobode informisanja, budući da za slobodu štampe važe nešto precizniji kriterijumi u pogledu zaštite novinarskih izvora. Kako se u slučaju Klix.ba radi o internet portalu i posredovanju informacija koje su od opšteg interesa, to se prema mome mišljenju slučaj mora podvesti pod povredu opšte slobode informisanja. Isto tako razgraničenje područja zaštite u odnosu na čl. 8 st. 1 EKLJP neće uvijek biti jednostavno zbog šireg pojma stana (doma) koji obuhvata i poslovne prostorije. Rješenje će se svaki put morati tražiti u elementima konkretnog slučaja koji ukazuju na tip djelatnosti i usku stvarnu ovisnost privatnosti sa obavljanjem djelatnosti i korištenjem prostora. U konstelaciji Klix.ba pretežni argumenti govore protiv proširenja pojma „dom“ na prostorije redakcije budući da su one korištene izvan svakog odnosa prema privatnosti kao poslovne prostorije jednog preduzeća.

Sljedeća poteškoća slijedi iz pitanja da li je pretres radi otkrivanja počinioca krivičnog djela u opisanoj konstelaciji državno uplitanje u ovu slobodu. Strogo uzev, pretres ne sprečava Klix.ba ni da pribavlja ni da posreduje informacije. Međutim, on otkrivanjem informanata može u

budućnosti biti spriječen da iznosi seriózne informacije za koje u javnosti postoji poseban interes i koje su inače od javnog interesa ali i od interesa za javnost. Zbog toga sam mišljenja da se mora potvrditi zadiranje ili uplitanje u ovo pravo, jer otkrivanje informanata i redakcijske tajne, zajedno sa oduzimanjem medija na kojima su zapamćeni podaci onemogućuje nosioca slobode informisanja da aktuelno i ubuduće, na najefektivniji način pribavlja i prenosi informacije.

Problem opravdavanja državnog uplitanja u ovu slobodu je skopčan sa poteškoćama u pogledu ocjene da li je pretres legitimiran ciljevima iz čl. 10 st. 2 EKLJP i da li je ograničenje slobode informisanja srazmjerno cilju koji se želi postići (otkrivanju potencijalnog počinioca krivičnog djela). Iako se ni jedan od taksativnih ciljeva koji opravdavaju ograničenje ili uplitanje u osnovno pravo ne može primijeniti na legitimiranje pretresa u svrhu otkrivanja počinioca krivičnog djela, opravdaće ga nužnost u demokratskom društvu. Uplitanje ili ograničavanje osnovne slobode opravdava potreba države da održi na snazi krivičnopravni sistem. To je, po sebi, legitiman cilj s obzirom na nacionalni ustavni sistem i načelo vladavine prava iz člana I/2. Ustava BiH.

Poteškoća u pogledu provjere srazmjernosti cilja koji se želi postići u odnosu na nedostatke koje pogađaju adresata konvencijske slobode sastoji se u uzimanju u obzir sadržaja sporne informacije zajedno sa ocjenom njenog značaja za javnost. U suštini, radi se o procjeni da li postoji izražen interes javnosti da se sazna sadržaj razgovora koji je predmet istrage i da li je on takvog značaja da može isključiti istragu o informantu kao eventualnom počiniocu krivičnog djela. Mišljenja sam da se u postojećoj konstelaciji prednost mora dati zaštiti slobode na informisanje zbog sadržaja razgovora koji je predmet informacije.

S tim u vezi i zaključak da se iz prikazanog slučaja ne mogu izvesti poopćivi stavovi o redakcijskim pretresima i otkrivanju redakcijske tajne ili informanata. Svaki put će postojanje povrede sloboda zagantiranih u čl. 10 EKLJP zavisiti od konkretne forme i od zaštićenog područja: povrede slobode štampe će se teže opravdavati od povreda slobode informisanja, ili otkrivanje informanata i redakcijske tajne u formi pretresa će se moći okvalificirati kao povreda slobode iz čl. 10 EKLJP, zavisno od ciljeva koji se pretresom žele postići. Prikazani slučaj, i to je jedini poopćivi stav, dokazuje da postoji akutna potreba razjašnjavanja pravnih pozicija u području zaštite redakcijske tajne.