Zbornik sudske prakse

MIŠLJENJE NEZAVISNE ODVJETNICE
TAMARE ĆAPETA
od 26. listopada 2023. [1]

Predmet C-670/22

Staatsanwaltschaft Berlin
protiv
M. N.

(zahtjev za prethodnu odluku koji je uputio Landgericht Berlin (Zemaljski sud u Berlinu, Njemačka))

„Zahtjev za prethodnu odluku – Pravosudna suradnja u kaznenim stvarima – Direktiva 2014/41/EU – Europski istražni nalog – Članak 6. stavak 1. – Uvjeti za izdavanje europskog istražnog naloga – Prijenos dokaza koji su već u posjedu druge države članice – Pojam ‚tijelo izdavatelj' – Članak 2. točka (c) podtočka i. – Dopuštenost dokazâ"

I. Uvod

1. Europski istražni nalog (u daljnjem tekstu: EIN) instrument je Europske unije kojim se omogućuje prekogranična suradnja u kaznenim istragama. Uređen je Direktivom o EIN-u [2]. Ovim je zahtjevom za prethodnu odluku Sud prvi put pozvan tumačiti tu direktivu u situaciji u kojoj je EIN izdan radi prijenosa dokaza koji su već u posjedu druge države.

2. U svrhu kaznene istrage u Njemačkoj, Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main (Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu na Majni, Njemačka) izdao je nekoliko EIN-ova kojima je zahtijevao prijenos dokaza prikupljenih u okviru zajedničke francusko-nizozemske kaznene istrage o korisnicima EncroChata. EncroChat je bila šifrirana telekomunikacijska mreža koja je svojim korisnicima nudila gotovo potpunu anonimnost [3].

3. Ovaj zahtjev za prethodnu odluku proizlazi iz jednog od kaznenih postupaka koji su pokrenuti pred Landgerichtom Berlin (Zemaljski sud u Berlinu, Njemačka) protiv M. N.-a na temelju presretenih telekomunikacijskih podataka prenesenih na temelju navedenih EIN-ova. Pred

[1] Izvorni jezik: engleski

[2] Direktiva 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima (SL 2014., L 130, str. 1. i ispravak SL 2015., L 143, str. 16.) (u daljnjem tekstu: Direktiva o EIN-u)

[3] Bila je riječ o dualnom operativnom sustavu (sa skrivenim šifriranim sučeljem), u kojem uređaj nije imao kameru, mikrofon, GPS ni USB priključak. Poruke su se mogle same izbrisati i korisnici su mogli, nakon unošenja posebnog PIN-a ili nakon uzastopnih unosa pogrešne lozinke, odmah izbrisati sve podatke s uređaja. Naposljetku, korisnička podrška na daljinu ili preprodavatelj također su mogli, prema potrebi, izbrisati sve podatke s uređaja. Za više informacija vidjeti https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/dismantling-of-encrypted-network-sends-shockwaves-through-organised-crime-groups-across-europe.

sudom koji je uputio zahtjev postavilo se pitanje jesu li EIN-ovi izdani protivno Direktivi o EIN-u i, u slučaju potvrdnog odgovora, koje bi posljedice to moglo imati za korištenje takvih dokaza u kaznenom postupku.

II. Činjenično stanje u glavnom postupku, prethodna pitanja i postupak pred Sudom

4. U glavnom je postupku riječ o kaznenom postupku započetom kaznenom istragom pokrenutom u Francuskoj, a koja se nastavila kao zajednička operacija između Francuske i Nizozemske tijekom koje su presreteni podaci o lokaciji, prometu i komunikacijama, uključujući poruke i slike koje su se razmjenjivale u razgovorima korisnika mreže EncroChat koji su bili u tijeku.

5. U toj zajedničkoj operaciji razvijen je trojanski softver koji je u proljeće 2020. učitan na server u Roubaixu (Francuska) te je odande simuliranim ažuriranjem instaliran na terminalne uređaje. Tribunal correctionnel de Lille (Sud za lakša kaznena djela u Lilleu, Francuska) odobrio je operaciju s ciljem prikupljanja podataka o komunikacijama. To je presretanje obuhvatilo korisnike EncroChata u 122 zemlje, među kojima oko 4600 korisnika u Njemačkoj.

6. Agencija Europske unije za suradnju u kaznenom pravosuđu (Eurojust) je na videokonferenciji održanoj 9. ožujka 2020. zemljama pružila informacije o nadzornim mjerama koje je francuska policija namjeravala provesti i o planiranom prijenosu podataka. Zastupnici Bundeskriminalamta (Savezni ured kriminalističke policije, Njemačka) i Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu izrazili su interes za prikupljanje podataka o njemačkim korisnicima.

7. Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu je 20. ožujka 2020. pokrenulo istragu protiv nepoznatih osoba. Podaci koje je prikupio francusko-nizozemski istražni tim stavljeni su na raspolaganje, među ostalim, njemačkim tijelima putem servera Agencije Europske unije za suradnju tijela za izvršavanje zakonodavstva (Europol) od 3. travnja 2020.

8. Putem EIN-a Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu zatražilo je 2. lipnja 2020., u okviru njemačke istrage protiv nepoznatih osoba, odobrenje francuskih tijela da u svrhu kaznenog progona upotrijebi podatke EncroChata. Taj se zahtjev temeljio na sumnji da su još neidentificirane osobe nezakonito trgovale opojnim sredstvima u velikim količinama. Sumnjalo se pak da su dio zločinačkog udruženja u Njemačkoj koje se služilo telefonima EncroChat. Kazneni sud u Lilleu odobrio je EIN za prosljeđivanje i sudsku uporabu podataka EncroChata njemačkih korisnika. Zatim su na temelju dvaju dodatnih EIN-ova od 9. rujna 2020. odnosno 2. srpnja 2021. proslijeđeni dodatni podaci.

9. Glavno državno odvjetništvo u Frankfurtu je na temelju dostavljenih podataka iz postupka izdvojilo istrage protiv pojedinačnih korisnika EncroChata te ih je proslijedilo lokalnim državnim odvjetništvima. Staatsanwaltschaft Berlin (Državno odvjetništvo u Berlinu, Njemačka) zatim je okrivljeniku u ovom slučaju stavilo na teret nekoliko kaznenih djela nezakonite trgovine opojnim sredstvima u znatnim količinama i nedopušteno posjedovanje opojnih sredstava u Njemačkoj.

10. Taj je kazneni postupak trenutačno u tijeku pred sudom koji je uputio zahtjev. Iako to nije jasno objašnjeno u odluci kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku, čini se da se u okviru tog postupka postavilo pitanje je li Državno odvjetništvo u Frankfurtu izdalo EIN-ove protivno Direktivi o EIN-u i, u slučaju potvrdnog odgovora, trebaju li se isključiti kao dokazi u okviru kaznenog postupka protiv okrivljenika.

11. U tim okolnostima, sud koji je uputio zahtjev Sudu upućuje sljedeća prethodna pitanja:

„1. Tumačenje obilježja ‚tijelo izdavatelj' u smislu članka 6. stavka 1. u vezi s člankom 2. točkom (c) [Direktive o EIN-u]

(a) Treba li [EIN] za prikupljanje dokaza, koji već postoje u državi izvršiteljici (u ovom slučaju: Francuska), izdati sudac ako u skladu s pravom države izdavateljice (u ovom slučaju: Njemačka) odnosno prikupljanje dokaza u sličnom domaćem slučaju treba odrediti sudac?

(b) Primjenjuje li se to podredno barem u slučaju kad je država izvršiteljica provela odnosnu mjeru na državnom području države izdavateljice s ciljem da se prikupljeni podaci zatim stave na raspolaganje zainteresiranim istražnim tijelima u državi izdavateljici u svrhu kaznenog progona?

(c) Treba li EIN za prikupljanje dokaza uvijek izdati sudac (ili neovisno tijelo koje nije nadležno za provođenje kaznene istrage), neovisno o nacionalnim pravilima o nadležnosti države izdavateljice, kad mjera podrazumijeva ozbiljna zadiranja u važna temeljna prava?

2. Tumačenje članka 6. stavka 1. točke (a) [Direktive o EIN-u]

(a) Protivi li se članku 6. stavku 1. točki (a) [Direktive o EIN-u] EIN izdan u svrhu prosljeđivanja podataka koji već postoje u državi izvršiteljici ([u ovom slučaju:] Francuska) i koji su prikupljeni u okviru presretanja telekomunikacija, a osobito podataka o prometu i lokaciji te zapisâ o sadržajima komunikacija, ako je presretanje koje je izvršila država izvršiteljica obuhvaćalo sve korisnike određenog komunikacijskog priključka, ako se EIN-om traži prosljeđivanje podataka sa svih priključaka koji su se koristili na državnom području države izdavateljice te ako ni prilikom određivanja i provedbe mjere presretanja ni prilikom izdavanja EIN-a nisu postojale konkretne indicije da su ti pojedinačni korisnici počinili teška kaznena djela?

(b) Protivi li se članku 6. stavku 1. točki (a) [Direktive o EIN-u] takav EIN ako se ne može provjeriti integritet podataka prikupljenih na temelju mjere presretanja zbog toga što tijela u državi izvršiteljici u potpunosti čuvaju tajnost podataka?

3. Tumačenje članka 6. stavka 1. točke (b) [Direktive o EIN-u]

(a) Protivi li se članku 6. stavku 1. točki (b) [Direktive o EIN-u] EIN izdan u svrhu prosljeđivanja podataka koji već postoje u državi izvršiteljici ([u ovom slučaju:] Francuska) ako je mjera presretanja koju je provela država izvršiteljica i na kojoj se temelji prikupljanje podataka nedopuštena u skladu s pravom države izdavateljice ([u ovom slučaju:] Njemačka) u sličnom domaćem slučaju?

(b) Podredno: vrijedi li to u svakom slučaju u kojem je država izvršiteljica izvršila presretanje na državnom području države izdavateljice u interesu te države?

4. Tumačenje članka 31. stavaka 1. i 3. [Direktive o EIN-u]

(a) Predstavlja li mjera prikupljanja podataka o prometu, lokaciji i komunikacijama internetskog pružatelja komunikacijskih usluga, koja je povezana s prikrivenim pristupom terminalnim uređajima, presretanje telekomunikacija u smislu članka 31. [Direktive o EIN-u]?

(b) Treba li obavješćivanje u skladu s člankom 31. stavkom 1. [Direktive o EIN-u] uvijek biti upućeno sucu ili to vrijedi barem u slučaju kad mjeru koju je namjeravala provesti država koja presreće ([u ovom slučaju:] Francuska) u skladu s pravom obaviještene države ([u ovom slučaju:] Njemačka) u sličnom domaćem slučaju može odrediti samo sudac?

