

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2024 m. balandžio 30 d. sprendimas *EncroChat* byloje (Nr. C-670/22): ar šiuo sprendimu iš tiesų legitimuotas *Forum Shopping* baudžiamajame procese ir kokią reikšmę jis turi Lietuvos baudžiamajam procesui?

Remigijus Merkevičius

<https://orcid.org/0009-0009-4555-0018>
Vilniaus universiteto Teisės fakulteto
Baudžiamosios justicijos katedros docentas
socialinių mokslų daktaras
Saulėtekio al. 9, I rūmai, LT-10222 Vilnius
Tel. (+370 5) 236 6173
El. paštas: remigijus.merkevicius@ff.vu.lt

Judgment of the Court of Justice of the European Union of 30 April 2024 in the “EncroChat case” (case No. C-670/22): does this judgment really legitimise *Forum Shopping* in criminal proceedings, and how will it impact Lithuanian criminal proceedings?

Remigijus Merkevičius

(Vilnius University (Lithuania))

Summary. The article analyses the judgment of the Court of Justice of the European Union of 30 April 2024 in case No. C-670/22 (*EncroChat*) and its implications for Lithuanian criminal proceedings. According to this judgment, only a *senior prosecutor* can issue a European Investigation Order to obtain evidence already in the possession of the competent authorities of the executing state during a pre-trial investigation in Lithuania, and only *the court* hearing the criminal case can issue a European Investigation Order when the criminal case is in the hands of a court. The Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania does not provide a legal basis for the prosecuting authorities to secretly intercept the content of all communications of the users of mobile telephones, which are fully encrypted by means of a special software and a modified device, and it is therefore questionable whether (i.) the transfer of the data obtained in this way to Lithuania as an extraditing state meets the substantive legal conditions arising from Article 162 of the CPC, which, according to the Code of Criminal Procedure of the Republic of Lithuania, defines the legitimacy of the use of the information obtained in another criminal proceeding, and whether (ii.) the data obtained by the receiving state by means of such a measure can be used in the criminal proceedings of Lithuania as an issuing state as evidence in an incriminating sense. If the executing State does not disclose the nature and essential technical characteristics of the means used to intercept the full content of the users' communications by means of mobile telephones, which, by means of special software and a modified device, provide a fully encrypted connection, the defendants in general are deprived of an effective opportunity to know

Received: 21/05/2024. **Accepted:** 26/06/2024

Copyright © 2024 Remigijus Merkevičius. Published by Vilnius University Press

This is an Open Access article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License, which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original author and source are credited.

and present their position on these incriminating facts; therefore, such evidence is inadmissible in Lithuania's criminal proceedings as an extraditing state.

Keywords: European Investigation Order, Court of Justice of the European Union, "EncroChat", encrypted communications, admissibility of evidence, principle of mutual recognition of judicial decisions

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2024 m. balandžio 30 d. sprendimas *EncroChat* byloje (Nr. C-670/22): ar šiuo sprendimu iš tiesų legitimuotas *Forum Shopping* baudžiamajame procese ir kokią reikšmę jis turi Lietuvos baudžiamajam procesui?

Remigijus Merkevičius

(Vilniaus universitetas (Lietuva))

Santrauka. Straipsnyje analizuojamas Europos Sąjungos Teisingumo Teismo 2024 m. balandžio 30 d. sprendimas byloje Nr. C-670/22 („EncroChat“) ir jo reikšmė Lietuvos baudžiamajam procesui. Vadovaujantis šiuo sprendimu, išduoti Europos tyrimo orderį, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, Lietuvoje ikiteisminio tyrimo metu gali tik *aukštesnysis prokuroras*, o kai baudžiamoji byla yra teismo žinioje, – ją nagrinėjantis *teismas*. Lietuvos Respublikos baudžiamoją proceso kodeksą nesuteikia teisinio pagrindo baudžiamoją persekiojimo institucijoms slapta perimti mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų visos komunikacijos turinį, todėl abejojama, ar (i.) taip gautų duomenų perdavimas Lietuvai kaip *išduodančiajai valstybei* atitinka iš BPK 162 straipsnio kylančias materialiąsias teisinės sąlygas, kurios pagal Lietuvos Respublikos baudžiamoją proceso kodeksą apibrėžia viename baudžiamajame procese gautos informacijos panaudojimo kitame baudžiamajame procese legitimumą, bei ar (ii.) taikant tokią priemonę *perimančiosios valstybės* gauti duomenys Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese gali būti naudojami kaip įkalinantys įrodymai. Jei *vykdančioji valstybė* neatskleidžia priemonių, kurios buvo panaudotos perimant mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, visą naudotojų komunikacijos turinį, pobūdžio ir esminių techninių charakteristikų, iš kaltinamųjų *in abstracto* yra atimama veiksminga galimybė žinoti ir išdėstyti savo poziciją dėl šių juos kaltinančių duomenų, todėl tokie įrodymai ir šiuo požiūriu yra neleistini Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese.

Pagrindiniai žodžiai: Europos tyrimo orderis, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas, „EncroChat“, šifruota komunikacija, įrodymų leistinumai, teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principas.

Įvadas

2020 m. viduryje kriminalinę justiciją sudrebino netikėta žinia – Prancūzijos ir Nyderlandų teisėsaugos institucijos nuo 2017 m. vykdė operaciją, kurios metu slapta įsiskverbė į šifruotas komunikacijas, vykdytos naudojantis „EncroChat“ įranga ir sistema, erdvė ir perėmė daugybės šios šifruotos komunikacijos erdvės dalyvių visą tarpusavio komunikacijos turinį (ar didelę jos dalį). Nepraėjus nė metams – 2021 m. kovo mėnesį – teisėsauga paskelbė apie dar didesnę laimikį – Prancūzijos, Nyderlandų ir Belgijos teisėsaugos institucijos perėmė ir šifruotos komunikacijos, vykdytos naudojantis „SkyECC“ įranga ir sistema, duomenis. Jei „nukentėjusiųjų nuo „EncroChat“ atskleidimo“ galėjo būti „tik“ apie 60 000, tai, perėmus komunikaciją, vykdytą naudojantis „SkyECC“ sistema, atverti galėjo būti apie 170 000 vartotojų duomenys (Lödden and Makepeace, 2023, p. 387). Šių itin slaptų operacijų rezultatus – slapta perimtus privačios komunikacijos duomenis – Prancūzijos teisėsaugos institucijos plačiai paskleidė ir kolegoms iš kitų valstybių. Tad šių duomenų pagrindu įvairiose valstybėse pasipylė masiniai sulaukymai, kaltinimai ir nubaudimai. Pavyzdžiui, Vokietijoje „EncroChat“ duomenų pagrindu pradėta daugiau kaip 2 000 ikiteisminių tyrimų (Gebhard and Michalke, 2020, p. 656; Kipker and Bruns, 2022, p. 364; Lenk, 2024, p. 64). Ne išimtis yra ir Lietuva.

Daugiausia dėl to, kad (i.) Prancūzijos valdžia slepia informaciją, koku techniniu būdu ir priemonėmis buvo perimti šių šifruotų privačių komunikacijų duomenys bei kaip buvo identifikuoti šios

komunikacijos adresatai (vartotojai ar galiniai įrenginiai), o (ii.) valstybių, gavusių šiuos duomenis, baudžiamosios valdžios institucijos juos plačiai naudojo konkrečių asmenų įkaltinimo ir nubaudoimo tikslais, visiškai nekreipdamos dėmesio į tai, jog nei jos, nei apkaltintieji negali patikrinti ir įsitikinti šių duomenų tikrumu ir patikimumu, ypač teisinėje praktikoje kilo daugybė abejonių ir diskusijų dėl taip gautų duomenų panaudojimo baudžiamajame procese legitimumo. Pavyzdžiui, F. Zimmermannui abejonių kelia visas šių duomenų gavimo ir panaudojimo procesas: ir programinės įrangos įdiegimas „EncroChat“ serveryje, ir Prancūzijos kompetentingų institucijų gautų duomenų perdavimas kitų valstybių institucijoms, ir gautų duomenų apdorojimas bei naudojimas įkaltinimo tikslais (Zimmermann, 2022, p. 175–189). Diskutuojami ne tik baudžiamieji procesiniai, bet ir konstituciniai bei asmens duomenų apsaugą liečiantys aspektai (Derin and Singelstein, 2021, p. 449–451).

Iš pradžių nacionalinės valstybės su šiuo klausimu dorojosi pačios individualiai, kaip kas išmanė. 2022 m. spalio 19 d. sprendimu dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą Berlyno (Vokietija) žemės teismas (vok. *Landgericht Berlin*) nusprendė kreiptis į Europos Sąjungos Teisingumo Teismą, prašė išaiškinti penkis esminius klausimus, kylančius taikant Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartijos (toliau tekste – Chartija) 7, 8 ir 11 straipsnius bei Europos Parlamento ir Tarybos 2014 m. balandžio 3 d. direktyvą 2014/41/ES dėl Europos tyrimo orderio baudžiamosiose bylose (toliau tekste – Direktyva). Europos Sąjungos Teisingumo Teismas šį prašymą išsprendė 2024 m. balandžio 30 d. sprendimu byloje Nr. C-670/22 (toliau tekste – Europos Sąjungos Teisingumo Teismo ar ESTT sprendimas). Atsižvelgiant į, viena vertus, gana atsainų, formalų ir įkaltinantį daugelio valstybių požiūrį į iš Prancūzijos gautų slapta perimtų šifruotos privačios komunikacijos duomenų panaudojimą nacionaliniuose baudžiamuosiuose procesuose bei, kita vertus, į itin skausmingus padarinius daugybės žmonių likimui, kuriuos sukelia šių duomenų panaudojimas, tai buvo ilgai lauktas sprendimas, į kurį suinteresuoti asmenys dėjo didžiules skirtingas viltis. Panašu, kad ESTT sprendimas dėl savo nemažo abstraktumo ir gana painios retorikos kažkiek nuvylė visus, tad nekelia nuostabos, jog viešojoje erdvėje ESTT sprendimas sutiktas dviprasmiškai: vieni Europos Sąjungos Teisingumo Teismui siuntė ditirambus, sveikino, kad šis reikšmingai prisidėjo prie sunkiausių nusikaltimų (susijusių su disponavimu narkotinėmis ir psichotropinėmis medžiagomis, organizuotu nusikalstamumu ir pan.) baudžiamojo persekiojimo veiksmingumo užtikrinimo, kiti nusivylę klausė, ar ESTT sprendimu nebuvo uždegta žalia šviesa *Forum Shopping* baudžiamajame procese, kuris iš esmės reiškia manipuliavimą baudžiamąja jurisdikcija (Gebhard and Michalke, 2020, p. 658)? Kokią reikšmę ESTT sprendimas įgis iš tiesų, atsakingai pasakyti kol kas per anksti – pats ESTT sprendimas esminiu – įrodymų lestinumo išduodančiosios valstybės baudžiamajame procese – aspektu yra pernelyg abstraktus, todėl tikroji jo reikšmė priklausys nuo to, kaip jį interpretuos ir taikys nacionaliniai baudžiamieji teismai.

