

Dušan Ignjatović

**MERE PRESRETANJA
KOMUNIKACIJE
I ZADRŽAVANJA
PODATAKA IZ
PERSPEKTIVE STRAZBURA
I PROPISA I PRAKSE
U REPUBLICI SRBIJI**



Dušan Ignjatović

MERE PRESRETANJA KOMUNIKACIJE
I ZADRŽAVANJA PODATAKA
IZ PERSPEKTIVE STRAZBURA
I PROPISA I PRAKSE
U REPUBLICI SRBIJI

Seriya: Posebne mere tajnog prikupljanja podataka: između zakona i sudske prakse

Izdavač

Beogradski centar za bezbednosnu politiku
Đure Jakšića 6/5, Beograd
Tel: 011 3287 226
Email: office@bezbednost.org
www.bezbednost.org

Autor

Dušan Ignjatović

Urednik

Predrag Petrović

Lektura i korektura

Tatjana Hadžić Jovović

Dizajn i prelom

Marko Marinković

Štampa

Unagraf

Tiraž

100

ISBN

978-86-6237-113-3

BEOGRAD, septembar 2015.



NORWEGIAN EMBASSY

Objavlivanje ovog rada podržala je Ambasada Kraljevine Norveške kroz projekat „Ko nas sluša: Ka efektivnom spoljnom nadzoru upotrebe specijalnih istražnih mera“. Stavovi izneti u ovoj publikaciji predstavljaju stavove autora i ne odražavaju nužno stavove Kraljevine Norveške.

Dušan Ignjatović*

MERE PRESRETANJA KOMUNIKACIJE I ZADRŽAVANJA PODATAKA IZ PERSPEKTIVE STRAZBURA I PROPISA I PRAKSE U REPUBLICI SRBIJI

1. Uvod

Dilema oko toga da li dati prednost bezbednosti ili privatnosti predmet je rasprava decenijama unazad. Iako privatnost nije decidno proklamovana u ustavima nekih demokratskih država, jasno je da sloboda nije moguća bez privatnosti. Na ovaj zaključak nas upućuju iskustva autokratskih i totalitarnih režima, u kojima je tajna policija gušila privatnost i slobode pojedinca. Sa druge strane, porast novih bezbednosnih pretnji ukazuje na to da sloboda, međutim, nije moguća bez zaštite.¹

Iz perspektive onih koji smatraju da je kontrola potrebna, problem leži u tome što nemogućnost praćenja nezakonitih aktivnosti otežava pozivanje na odgovornost onih koji te aktivnosti preduzimaju. Na drugoj strani, praćenje, nadzor, prislušni uređaji, sigurnosne i špijunske kamere, izazivaju jezu kod onih osoba koje su iskusile drakonske mere totalitarnih režima.

Otud je postizanje ravnoteže između privatnosti i slobode, sa jedne strane, i bezbednosti, sa druge, jedan od ciljeva demokratskih društava. To, međutim, nije nimalo lak zadatak jer sve ta ravnoteža narušava stalnim redefinisanjem, usložnjavanjem i umnožavanjem bezbednosnih izazova, rizika i pretnji, uzrokovanim naglim i brzim razvojem tehnike i tehnologije, povezivanjem država, i kretanjem ljudi i roba. Otud službe bezbednosti i policije nastoje da preduprede ove pretnje proširivanjem svojih nadležnosti i ovlašćenja, čime neminovno sve više zadiru u privatnost građana. To dovodi do zahteva da se uspostavi bolja zaštita privatnosti i ljudskih prava.

U ovom stalnom redefinisanju ravnoteže između ljudskih prava i bezbednosti veliku ulogu imaju praksa Evropskog suda za ljudska prava i drugih međunarodnih tela koja se bave zaštitom ljudskih prava, ali i praksa domaćih sudova, nadležnih za odobravanje i kontrolu primene posebnih mera tajnog prikupljanja podataka. U ovom tekstu pokušaćemo da predstavimo relevantne slučajeve Evropskog suda za ljudska prava, kao i pravni okvir i praksu sudova u Srbiji u ovoj oblasti.

1 Burmester, Desmedt, Wright, Yasinsac. *Security or Privacy, Must We Choose*. <<http://www.cs.fsu.edu/~yasinsac/Papers/BDWY01.pdf>>.

* Advokat iz Beograda. Bivši direktor Kancelarije Nacionalnog saveta za saradnju sa MKTJ i Kancelarije za ljudska i manjinska prava.

2. Rešenja Evropske konvencije o ljudskim pravima

Međunarodni instrumenti za zaštitu ljudskih prava proklamuju i štite pravo na privatnost.

Tako, Međunarodni pakt o građanskim i političkim pravima zabranjuje arbitrarno ili nezakonito mešanje u privatnost, porodicu, dom ili prepisku, i predviđa da će svako imati zakonsku zaštitu od takvog mešanja.²

Član 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima (u daljem tekstu: Konvencija) glasi:

1. Svako ima pravo na poštovanje svog privatnog i porodičnog života, doma i prepiske.
2. Javne vlasti neće se mešati u vršenje ovog prava sem ako to nije u skladu sa zakonom i neophodno u demokratskom društvu u interesu nacionalne bezbednosti, javne bezbednosti ili ekonomske dobrobiti zemlje, radi sprečavanja nereda ili kriminala, zaštite zdravlja ili morala, ili radi zaštite prava i sloboda drugih.”