(c) Ako je svrha članka 31. [Direktive o EIN-u] i zaštita pojedinačnih prava korisnika telekomunikacijskih usluga o kojima je riječ, obuhvaća li ta zaštita i korištenje podacima u svrhu kaznenog progona u obaviještenoj državi ([u ovom slučaju:] Njemačka) i treba li tu svrhu eventualno zaštititi jednako kao i drugu svrhu tog članka, odnosno suverenost obaviještene države članice?

5. Pravne posljedice prikupljanja dokaza koje se protivi pravu Unije

(a) Može li u slučaju prikupljanja dokaza na temelju EIN-a koji se protivi pravu Unije iz načela djelotvornosti prava Unije izravno proizaći zabrana korištenja dokazima?

(b) Dovodi li načelo ekvivalentnosti iz prava Unije, u slučaju prikupljanja dokaza na temelju EIN-a koji se protivi pravu Unije, do zabrane korištenja dokazima ako se mjera na kojoj se temeljilo prikupljanje dokaza u državi izvršiteljici ne može odrediti u sličnom domaćem slučaju u državi izdavateljici te se dokazi prikupljeni na temelju takve nezakonite nacionalne mjere ne mogu koristiti u skladu s pravom države izdavateljice?

(c) Protivi li se pravu Unije, a osobito načelu djelotvornosti, ako se korištenje dokazima u kaznenom postupku, čije se prikupljanje protivilo pravu Unije upravo zbog nepostojanja sumnje o počinjenu kaznenog djela, u okviru odvagivanja interesa opravdava težinom djela koja su prvi put otkrivena prilikom ocjene dokaza?

(d) Podredno: proizlazi li iz prava Unije, a osobito iz načela djelotvornosti, to da povrede prava Unije počinjene prilikom prikupljanja dokaza u nacionalnom kaznenom postupku ne smiju ostati bez ikakvih posljedica ni u slučaju teških kaznenih djela i treba li ih stoga uzeti u obzir u korist okrivljenika barem na razini ocjene dokazâ ili određivanja kazne?

12. Pisana očitovanja podnijeli su Državno odvjetništvo u Berlinu, njemačka, estonska, francuska, nizozemska, poljska i švedska vlada, Irska te Europska komisija.

13. Na raspravi održanoj 4. srpnja 2023. usmena očitovanja iznijeli su M. N., Državno odvjetništvo u Berlinu, češka, njemačka, španjolska, francuska, mađarska, nizozemska i švedska vlada, Irska te Komisija.

III. Analiza

A. Uvodne napomene

14. Postupci u kojima se osporavaju kaznene osude koje se temelje na presretenim podacima iz EncroChata dižu prašinu po najvišim sudovima u Europi[4], a Sud Europske unije nije nikakva iznimka u tom pogledu.

15. U većini se tih predmeta osporavaju mjere presretanja koje je poduzela Francuska. Iako je takvo osporavanje očito relevantno u okviru kaznenih postupaka pokrenutih na temelju dokaza prikupljenih tim presretanjem, važno je pojasniti da se ovaj zahtjev za prethodnu odluku ne odnosi na valjanost francuskih mjera presretanja.

16. Ovaj se predmet odnosi na moguću neusklađenost EIN-ova koje je izdalo Državno odvjetništvo u Frankfurtu s Direktivom o EIN-u i posljedice takvog utvrđenja. Francuske mjere presretanja telekomunikacija među korisnicima EncroChata nisu određene zbog EIN-ova. Do presretanja je došlo neovisno o EIN-ovima o kojima je riječ. Sudsko osporavanje tih mjera presretanja u nadležnosti je francuskih sudova.

17. EIN-ovima o kojima je riječ u ovom predmetu nisu se nastojali prikupiti podaci u Francuskoj putem presretanja telekomunikacija, nego se njima samo zatražio prijenos dokaza koji su u toj zemlji već bili prikupljeni presretanjem.

18. Taj se skup činjenica mora pravilno okarakterizirati u skladu s Direktivom o EIN-u. Naime, člankom 1. stavkom 1. Direktive o EIN-u određuje se da se EIN može izdati, kao prvo, „radi izvršavanja jedne ili nekoliko posebnih istražnih mjera u drugoj državi članici” i, kao drugo, „za pribavljanje dokaza koji su već u posjedu nadležnih tijela države izvršiteljice”[5].

19. Jednostavnije rečeno, EIN se može izdati radi prikupljanja novih ili radi prijenosa postojećih dokaza. Koristit ću se tom terminologijom za te dvije različite vrste EIN-a.

20. U glavnom su postupku EIN-ovi izdani u potonju svrhu: Državno odvjetništvo u Berlinu zatražilo je prijenos dokaza koje je Francuska već posjedovala.

21. Međutim, iz odluke kojom se upućuje zahtjev za prethodnu odluku jasno proizlazi da sud koji je uputio zahtjev smatra, kao prvo, da se unatoč razlici između dviju vrsta EIN-ova iz članka 1. stavka 1. Direktive o EIN-u, EIN radi prijenosa postojećih dokaza ne može izdati bez uzimanja u obzir načina na koji su ti dokazi prvotno prikupljeni. Kao drugo, sud koji je uputio zahtjev sumnja u proporcionalnost, a time i zakonitost, prvotnih mjera prikupljanja dokaza u Francuskoj

[4] Primjerice, Conseil constitutionnel (Ustavno vijeće, Francuska) je u travnju 2022. u Odluci br. 2022 – 987 QPC od 8. travnja 2022. utvrdio da je francusko zakonodavstvo, na temelju kojeg je u ovom slučaju određena predmetna mjera presretanja komunikacije, u skladu s francuskim Ustavom; Bundesgerichtshof (Savezni vrhovni sud, Njemačka) je u presudi 5 StR 457/21 od 2. ožujka 2022. smatrao da je prema njemačkom pravu presretanje zakonito; naposljetku, trenutačno se u predmetima br. 44715/20 (A. L. protiv Francuske) i 47930/21 (E. J. protiv Francuske) pred Europskim sudom za ljudska prava (u daljnjem tekstu: ESLJP) vodi postupak osporavanja upotrebe podataka iz EncroChata u Francuskoj pred sudovima u Ujedinjenoj Kraljevini. ESLJP je 3. siječnja 2022. strankama uputio pitanja, među ostalim, jesu li imale (a da se njome nisu koristile) mogućnost osporavanja mjera presretanja pred nadležnim francuskim sudovima.

[5] Prije Direktive o EIN-u prijenos dokaza koji su već bili u posjedu druge države članice bio je uređen Okvirnom odlukom Vijeća 2008/978/PUP od 18. prosinca 2008. o Europskom dokaznom nalogu u svrhu pribavljanja predmeta, dokumenata i podataka za korištenje u kaznenim postupcima (SL 2008., L 350, str. 72.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 6., str. 144.) Prema uvodnim izjavama 4. do 7. Direktive o EIN-u, prethodni sustav bio je previše rascjepkan i složen, zbog čega je osmišljen EIN kao jedinstveni instrument u svrhu pribavljanja kako novih tako i već postojećih dokaza.

koji su zatim preneseni u Njemačku. Naposljetku, sud koji je uputio zahtjev se ne slaže s njemačkim Saveznim vrhovnim sudom [6] koji je zaključio da se presreteni podaci iz EncroChata mogu upotrijebiti kao dokaz u Njemačkoj [7].

22. Imajući to na umu, Sud mora pojasniti zahtijevaju li uvjeti za izdavanje EIN-a radi prijenosa postojećih dokaza i ocjenu originalnih mjera prikupljanja dokaza u državi izvršiteljici. Odmah na početku želim istaknuti, a što ću poslije i elaborirati, da u takvom slučaju tijelo izdavatelj ne može dovesti u pitanje zakonitost mjera kojima je država izvršiteljica prikupila dokaze. U ovom predmetu stoga nije riječ o proporcionalnosti francuske mjere kojom je naloženo presretanje telefona EncroChat.

B. Reorganizacija pitanja suda koji je uputio zahtjev i struktura mišljenja

23. Sud koji je uputio zahtjev smatra da su EIN-ovi izdani protivno Direktivi o EIN-u jer (i) nisu poštovali uvjete iz članka 6. stavka 1. te direktive i (ii) izdalo ih je državno odvjetništvo, a ne sud. Osim toga smatra da su francuska tijela, u skladu s člankom 31. Direktive o EIN-u, trebala obavijestiti nadležni njemački sud o mjerama presretanja. Naposljetku, taj sud smatra da pravo Unije, konkretnije načela ekvivalentnosti i djelotvornosti, treba tumačiti na način da zabranjuju korištenje, u okviru kaznenog postupka, dokaza prikupljenih protivno Direktivi o EIN-u.

24. Dakle, sud koji je uputio zahtjev u biti pita jesu li njegovo shvaćanje Direktive o EIN-u i posljedice koje iz toga proizlaze pravilni. Svoja pitanja podijelio je u pet skupina, koje sam za potrebe svoje analize reorganizirala na sljedeći način.

25. Prve tri skupine pitanja usredotočene su na to kako nadležno tijelo izdavatelj tumači EIN radi prijenosa postojećih dokaza i uvjete za izdavanje takvog EIN-a. Pitanja koja se odnose na uvjete iz članka 6. stavka 1. točaka (a) i (b) Direktive o EIN-u isprepliću se s onima o nadležnom tijelu izdavatelju. Stoga ću ih razmotriti zajedno pod naslovom C.

26. Četvrta skupina pitanja, kojom se traži tumačenje članka 31. stavaka 1. i 3. Direktive o EIN-u, može se razmatrati odvojeno. To ću učiniti pod naslovom D.

27. Naposljetku ću pod naslovom E analizirati posljednju skupinu pitanja koja se odnosi na posljedice mogućeg kršenja Direktive o EIN-u. Ta se pitanja mogu smatrati hipotetskima ako, na temelju odgovora na prethodne skupine pitanja, nije došlo do povrede Direktive o EIN-u. Međutim, budući da taj zaključak ovisi o tumačenju mjerodavnog nacionalnog prava, koje treba dati sud koji je uputio zahtjev, Sudu predlažem da odgovori i na ta pitanja.

[6] Vidjeti odluku tog suda navedenu u bilješci 4.

[7] Ovaj je zahtjev stoga primjer klasičnog narativa prema kojem je postupak za prethodnu odluku doveo do pravosudnog osnaživanja redovnih nacionalnih sudova u odnosu na njihove nadređene sudove, najpoznatije prikazanog u Alter, K. J., „The European Court's Political Power", West European Politics, sv. 19(3), 1996., str. 452. Za empirijski dokaz obrnute dinamike, u kojoj viši nacionalni sudovi postavljaju pitanja Sudu kako bi spriječili da to učine njihovi niži sudovi, vidjeti Pavone, T. i Kelemen, D. R., „The Evolving Judicial Politics of European Integration: The European Court of Justice and national courts revisited", European Law Journal, sv. 25(4), 2019., str. 352.