Šio straipsnio tikslas – išanalizuoti ESTT sprendime išskirtas esmines Europos tyrimo orderio, kuriuo išduodančioji valstybė siekia gauti vykdančiosios valstybės kompetentingų institucijų jau turimus įrodymus, išdavimo sąlygas bei iškelti ir pagrįsti abejonę, jog duomenys, kuriuos vykdančiosios valstybės kompetentingos institucijos surinko slapta įsiskverbusios į šifruotą privačios komunikacijos erdvę, ir vėliau, pasinaudodamos Europos tyrimo orderio procedūra, perdavė Lietuvai, *in abstracto* nėra leistini įrodymai Lietuvos baudžiamajame procese. Šiam tikslui įgyvendinti, išskirti trys uždaviniai: (i.) aiškiai apibrėžti esmines Europos tyrimo orderio išdavimo sąlygas, kurias išskyrė ESTT sprendime, (ii.) pagal ESTT išskirtas esmines sąlygas aptarti reikalavimus, kylančius iš Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodekso (toliau tekste – Baudžiamojo proceso kodeksas ar BPK) ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo jurisprudencijos, bei (iii.) Europos Sąjungos ir nacionalinio teisinio reguliavimo kontekste įvertinti duomenų, kuriuos vykdančiosios valstybės kompetentingos institucijos surinko slapta įsiskverbusios į šifruotą privačios komunikacijos erdvę ir, pasinaudojusios Europos tyrimo orderio procedūra, perdavė

Lietuvai, leistinumą Lietuvos baudžiamajame procese. Tyrimo objektas – įrodymų, kuriuos vykdančioji valstybė surinko išduodančiosios valstybės teritorijoje ar jos interesais ir, pasinaudojusi Europos tyrimo orderio procedūra, vėliau perdavė išduodančiajai valstybei, leistinumas, atsižvelgiant į ESTT sprendime apibrėžtas legitimumo sąlygas. Atliekant tyrimą naudoti klasikiniai teisei analizei būdingi ir būtini moksliniai tyrimo metodai: loginis – sisteminis, teisinių dokumentų tyrimo, lyginamasis bei kiti teisės aiškinimo metodai. Tyrimų, kurie savo dėmesį būtų skyrę duomenų, gautų slapta įsiskverbus į šifruotą privačios komunikacijos erdvę, legitimumui, Lietuvos baudžiamojo proceso teisės doktrinoje kol kas nėra, todėl, siekiant kažkiek užpildyti doktrininį vakuumą, straipsnyje aptariamos svarbesnės užsienio mokslininkų įžvalgos, kurios yra aktualios vertinant Lietuvos baudžiamojo proceso sistemą. Tačiau visa reikšminga mokslinė diskusija vyko iki Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimo paskelbimo. Tad straipsnyje pristatoma analizė, kurios pagrindas yra ESTT sprendimas, yra ir nauja, ir aktuali ir baudžiamojo proceso teisės mokslui – jame aptariamas naujausias ir iki šiol neanalizuotas šaltinis – ESTT sprendimas, ir ypač teisei praktikai – nuo to, kaip Lietuvos teismai vertins ir naudosis taip gautais įkaltinančiais duomenimis, priklausau daugybės žmonių likimai. Straipsnyje aptariami penki esminiai nagrinėjama temą liečiantys aspektai, jiems skiriant po atskirą dėstomąją dalį.

1. Apibendrintas įžanginis požiūris į Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendimą ir jo reikšmę nacionaliniams baudžiamiesiems procesams

Apibendrintai vertinant ESTT sprendimą, viena, yra gana akivaizdu, kad nors Europos Sąjungos Teisingumo Teismas stengėsi diskutuoti tik Direktyvą, „griežtai kontroliavo save“, kad neišliptų iš jos rėmų, ir aiškiai vengė pažvelgti giliau, „į reikalo esmę“ (paprastai tariant, visą savo argumentaciją sukongcentravo į procesinį momentą, kada yra išduodamas Europos tyrimo orderis (toliau tekste – Europos tyrimo orderis ar ETO), ESTT sprendimas (*inter alia*, Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentacija) turi ir praktikoje įgis gerokai platesnę vertybinę reikšmę, nei vien tik formalus Direktyvos 2 straipsnio c) punkto, 6 straipsnio 1 dalies a) ir b) punktų ar 31 straipsnio 1 ir 3 dalių išaiškinimas bei šių Direktyvos nuostatų pritaikymas vertinant duomenis, gautus slapta įsiskverbus į šifruotos komunikacijos, vykdytos naudojantis „EncroChat“ įranga ir sistema, erdvę ir perėmus šios šifruotos komunikacijos erdvės dalyvių tarpusavio komunikacijos turinį. Panašu, jog *mutatis mutandis* šis ESTT sprendimas taikytinas visoms analogiškomis slaptoms invazijoms į nesvarbu kaip pavadintą šifruotą komunikaciją. Kita vertus, akivaizdu yra ir tai, jog esminio klausimo dėl įrodymų, kuriuos vykdančioji valstybė surinko išduodančiosios valstybės teritorijoje ar jos interesais ir, pasinaudodama ETO instrumentu, vėliau perdavė išduodančiajai valstybei, leistinumo Europos Sąjungos Teisingumo Teismas aiškiai neatsakė. Paliko tai spręsti konkrečias baudžiamąsias bylas nagrinėsiantiems nacionaliniams teismams.

Galima sutikti, jog kai kurių ESTT sprendime užimtų teisinių pozicijų pagrindimas iš tiesų kelia rimtų abejonių ir yra vertas gilesnės mokslinės analizės. Štai, bendrai atsakydamas į antrąjį ir trečiąjį Berlyno žemės teismo užduotus klausimus, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sprendime (§ 106) nurodė, kad „Direktyvos 6 straipsnio 1 dalis turi būti aiškinama taip, kad pagal ją prokurorui nedraudžiama išduoti Europos tyrimo orderio dėl vykdančiosios valstybės kompetentingų institucijų jau turimų įrodymų perdavimo, ..., jeigu tokiu orderiu laikomasi visų sąlygų, prirėkus numatytų tokių įrodymų perdavimui išduodančiosios valstybės teisėje esant išimtinai šios valstybės vidaus situacijai“. Paprastai tariant, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas nusprendė, kad įrodymai, kuriuos jau turi (yra surinkusios) vykdančiosios valstybės kompetentingos institucijos, pasinaudodamos ETO, gali būti perduodami išduodančiosios valstybės institucijoms tokiomis pat teisinėmis sąlygomis, kokių turi būti laikomasi tokius įrodymus perduodant (tokiais įrodymais „dalijantis“) išduodančiosios vals-

tybės viduje (nacionalinėje teisinėje sistemoje). Atskirai imant, pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktą *vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų jau turimų įrodymų perdavimas nesiejamas su materialiosiomis teisinėmis sąlygomis, kokios būtų taikomos *išduodančiojoje valstybėje renkant* šiuos įrodymus. Esminis Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentas, kuriuo pateisinama ši itin reikšmingus procesinius padarinius sukurianti teisinė pozicija (be ESTT sprendime duodamų formalių nuorodų į *išduodančiosios valstybės* nacionalinę teisę ir abstrakčių samprotavimų apie tai, ko eksplisitiškai nenumato Direktyvos tekstas), yra *teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principas*, kaip teismų bendradarbiavimo baudžiamosiose bylose „kertinis akmuo“.

Vis dėlto šis principas, kad ir koks jis būtų fundamentalus, vargiai suponuoja ESTT sprendime daromą teisinę išvadą kaip vienintelę galimą. Atskirų Europos Sąjungos valstybių baudžiamąjį procesą (kriminalinės justicijos) sistemos vis dar yra gana skirtingos, *inter alia*, duomenims gauti, įsiskverbiant į pagrindines žmogaus teises, *ex lege* yra nustatytos neretai reikšmingai besiskiriančios sąlygos ar reikalavimai. Kai duomenimis yra „dalijamasi“ valstybės viduje (nacionalinėje teisinėje sistemoje), ir duomenis perduodančioji, ir duomenis gaunančioji nacionalinė teisėsaugos institucija juos gali rinkti ir hipotetiškai būtų rinkusi (gavusi) pagal tas pačias valstybės vidaus (nacionalinės) teisės nuostatas. Tad daugiau nei natūralu, jog nacionaliniame baudžiamajame procese reguliuojant įrodymų perdavimą valstybės viduje, labiau yra orientuojamasi ne į įrodymų gavimo reikšmę perdavimui, o į paties įrodymų perdavimo per se sąlygas. Tuo tarpu *vykdančiosios valstybės* teisinės nuostatos, pagal kurias buvo prievartiniu būdu surinkti duomenys, neretai gali reikšmingai skirtis nuo *išduodančiojoje valstybėje* galiojančių analogišką procesinę prievartą legitimuojančių teisinių nuostatų (Lenk, 2024, p. 56–58). Ši teisinė padėtis yra ypač aktuali Lietuvai, kurios baudžiamąjį procesą įstatyme apskritai aiškiai stokojama teisinio pagrindo, kuris pateisintų modernų skverbimąsi į elektronines sistemas ar telekomunikacijų ryšius. Tad situacija, kai duomenimis „dalijamasi“ valstybės viduje, nėra tapati situacijai, kai duomenimis „dalijasi“ skirtingų valstybių teisėsaugos institucijos.