C. Uvjeti za izdavanje EIN-a radi prijenosa postojećih dokaza i nadležno tijelo izdavatelj

28. Uvjeti koje tijelo izdavatelj mora ocijeniti radi izdavanja EIN-a[8] utvrđeni su u članku 6. stavku 1. Direktive o EIN-u. Ta odredba glasi:

„Tijelo izdavatelj može izdati EIN samo kada su ispunjeni sljedeći uvjeti:

(a) izdavanje EIN-a je potrebno i proporcionalno svrsi postupka iz članka 4. uzimajući u obzir prava osumnjičenika ili okrivljenika; i

(b) istražna mjera navedena ili istražne mjere navedene u EIN-u mogle su biti određene u sličnom domaćem slučaju."

29. Direktivom o EIN-u propisuju se dakle dva uvjeta za izdavanje EIN-a. Tim se uvjetima nastoji osigurati to da se EIN ne izdaje protivno pravu države izdavateljice[9]. Budući da se kaznena istraga ili naknadni kazneni postupak vode u državi izdavateljici, tim se uvjetima u konačnici nastoje zaštititi prava okrivljenih ili osumnjičenih osoba. U skladu s člankom 14. stavkom 2. Direktive o EIN-u, poštovanje tih uvjeta moguće je osporavati samo u državi izdavateljici.

30. Za postizanje tih ciljeva člankom 6. stavkom 1. Direktive o EIN-u se od tijela izdavatelja zahtijeva apstraktna i konkretna ocjena.

31. Apstraktna ocjena proizlazi iz članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u i njome se od tijela izdavatelja zahtijeva da utvrdi postoji li u nacionalnom pravu istražna mjera koja je predmet EIN-a i pod kojim se uvjetima može odrediti.

32. Konkretnom ocjenom iz članka 6. stavka 1. točke (a) Direktive o EIN-u tijelu izdavatelju se nalaže obveza da utvrdi je li konkretni EIN nužan i proporcionalan za potrebe konkretnog kaznenog postupka.

33. Tijelo izdavatelj može ocjenjivati nužnost i proporcionalnost EIN-a u kontekstu konkretnog predmeta koji se pred njim vodi u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (a) Direktive o EIN-u tek nakon što je utvrdilo da je određena istražna mjera načelno dopuštena prema nacionalnom pravu u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u. Stoga mi se čini logičnijim ta dva uvjeta objasniti obrnutim redoslijedom.

34. Apstraktni i konkretni uvjeti povezani su s pitanjem kako odrediti koje je tijelo nadležno za izdavanje EIN-a u konkretnom slučaju. Sud koji je uputio zahtjev smatra da u okolnostima ovog slučaja Državno odvjetništvo nije bilo tijelo nadležno za izdavanje EIN-ova kako bi se iz Francuske prenijeli dokazi koje čine presreteni telekomunikacijski podaci.

[8] Vidjeti članak 6. stavak 2. Direktive o EIN-u:

[9] Vidjeti u tom pogledu presudu od 16. prosinca 2021., Specializirana prokuratura (Podaci o prometu i lokaciji) (C-724/19, EU:C:2021:1020, t. 44.). Vidjeti također Csúri, A., „Towards an inconsistent European Regime of Cross-Border Evidence: The EPPO and the European Investigation Order", u Geelhoed, W. i dr., Shifting Perspectives on the European Public Prosecutor's Office, T. M. C. Asser Press, Haag, 2018., str. 146.

35. U članku 2. točki (c) Direktive o EIN-u navodi se koja tijela mogu izdati EIN. Relevantna odredba glasi:

„‚tijelo izdavatelj' znači:

i. sudac, sud, istražni sudac ili javni tužitelj nadležan u dotičnom predmetu;" [10].

36. U članku 2. točki (c) podtočki i. Direktive o EIN-u tako se navode tijela koja mogu samostalno izdati EIN, bez dodatne potvrde. Za razliku od Okvirne odluke o EUN-u [11], Direktiva o EIN-u među tim tijelima izričito navodi javne tužitelje [12]. Tako je Sud, za razliku od Okvirne odluke o EUN-u, u predmetu Staatsanwaltschaft Wien (Krivotvoreni nalozi za plaćanje) presudio da državni odvjetnik može biti tijelo koje izdaje EIN, čak i ako nije potpuno neovisan o izvršnoj vlasti [13].

37. Međutim, to načelno ovlašćivanje državnih odvjetnika ne znači da su oni nadležno tijelo izdavatelj u svakom pojedinom slučaju. Naprotiv, to će ovisiti o okolnostima slučaja te je povezano s uvjetima iz članka 6. stavka 1. Direktive o EIN-u. Slijedom toga, ocijenit ću ne samo *što* se tim uvjetima zahtijeva od tijela izdavatelja, nego i kako oni utječu na to *koje* tijelo to može biti.

1. Članak 6. stavak 1. točka (b) Direktive o EIN-u i sličan domaći slučaj

38. Člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u izdavanje EIN-a dopušteno je pod uvjetom da istražna mjera može biti određena *pod istim uvjetima u sličnom domaćem slučaju*.

39. Stoga valja protumačiti što je sličan domaći slučaj kada je EIN izdan radi prijenosa postojećih dokaza.

40. Prije tumačenja izraza „sličan domaći slučaj" potrebna je uvodna napomena. To se pitanje postavilo i o njemu su raspravljali sudionici u ovom postupku zbog stajališta Saveznog vrhovnog suda [14] prema kojem se članak 6. stavak 1. točka (b) Direktive o EIN-u uopće ne primjenjuje na EIN radi prijenosa postojećih dokaza. Prema mišljenju tog suda, prijenos dokaza nije istražna mjera kao takva i stoga nije obuhvaćen područjem primjene te odredbe.

[10] Prema članku 2. točki (c) podtočki ii. Direktive o EIN-u, drugo tijelo nadležno u skladu s nacionalnim pravom također može izdati EIN ako ga naknadno potvrdi jedno od tijela navedenih u članku 2. točki (c) podtočki i. te direktive.

[11] Okvirna odluka Vijeća 2002/584/PUP od 13. lipnja 2002. o Europskom uhidbenom nalogu i postupcima predaje između država članica (SL 2002., L 190, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 3., str. 83. i ispravak SL 2013., L 222, str. 15.), kako je izmijenjena Okvirnom odlukom Vijeća 2009/299/PUP od 26. veljače 2009. o izmjeni okvirnih odluka 2002/584/PUP, 2005/214/PUP, 2006/783/PUP, 2008/909/PUP i 2008/947/PUP radi jačanja postupovnih prava osoba i poticanja primjene načela uzajamnog priznavanja odluka donesenih na suđenju u odsutnosti dotične osobe (SL 2009., L 81, str. 24.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 16., str. 169.; u daljnjem tekstu: Okvirna odluka o EUN-u)

[12] U presudi od 2. ožujka 2023., Staatsanwaltschaft Graz (Porezna uprava za porezne kaznene predmete u Düsseldorfu) (C-16/22, EU:C:2023:148, t. 33. do 36.), Sud je utvrdio da su podtočke i. i ii. članka 2. točke (c) Direktive o EIN-u međusobno isključive.

[13] Presuda od 8. prosinca 2020., Staatsanwaltschaft Wien (Krivotvoreni nalozi za plaćanje) (C-584/19, EU:C:2020:1002, t. 57. do 63.) Suprotno tomu, u presudi od 27. svibnja 2019., OG i PI (Državna odvjetništva u Lübecku i Zwickauu) (C-508/18 i C-82/19 PPU, EU:C:2019:456, t. 88. do 90.), Sud je utvrdio da njemački državni odvjetnik u tom predmetu nije ispunio zahtjev neovisnosti nužan za izdavanje europskog uhidbenog naloga (u daljnjem tekstu: EUN). To bi značilo da državni odvjetnik koji nije potpuno neovisan o izvršnoj vlasti ne može izdati EUN, ali ipak može izdati EIN. Valja naglasiti da je u tim dvjema presudama pravni lijek protiv državnog odvjetnika bio dovoljan za zaštitu temeljnih prava u okviru izdavanja EIN-a, ali ne i u okviru izdavanja EUN-a.

[14] Vidjeti odluku Saveznog vrhovnog suda na koju se upućuje u bilješci 4.

41. Ne slažem se s tim stajalištem: člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u utvrđuju se uvjeti za izdavanje EIN-a bez razlikovanja dviju vrsta mjera iz članka 1. Direktive o EIN-u. Tim se tekstom iz njegova područja primjene ne isključuju istražne mjere kojima se zahtijeva prijenos već postojećih dokaza. Stoga se članak 6. stavak 1. točka (b) Direktive o EIN-u primjenjuje i na EIN izdan radi prijenosa postojećih dokaza, kao u ovom slučaju [15].

42. Sličan domaći slučaj relevantan za utvrđivanje toga može li se EIN izdati razlikuje se ovisno o tome je li EIN izdan radi prikupljanja novih ili prijenosa već postojećih dokaza. Stoga, kao što to predlažu Komisija, Državno odvjetništvo u Berlinu i njemačka vlada, sličan domaći slučaj je onaj predmet u kojem se dokazi u Njemačkoj prenose iz jednog kaznenog postupka u drugi (npr. iz Državnog odvjetništva u Münchenu njegovu pandanu u Berlinu).

43. Takvo tumačenje potvrđuje tekst članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u u kojem se navodi da su „istražna mjera *navedena* ili istražne mjere *navedene u EIN-u*" [16] one koje su mogle biti određene u sličnom domaćem slučaju. U ovom je slučaju mjera navedena u EIN-ovima prijenos dokaza koji su već u posjedu francuskih tijela.

44. Za pitanje mogu li se dokazi koji se sastoje od presretene komunikacije prikupljene u okviru jedne kaznene istrage ili postupka prenijeti na drugu kaznenu istragu ili postupak mjerodavno je njemačko pravo. To pitanje ne rješava sama Direktiva o EIN-u; štoviše, u toj se direktivi upućuje na pravo države izdavateljice.

45. Utječu li originalne mjere kojima su dokazi prikupljeni u Francuskoj ikako na tu ocjenu?

46. U mjeri u kojoj se nacionalnim pravom utvrđuju uvjeti za prijenos dokaza između kaznenih postupaka, originalna bi mjera mogla postati relevantna. Ako bi, primjerice, u njemačkom pravu bio zabranjen prijenos presretenih telekomunikacija iz jednog nacionalnog kaznenog predmeta u drugi, tijelo izdavatelj tada ne bi moglo naložiti ni takav prekogranični prijenos.