Atsižvelgiant į tai, darytina išvada, jog *teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principas* vargiai suponuoja besąlyginę ir kategorišką išvadą, esą *vykdančiosios valstybės* institucijų turimų duomenų perdavimas *išduodančiosios valstybės* institucijoms turi vykti tik pagal tokias teises taisykles, kurios yra taikomos duomenų „dalijimuisi“ *išduodančiosios valstybės* viduje. *Vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų jau turimų duomenų perdavimui *išduodančiajai valstybei* nustačius kitokį teisinį režimą, nei yra nustatytas duomenų perdavimui („dalijimuisi“ duomenimis) valstybės viduje, *inter alia*, nustačius reikalavimą ETO išduoti tik atsižvelgus į sąlygas ir garantijas, kuriomis analogiški duomenys galėtų būti renkami *išduodančiojoje valstybėje* (beje, ar tai nėra *ordre public* elementas?), tai nepaneigtų ir nerodytų nepagarbos *teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principui*, nes toks reikalavimas nekvestionuotų šių duomenų teisėtumo *vykdančiojoje valstybėje* bei nereikštų jokios invazijos į *vykdančiosios valstybės* suverenitetą. *Išduodančioji valstybė* yra visiškai laisva apsispręsti, ar rinkti įrodymus naudojantis ETO, ar nesinaudoti šiuo procesiniu instrumentu. Turėdama absoliučiai neribotą teisę apskritai atsisakyti naudoti ETO kaip nacionaliniam baudžiamajam procesui skirtų įrodymų rinkimo instrumentą, *išduodančioji valstybė* gali nustatyti ir sąlygas, kuriomis ji naudosis šia teisinio bendradarbiavimo priemone. Reikalavimas įvertinti atitiktį savo vidaus (nacionalinei) teisei *ab initio* sukurtų racionalų balansą tarp *teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principo* ir *išduodančiosios valstybės* pareigos visiems jos jurisdikcijoje esantiems asmenims suteikti vienodą teisių ir laisvių apsaugos standartą bei užtikrinti nacionalinio baudžiamąjį procesą sąžiningumą. Tad *teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principas* kaip Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentas, suteikiantis *išduodančiajai valstybei* galimybę netikrinti materialiuju teisiniu sąlygu, kurios nulemia įrodymų rinkimo (gavimo) legitimumą, neatrodo įtikinamas.

Nepaisant to, ESTT sprendime išdėstyta pozicija, kuri akcentuoja *duomenų perdavimui*, bet ne *duomenų rinkimui (gavimui) išduodančiosios valstybės* viduje galiojančias teisines nuostatas, automatiškai vis dėlto nereiškia ir to, kad Europos Sąjungos Teisingumo Teismas legitimavo *Forum Shopping* baudžiamajame procese. Juolab kad pats Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sprendimo 97 paragrafe ne tik turimų *įrodymų perdavimo*, pasinaudojant ETO, bet ir *įrodymo rinkimo* kontekste pažymėjo, kad Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktu „siekiami užkirsti kelią išduodančiosios valstybės teisėje numatytų taisyklių ir garantijų apėjimui“, įpareigodamas nacionalinius teismus *in concreto* tikrinti ir šios sąlygos laikymąsi.

Aptariant ESTT sprendimo doktrininę reikšmę ir praktinę įtaką Lietuvos baudžiamajam procesui, norėtusi pažymėti šiuos svarbesnius aspektus (aptariama tuo nuoseklumu, kaip yra argumentuojama ESTT sprendime).

2. Subjektą, kuris gali išduoti ETO, kuriuo siekiama gauti vykdančiosios valstybės jau turimus įrodymus, nustato išduodančiosios valstybės baudžiamojo proceso įstatymas

Subjekto, kuris gali išduoti ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus (siekiami, kad būtų perduoti įrodymai), kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, požiūriu Europos Sąjungos Teisingumo Teismas nurodė, kad pagal Direktyvos 1 straipsnio 1 dalį ir 2 straipsnio c) punktą „Europos tyrimo orderį dėl vykdančiosios valstybės kompetentingų institucijų jau turimų įrodymų perdavimo nebūtinai turi išduoti teismas, jeigu pagal išduodančiosios valstybės teisę išduodančiosios valstybės išimtinai vidaus procese pirmą kartą surinkti šiuos įrodymus turėjo nurodyti teismas, tačiau prokuroras yra kompetentingas nurodyti perduoti minėtus įrodymus“ (§ 77). Tačiau „kai pagal išduodančiosios valstybės teisę prokuroras neturi kompetencijos skirti tokios įrodymų, kuriuos kompetentingos nacionalinės institucijos jau turi, perdavimo priemonės, ..., prokuroras negali būti laikomas kompetentinga išduodančiąja institucija, kaip tai suprantama pagal šią nuostatą“ (§ 75). Paprastai tariant, neatsižvelgiant į tai, kad pagal *išduodančiosios valstybės* teisę šios valstybės vidaus (nacionaliniame) procese tokių įrodymų *gavimą* turėtų sankcionuoti teisėjas, išduoti tokį ETO gali ir prokuroras, jei jis pagal *išduodančiosios valstybės* teisę yra kompetentingas (įgaliotas) nuspręsti dėl įrodymų *perdavimo* šios valstybės vidaus (nacionaliniame) procese. Taigi lemiamą reikšmę, vertinant ETO išdavimo legitimumą, tenka ne įrodymų *gavimo*, o įrodymų *perdavimo* sąlygoms ir procesui pagal *išduodančiosios valstybės* teisę.

Lietuvoje viename baudžiamajame procese, naudojant procesinę prievartą ar skverbiantis į asmens privatumą, surinktų (gautų) duomenų perdavimą į kitą baudžiamąjį procesą ar vienos teisėsaugos institucijos žinioje turimų duomenų perdavimą kitai teisėsaugos institucijai tiesiogiai apibrėžia BPK 162 straipsnis, nurodantis, kad „vienoje baudžiamojoje byloje taikant Baudžiamojo proceso kodekse numatytas procesines prievartos priemones surinkta informacija apie privatų asmens gyvenimą ikiteisminio tyrimo metu gali būti panaudota kitoje baudžiamojoje byloje tik *aukštesniojo prokuroro* nutarimu. Jeigu baudžiamoji byla yra teismo žinioje, sprendimas dėl informacijos panaudojimo kitoje baudžiamojoje byloje priimamas ikiteisminio tyrimo teisėjo ar teismo nutartimi“. BPK 162 straipsniu „turi būti vadovojamasi tiek tuo atveju, kai informacija apie privatų asmens gyvenimą renkama atliekant Baudžiamojo proceso kodekse numatytus veiksmus, tiek ir pagal Operatyvinės veiklos įstatymą [dabar Kriminalinės žvalgybos įstatymą – aut. past.]“ (LAT BBS Plenarinės sesijos 2015 m. birželio 1 d. nutartis kasacinėje byloje Nr. 2K-P-94-895/2015). Iš BPK 162 straipsnio kylančio reikalavimo viename baudžiamajame procese Operatyvinės veiklos įstatymo [dabar Kriminalinės žvalgybos įstatymo – aut. past.] tvarka gautus duomenis apie privatų asmens gyvenimą panaudoti kitoje baudžiamojoje byloje

tik gavus ikiteisminio tyrimo teisėjo leidimą nepaneigia ir bylų sujungimas bei išskyrimas (LAT BBS Plenarinės sesijos 2015 m. birželio 1 d. nutartis kasacinėje byloje Nr. 2K-P-94-895/2015).

Atsižvelgiant į tai, ESTT sprendimas suponuoja išvadą, jog, nepaisant to, kad pagal Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl Europos Sąjungos valstybių narių sprendimų baudžiamosiose bylose tarpusavio pripažinimo ir vykdymo“ 59 straipsnio 2 dalį Europos tyrimo orderį išduoda: (i.) bylos nagrinėjimo teisme metu – byla nagrinėjantis teismas, o (ii.) ikiteisminio tyrimo metu – apygardos prokuratūra, Lietuvos Respublikos generalinė prokuratūra ar Europos deleguotasis prokuroras, išduoti ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, Lietuvoje gali tik (i.) ikiteisminio tyrimo metu – *aukštesnysis prokuroras*, o (ii.) kai baudžiamoji byla yra teismo žinioje – ją nagrinėjantis *teismas*.

3. Išduodant ETO, kuriuo siekiama gauti vykdančiosios valstybės jau turimus įrodymus, turi būti laikomasi visų išduodančiosios valstybės baudžiamąjo proceso įstatyme nurodytų sąlygų, kurios apibrėžia „tokio pobūdžio įrodymų perdavimą“ šios valstybės vidaus baudžiamajame procese

Atsakydamas tikriausiai į svarbiausią Berlyno žemės teismo klausimą – ar ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, *ab initio* gali būti išduotas tik tada, jei šie įrodymai *vykdančiojoje valstybėje* buvo gauti laikantis iš esmės tokių pačių įrodymų *gavimo* teisėtumo sąlygų, kokios yra nustatytos pagal *išduodančiosios valstybės* teisę – Europos Sąjungos Teisingumo Teismas iš esmės paneigė šių – įrodymų *gavimo* ir įrodymų *perdavimo* – sąlygų tiesiogines sąsajas ir juo labiau priklausomybę, tačiau, kita vertus, lygiai taip pat pažymėjo, kad duomenų *gavimo*, pasinaudojant ETO, teisėtumas automatiškai (*ipso facto*) nesukuria ir negarantuoja *išduodančiajai valstybei* teisės laisvai ir nevaržomai naudoti taip gautus įrodymus *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese. Atskirai imant, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas visų pirma nurodė, jog pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 ir 2 dalis, išduodant ETO turi būti įvykdytos dvi kumuliatyvios sąlygos, kurių laikymąsi turi patikrinti *išduodančioji institucija*: (i.) pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies a) punktą turi būti įsitikinta, kad ETO išdavimas *in concreto* yra būtinas ir *proporcingas* Direktyvos 4 straipsnyje nurodytiems proceso tikslams, atsižvelgiant į įtariamojo ar kaltinamojo teises, ir (ii.) pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktą turi būti patikrinta, ar ETO nurodyta tyrimo priemonė galėjo būti nurodyta vykdyti tokiomis pačiomis sąlygomis panašioje nacionalinėje byloje (§ 87).

Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies a) punkto požiūriu ESTT sprendime paaiškinta, kad ETO išdavimo *būtinumas* ir *proporcingumas* turi būti vertinamas atsižvelgiant tik į *išduodančiosios valstybės* teisę (§ 88), tačiau ši Direktyvos nuostata nei (i.) reikalauja, kad ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, išdavimas būtinai priklausytų nuo ETO išdavimo metu egzistuojančio konkrečiais faktais pagrįsto įtarimo dėl kiekvieno asmens padaryto sunkaus nusikaltimo, jei tokio reikalavimo nekelia *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinė) teisė, nei (ii.) draudžia išduoti ETO, jei dėl to, kad nėra atskleidžiamas techninis pagrindas, kuris sudarė galimybę panaudoti šią priemonę *vykdančiojoje valstybėje*, negali būti patikrintas taikant šią priemonę gautų duomenų vientisumas, su sąlyga, kad tolesniame baudžiamajame procese bus užtikrinta teisė į sąžiningą procesą (teisė į teisingą bylos nagrinėjimą) (§ 89–90). Europos Sąjungos Teisingumo Teismas neatsitiktinai ir ne be reikalo paminėjo ir tai, jog perduotų įrodymų vientisumas iš principo (iš esmės) gali būti įvertintas ne ankstyvojoje – ETO išdavimo – stadijoje, o tik tada (tuo laiku), kai *išduodančiosios valstybės* kompetentingos institucijos faktiškai turi diskutuojamus įrodymus (§ 90). Paprastai tariant, pirmoji taisyklė, kurią aiškiai formuluoja Europos Sąjungos Teisingumo

Teismas ir kuriai net galima pripažinti procesinės paradigmos reikšmę, teigia, jog sąlygos, kuriomis gali būti išduotas ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, nepriklauso ir nebūtinai sutampa su sąlygomis (nėra tapačios sąlygoms), pagal kurias *vykdančioji valstybė* surenka įrodymus, o *išduodančioji valstybė* vertina įrodymus, gautus iš *vykdančiosios valstybės* pasinaudojant ETO. Išduodant ETO svarbios yra tik tos konkrečios sąlygos, kurios pagal *išduodančiosios valstybės* teisę apibrėžia ETO išdavimo ar įrodymų perdavimo vidaus (nacionaliniame) procese legitimumą.

Iš Direktyvos 1 straipsnio 1 dalies ir 6 straipsnio 1 dalies b) punkto išeina, kad jei išduodamu ETO siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos (t. y. siekiama, kad *vykdančiosios valstybės* jau turimi įrodymai būtų perduoti kompetentingoms *išduodančiosios valstybės* institucijoms), toks ETO gali būti išduotas laikantis tik tokių sąlygų, kokios „panašiu atveju yra nustatytos turimų įrodymų perdavimui vidaus (nacionaliniame) procese“. Taigi ir Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktas „materialiųjų sąlygų“ ar turinio požiūriu yra siejamas tik su *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinės) teisės reikalavimais. Tad ETO, kuriuo siekiama gauti *vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų jau turimus duomenis, galinčius atskleisti informaciją apie mobiliojo ryšio telefono, kuriame, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojo komunikaciją, teisėtumas priklauso nuo tų pačių sąlygų, pagal kokias tokių duomenų perdavimas galėtų vykti *išduodančiosios valstybės* viduje (nacionalinėje teisinėje sistemoje) (§ 91–94). Jei pagal *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinę) teisę įrodymų perdavimas galimas tik esant konkrečioms faktams dėl apkaltinto asmens padarytų sunkių nusikaltimų ar kad tik esant šioms sąlygoms gali būti vertinami tokie įrodymai, kurių turinį sudaro aptariamais duomenimis, ETO išdavimas priklauso nuo visų šių sąlygų įvykdymo (§ 95). Tačiau net ir tokioje situacijoje, kai *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos aptariamus duomenis surinko *išduodančiosios valstybės* teritorijoje ar jos interesais, pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktą nereikalaujama, kad ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, išdavimas atitiktų tas materialiąsias teises sąlygas, kurios *išduodančiojoje valstybėje* yra nustatytos kaip sąlygos, siekiant *surinkti* tokius įrodymus (§ 96). Tiesa, aptariamame – ETO išdavimo sąlygų – teisiniame kontekste Europos Sąjungos Teisingumo Teismas vis dėlto pagrįstai atkreipė dėmesį ir į tai, kad Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktu siekiama užkirsti kelią apeiti *išduodančiosios valstybės* teisėje numatytas taisykles ir garantijas (§ 97), o tą patikrinti yra baudžiamąją bylą nagrinėjančio *išduodančiosios valstybės* teismo pareiga (§ 97).

Apibendrinant šį Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentavimą, galima teigti, jog nors Europos Sąjungos Teisingumo Teismo požiūris į sąlygas, kuriomis (kurioms esant) gali būti išduotas ETO, kuriuo *išduodančioji institucija* siekia gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, iš pirmo žvilgsnio gal ir atrodo formalus ir konservatyvus, tačiau jokiū būdu negali būti aiškinamas kaip sukuriantis *Forum Shopping* baudžiamajame procese – *išduodančioji institucija* ETO išdavimo metu (taigi *ab initio*) turi įvertinti (i.) Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies a) punkte nurodytus klasikinius (tradicinius) *būtinumo* ir *proporcingumo principus* bei (ii.) visas tas sąlygas, kurios pagal *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinę) teisę apibrėžia turimų įrodymų perdavimą vidaus (nacionaliniame) baudžiamajame procese. ETO išdavimo legitimumo kontekste Europos Sąjungos Teisingumo Teismas pažymėjo ir tai, kad ETO išdavimas *per se* nepriklauso nuo to, kokiomis sąlygomis, kokioje vietoje, naudodama kokias technines priemones ir t. t. *vykdančioji valstybė* gavo (surinko) įrodymus, kuriuos *išduodančioji valstybė* prašo pateikti (perduoti) pasinaudojant ETO, koks šių įrodymų patikimumas ir t. t., tačiau, kita vertus, *išduodančioji institucija* jau ETO išdavimo procese (taigi vėl *ab initio*) vis dėlto turi įvertinti ir tai, ar *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame

procese naudojant iš *vykdančiosios valstybės*, pasinaudojant ETO, gautus tam tikru būdu ar priemonėmis surinktus įrodymus, *išduodančiojoje valstybėje* vis dar bus užtikrintas baudžiamojo proceso sąžiningumas, įskaitant ir sąžiningą įrodymų vertinimo procesą.

Kaip cituota, BPK 162 straipsnyje – vieninteliame straipsnyje, kuriame reglamentuojamas „informacijos panaudojimas kitose baudžiamosiose bylose“ – įtvirtintas teisinis reguliavimas yra skurdus (net galima sakyti, pernelyg ir nepateisinamai paviršutiniškas ir aiškiai stokoja teisinio aiškumo) – jame viso labo tenurodytas tik „institucinis elementas“: „vienoje baudžiamojoje byloje taikant Baudžiamojo proceso kodekse numatytas procesines prievartos priemones surinkta informacija apie privatų asmens gyvenimą ikiteisminio tyrimo metu gali būti panaudota kitoje baudžiamojoje byloje tik aukštesniojo prokuroro nutarimu“, o „jeigu baudžiamoji byla yra teismo žinioje, sprendimas dėl informacijos panaudojimo kitoje baudžiamojoje byloje priimamas ikiteisminio tyrimo teisėjo ar teismo nutartimi“. Materialiuosius teisinius BPK 162 straipsnio taikymo ar, bendriau tariant, viename baudžiamajame procese gautų duomenų panaudojimo kitame baudžiamajame procese kriterijus formuluoja kasacinė jurisprudencija. Vienoje iš pirmųjų nutarčių – 2008 m. gegužės 20 d. nutartyje kasacinėje byloje Nr. 2K-120/2008 – materialiuosius teisinius BPK 162 straipsnio taikymo kriterijus Lietuvos Aukščiausiasis Teismas apibrėžė formuluote „paprastai toks leidimas gali būti duodamas tik tuo atveju, jeigu ir kitame procese nagrinėjimo dalyką sudaro ne mažesnio pavojaus nusikalstama veika“ (tai klasikinė, tipinė formuluotė, kuriai 2015 m. birželio 1 d. nutartyje kasacinėje byloje Nr. 2K-P-94-895/2015 pritarė ir Lietuvos Aukščiausiojo Teismo Baudžiamųjų bylų skyriaus Plenarinė sesija). 2015 m. spalio 13 d. nutartimi kasacinėje byloje Nr. 2K-421-139/2015 Lietuvos Aukščiausiasis Teismas į BPK 162 straipsnio taikymo orbitą paleido dar vieną reikalavimą – „... pats savaime leidimas vienoje byloje taikant procesines prievartos priemones surinktą informaciją panaudoti kitoje byloje nereiškia, kad ji gauta teisėtai būdais. ... duomenys, gauti atliekant slapta telekomunikacijų tinklais perduodamos informacijos turinio kontrolę ir leidžiantys įtarti apie kitas asmens (asmenų) daromas nusikalstamas veikas, kurios nepatenka į kategoriją nusikalstamų veikų, dėl kurių pagal Operatyvinės veiklos įstatymą [dabar Kriminolinės žvalgybos įstatymą – aut. past.] galėjo būti atliekamas šis operatyvinio tyrimo veiksmas, atsižvelgiant į tai, kad buvo nesilaikoma ir kitų įstatymuose įtvirtintų šios informacijos panaudojimo kitame baudžiamajame procese taisyklių, gali būti ir nepripažinti įrodymais pagal BPK ir jais gali būti nesiremiamą nagrinėjant baudžiamąją bylą. Šiuo atveju turi būti vertinama ir tai, ar tokių duomenų naudojimas baudžiamajame procese, grindžiant teismo sprendimą, gali (negali) būti laikomas nepagrįstu asmens teisės į privatumą suvaržymu, pažeidžiančiu proporcingumo reikalavimus ...“. Aktualioje naujausioje kasacinėje jurisprudencijoje (pvz., LAT BBS 2022 m. vasario 22 d. nutartis kasacinėje byloje Nr. 2K-90-788/2022) dar labiau detalizuota: „... taikant neviešo pobūdžio tyrimo priemones, gali būti gaunami ir tam tikri duomenys, leidžiantys įtarti apie kitas to paties asmens arba kitų asmenų daromas nusikalstamas veikas. ... pripažįstant šiuos duomenis leistiniais įrodymais, svarbu įvertinti tiek atskleistų nusikalstamų veikų kategoriją ir galimybes apskritai vykdyti neviešo tyrimo veiksmus dėl tokios nusikalstamos veikos, tiek ir visos baudžiamosios bylos kontekstą bei proporcingumo principo reikalavimus. Antai tokie duomenys gali būti ir nepripažinti įrodymais pagal BPK ir jais gali būti nesiremiamą nagrinėjant baudžiamąją bylą, jeigu daroma išvada, jog tokių duomenų naudojimas reikštų asmens teisės į privatumą suvaržymą, pažeidžiantį proporcingumo reikalavimus“.

Atsižvelgiant į tai, kad pagal Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies a) ir b) punktus bei ESTT sprendimą ETO, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, gali būti išduotas tik įvykdžius dvi kumuliatyvias sąlygas – (i.) ETO išdavimas *in concreto* turi būti *būtinai* ir *proporcingas* Direktyvos 4 straipsnyje nurodytiems proceso tikslams bei (ii.) ETO nurodyta tyrimo priemonė vykdoma tokiomis pat sąlygomis, kurias panašioje nacionalinėje byloje

nustato *išduodančiosios valstybės* teisė – ESTT sprendimas suponuoja Lietuvos baudžiamajam procesui reikšmingą teisinę išvadą, jog ETO, kuriuo siekiama gauti *vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų jau turimus įrodymus, kuriuos jos surinko (gavo) *išduodančiosios valstybės* teritorijoje perimdamos visų mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų komunikaciją, Lietuvoje gali būti išduotas tik tada, jei, *inter alia*: (i.) šie įrodymai *vykdančiojoje valstybėje* buvo surinkti (gauti) tiriant ne mažesnio pavojingumo nusikalstamą veiką nei tokia nusikalstama veika, tiriant kurią pagal Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* Baudžiamojo proceso kodeksą būtų teisinė galimybė taikyti tokias pat slapto tyrimo priemonės, (ii.) tokio pobūdžio ar taip gautų duomenų panaudojimas Lietuvoje kaip *išduodančiojoje valstybėje* vykstančiame baudžiamajame procese nereikš nepagrįsto kaltinamojo teisės į privatumą suvaržymo, pažeidžiančio proporcingumo principo reikalavimus. Abu šie fundamentalūs teisiniai aspektai, kuriuos *išduodančioji institucija* turi įvertinti jau ETO išdavimo metu, suponuoja, kad Lietuvai kaip *išduodančiajai valstybei* ETO išdavimo metu turi būti žinoma tiek (i.) nusikalstama veika, kurią tirdamos *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos surinko (gavo) įrodymus, kuriuos, pasinaudojant ETO, Lietuva kaip *išduodančioji valstybė* prašo jai perduoti, tiek (ii.) priemonių, kurias panaudojo *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* teritorijoje perimdamos mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų komunikaciją, pobūdį ir esmines technines charakteristikas, kad pagal tai būtų galima įvertinti ir (a.) šių priemonių atitiktį Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* teisiniam reguliavimui, ir (b.) skverbimosi į asmens privatumą apimtį, intensyvumą, padaromą žalą ir jos proporcingumą baudžiamojo tyrimo tikslams. Neturint tokios informacijos, neįmanoma įvertinti, ar išduodant ETO, kuriuo prašoma gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, yra laikomasi visų iš BPK 162 straipsnio kylančių materialijų teisinių sąlygų, kurios pagal Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinę) teisę apibrėžia viename baudžiamajame procese gautos informacijos panaudojimo kitame baudžiamajame procese legitimumą.

Kaip nurodyta Berlyno žemės teismo sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, siekdamas sužinoti ir perimti komunikaciją, vykdytą naudojantis užšifruotais mobiliaisiais telefonais „EncroChat“, kuriuose įdiegti specialūs apsaugos komponentai leido per Roubaix (Prancūzija) mieste esantį serverį keistis ištisiniu (angl. *end-to-end*) šifravimu užšifruotais duomenimis, Prancūzijos institucijos, gavusios teismo leidimą, 2018 ir 2019 m. sukūrė „Trojos arklio“ programinę įrangą, kuri 2020 m. pavasarį, gavus Lille (Prancūzija) teismo leidimą, buvo įkelta į Roubaix mieste esantį serverį ir iš ten, imituojant programos atnaujinimą, buvo įdiegta į galinius įrenginius. Iš viso ši priemonė buvo taikoma naudotojams 122 šalyse (Lenk, 2024, p. 64). Nuo 2020 m. balandžio 1 d. iki 2020 m. birželio 28 d. ši „Trojos arklio“ programinė įrangą leido Prancūzijos institucijoms perimti tam tikrose šalyse aptiktų galinių įrenginių identifikatorius bei buvimo vietas, srauto ir ryšio duomenis, įskaitant per pokalbius perduodamus tekstus ir vaizdus. Be to, buvo nuskaitytos ir įrenginių atmintinės, įskaitant dar neištrintus pokalbius iš laikotarpio iki 2020 m. balandžio 1 dienos. Tačiau techninė informacija apie „Trojos arklio“ programinės įrangos veikimą ir Prancūzijos institucijų ar Europolo atliktą duomenų saugojimą, priskyrimą ir filtravimą nėra žinoma. „Trojos arklio“ programinės įrangos veikimas iš esmės yra Prancūzijos „gynybos paslaptis“ (pranc. *secret de la défense nationale*).

Vertinant šias viešai žinomas (atskleistas) esmines faktines aplinkybes, kurios apibrėžia *vykdančiosios valstybės* veiksmus ir panaudotas priemones renkant (gaunant) įrodymus, kuriuos pateikti (perduoti) Lietuva kaip *išduodančioji valstybė* paprašė ar paprašytų pasinaudodama ETO, būtina pažymėti, kad Baudžiamojo proceso kodekse nenumatyta tokia galimybė, tad Lietuvoje nėra teisinio (įstatyminio)

pagrindo tokio pobūdžio ir apimties tyrimo veiksams atlikti. Remiantis BPK 158 straipsniu, kuriame reglamentuoti „savo tapatybės neatskleidžiančių ikiteisminio tyrimo pareigūnų veiksmai“, ar (ir) BPK 159 straipsniu, kuriame apibrėžtas „leidimas atlikti nusikalstamą veiką imituojančius veiksmus“, nepateisinami (nelegitimuojami) tokio pobūdžio ir apimties tyrimo veiksmai. Beje, *in concreto* nebuvo ir konkrečių esminių sąlygų, leidžiančių taikyti šią procesinę prievartą pagal Baudžiamojo proceso kodeksą, pavyzdžiui, pagrįsto įtarimo *in personam* (Gebhard and Michalke, 2020, p. 658): pagal BPK 158 straipsnio 2 dalį, „savo tapatybės neatskleidžiančių ikiteisminio tyrimo pareigūnų veiksmai leidžiami ikiteisminio tyrimo teisėjo nutartimi ir *tik tuo atveju, kai yra pakankamai duomenų apie asmens, dėl kurio atliekamas tyrimas, nusikaltimą*“. Maža to, nežinant, kaip techniškai buvo perimti duomenys, Prancūzijos ar kitos valstybės institucijų atliktų veiksmų net neįmanoma racionaliai palyginti su tuo, ką (žvelgiant hipotetiškai) būtų galima teisėtai atlikti pagal Baudžiamojo proceso kodeksą (Schmidt, 2022, p. 984–985). Tad Lietuvoje tokio pobūdžio ir apimties tyrimo veiksmai nėra leistini ir galimi. Jau vien šis svarbus teisinis aspektas leidžia daryti išvadą, kad ETO, kuriuo prašoma perduoti *vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų jau turimus įrodymus, kuriuos *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos gavo (surinko) perimdamos mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų komunikacijų turinį, neatitinka iš BPK 162 straipsnio kylančių materialinių teisinių sąlygų, kurios pagal Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinę) teisę apibrėžia viename baudžiamajame procese gautos informacijos panaudojimo kitame baudžiamajame procese legitimumą.

4. Direktyva draudžia apeiti išduodančiojoje valstybėje nustatytas įrodymų gavimo sąlygas ir garantijas bei įpareigoja išduodančiąją valstybę užtikrinti teisę į gynybą ir sąžiningą procesą