47. Međutim, čini se da to nije slučaj u glavnom postupku. Njemačka je vlada na raspravi potvrdila da je u njemačkom pravu moguć prijenos dokaza između dvaju kaznenih postupaka, uključujući dokaze prikupljene presretanjem komunikacije. Uvjeti takvog prijenosa propisani su Strafprozessordnungom (Zakonik o kaznenom postupku; u daljnjem tekstu: StPO). Na sudu koji je uputio zahtjev je da protumači njemačko pravo kako bi utvrdio je li to doista slučaj [17].

[15] Valja dodati da se na raspravi postavilo pitanje znači li činjenica da je Njemačkoj posredstvom Europola odobren pristup presretenoj komunikaciji u stvarnom vremenu (barem od 3. travnja 2020.) to da je Njemačka stvarno morala izdati EIN kojim se traži *prikupljanje* tih podataka. Kako su to objasnili Državno odvjetništvo u Berlinu i njemačka vlada, taj izravan pristup nije omogućen radi kaznenog progona, nego samo u svrhe preventivnih policijskih mjera. Tvrdili su da su EIN-ovi poslije bili nužni za upotrebu tih dokaza u njemačkom kaznenom postupku. Naprotiv, EIN za prikupljanje podataka dostupnih putem Europola u stvarnom vremenu nije bio nužan (čak ni moguć) jer taj pristup podacima nije odobren u okviru postupaka navedenih u članku 4. Direktive o EIN-u. Ta se direktiva stoga nije primjenjivala na pristup policije podacima u stvarnom vremenu.

[16] Moje isticanje.

[17] Prema mojem, nužno površnom, istraživanju StPO-a, u odjeljku 477(2) predviđa se *ex officio* prijenos osobnih podataka iz jednog kaznenog postupka u drugi; u odjeljku 480(1) predviđa se da to nalaže državni odvjetnik u pripremnom postupku i nakon konačnog zaključivanja tog postupka; u bilo kojem drugom slučaju to nalaže predsjedavajući sudac pred kojim se vodi predmet. Obveza prijenosa dokaza može se temeljiti na načelu obveznog kaznenog progona iz odjeljka 152(2). Načelno, prijenos je moguć samo ako se relevantni dokazi odnose na kazneno djelo za čiji bi progon bilo moguće naložiti takvu mjeru; inače je nužna suglasnost osobe čiji se podaci obrađuju. Vogel, B., Köppen, P. i Wahl, T., „Access to Telecommunication Data in Criminal Justice: Germany" u Sieber, U. i Von zur Mühlen, N. (ur.), Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders, Duncker & Humboldt, Berlin, 2016., str. 518.; Gieg, G. u Barthe, C. i Gericke, J. (ur.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, odjeljak 477(1); odjeljak 479(3), C. H. Beck, München, 2023.

48. Međutim, prema Direktivi o EIN-u tijelo izdavatelj nema obvezu – dapače, zabranjeno mu je – ocjenjivati jesu li originalne mjere prikupljanja dokaza zakonito poduzete u državi članici izvršiteljici. Pri izdavanju EIN-a radi prijenosa postojećih dokaza tijelo izdavatelj mora poštovati načelo uzajamnog priznavanja na kojem se temelji suradnja u kaznenim stvarima u Europskoj uniji. Osim ako je u okviru sudskog postupka u Francuskoj, koji dotična osoba mora moći pokrenuti[18], utvrđeno da su originalne mjere nezakonite, tijelo izdavatelj ne može osporavati njihovu zakonitost.

49. M. N. je tvrdio da se razlikovanjem prijenosa dokaza i mjera pomoću kojih su prikupljeni dopušta zaobilaženje zaštite osumnjičenika ili okrivljenika na temelju prava države izdavateljice. Prema njegovu mišljenju, njemačka su se tijela obratila svojim francuskim kolegama kako bi prikupila dokaze protivno njemačkom pravu.

50. Okolnosti ovog slučaja ne bude sumnju u zlouporabu prekograničnih istražnih postupaka. Francuska je u posjed dokaza o kojima je riječ stupila tijekom vlastite kaznene istrage. Iako se ispostavilo da su ti dokazi bili korisni i Njemačkoj, Francuska ih nije počela prikupljati za potrebe njemačke kaznene istrage. Stoga, čak i da je točno da njemački sud ne bi dopustio da se takvo presretanje poduzme u Njemačkoj, francuska su tijela takve mjere poduzela u skladu s francuskim pravom i uz odobrenje nadležnog francuskog suda.

51. Iako se sustavi kaznenog prava država članica znatno razlikuju[19], to ne znači da jedan sustav štiti temeljna prava osumnjičenih ili okrivljenih osoba, dok ih drugi krši. Dapače, pravosudna suradnja Unije u kaznenim stvarima temelji se na presumpciji da sve države članice poštuju temeljna prava. Iako se ta presumpcija u pojedinačnom slučaju može oboriti pred nadležnim sudom, to ne može dovesti u pitanje načelo uzajamnog povjerenja na kojem se temelje EIN i drugi instrumenti suradnje u kaznenim stvarima.

52. Prema tome, u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u, tijelo izdavatelj mora provjeriti mogu li se u Njemačkoj podaci prikupljeni presretanjem telekomunikacija u svrhu kaznenog postupka prenijeti u drugi kazneni postupak. Ako je to slučaj, to tijelo može izdati EIN radi prijenosa dokaza prikupljenih presretanjem telekomunikacija u drugoj državi članici Unije. Prilikom izdavanja takvog EIN-a tijelo izdavatelj ne može dovesti u pitanje zakonitost mjera pomoću kojih su dokazi prikupljeni u državi članici izvršiteljici.

53. Naposljetku, u svojem podrednom pitanju 3. točki (b) sud koji je uputio zahtjev pita je li relevantno to što je presretanje koje je provela država izvršiteljica uključivalo podatke na mobilnim telefonima korisnika u Njemačkoj ili to što je takvo presretanje bilo u interesu kaznenog progona u Njemačkoj. Smatram da te okolnosti, čak i ako su točne, nisu relevantne za tumačenje članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u.

[18] Pitanje jesu li osobe na koje se odnose presretanja EncroChata to mogle osporavati u Francuskoj u tijeku je pred ESLJP-om. Vidjeti bilješku 4.

[19] Nacionalni kazneni postupci uvelike se razlikuju među državama članicama, ne samo u pogledu dostupnih istražnih mjera (Armada, I., „The European Investigation Order and the Lack of European Standards for Gaitting Evidence: Is a Fundamental Rights-Based Refusal the Solution?", New Journal of European Criminal Law, sv. 6(1), 2015., str. 9.), nego i u pogledu uvjeta njihova korištenja (Bachmaier, L., „Mutual Recognition and Cross-Border Interception of Communications: The Way Ahead for the European Investigation Order", u Brière, C. i Weyembergh, A. (ur.), The Needed Balances in EU Criminal Law: Past, Present and Future, Hart Publishing, Oxford, 2018., str. 317.). Na primjer, u slučaju presretanja komunikacije, neke države članice propisuju popis kaznenih djela za čiju se istragu takva mjera može koristiti (npr. Njemačka); druge se fokusiraju na zahtjev o minimalnoj zapriječenoj kazni (npr. Francuska); treće pak primjenjuju kombinaciju tih dvaju pristupa. Osim toga, različita nacionalna zakonodavstva dopuštaju takvu istražnu mjeru pod uvjetom da postoji određeni stupanj sumnje ili obvezna ocjena nužnosti (bi li se manje intruzivnom mjerom mogao postići isti rezultat). Naposljetku, države članice razilaze se u pogledu najduljeg trajanja naloga za presretanje i mogućnosti njegova produljenja (vidjeti Tropina, T., „Comparative Analysis", u Sieber, U. i Von zur Mühlen, N. (ur.), Access to Telecommunication Data in Criminal Justice. A Comparative Analysis of European Legal Orders, Duncker & Humblot, Berlin, 2016., str. 62.-67. i 77.-79.).

54. Prvo, činjenica da je došlo do presretanja u pogledu mobilnih telefona korisnika na njemačkom državnom području ne utječe na primjenjivost članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u: bez obzira na to gdje su dokazi prikupljeni, kako bi se pomoću EIN-a prenijeli iz Francuske u Njemačku, moraju se poštovati njemačka pravila koja se primjenjuju na sličan domaći slučaj.

55. Drugo, presumpcija da su francuska nadležna tijela presrela komunikaciju u interesu Njemačke činjenična je pretpostavka koja u zahtjevu za prethodnu odluku nije potkrijepljena i o kojoj Sud ne može donositi zaključke; što je još važnije, ništa u članku 6. stavku 1. točki (b) Direktive o EIN-u ne navodi na zaključak da je za njegovo tumačenje relevantan interes države izdavateljice.

Međuzaključak

56. Ako je EIN izdan radi prijenosa dokaza koji su već u posjedu druge države, upućivanje na sličan domaći slučaj u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u zahtijeva da tijelo izdavatelj utvrdi dopušta li i pod kojim uvjetima mjerodavno nacionalno pravo da se dokazi prikupljeni presretanjem komunikacije prenose između nacionalnih kaznenih postupaka.

57. Pri odlučivanju o tome može li izdati EIN radi prijenosa postojećih dokaza, tijelo izdavatelj ne može ocjenjivati zakonitost originalnog prikupljanja dokaza u državi izvršiteljici čiji se prijenos zahtijeva na temelju EIN-a.

58. Na prethodni odgovor ne utječe činjenica da su originalne mjere poduzete na državnom području države izdavateljice ili da su bile u interesu te države.

2. Članak 6. stavak 1. točka (b) Direktive o EIN-u i nadležno tijelo izdavatelj

59. Sud koji je uputio zahtjev smatra da je EIN-ove u ovom slučaju trebao izdati sud, a ne državni odvjetnik. U tom se pogledu sud koji je uputio zahtjev pita, kao prvo, proizlazi li takav zaključak iz zajedničkog tumačenja članka 2. točke (c) podtočke i. i članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u te, kao drugo, utječe li na odgovor na to pitanje činjenica da su francuska tijela mobilne telefone presrela na njemačkom državnom području.

60. Sud je već objasnio da je članak 6. stavak 1. točka (b) Direktive o EIN-u doista relevantan za utvrđivanje nadležnog tijela izdavatelja u pojedinačnom slučaju. U presudi Specializirana prokuratura (Podaci o prometu i lokaciji) Sud je članak 2. točku (c) podtočku i. Direktive o EIN-u povezao s njezinim člankom 6. stavkom 1. točkom (b)[20]. Pojasnio je da EIN mora izdati sud ako je to pravom države članice izdavateljice propisano za istu mjeru u unutarnjem kontekstu[21]. U takvom je slučaju sud *nadležno* tijelo izdavanja, iako se u članku 2. točki (c) podtočki i. te direktive navodi javni tužitelj[22].