Europos Sąjungos Teisingumo Teismo sprendime akcentuojama, jog *teismo sprendimų tarpusavio pripažinimo principas*, kuris yra teismų bendradarbiavimo baudžiamosiose bylose „kertinis akmuo“, *išduodančiajai institucijai*, kuri, naudojantis ETO, siekia gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, nesuteikia teisės (įgalinimų) tikrinti proceso, kuriame *vykdančioji valstybė* gavo (surinko) įrodymus, teisėtumo (§ 99–100). Tačiau kartu pagrįstai pabrėžiama ir tai, kad asmenims, kuriuos paliečia tam tikros tyrimo priemonės, Direktyva suteikia pagrindinių teisių teisminę apsaugą (§ 101). Šiuo aspektu pagal Direktyvos 14 straipsnio 1 dalį valstybės visų pirma įpareigojamos užtikrinti, kad dėl tyrimo priemonių, kurių prašoma ETO, galėtų būti pasinaudota tokiomis teisių gynimo priemonėmis, kurios yra lygiavertės tom, kuriomis panašiu atveju galėtų būti naudojamos (kurios būtų taikomos) vidaus (nacionaliniame) procese. Skundą dėl priemonių, kurių prašoma ETO, nagrinėjantis teismas turi patikrinti, ar buvo laikytasi Direktyvos 6 straipsnio 1 dalyje nustatytų bei ESTT sprendimo 87–95 paragrafuose nurodytų ETO išdavimo sąlygų (§ 102). Jei įrodymų, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentinga institucija, perdavimas *išduodančiajai valstybei* pasirodytų esąs neproporcingas *išduodančiojoje valstybėje* vykstančio baudžiamojo proceso prieš konkretų paliečiamą asmenį, tikslams, pavyzdžiui, dėl to, kad pernelyg stipriai kėsinamasi į šio asmens pagrindines teises, ar dėl to, kad ši priemonė buvo taikyta pažeidžiant įstatyminį reguliavimą, kuris galiotų panašiu atveju vidaus (nacionaliniame) procese, skundą dėl ETO, kuriuo prašoma perduoti turimus įrodymus, nagrinėjantis teismas privalėtų padaryti išvadą, kurias suponuoja galiojanti *išduodančiosios valstybės* vidaus (nacionalinė) teisė. Antra vertus, remiantis Direktyvos 14 straipsnio 7 dalimi valstybės įpareigojamos užtikrinti, kad, vertinant įrodymus, gautus pasinaudojant ETO, *išduodančiojoje valstybėje* vykstančiame baudžiamajame procese būtų garantuojamos gynybos teisės ir užtikrintas šio baudžiamojo proceso

sąžiningumas (teisingas bylos nagrinėjimas) (§ 103–104). Kalbėdamas konkrečiai apie teisę į sąžiningą procesą (teisę į teisingą bylos nagrinėjimą), Europos Sąjungos Teisingumo Teismas pažymėjo, jog jei padaroma išvada, kad proceso šalis negali dalykiškai (tinkamai, veiksmingai) išdėstyti savo pozicijos dėl įrodymų, kurie gali turėti (daryti) reikšmingą įtaką faktams vertinti, teismas turi konstatuoti teisės į sąžiningą procesą (teisingą bylos nagrinėjimą) pažeidimą ir šį įrodymą atmesti (§ 105). Išvadą, kad nacionalinių (*išduodančiosios valstybės*) teismų nagrinėjamosiose baudžiamosiose bylose, kurios yra nukreiptos prieš konkrečius kaltinamus asmenis, teismai privalo neatsižvelgti į informaciją ir įrodymus, jei apkaltintas asmuo neturėjo galimybės dalykiškai (tinkamai, veiksmingai) išdėstyti savo pozicijos dėl šios informacijos ir įrodymų, kurie gali daryti reikšmingą įtaką faktams vertinti, Europos Sąjungos Teisingumo Teismas pakartojo ir 130–131 paragrafuose.

Iš šio gana plataus ir iš pirmo žvilgsnio net dviprasmiško Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentavimo vis dėlto pakankamai aišku, jog, norint teisingai suprasti Direktyvoje nustatyto teisinio reguliavimo autentiškąjį turinį bei tikrąją reikšmę ir įtaką nacionaliniams baudžiamiesiems procesams, į Direktyvoje nustatytą teisinį reguliavimą privalu žvelgti kaip į visumą, įskaitant ir išimtis ar išlygas, kurios dažnai tiksliausiai išreiškia Direktyvai imanentines vertybines orientacijas, į kurias turi būti atsižvelgiama visuose baudžiamąjo proceso ir teisinio bendradarbiavimo etapuose ir aspektuose. Darydamas pirminę išvadą, jog ETO išdavimo legitimumą lemiamą dalimi nulemia ne įrodymų, kuriuos prašoma perduoti naudojantis ETO, *gavimo*, o paties įrodymų *perdavimo* sąlygos ir procesas (pagal *išduodančiosios valstybės* teisę), Europos Sąjungos Teisingumo Teismas kartu (iš karto) neatsitiktinai eksplisitiškai pažymėjo ir tai, kad (i.) remiantis Direktyvos 6 straipsnio 1 dalies b) punktu draudžiama apeidinėti *išduodančiojoje valstybėje* nustatytas įrodymų gavimo sąlygas ir garantijas, o (ii.) pagal Direktyvos 14 straipsnio 7 dalį valstybės įpareigojamos užtikrinti kaltinamojo gynybos teises *išduodančiojoje valstybėje* vykstančiame baudžiamajame procese bei šio proceso sąžiningumą taip (toku procesiniu lygiu ar standartu), jog tuo atveju, jei kaltinamasis *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese neturėtų galimybės dalykiškai (tinkamai) išdėstyti savo pozicijos (nuomonės), t. y. jei neturėtų galimybės būti veiksmingai išklausytas dėl pasinaudojant ETO gauto įrodymo, kuris daro reikšmingą įtaką (turi lemiamą reikšmę) faktams vertinti, teismas privalo pašalinti šiuos įrodymus iš įrodinėjimo proceso. Galima sutikti, kad iš Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentacijos gana sunku aiškiai suprasti, ar šias sąlygas Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sieja jau su pačiu pirminiu etapu – ETO išdavimu (*išduodančiosios valstybės* prašymu perduoti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos), ar nukelia į *išduodančiojoje valstybėje* vykstančio teismo baudžiamosios bylos nagrinėjimo stadiją, vis dėlto, vertinant Europos Sąjungos Teisingumo Teismo argumentavimo visumą, galima manyti, kad Europos Sąjungos Teisingumo Teismas ETO išdavimo sąlygas atskyrė nuo kriterijų, pagal kuriuos *išduodančiojoje valstybėje* turi būti vertinami įrodymai, gauti pasinaudojus ETO. Direktyva numato tik pradines (sąlygiškai net galima sakyti minimalias) sąlygas (įpareigojančias *ab initio* patikrinti ir privalančias užtikrinti įrodymų gavimo, pasinaudojant ETO, teisėtumą *prima facie*), kurias *išduodančioji valstybė* turi įvertinti prieš išduodama ETO, kuriuo prašoma perduoti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, tačiau tai visiškai nereiškia, kad *išduodančioji valstybė* vidaus (nacionaliniame) baudžiamajame procese galės laisvai ir nevaržomai pasinaudoti šiais gautaisiais įrodymais įkaltinančia prasme. Galimybė įrodinėjimo procese naudoti pagal ETO gautus įrodymus, kuriuos jau turėjo (buvo surinkusi) *vykdančioji valstybė* ir jais pasidalijo su *išduodančiąja valstybe*, tiesiogiai priklauso nuo (i.) šių įrodymų gavimo *vykdančiojoje valstybėje* sąlygų ir procedūrų bei nuo (ii.) kaltinamojo žinojimo (informuotumo) apie jas ir galėjimo dėl jų veiksmingai pasisakyti. Jei kaltinamojo žinojimas (informuotumas) apie įrodymus, kuriuos *išduodančioji valstybė*, pasinaudodama ETO, gavo iš *vykdančiosios valstybės*, neužtikrina kaltinamajam

galimybės dalykiškai (tinkamai, veiksmingai) išdėstyti savo nuomonę dėl jų pagrįstumo, teisėtumo, tikrumo, patikimumo ir kitų esminių sąlygų ir charakteristikų, tokie įrodymai, neneigiant ir nedarant žalos *teismo sprendimų tarpusavio pripažinimo principui*, negalės būti naudojami įrodinėjimo procese, vykstančiame *išduodančiojoje valstybėje*. Europos Sąjungos Teisingumo Teismo retorika leidžia manyti, jog, pasinaudojant ETO gautų įrodymų, kuriuos jau turėjo *vykdančioji valstybė*, vertinimo *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese algoritmas yra „artimas ir draugiškas žmogui“: nors Europos Sąjungos Teisingumo Teismas kalba apie „įrodymus, kurie gali daryti lemiamą įtaką nustatant faktines aplinkybes“ (angl. <...> *evidence that is likely to have a preponderant influence on the findings of fact* <...>), tačiau bent jau eksplicitiškai orientuojasi ne į abstraktų reikalavimą užtikrinti baudžiamojo proceso kaip visumos sąžiningumą ar pateikti „pakankamas garantijas, kurios kompensuotų sunkumus, su kuriais susidūrė gynybos šalis dėl to, kad įrodymais buvo pripažinti ir priimti duomenys, dėl kurių kaltinamasis negalėjo tinkamai pasisakyti“, o ambicingai akcentuoja kaltinamojo teisę žinoti ir būti išklaustam kaip atskiras, savarankiškas gynybos teises, kurios savo ruožtu prisideda ir prie bendrojo proceso sąžiningumo užtikrinimo.

Paminėtos faktinės aplinkybės, nurodytos Berlyno žemės teismo sprendime dėl prašymo priimti prejudicinį sprendimą, *inter alia*, tai, kad techninę informaciją, kaip buvo sukurta ir kaip veikė „Trojos arklio“ programinė įranga, kaip buvo priskiriami ir filtruojami gauti duomenys ir t. t., Prancūzija kaip *vykdančioji valstybė* yra paskelbusi „iš esmės gynybos paslaptimi“ ir neatskleidžia *išduodančiosioms valstybėms*, suponuoją reikšmingą išvadą, jog tokioje situacijoje *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese iš kaltinamųjų *in abstracto* yra atimta reali ir veiksminga galimybė žinoti ir išdėstyti savo poziciją dėl juos kaltinančių duomenų, kuriuos Prancūzijos ar kitos valstybės institucijos gavo slapta įsiskverbusios į šifruotos komunikacijos, vykdytos naudojantis „EncroChat“ įranga ir sistema, erdvę ir perėmusios šios šifruotos komunikacijos erdvės dalyvių komunikacijos turinį. Tad tokie įrodymai Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese *in abstracto* yra neleistini. Kitokią teisinę išvadą galėtų nulemti tik individualios konkrečios baudžiamosios bylos aplinkybės.