[20] Presuda od 16. prosinca 2021., Specializirana prokuratura (Podaci o prometu i lokaciji) (C-724/19, EU:C:2021:1020, t. 35. i 44.). Vidjeti također presudu od 8. prosinca 2020., Staatsanwaltschaft Wien (Krivotvoreni nalozi za plaćanje) (C-584/19, EU:C:2020:1002, t. 52.).

[21] Presuda od 16. prosinca 2021., Specializirana prokuratura (Podaci o prometu i lokaciji) (C-724/19, EU:C:2021:1020, t. 35. i 45.)

[22] To također ima smisla sa stajališta sprečavanja *forum shoppinga*: ako se nacionalnim pravom zahtijeva sudjelovanje nacionalnog suda, to se ne bi smjelo prekršiti upotrebom EIN-a. Mangiaracina, A., „A New and Controversial Scenario in the Gaing of Evidence at the European Level: The Proposal for a Directive on the European Investigation Order", Utrecht Law Review, sv. 10(1), 2014., str. 126.

61. Ukratko, državni odvjetnik načelno može biti tijelo izdavatelj, ali se nacionalnim pravom koje se primjenjuje u sličnom domaćem slučaju određuje tijelo izdavatelj nadležno u konkretnom predmetu.

62. S obzirom na moju prethodnu analizu onoga što bi se trebalo smatrati sličnim domaćim slučajem u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive o EIN-u, kad se EIN izdaje radi prijenosa postojećih dokaza, mora ga izdati sud ako je to njemačkim pravom propisano za domaći slučaj prijenosa presretenih telekomunikacijskih podataka.

63. Stoga, za utvrđivanje nadležnog tijela izdavanja nije važno to što na temelju njemačkog prava sud mora odobriti mjere presretanja. Dovoljno je postaviti pitanje bi li sud morao odobriti takav nacionalni prijenos. Čini se da to nije slučaj u njemačkom pravu.

64. Uzevši to u obzir, preostaje jedna bitna bojazan. Da je do prijenosa postojećih dokaza došlo unutar jedne države, s jednog državnog odvjetništva na drugo (npr. iz Münchena u Berlin), originalnu bi mjeru presretanja telekomunikacija prema njemačkom pravu naložio sud. Dakle, sud bi nadzirao proporcionalnost zadiranja u temeljna prava. Sa stajališta zaštite prava osumnjičenika i okrivljenika to čini upotrebu tih dokaza u drugom kaznenom postupku bez daljnjeg sudjelovanja suda prihvatljivom.

65. Međutim, ako se na originalnu mjeru primjenjuje drugi pravni sustav, pravilo prema kojem se za prijenos postojećih dokaza ne zahtijeva sudski nadzor djeluje u drukčijem i nepoznatom kontekstu [23].

66. Ipak, u ovom su slučaju presretanje telekomunikacija odobrili francuski sudovi [24]. Načelo uzajamnog priznavanja, na kojem se temelji sustav EIN-a, zahtijeva da njemačka tijela toj fazi postupka daju istu važnost kao i na nacionalnoj razini. To je tako čak i kad bi njemački sud u konkretnom slučaju odlučio drukčije.

67. Međutim, što ako se u francuskom pravu za mjere presretanja ne zahtijeva sudsko odobrenje? Komisija je na raspravi izjavila da bi u tom slučaju situacija bila drukčija, tvrdeći tako da bi se EIN kojim se zahtijeva prijenos postojećih dokaza mogao smatrati protivnim pravu Unije ako francuski sudovi nisu odobrili originalnu mjeru. Na temelju toga bi se dalo naslutiti da u članku 6. stavku 1. točki (b) Direktive o EIN-u originalna mjera nije potpuno nebitna kad je EIN izdan radi prijenosa postojećih dokaza.

68. Kad je na temelju nacionalnog prava državni odvjetnik ovlašten zatražiti prijenos dokaza jer je prvotno prikupljanje tih dokaza odobrio sud, to nacionalno pravilo, prema mojem mišljenju, postaje relevantno u pogledu članka 6. stavka 1. točke (b) Direktive o EIN-u. To znači da tijelo izdavatelj mora provjeriti je li sud odobrio predmetnu mjeru kao što se to zahtijeva nacionalnim pravom. Međutim, tijelo izdavatelj ne bi moglo dovesti u pitanje sadržaj takvog odobrenja, nego bi moralo prihvatiti sudsko odobrenje u državi izvršiteljici kao da je riječ o nacionalnom odobrenju.

[23] Međutim, potrebno je pojasniti da napori uloženi u osiguravanje minimalnog usklađivanja u području kaznenog postupovnog prava imaju važnu ulogu u „upoznavanju" različitih pravnih sustava država članica. Na umu imam instrumente poput Direktive (EU) 2016/343 Europskog parlamenta i Vijeća od 9. ožujka 2016. o jačanju određenih vidova pretpostavke nedužnosti i prava sudjelovati na raspravi u kaznenom postupku (SL 2016., L 65, str. 1.) ili Direktive 2012/23/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 22. svibnja 2012. o pravu na informiranje u kaznenom postupku (SL 2012., L 142, str. 1.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 15., str. 48.).

[24] U tom kontekstu, već sam navela da je francusko Ustavno vijeće u travnju 2022. utvrdilo da je francusko zakonodavstvo na temelju kojeg je naloženo presretanje EncroChata u skladu s francuskim Ustavom. Vidjeti bilješku 4.

69. Međutim, ako država izvršiteljica u odobrenje originalne mjere nije uključila sud, a država izdavateljica to zahtijeva u sličnom nacionalnom postupku, potonja država može zahtijevati sudsko odobrenje za izdavanje EIN-a radi prijenosa postojećih dokaza. To je tako čak i ako ne zahtijeva takvo odobrenje u okviru internog prijenosa dokaza.

70. U ovom su slučaju nadležni francuski sudovi odobrili sve mjere poduzete radi prikupljanja podataka s EncroChatova servera u Francuskoj [25]. Stoga ne vidim zašto njemački državni odvjetnik ne bi mogao izdati EIN radi prijenosa tih dokaza.

71. Sud koji je uputio zahtjev postavlja podredno pitanje 1. (b) koje se temelji na pretpostavci da su njemačka tijela potaknula Francusku da na njemačkom državnom području prikupi podatke u interesu Njemačke [26].

72. To je pitanje djelomično hipotetsko jer je do prikupljanja dokaza došlo na inicijativu Francuske s ciljem provođenja vlastite istrage. Otkriće njemačkih korisnika EncroChata bilo je posljedica, a ne svrha, presretanja telekomunikacija.

73. Okolnost da su se neki korisnici EncroChata nalazili na njemačkom državnom području, prema mojem mišljenju, nije bitna za pojam tijela izdavatelja. Budući da se EIN može izdati samo za mjere koje su dostupne u sličnom domaćem slučaju, nacionalna pravila o tijelu izdavatelju primjenjuju se bez obzira na to gdje je istražna mjera izvršena i tko ju je izvršio. Jedina je razlika hoće li se primijeniti EIN ili nacionalni istražni nalog [27].

Međuzaključak

74. Ako je predmetnu mjeru u državi izvršiteljici odobrio sud, on ne mora izdati i EIN radi prijenosa takvih dokaza, čak i ako bi, u skladu s pravom države izdavateljice, predmetno prikupljanje dokaza morao naložiti sud.

75. Činjenica da je presretanje provedeno na državnom području druge države članice ni na koji način ne utječe na određivanje tijela izdavatelja.

3. Članak 6. stavak 1. točka (a) Direktive o EIN-u i proporcionalnost

76. Prema članku 6. stavku 1. točki (a) Direktive o EIN-u, EIN mora biti nužan i proporcionalan svrsi kaznenog postupka, uzimajući u obzir prava osumnjičenika ili okrivljenika [28].

[25] Iz zahtjeva za prethodnu odluku proizlazi da ga je odobrio Kazneni sud u Lilleu (Francuska).

[26] Budući da su se mobilni telefoni njemačkih korisnika na kojima su pohranjeni podaci nalazili u Njemačkoj.

[27] Važnost činjenice da se presretanje izvršava na državnom području države izdavateljice razmatrat ću u okviru četvrte skupine pitanja koja se odnose na tumačenje članka 31. Direktive o EIN-u. Vidjeti odjeljak D u nastavku.

[28] U uvodnoj izjavi 11. Direktive o EIN-u dodatno se pojašnjava ta odredba na način da bi „tijelo izdavatelj trebalo […], stoga, utvrditi jesu li traženi dokazi nužni i proporcionalni svrsi postupka, je li izabrana istražna mjera nužna i proporcionalna za pribavljanje dotičnih dokaza i bi li u pribavljanje tih dokaza trebalo izdavanjem EIN-a uključiti drugu državu članicu”. Kao što to proizlazi iz njezina teksta, ta se uvodna izjava prije svega bavi prvom vrstom EIN-a, onim za prikupljanje novih dokaza.

77. Ta se ocjena proporcionalnosti temelji kako na pravu Unije tako i na pravu države izdavateljice [29].

78. Tijelo izdavatelj mora se uvjeriti da je EIN nužan i proporcionalan s obzirom na okolnosti koje postoje u trenutku njegova izdavanja. U tom pogledu M. N. pravilno tvrdi da je, u svrhu ocjene proporcionalnosti EIN-a, svakako nebitno je li kaznena istraga bila vrlo uspješna i dovela do brojnih osuda za teška kaznena djela.

79. Bitno je pitanje može li se razina zadiranja u privatne živote, do kojeg dolazi zbog pristupa državnog odvjetništva prenesenim dokazima, opravdati važnošću javnog interesa kaznene istrage ili postupka o kojima je riječ, uzimajući u obzir okolnosti konkretnog slučaja.

80. U tom pogledu, Sud je u svojoj sudskoj praksi koja se odnosi na Direktivu o e-privatnosti [30] presudio da je pristup javnih tijela podacima o prometu i lokaciji uvijek ozbiljno zadiranje u privatni život dotičnih osoba [31].

81. Iako se Direktiva o e-privatnosti kao takva ne primjenjuje na ovaj slučaj [32], zaključci o ozbiljnom zadiranju u temeljna prava uzrokovanom pristupom podacima o prometu i lokaciji relevantni su i u ovom slučaju: pristup njemačkih javnih tijela podacima o komunikaciji prenesenima iz Francuske može se kvalificirati kao ozbiljno zadiranje u temeljna prava. Međutim, čak i ozbiljno zadiranje se može opravdati razmjerno važnim javnim interesom [33].

82. Taj interes može ocijeniti samo tijelo izdavatelj (ili nacionalni žalbeni sud na temelju članka 14. stavka 2. Direktive o EIN-u) s obzirom na sve okolnosti slučaja, za koji je primarno mjerodavno nacionalno pravo [34]. Kao što sam već objasnila, mjerodavno nacionalno pravo je ono kojim se uređuje prijenos dokaza iz jednog kaznenog postupka u drugi.