5. Pareigos, kylančios iš Direktyvos 31 straipsnio, ir jų reikšmė įrodymų leistinumui

Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sprendime pripažino, kad priemonė, susijusi su įsiskverbimu į galinius įrenginius, kuria siekiama perimti internetu teikiamų ryšių paslaugų srautą, buvimo vietą ir ryšių duomenis, Direktyvos 31 straipsnio 1 dalies požiūriu yra *telekomunikacijų tinklais perduodamos informacijos perėmimas* (§ 114), todėl kai *informacijos perėmimo subjekto susižinojimo adresas* yra naudojamas kitos valstybės teritorijoje ir šiam informacijos perėmimui įvykdyti nereikia tos kitos valstybės techninės pagalbos, *perimančioji valstybė* apie tokią taikomą priemonę privalo informuoti valstybės, kurios teritorijoje yra *informacijos perėmimo subjekto susižinojimo adresas*, kompetentingą instituciją. Ši Direktyvos 31 straipsnio 1 dalyje įtvirtinta *perimančiosios valstybės* pareiga pranešti (informavimo pareiga) nėra vien tik geros valios ar organizacinio techninio pobūdžio aktas. Pagal Direktyvos 31 straipsnio 3 dalį tokią informaciją gavusi (t. y. sužinojusi apie jos teritorijoje (jurisdikcijoje) esančių asmenų telekomunikacijų ryšių kontrolę) *valstybės, kuriai pranešama*, kompetentinga institucija turi turėti galimybę informuoti *pranešančiąją instituciją*, jog ši telekomunikacijų ryšių kontrolė (informacijos perėmimas) negali būti vykdoma ar turi būti baigta (nutraukta), jei tokia kontrolė (informacijos perėmimas) nebūtų leidžiama panašiam vidaus (nacionaliniame) procese (§ 118).

Aptariamame teisiniame kontekste ESTT sprendime atskirai pažymėta ir tai (ir tai yra itin reikšmingas akcentas), kad Direktyvos 31 straipsniu taip pat siekiama apsaugoti ir asmenų (mobiliojo ryšio naudoto-

jų), kurie yra paliečiami *telekomunikacijų ryšių perėmimo priemone*, teises (§ 125). Europos Sąjungos Teisingumo Teismas ir šiuo teisiniu aspektu priminė Direktyvos 31 straipsnio 3 dalį, kurioje eksplacitiškai nurodyta, jog jei panašiu atveju vidaus (nacionaliniame) procese nebūtų leidžiamas informacijos perėmimas, *valstybės, kuriai pranešama*, kompetentinga institucija gali informuoti *perimančiosios valstybės* kompetentingą instituciją, kad šis informacijos perėmimas negali būti vykdomas ar turi būti baigtas (nutrauktas), arba tam tikrais atvejais netgi ir, kad duomenys, kurie buvo surinkti, negali būti vertinami ar gali būti vertinami tik tada, jei įvykdo jų nurodytas sąlygas (§ 122). Tas pats nurodyta ir Lietuvos Respublikos įstatymo „Dėl Europos Sąjungos valstybių narių sprendimų baudžiamosiose bylose tarpusavio pripažinimo ir vykdymo“ 58 straipsnyje: Policijos departamentas prie Vidaus reikalų ministerijos, gavęs kitos Europos Sąjungos valstybės narės kompetentingos institucijos pranešimą apie elektroninių ryšių tinklais perduodamos informacijos perėmimą iš Lietuvos Respublikos teritorijoje esančio subjekto, kai Lietuvos Respublikos techninė pagalba nereikalinga, ir nustatęs, *inter alia*, šio įstatymo 52 straipsnio 3 dalies 9 punkte nurodytas aplinkybes, t. y. kad ETO nurodyti proceso veiksmai neatitinka BPK 97 straipsnyje, XII, XIV ir XXI skyriuose bei šio įstatymo skyriuje nurodytų proceso veiksmų arba jų atlikimas nebūtų leidžiamas Lietuvos Respublikoje vykstančiame baudžiamajame procese dėl analogiškos nusikalstamos veikos, ne vėliau kaip per 96 valandas nuo šio pranešimo gavimo gali informuoti kitos Europos Sąjungos valstybės narės kompetentingą instituciją, kad informacijos perimti negalima arba kad perėmimas turi būti nutrauktas, ir prireikus nurodo, kad visa jau perimta medžiaga negali būti naudojama arba gali būti naudojama tik laikantis nurodytų sąlygų, kartu pateikdamas šio sprendimo motyvus. Direktyvos 31 straipsnis šiuo būdu turi užtikrinti ne tik pagarbą *valstybės, kuriai pranešama*, suverenitetui, bet ir tai, kad nebus sumenkintas (sumažintas) *valstybėje, kuriai pranešama*, garantuotas telekomunikacijų kontrolės (informacijos perėmimo) teisėtumo apsaugos lygis (lyginant su tuo, kuris yra taikomas vidaus (nacionaliniame) procese). Kadangi telekomunikacijų ryšių kontrolės (informacijos perėmimo) priemonė skverbiasi į Chartijos 7 straipsnyje įtvirtintą šia priemone paliečiamų asmenų teisę į privataus gyvenimo gerbimą ir komunikacijos slaptumą, Direktyvos 31 straipsniu siekiama ir apsaugoti asmenų, kuriems taikoma tokia priemonė, teises, o šis tikslas apima ir šių duomenų panaudojimą baudžiamojo persekiojimo tikslais *valstybėje, kuriai pranešama* (§ 124).

Nors pats Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sprendime to *expressis verbis* nepasako (gal dėl to, kad to tiesiogiai ir nebuvo klausas), tačiau ir (i.) Direktyvos 31 straipsnio 1 dalis, kuria įtvirtinama *perimančiosios valstybės* pareiga pranešti kitai valstybei, jei šios valstybės teritorijoje ketina vykdyti tyrimo priemonę, ir (ii.) Direktyvos 31 straipsnio 3 dalis, kuria *valstybė, kuriai pranešama*, įpareigojama nedelsiant informuoti *perimančiąją valstybę*, jog pagal jos vidaus teisę panašiam nacionaliniame procese nebūtų leidžiama perimti informacijos, todėl *perimančioji valstybė* informacijos perėmimo vykdyti negali ar turi nedelsdama nutraukti, yra dar vienos sąlygos, kurių tinkamas laikymasis nulemia iš *vykdančiosios valstybės* (aptariamame teisiniame kontekste tai yra *perimančioji valstybė*) kompetentingų institucijų, pasinaudojant ETO, gautų jų surinktų įrodymų leistinumą. Direktyvos 31 straipsnio 1 ir 3 dalys iš esmės suponuoja, jog jei *perimančioji valstybė* ir *valstybė, kuriai pranešama*, tinkamai vykdo Direktyvos 31 straipsnio 1 ir 3 dalyse nurodytas pareigas, *perimančiosios valstybės* kompetentingos institucijos *valstybės, kuriai pranešama*, teritorijoje negalėtų vykdyti telekomunikacijų ryšių kontrolės (informacijos perėmimo), jei to neleistų *valstybės, kuriai pranešama*, vidaus (nacionalinė) teisė. A. Gebhardas ir R. Michalke pagrįstai teigia, jog tai nėra tokia pareiga, kurią valstybė gali atsakyti vykdyti (Gebhard and Michalke, 2020, p. 658). Jei kažkuri iš šių valstybių laiku ar tinkamai neįvykdo savo pareigų, kylančių iš Direktyvos 31 straipsnio 1 ar 3 dalių – *perimančioji valstybė* neinformuoja kitos valstybės, kurios teritorijoje taiko tam tikras priemones, ar *valstybė, kuriai pranešama*, neužkerta kelio neteisėtam (šios valstybės vidaus teisę pažeidžiančiam) informacijos perėmimui jos teritorijoje.

je – leidimas *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese naudoti taip gautus įrodymus reikštų Direktyvoje numatytų taisyklių ir garantijų apėjimą (Schmidt, 2022, p. 999–1001).

Atsižvelgiant į tai, ESTT sprendimas suponuoja ir teisinę išvadą, jog jei pagal *išduodančiosios valstybės* (aptariamame teisiniame kontekste tai yra *valstybė, kuriai pranešama*) vidaus (nacionalinę) teisę jos teritorijoje *in concreto* nebūtų galima taikyti tam tikros priemonės, kuri susijusi su įsiskverbimu į galinius telekomunikacijų ryšių įrenginius, kuriuo siekiama perimti internetu teikiamų ryšių paslaugų srautą, buvimo vietą ir ryšių duomenis, tai taikant tokią priemonę *perimančiosios valstybės* gauti duomenys *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese negali būti naudojami kaip įrodymai įkaltinančia prasme. Ši išvada darytina visiškai nepaisant to, ar taikyta priemonė buvo legitimu *perimančiosios valstybės* (*vykdančiosios valstybės*) teisės požiūriu, taip pat ar buvo tinkamai įvykdytos Direktyvos 31 straipsnio 1 ir 3 dalyse nurodytos pareigos. Kaip minėta, Baudžiamojo proceso kodekse nėra tokios teisinės nuostatos (tokio juridinio pagrindo), kuri Lietuvos baudžiamojo persekiojimo institucijoms suteiktų teisę kurti specialią programinę įrangą, kuri būtų slapta įkeliama į tam tikrą serverį, iš ten slapta įdiegiama į visus galinius įrenginius, vėliau šios programos pagalba būtų perimamas visas šios šifruotos komunikacijos erdvės dalyvių komunikavimo turinys, įskaitant buvimo vietas, srauto ir ryšio duomenis bei per pokalbius perduodamus tekstus ir vaizdus, ši informacija sisteminama ir apdorojama įvairiais pjūviais ir kt. Aptariamam aspektu reikia pažymėti, kad, pavyzdžiui, Vokietijos BPK 100b straipsnyje yra numatyta speciali prievartos priemonė, pavadinta *Online-Durchsuchung* (lietuviškai tai būtų *tinkle* ar *internetu* (*nuotoliniu būdu*) *atliekama apžiūra ir poėmis*), kuri numato juridinį pagrindą panaudojant technines priemones slapta (be duomenų subjekto žinios) prisijungti prie jo (duomenų subjekto) naudojamos informacinių technologijų sistemos ir rinkti iš jos duomenis, tačiau net ir turint tokias specialias teises nuostatas, skirtas specifiniams prievartiniais įsiskverbimams į įvairias pagrindines žmogaus teises, Vokietijos baudžiamojo proceso teisės doktrinoje abejojama, ar Prancūzijos institucijų atlikti veiksmai ir priemonės pagal savo pobūdį ir apimtį galėtų atitikti ir būti pateisinti pagal Vokietijos BPK 100b straipsnį (Gebhard and Michalke, 2020, p. 656–657; Löffelmann, 2022, p. 457–459; Lödden and Makepeace, 2023, p. 389; Schmidt, 2022, p. 989–998; Derin and Singelstein, 2021, p. 451–453). Tad Lietuva kaip *valstybė, kuriai pranešama* (jei *perimančioji valstybė* jai pranešė), privalėjo vykdyti Direktyvos 31 straipsnio 3 dalį ir nedelsdama informuoti *perimančiąją valstybę*, jog pagal Lietuvos teisę panašiam nacionaliniame procese nebūtų leidžiama taikyti tokios prievartos priemonės ir tokiu būdu perimti informaciją, todėl *perimančioji valstybė* Lietuvos teritorijoje informacijos perėmimo vykdyti negali ar turi nedelsdama jį nutraukti. Jei *perimančioji valstybė* neinformavo Lietuvos, ar Lietuvos valstybė, kaip *valstybė, kuriai pranešama*, neperspėjo *perimančiosios valstybės* nedelsiant nutraukti neteisėtą veikimą Lietuvos teritorijoje (jurisdikcijoje), ar *perimančioji valstybė* nekreipė dėmesio į Lietuvos kaip *valstybės, kuriai pranešama*, perspėjimą, ir Lietuva kaip *išduodančioji valstybė* naudoja tokiu būdu *vykdančiosios valstybės* kompetentingų institucijų surinktus ir, pasinaudojant ETO, Lietuvai kaip *išduodančiajai valstybei* perduotus įrodymus, tai laikytina neteisėtu Direktyvoje nustatytų įrodymų gavimo sąlygų ir garantijų apėjimu, kuris suponuoja įrodymų neleistinumą pagal BPK 20 straipsnį.