83. Sud ne može preuzeti ulogu tijela izdavatelja ili nacionalnog žalbenog suda u ocjeni proporcionalnosti konkretnog EIN-a. Osim što nije nadležan za to, Sud nema pristup svim relevantnim pravnim i činjeničnim elementima koji se odnose na konkretnu kaznenu istragu. Slijedom toga, nije na Sudu da odluči je li neproporcionalno naložiti prijenos podataka svih korisnika EncroChata u Njemačkoj ako nisu postojali konkretni dokazi o počinjenim kaznenim djelima.

84. Svojim pitanjem 2. (b) sud koji je uputio zahtjev pita treba li prilikom ocjene proporcionalnosti uzeti u obzir tajnost metode presretanja podataka zbog koje tijela države izdavanja ne mogu provjeriti vjerodostojnost prikupljenih podataka.

[29] Na obrascu na temelju kojeg se izdaje EIN tijelo izdavatelj može detaljno objasniti zašto je EIN nužan u okolnostima konkretnog slučaja (Prilog A Direktivi o EIN-u, odjeljak G). O relevantnosti tog obrasca za ocjenu proporcionalnosti vidjeti Bachmaier Winter, L., „The Role of the Proportionality Principle in Cross-Border Investigations Involving Fundamental Rights", u Ruggeri S., (ur.), Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Berlin, 2013., str. 318.

[30] Direktiva 2002/58/EZ Europskog parlamenta i Vijeća od 12. srpnja 2002. o obradi osobnih podataka i zaštiti privatnosti u području elektroničkih komunikacija (Direktiva o privatnosti i elektroničkim komunikacijama) (SL 2002., L 201, str. 37.; SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 13., svezak 52., str. 111.)

[31] Vidjeti primjerice presude od 2. ožujka 2021., Prokuratuur (Uvjeti pristupa podacima o elektroničkim komunikacijama) (C-746/18, EU:C:2021:152, t. 39.) i od 5. travnja 2022., Commissioner of An Garda Síochána i dr. (C-140/20, EU:C:2022:258, t. 44.).

[32] Ta se direktiva primjenjuje samo na situacije u kojima državna tijela imaju pristup podacima o prometu i lokaciji koje su pohranili telekomunikacijski operatori. Suprotno tomu, ona se ne primjenjuje kad državna tijela izravno presreću telekomunikacijske podatke. Vidjeti u tom pogledu presudu od 6. listopada 2020., La Quadrature du Net i dr. (C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, t. 103.).

[33] Vidjeti po analogiji presudu od 21. lipnja 2022., Ligue des droits humains (C-817/19, EU:C:2022:491, t. 122.).

[34] Primjerice, u pogledu stupnja sumnje nužnog za nalaganje određene istražne mjere.

85. Prema mojem mišljenju, tajnost bi doista mogla utjecati na mogućnost obrane osumnjičenika ili okrivljenika. To je međutim relevantno za dopuštenost dokaza, o čemu raspravljam u okviru pete skupine pitanja suda koji je uputio zahtjev.

Međuzaključak

86. Za ocjenu nužnosti i proporcionalnosti EIN-a kojim se traži prijenos postojećih dokaza nadležno je tijelo izdavatelj, uz mogućnost žalbe nadležnom nacionalnom sudu. Pri takvoj ocjeni treba uzeti u obzir činjenicu da je pristup nacionalnog tijela presretenim podacima o komunikacijama ozbiljno zadiranje u privatne živote dotičnih osoba. To zadiranje mora biti u ravnoteži s ozbiljnim javnim interesom povezanim s istragom i progonom kaznenih djela.

4. Zahtijeva li pravo Unije da proporcionalnost ocjenjuje sud u slučaju ozbiljnog zadiranja u temeljna prava?

87. Svojim pitanjem 1. (c) sud koji je uputio zahtjev pita nalaže li se pravom Unije, neovisno o mjerodavnom nacionalnom pravu, to da pristup državnog odvjetnika dokazima stečenima presretanjem komunikacije mora odobriti sud.

88. Sud koji je uputio zahtjev smatra da je za izdavanje EIN-a radi prijenosa dokaza koji se sastoje od presretanja telekomunikacija uvijek nužno sudsko odobrenje. Taj se sud pozvao na presudu u predmetu Prokuratuur.

89. U toj je presudi Sud utvrdio da je za omogućavanje pristupa javnih tijela podacima koje su pohranili pružatelji telekomunikacijskih usluga potrebno prethodno odobrenje suda ili drugog nepristranog tijela [35]. Sud se oslonio na uvjerljiv argument svojeg nezavisnog odvjetnika [36] prema kojem se državno odvjetništvo, koje je stranka u kaznenom postupku, ne može smatrati nepristranim. Zbog tog je razloga upitno može li takvo tijelo provesti analizu proporcionalnosti bez davanja prednosti interesima kaznenog progona, u odnosu na interese privatnosti i zaštite podataka osumnjičenih ili okrivljenih osoba.

90. Budući da se člankom 6. stavkom 1. točkom (a) Direktive o EIN-u također zahtijeva da je EIN proporcionalan, moglo bi se postaviti pitanje može li se, u skladu s logikom presude Prokuratuur, državnom odvjetništvu ikada povjeriti provođenje takve ocjene proporcionalnosti.

91. U Direktivi o EIN-u je pitanje može li državno odvjetništvo izdati EIN prepušteno nacionalnim pravnim porecima. To ima smisla s obzirom na razlike u organizaciji kaznenopravnih sustava u državama članicama. Ta odluka nacionalnih pravnih poredaka uključuje i pitanje može li državno odvjetništvo provesti nepristrano ispitivanje proporcionalnosti. Kad bi bilo neprimjereno da državni odvjetnik izda EIN zbog činjenice da je stranka u kaznenom postupku, članak 2. točka (c) podtočka i. Direktive o EIN-u bio bi besmislen.

[35] Presuda od 2. ožujka 2021., Prokuratuur (Uvjeti pristupa podacima o elektroničkim komunikacijama) (C-746/18, EU:C:2021:152, t. 51., 53. i 54.)

[36] Mišljenje nezavisnog odvjetnika G. Pitruzzelle (Uvjeti pristupa podacima o elektroničkim komunikacijama) (C-746/18, EU:C:2020:18, t. 103. do 123.)

92. Međutim, sud koji je uputio zahtjev htio je sugerirati da bi se pravo Unije trebalo umiješati i zahtijevati sudsko odobrenje samo ako se mjerama ozbiljno zadire u temeljna prava. To je doista bio slučaj u presudi Prokuratuur i drugim predmetima koji su se odnosili na Direktivu o e-privatnosti.

93. Kratak bi odgovor bio taj da se Direktiva o e-privatnosti i relevantna sudska praksa ne primjenjuju na ovu situaciju. One su relevantne samo kad pružatelji telekomunikacijskih usluga na temelju nacionalnog prava moraju pohraniti podatke o prometu i lokaciji povezane s telekomunikacijom i kad javna tijela zahtijevaju pristup tako pohranjenim podacima. Ako presretanje provode izravno države članice bez nametanja bilo kakve obveze pružateljima telekomunikacijskih usluga, ne primjenjuje se Direktiva o e-privatnosti, već nacionalno pravo [37].

94. Međutim, ako pomnije razmotrimo logiku presude u predmetu Prokuratuur, kako je to predložio sud koji je uputio zahtjev, ipak se možemo zapitati zašto je Sud utvrdio da zbog prirode svojih funkcija državni odvjetnik ne može provesti nepristranu ocjenu proporcionalnosti u pogledu zahtjeva za pristup telekomunikacijskim podacima upućenog pružateljima mrežnih usluga.

95. U kontekstu Direktive o e-privatnosti, podaci kojima državni odvjetnik ima pristup uvijek su oni koji su u posjedu telekomunikacijskih operatora koji, u skladu s nacionalnim pravom, moraju pohraniti podatke o prometu i lokaciji općeg stanovništva. Tako pohranjeni podaci nisu vezani uz pojedinačni slučaj, nego je riječ o masovnom nadzoru. Zahtjev državnog odvjetnika za pristup u svrhe konkretne kaznene istrage prva je prilika kada se pojedinačne okolnosti mogu uzeti u obzir. Stoga je bilo opravdano zahtijevati da proporcionalnost tog pristupa ocijeni sud jer je njegovo sudjelovanje nužno za sprečavanje zlouporabe pristupa podacima pohranjenima na masovnoj i općoj razini.

96. Time se zaključci iz presude Prokuratuur razlikuju od situacije u ovom slučaju. U potonjem se podaci koje treba prenijeti ne prikupljaju od cijelog stanovništva, nego u svrhu konkretne kaznene istrage u Francuskoj. U okviru te prve faze u kojoj su ti podaci postali dostupni, njihovo prikupljanje bilo je pod nadzorom suda.

97. Stoga se razina zadiranja u temeljna prava na privatnost i zaštitu osobnih podataka, koja je dovela do presude Prokuratuur, ne podudara s razinom zadiranja u kontekstu ovog slučaja. Podaci čiji je prijenos zatražen trima EIN-ovima koje je izdalo Državno odvjetništvo u Frankfurtu odnosili su se samo na korisnike EncroChata u Njemačkoj u kontekstu u kojem je postojala sumnja da se tom uslugom koristi uglavnom za počinjenje kaznenih djela.

98. To ne znači da zadiranje u privatni život tih osoba nije važno. Međutim, to i dalje nije usporedivo s masovnim nadzorom općeg stanovništva.

99. Osim što se Direktivom o EIN-u tijelu izdavatelju propisuje obveza da provede i objasni svoju ocjenu proporcionalnosti, njome su predviđena dodatna jamstva. Ako državno odvjetništvo krši temeljna prava, člankom 14. stavkom 1. Direktive o EIN-u zahtijeva se da države članice osiguraju pravne lijekove istovjetne onima koji su dostupni u sličnom domaćem slučaju. Stoga bi

[37] Presuda od 6. listopada 2020., La Quadrature du Net i dr. (C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, t. 103.)

osumnjičena ili okrivljena osoba trebala imati mogućnost osporiti ocjenu proporcionalnosti koju je proveo državni odvjetnik prilikom izdavanja EIN-a radi prijenosa dokaza [38]. To nije slučaj s Direktivom o e-privatnosti.

100. Naposljetku, htjela bih ukratko raspraviti relevantnost Direktive o provedbi zakona [39] za određivanje tijela izdavatelja. To se pitanje javilo jer je Sud u svojoj presudi La Quadrature du Net pojasnio da se Direktiva o e-privatnosti ne primjenjuje na izravno presretanje podataka; umjesto nje primjenjuje se nacionalno pravo podložno primjeni [Direktive o provedbi zakona] [40]. Stoga se postavlja pitanje proizlazi li iz Direktive o provedbi zakona obveza da sud izda EIN radi prijenosa postojećih dokaza kad dokaze čine presreteni podaci.

101. Na okolnosti ovog slučaja se doista može primijeniti Direktiva o provedbi zakona, kojom se štite osobni podaci u području kaznenih istraga [41]. Ipak, prema mojem mišljenju, ta direktiva ne sadržava nijedno pravilo na temelju kojeg bi Sud mogao zaključiti da se pravom Unije državama članicama nalaže obveza da osiguraju prethodno sudsko odobrenje za izravan pristup državnog odvjetnika podacima dobivenima presretanjem komunikacija.

102. Tom se direktivom uređuju obveze javnih tijela kada su voditelji obrade podataka, koja moraju, među ostalim, provesti ocjenu proporcionalnosti [42], ali se ne određuje koja su to tijela.

Međuzaključak

103. Pravom Unije ne zahtijeva se da EIN radi prijenosa postojećih dokaza prikupljenih presretanjem telekomunikacija izdaje sud ako je nacionalnim pravom predviđeno da takav prijenos u sličnom domaćem slučaju može naložiti državni odvjetnik.

D. Članak 31. Direktive o EIN-u i zahtjev obavijesti

104. Svojom četvrtom skupinom pitanja sud koji je uputio zahtjev pita je li presretanje komunikacije koje su provela francuska tijela podložno obvezi obavješćivanja iz članka 31. Direktive o EIN-u. U slučaju potvrdnog odgovora, sud koji je uputio zahtjev također pita je li takva obavijest trebala biti upućena sudu s obzirom na to da je prema njemačkom pravu presretanje komunikacije mogao odobriti samo sud.

[38] Sudskom praksom koju je ESLJP razvio u pogledu članka 8. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (u daljnjem tekstu: EKLJP), kojom se jamči pravo na privatnost, utvrđene su povrede kad se pravom nije zahtijevala ocjena proporcionalnosti niti se predviđao sudski nadzor. Vidjeti primjerice presudu ESLJP-a od 12. siječnja 2016., Szabó i Vissy protiv Mađarske, CE:ECHR:2016:0112JUD003713814, t. 89.

[39] Direktiva (EU) 2016/680 Europskog parlamenta i Vijeća od 27. travnja 2016. o zaštiti pojedinaca u vezi s obradom osobnih podataka od strane nadležnih tijela u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih sankcija i o slobodnom kretanju takvih podataka te o stavljanju izvan snage Okvirne odluke Vijeća 2008/977/PUP (SL 2016., L 119, str. 89. i ispravak SL 2018., L 127, str. 14.) (u daljnjem tekstu: Direktiva o provedbi zakona)

[40] Presuda od 6. listopada 2020., La Quadrature du Net i dr. (C-511/18, C-512/18 i C-520/18, EU:C:2020:791, t. 103.)

[41] U kontekstu Direktive o provedbi zakona, ovaj se predmet može opisati kao dva slučaja obrade osobnih podataka: prvo, nadležna francuska tijela bila su voditelj obrade prilikom presretanja i prikupljanja podataka o elektroničkim komunikacijama u svrhe sprečavanja, istrage, otkrivanja ili progona kaznenih djela ili izvršavanja kaznenih djela; drugo, prijenosom tih podataka državnom odvjetništvu u Frankfurtu, to državno odvjetništvo je postalo voditelj obrade, koje je te podatke na temelju EIN-ova zatražilo u svrhu kaznene istrage u Njemačkoj.

[42] Sud je utvrdio da se u okviru prenamjene, u skladu s člankom 4. stavkom 2. Direktive o provedbi zakona, ocjena ispunjavanja zahtjeva propisanih za obradu podataka u okviru te direktive mora provesti svaki put kad ih se posebno i zasebno obrađuje (vidjeti presudu od 8. prosinca 2022., Inspektor/Inspektorata kam Visšia sadeben savet (Svrhe obrade osobnih podataka – kaznena istraga) (C-180/21, EU:C:2022:967, t. 56.)).

105. Bitni dijelovi članka 31. Direktive o EIN-u glase kako slijedi:

„1. Kada nadležno tijelo jedne države članice (‚država članica koja presreće') odobri presretanje telekomunikacija u svrhu izvršavanja istražne mjere, a adresa subjekta presretanja za komunikaciju navedena u nalogu za presretanje se koristi na državnom području druge države članice (‚obaviještena država članica') čija tehnička pomoć nije potrebna za izvršenje presretanja, država članica koja presreće obavješćuje nadležno tijelo obaviještene države članice o presretanju:

(a) prije presretanja, u slučajevima kada nadležno tijelo države članice koja presreće ima saznanja, u trenutku izdavanja naloga za presretanje, da se subjekt presretanja nalazi ili će se nalaziti na državnom području obaviještene države članice;

(b) tijekom presretanja ili nakon izvršenja presretanja, odmah nakon saznanja da se subjekt presretanja tijekom presretanja nalazi ili se nalazio na državnom području obaviještene države članice.

2. Obavješćivanje iz stavka 1. izvršava se pomoću obrasca utvrđenog u Prilogu C.

[…]"

106. Članak 31. Direktive o EIN-u odnosi se na situacije u kojima jedna država članica provodi presretanje telekomunikacija na državnom području druge države članice, a da joj nije potrebna tehnička pomoć potonje države [43].

107. Ta odredba ima dvostruki cilj. Kao prvo, kao nastavak međunarodne učtivosti iz prethodnih dogovora o uzajamnoj pravnoj pomoći [44], uloga obveze obavješćivanja jest jačanje uzajamnog povjerenja među sudionicima u području slobode, sigurnosti i pravde [45]. Kao drugo, uloga je obavijesti omogućiti obaviještenoj državi članici da zaštiti temeljna prava pojedinaca na svojem državnom području [46].

108. Članak 31. Direktive o EIN-u primjenjuje se na situaciju izvršavanja prekogranične mjere, iako bez EIN-a, jer ju jednostrano provodi jedna država članica [47].

109. To tumačenje proizlazi iz teksta članka 31. Direktive o EIN-u, u kojem se uopće ne spominje izdavanje EIN-a, za razliku od njezina članka 30. Isto tako, u članku 31. ne upotrebljavaju se izrazi „izdavatelj" i „izvršitelj", nego država članica „koja presreće" i „obaviještena" država članica [48].

[43] U slučajevima kad je potrebna tehnička pomoć od države članice na čijem se državnom području obavlja presretanje, primjenjuje se članak 30. Direktive o EIN-u.

[44] Tekst članka 31. Direktive o EIN-u velikim dijelom odgovara članku 20. Konvencije koju je donijelo Vijeće u skladu s člankom 34. Ugovora o Europskoj uniji o uzajamnoj pravnoj pomoći u kaznenim stvarima među državama članicama Europske unije (SL 2000., C 197, str. 3.) (SL, posebno izdanje na hrvatskom jeziku, poglavlje 19., svezak 14., str. 223.)

[45] Bachmaier, L., bilješka 19., str. 330.

[46] Konkretnije, člankom 31. stavkom 3. Direktive o EIN-u nadležnom se tijelu obaviještene države omogućava da provjeri bi li takvo presretanje bilo dopušteno u sličnom domaćem slučaju i da u roku od 96 sati od primitka obavijesti državi članici koja presreće priopći da se presretanje ne može provesti ili da će se prekinuti ili da se dobiveni podaci ne mogu koristiti uopće ili samo pod određenim uvjetima.

[47] Stoga se ne slažem s francuskom vladom koja je tvrdila da se članak 31. Direktive o EIN-u ne primjenjuje na ovaj predmet jer presretanje komunikacije nije bilo provedeno radi izvršenja EIN-a, nego je do njega došlo prije nego što je EIN izdan.

[48] Bachmaier, L., bilješka 19., str. 331.

110. Prema mojem mišljenju, ta se odredba odnosi upravo na situacije poput presretanja telekomunikacijskih podataka na mobilnim telefonima u Njemačkoj koje je provela Francuska u okviru francuske kaznene istrage. Dakle, Francuska je trebala obavijestiti njemačka tijela čim je saznala da dio presretenih podataka potječe s mobilnih telefona u Njemačkoj [49].

111. Koje je njemačko tijelo Francuska trebala obavijestiti? Direktivom o EIN-u državama članicama se ne nameće obveza da odrede nacionalno tijelo nadležno za primanje takvih obavijesti, kao što je to slučaj u nekim drugim situacijama [50]. Slijedom toga, država koja presreće ne može znati koje je tijelo nadležno za primanje takve obavijesti u obaviještenoj državi članici.

112. Stoga Francuska nije imala obvezu obavijestiti nadležni njemački sud, nego je mogla obavijestiti i, primjerice, državnog odvjetnika. Na obaviještenim državama članicama je da prime tu obavijest i proslijede je tijelu nadležnom prema nacionalnom pravu.

Međuzaključak

113. Država članica koja u okviru svoje jednostrane kaznene istrage ili postupka presreće telekomunikacije na državnom području druge države članice mora obavijestiti tu drugu državu o presretanju.

114. Ta se obavijest može dostaviti bilo kojem tijelu koje država članica koja presreće smatra primjerenim, zato što ta država članica ne može znati koje je tijelo nadležno u sličnom domaćem slučaju.

115. Cilj članka 31. Direktive o EIN-u je zaštititi kako dotične pojedinačne korisnike telekomunikacija tako i suverenost obaviještene države članice.

E. Dopuštenost dokazâ

116. Petom skupinom pitanja sud koji je uputio zahtjev u biti pita dovodi li utvrđenje da je EIN izdan protivno zahtjevima Direktive o EIN-u do nedopuštenosti tih dokaza u kaznenom postupku u državi članici izdavateljici. Taj se sud oslanja na načela ekvivalentnosti i djelotvornosti. Na potonje se poziva na način da bi se, ako bi se dokazi prikupljeni protivno Direktivi o EIN-u ipak koristili u državi izdavateljici, time ugrozio koristan učinak te direktive.

117. Odgovor na tu skupinu pitanja može biti kratak: dopuštenost dokaza u kaznenim postupcima nije uređena pravom Unije.

118. Iako je Europska unija u skladu s člankom 82. stavkom 2. točkom (a) UFEU-a ovlaštena uvesti minimalno usklađivanje uzajamnog priznavanja dokaza, to se još nije dogodilo [51].

[49] Kako bi ispunila obvezu obavješćivanja propisanu člankom 31. Direktive o EIN-u, Francuska je trebala upotrijebiti obrazac iz Priloga C toj direktivi.

[50] Vidjeti članak 33. stavak 1. Direktive o EIN-u.