Išvados

1. *Teismų sprendimų tarpusavio pripažinimo principas* nesuponuoja besąlygiškos išvados, esą *vykdančiosios valstybės* institucijų turimų duomenų perdavimas *išduodančiosios valstybės* institucijoms turi atitikti vien tik tas (tokias) teises taisykles, kurios yra taikomos duomenų „dalijimuisi“ *išduodančiosios valstybės* viduje, tačiau tai automatiškai nereiškia, kad Europos Sąjungos Teisingumo Teismas tuo legitimavo *Forum Shopping* baudžiamajame procese.

2. Išduoti Europos tyrimo orderį, kuriuo siekiama gauti įrodymus, kuriuos jau turi *vykdančiosios valstybės* kompetentingos institucijos, Lietuvoje ikiteisminio tyrimo metu gali tik *aukštesnysis prokuroras*, o kai baudžiamoji byla yra teismo žinioje – ją nagrinėjantis *teismas*.
3. Jei *vykdančioji valstybė* neatskleidžia priemonių, kurias panaudojo *išduodančiosios valstybės* teritorijoje perimdama mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų komunikaciją, pobūdžio ir esminių techninių charakteristikų, taip gautų duomenų perdavimas Lietuvai kaip *išduodančiajai valstybei* neatitinka iš BPK 162 straipsnio kylančių materialinių teisinių sąlygų, kurios pagal Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamojo proceso teisę apibrėžia viename baudžiamajame procese gautos informacijos panaudojimo kitame baudžiamajame procese legitimumą.
4. Jei *vykdančioji valstybė* neatskleidžia techninės informacijos, kaip buvo sukurta ir panaudota programinė įrangą, kaip buvo apdorjami gauti duomenys ir kt., Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese iš kaltinamųjų *in abstracto* yra atimama reali ir veiksminga galimybė žinoti ir išdėstyti savo poziciją dėl šių juos kaltinančių duomenų, todėl tokie įrodymai Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese *in abstracto* yra neleistini.
5. Lietuva kaip *valstybė, kuriai pranešama*, privalo realiai ir veiksmingai vykdyti Direktyvos 31 straipsnio 3 dalį ir nedelsdama informuoti *perimančiąją valstybę*, jei pagal Lietuvos teisę panašiam nacionaliniame procese nebūtų leidžiama taikyti tam tikros prievartos priemonės ir tam tikru būdu perimti informacijos, todėl *perimančioji valstybė* Lietuvos teritorijoje informacijos perėmimo vykdyti negali ar turi nedelsdama jį nutraukti. Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas nesuteikia teisinio pagrindo baudžiamojo persekiojimo institucijoms slapta perimti visų mobiliųjų telefonų, kuriuose, naudojant specialią programinę įrangą ir modifikuotą įrenginį, yra užtikrinamas visiškai užšifruotas ryšys, naudotojų komunikaciją, todėl taikant tokią priemonę *perimančiosios valstybės* gauti duomenys Lietuvos kaip *išduodančiosios valstybės* baudžiamajame procese negali būti naudojami kaip įkalinantys įrodymai.
6. Apibendrintai reikia pažymėti, kad įrodymai, kuriuos užsienio valstybės kompetentinga institucija gavo (surinko) slapta įsiskverbusi į šifruotos komunikacijos erdvę ir perėmusi šios privačios komunikacijos erdvės dalyvių komunikacijos turinį, ir kuriuos, pasinaudodama ETO procedūra, perdavė Lietuvai, Lietuvoje *in abstracto* (t. y. nevertinant individualių konkretaus baudžiamojo proceso aplinkybių) yra laikytini neleistiniais įrodymais. Nors Europos Sąjungos Teisingumo Teismas sprendime tyrė ir vertino tik duomenų, gautų slapta įsiskverbus į komunikaciją, vykdytą naudojantis „EncroChat“ įrangą ir sistema, jei nekinta esminės pirmiau aprašytos faktinės ir teisinės aplinkybės (*mutatis mutandis*), teisinė išvada dėl duomenų (įrodymų) neleistinumo Lietuvos baudžiamajame procese darytina neatsižvelgiant į tai, kaip yra pavadinta šifruotos komunikacijos sistema. Tad neleistiniais įrodymais Lietuvos baudžiamajame procese *in abstracto* yra laikytini ir Lietuvos teisinėje erdvėje pastaruoju metu itin paplitę duomenys, kuriuos užsienio valstybės kompetentinga institucija gavo (surinko) slapta įsiskverbusi į šifruotos komunikacijos, vykdytos naudojantis „SkyECC“ įrangą ir sistema, erdvę, perėmė šios privačios komunikacijos erdvės dalyvių komunikacijos turinį ir, pasinaudodama ETO, perdavė Lietuvai.

Literatūra

Norminiai teisės aktai

Europos Sąjungos pagrindinių teisių chartija (2016). *OL C 202/02*, p. 389–405.

Europos Parlamento ir Tarybos 2014 m. balandžio 3 d. direktyva 2014/41/ES dėl Europos tyrimo orderio baudžiamosiose bylose. *OL L 130*, p. 1–36.

Lietuvos Respublikos baudžiamojo proceso kodeksas (2002). *Valstybės žinios*, 37-1341.

Lietuvos Respublikos įstatymas „Dėl Europos Sąjungos valstybių narių sprendimų baudžiamosiose bylose tarpusavio pripažinimo ir vykdymo“ (2014). TAR, 17299.

Vokietijos baudžiamojo proceso kodeksas (*Strafprozeßordnung*) [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://www.gesetze-im-internet.de/stpo/> [žiūrėta 2024 m. gegužės 21 d.].

Specialioji literatūra

Derin, B., Singelstein, T. (2021). Verwendung und Verwertung von Daten aus massenhaften Eingriffen in informationstechnische Systeme aus dem Ausland (EncroChat). *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, 449–454.

Gebhard, A., Michalke, R. (2020). Der Zweck heiligt die Mittel nicht – Der EncroChat-Komplex und die Grenzen strafprozessualer Beweisverwertung. *Neue Juristische Wochenschrift*, 655–659.

Kipker, D.-K., Bruns, H. (2022). EncroChat und die „Chain of Custody“. Digitale Ermittlungen als Bewährungsprobe für ein Recht auf faires Verfahren? *Multimedia und Recht*, 363–368.

Lenk, M. (2024). Die Entwicklung des europäischen Beweisrechts im Lichte der „EncroChat-Verfahren“. *Euro-pacecht*, 51–76.

Lödden, Ch., Makepeace, J. (2023). Same same but different: SkyECC oder wie europäische Strafverfolgungsbehörden eine Milliarde Nachrichten über 21 Monate lang abgefangen haben. *Hrr-strafrecht*, Dezember, 384–391.

Löffelmann, M. (2022). Verwertungsverbot bei Datentransfer aus dem Ausland. *Juristische Rundschau*, 9, 454–460, <https://doi.org/10.1515/juru-2022-2169>

Schmidt, A. (2022). Zur strafprozessualen Verwertbarkeit der Daten aus der Überwachung verschlüsselter Mobiltelefone durch einen anderen Mitgliedstaat der EU. *Juristische Rundschau*, 134 (4), 982–1015, <https://doi.org/10.1515/zstw-2022-0029>

Zimmermann, F. (2022). Die Verwertbarkeit von Auslandsbeweisen im Lichte der EncroChat-Ermittlungen. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtswissenschaft*, 2, 173–190.

Teismų praktika

EncroChat [ESTT], Nr. C-670/22, [2024-04-30]. ECLI:EU:C:2024:372.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2008 m. gegužės 20 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-120/2008.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015 m. birželio 1 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-P-94-895/2015.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2015 m. spalio 13 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-421-139/2015.

Lietuvos Aukščiausiojo Teismo 2022 m. vasario 22 d. nutartis baudžiamojoje byloje Nr. 2K-90-788/2022.

Berlyno (Vokietija) žemės teismo 2022 m. spalio 19 d. prašymas priimti prejudicinį sprendimą baudžiamojoje byloje prieš M. N. [interaktyvus]. Prieiga per internetą: <https://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=268449&pageIndex=0&doclang=LT&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=3474663> [žiūrėta 2024 m. gegužės 21 d.].

Remigijaus Merkevičiaus pagrindinės mokslinių interesų, tyrimų ir ekspertinės sritys yra nacionalinė ir lyginamoji baudžiamojo proceso teisė, įrodymai ir įrodinėjimas, supaprastintos procesinės formos, žmogaus teisės ir teisinė gynyba baudžiamajame procese.

The main areas of research and expertise of Remigijus Merkevičius are the national and comparative law of criminal proceedings, evidence and proof, simplified procedural forms, human rights, and legal defense in criminal proceedings.