[51] Ligeti, K. i dr. spominju da države članice odbijaju učiniti taj korak zbog zabrinutosti oko supsidijarnosti i proporcionalnosti te da bi to utjecalo na sustave provjere i ravnoteže na nacionalnoj razini (Ligeti, K., Garamvölgy, B., Ondrejová, A. i von Galen, M., „Admissibility of Evidence in Criminal Proceedings in the EU”, *eucrim*, sv. 3., 2020., str. 202. bilješka 14.).

119. Ocjena dokaza dobivenih EIN-om spominje se samo u drugoj rečenici članka 14. stavka 7. Direktive o EIN-u: „Ne dovodeći u pitanje nacionalna postupovna pravila, države članice osiguravaju da se u kaznenom postupku u državi izdavateljici, pri procjeni dokaza pribavljenih putem EIN-a, poštuju prava obrane i pravičnost postupka.” [52].

120. Kad se Komisiju na raspravi pitalo utječe li ta odredba na pravila o dopuštenosti dokaza u državama članicama, odgovorila je da bi takav zaključak išao predaleko. Objasnila je da se u toj rečenici samo podsjeća na to da se moraju poštovati prava zaštićena člancima 47. i 48. Povelje Europske unije o temeljnim pravima (u daljnjem tekstu: Povelja). Mogu se složiti s takvim tumačenjem, kojim se priznaje da politički proces Unije u pogledu dopuštenosti dokaza trenutačno ne napreduje.

121. Koliko mi je poznato, članak 37. stavak 1. Uredbe EPPO najbliži je reguliranju dopuštenosti dokaza u pravu Unije [53]. „Dokazi koje su tužitelji EPPO-a ili tuženik predložili sudu ne smiju biti odbačeni kao nedopušteni samo zbog toga što su ti dokazi prikupljeni u drugoj državi članici ili u skladu s pravom druge države članice”.

122. Međutim, u toj se odredbi samo navodi da se dokazi ne smiju odbaciti *jer* su prikupljeni u drugoj državi članici ili u skladu s pravom druge države članice; njome se nacionalnom sudu ne nameću dodatne obveze o tome kako mora ocijeniti dopuštenost dokaza.

123. Isti pristup može se pronaći u sudskoj praksi ESLJP-a. Taj je sud jasno naveo da je dopuštenost dokaza uređena nacionalnim pravom [54], dok će u okviru ocjene eventualne povrede članka 6. EKLJP-a „Sud ispitati cijeli postupak, uzimajući u obzir prava obrane, ali i interese javnosti i žrtava da se pravilno provede progon kaznenog djela i, po potrebi, prava svjedoka” [55].

124. Iako literatura kritizira nedostatak takvog pravila, osobito s obzirom na razlike koje postoje između postupovnih zakonodavstava država članica [56], to ne mijenja činjenicu da dopuštenost dokaza trenutačno nije regulirana na razini Unije.

125. Ukratko, u trenutačnom stanju razvoja prava Unije pitanje jesu li dopušteni dokazi prikupljeni kršenjem nacionalnog prava ili prava Unije uređeno je pravom država članica.

126. Posljedice mogućeg nepoštovanja uvjeta za izdavanje EIN-a u Direktivi o EIN-u su male i rijetke: članak 6. stavak 3. Direktive o EIN-u predviđa da ako tijelo izvršitelj smatra da se nije poštovao njezin članak 6. stavak 1., ono se može savjetovati s tijelom izdavateljem o važnosti izvršenja EIN-a te tijelo izdavatelj nakon tog savjetovanja može odlučiti povući EIN.

[52] U uvodnoj izjavi 34. Direktive o EIN-u još se navodi: „Nadalje, iz istog razloga, procjenu o tome hoće li se predmet koristiti kao dokaz i hoće li stoga biti predmet EIN-a trebalo bi ostaviti tijelu izdavatelju.”

[53] Uredba Vijeća (EU) 2017/1939 od 12. listopada 2017. o provedbi pojačane suradnje u vezi s osnivanjem Ureda europskog javnog tužitelja (SL 2017., L 283., str. 1.) (u daljnjem tekstu: Uredba EPPO)

[54] Presude ESLJP-a od 12. srpnja 1988., Schenk protiv Švicarske, CE:ECHR:1988:0712JUD001086284, t. 45. i 46.; od 11. srpnja 2017., Moreira Ferreira protiv Portugala (br. 2), CE:ECHR:2017:0711JUD001986712, t. 83. i od 1. ožujka 2007., Heglas protiv Češke Republike, CE:ECHR:2007:0301JUD000593502, t. 84.

[55] Presuda ESLJP-a, 17. siječnja 2017., Habran i Dalem protiv Belgije, CE:ECHR:2017:0117JUD004300011, t. 96.

[56] Hecker, B., „Mutual Recognition and Transfer of Evidence. The European Evidence Warrant”, u Ruggeri, S., (ur.), Transnational Inquiries and the Protection of Fundamental Rights in Criminal Proceedings: A Study in Memory of Vittorio Grevi and Giovanni Tranchina, Springer, Berlin, 2013., str. 277. Armada, I., bilješka 19., str. 30.

127. Prema tome, pitanje dopuštenosti dokaza zasad je stvar nacionalnog prava. Međutim, u područjima u kojima je mjerodavno pravo Unije, relevantne nacionalne odredbe ne smiju kršiti članke 47. i 48. Povelje [57].

128. Postupovna načela ekvivalentnosti i djelotvornosti primjenjuju se na situacije u kojima pravo Unije pojedincima dodjeljuje prava bez pravnog lijeka. Države članice moraju osigurati da se pravo Unije može ostvariti pod istim uvjetima kao usporedivo nacionalno pravo, a primjenjivim postupovnim pravilima ne smije se praktički onemogućiti ostvarenje tih prava [58].

129. Međutim, pojedincima se na temelju prava EU-a ne daje nikakvo pravo u pogledu (ne)dopuštenosti dokaza. Načela ekvivalentnosti i djelotvornosti stoga nisu relevantna.

130. Naposljetku, čak i ako bi nedopuštenost dokaza kao posljedica povrede Direktive o EIN-u (nesumnjivo) povećala njezin *korisni učinak*, to ne znači da je Sud ovlašten stvoriti takvo pravilo.

Međuzaključak

131. Pravo Unije u ovoj fazi razvoja ne uređuje dopuštenost dokaza prikupljenih EIN-om izdanim protivno zahtjevima Direktive o EIN-u. Dopuštenost dokaza uređena je nacionalnim pravom, kojim se, međutim, moraju poštovati zahtjevi prava na obranu iz članaka 47. i 48. Povelje.

IV. Zaključak

132. S obzirom na prethodna razmatranja, predlažem Sudu da na prethodna pitanja koja je uputio Landgericht Berlin (Zemaljski sud u Berlinu, Njemačka) odgovori na sljedeći način:

1. Kao odgovor na prvu skupinu prethodnih pitanja:

   Ako je originalnu mjeru u državi izvršiteljici odobrio sud, Europski istražni nalog radi prijenosa tako prikupljenih dokaza ne mora izdati sud, čak i ako bi, u skladu s pravom države izdavateljice, originalno prikupljanje dokaza morao naložiti sud.

   Činjenica da je presretanje provedeno na državnom području druge države članice ni na koji način ne utječe na određivanje tijela izdavatelja.

   Pravom Unije ne zahtijeva se da EIN radi prijenosa postojećih dokaza prikupljenih presretanjem telekomunikacija izdaje sud ako je nacionalnim pravom predviđeno da takav prijenos u sličnom domaćem slučaju može naložiti državni odvjetnik.

2. Kao odgovor na drugu skupinu prethodnih pitanja:

   Za ocjenu nužnosti i proporcionalnosti EIN-a kojim se traži prijenos postojećih dokaza nadležno je tijelo izdavatelj, uz mogućnost kontrole nadležnog nacionalnog suda. Pri takvoj ocjeni treba uzeti u obzir činjenicu da je pristup nacionalnog tijela presretenim podacima o komunikacijama ozbiljno zadiranje u privatne živote dotičnih osoba. To zadiranje mora biti u ravnoteži s ozbiljnim javnim interesom povezanim s istragom i progonom kaznenih djela.

[57] Presuda od 7. rujna 2023., Rajonna prokuratura (Osobna pretraga) (C-209/22, EU:C:2023:634, t. 58. i 61.)

[58] Utvrđeno presudama od 16. prosinca 1976., Rewe-Zentralfinanz i Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188, t. 5.) i od 16. prosinca 1976., Comet (45/76, EU:C:1976:191, t. 13.). Vidjeti primjerice nedavnu presudu od 13. srpnja 2023., CAJASUR Banco (C-35/22, EU:C:2023:569, t. 23.).

3. Kao odgovor na treću skupinu prethodnih pitanja:

   Ako je EIN izdan radi prijenosa dokaza koji su već u posjedu druge države, upućivanje na sličan domaći slučaj u skladu s člankom 6. stavkom 1. točkom (b) Direktive 2014/41/EU Europskog parlamenta i Vijeća od 3. travnja 2014. o Europskom istražnom nalogu u kaznenim stvarima zahtijeva da tijelo izdavatelj utvrdi dopušta li i pod kojim uvjetima mjerodavno nacionalno pravo da se dokazi prikupljeni presretanjem komunikacije prenose između nacionalnih kaznenih postupaka.

   Pri odlučivanju o tome može li izdati EIN radi prijenosa postojećih dokaza, tijelo izdavatelj ne može ocjenjivati zakonitost originalnog prikupljanja dokaza u državi izvršiteljici čiji prijenos zahtijeva na temelju EIN-a.

   Na prethodni odgovor ne utječe činjenica da su originalne mjere poduzete na državnom području države izdavateljice ili da su bile u interesu te države.

4. Kao odgovor na četvrtu skupinu prethodnih pitanja:

   Država članica koja u okviru svoje jednostrane kaznene istrage ili postupka presreće telekomunikacije na državnom području druge države članice mora obavijestiti tu drugu državu o presretanju.

   Ta se obavijest može dostaviti bilo kojem tijelu koje država članica koja presreće smatra primjerenim zato što ta država članica ne može znati koje je tijelo nadležno u sličnom domaćem slučaju.

   Cilj je članka 31. Direktive 2014/41 zaštititi dotične pojedinačne korisnike telekomunikacija i suverenost obaviještene države članice.

5. Kao odgovor na petu skupinu prethodnih pitanja:

   Pravo Unije u ovoj fazi razvoja ne uređuje dopuštenost dokaza prikupljenih EIN-om izdanim protivno zahtjevima Direktive 2014/41. Dopuštenost dokaza uređena je nacionalnim pravom, kojim se, međutim, moraju poštovati zahtjevi prava na obranu iz članaka 47. i 48. Povelje Europske unije o temeljnim pravima.