Svrha ovog člana jeste da zaštiti pojedinca od arbitrarnih poteza javnih vlasti. Ta svrha postiže se zaštitom četiri dimenzije personalne autonomije pojedinca – privatnog života, porodičnog života, doma i prepiske. Član 8 ima istu strukturu kao i ostali članovi Konvencije kojima se proklamuju prava: u prvom stavu navodi se pravo koje se štiti i sadržaj garancija, dok se derogirajuća klauzula nalazi u drugom stavu tog člana i njom su predviđeni opšti uslovi i specifični osnovi na koje se države članice mogu pozvati kada ograničavaju prava i slobode predviđene u stavu 1.³

Prava iz člana 8 Konvencije opisivana su kao „najmanje definisana i najmanje određena od svih prava predviđenih Konvencijom”. Teško je protiviti se takvoj oceni – član 8 državama nameće obavezu da poštuju široki opseg nedefinisanih interesa pojedinaca, koji se dotiču većeg broja međusobno isprepletanih oblasti. Ni za jedan od četiri interesa navedenih u članu 8 (1) Konvencije – privatni život, porodični život, dom i prepiska – nije data definicija u Konvenciji i njihova sadržina je predmet tumačenja. Kao i mnogi drugi izrazi koji se koriste u Konvenciji, svaki od ovih interesa predstavlja autonomni koncept, te Sud nije vezan ocenama i tumačenjima nacionalnih sudova. Rezultat navedenog jeste da se stalno širi opseg zaštite koja se pruža ovom odredbom.⁴

Tajni procesi prikupljanja informacija i njihovog skladištenja/čuvanja koje države sprovode obuhvataju i presretanje komunikacije, a Konvencija ovo posebno tretira, s obzirom na specifičnu zaštitu prepiske. Nadziranje i prikupljanje podataka predstavlja šire i potencijalno neograničeno polje ak-

2 Član 17 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima.

3 Roagna, I. *Protecting the right to respect for private and family life under the European Convention on Human Rights*. Strasbourg; Council of Europe, 2012: 9.

4 O'Boyle, Harris & Warbrick- *Law of the European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, 2014: 522.

tivnosti.⁵ Pored direktnog presretanja telefonskih razgovora i pošte, postoji ogroman broj metoda: upotreba prislušnih uređaja u kući⁶, prislušnih uređaja na drugim osobama⁷, korišćenje podataka koje su prikupile specijalne snage, upotreba kamera dugog dometa, rupa u zidu i dr.⁸

Mere nadzora, u koje spadaju zvučno i vizuelno snimanje i presretanje komunikacija, nesumnjivo predstavljaju mešanje u privatnost lica na koje se odnose. Takođe, mogu ugrožavati pravo na pravično suđenje zbog nezakonito pribavljenih dokaza (član 6 Konvencije), kao i pravo na slobodu izražavanja (član 10 Konvencije).

2.1 USLOVI ZA PRIMENU ČLANA 8 KONVENCIJE

Da bi član 8 Konvencije uopšte bio uzet u obzir, a da istovremeno prava koja se njime proklamuju budu poštovana i da ne dođe do kršenja prava na privatnost, potrebno je da budu ispunjeni sledeći uslovi:

1. **postoji mešanje u privatnost**
2. (ako mešanje postoji) **mešanje u privatnost mora biti u skladu sa zakonom i**
3. (ako mešanje postoji i ako je u skladu sa zakonom) **mešanje u privatnost mora biti neophodno i moraju postojati procesne garancije za onoga u čiju se privatnost mešamo.**

2.1.1 Postojanje mešanja u privatnost

Odluka da se izvrši pretres lica ili prostorija, ili da se pokrene nadzor presretanjem nečije korespondencije ili mejlova, ili da se postave prislušni uređaji u stan ili druge prostorije ili vozilo, dovodi do mešanja u pravo na poštovanje privatnog ili porodičnog života, doma ili prepiske u smislu člana 8 Evropske konvencije o ljudskim pravima.⁹

Države su pokušavale da određenim vrstama komunikacije oduzmu karakter privatnosti, tvrdeći da razgovori o izvršenju krivičnih dela *ipso fakto* ne predstavljaju razgovore iz sfere privatnih razgovora, te da ne uživaju zaštitu koju uživaju privatni razgovori. Primer za navedeno je slučaj *A protiv Francuske*¹⁰, u kome je država tvrdila da presretnuti razgovor u kome se govorilo o izvršenju ubistva ne spada u domen privatnosti. Komisija (koja je tada još uvek postojala) smatrala je, međutim, da javni

5 Videti više u: Rid, Karen. Evropska konvencija o ljudskim pravima – vodič za praktičare. Beograd: Beogradski centar za ljudska prava, 2007: 587.

6 *Redgrave v. the United Kingdom*, no. 202711/92, Commission decision of 1 September 1993.

7 *Hewitt and Harman v. the United Kingdom*, no. 20317/92, Commission decision of 1 September 1993, *unreported*.

8 Videti više u: Rid, Karen. 2007: 587

9 Murdoch, J. and R. Roche. *The European Convention on Human Rights and Policing*. Council of Europe, 2013: 67.

10 *A. v. France*, application no. 14838/89, Judgment 23 November 1993.

interes – koliki god on bio – ne može oduzeti razgovoru karakter privatnosti. Član 8 (1) Konvencije se, dakle, primenjuje bez obzira na sadržinu komunikacije. Država će u ovakvim slučajevima lakše opravdati primenu derogirajućih klauzula iz člana 8 (2) i svoje mešanje u privatnost određenih lica, ali se pravo na privatnost i primena stava 1 ne mogu isključiti zbog sadržine komunikacije.

Sud je, dakle, zauzeo stav da presretanje komunikacija predstavlja mešanje u privatni život, prepisku i potencijalno dom.

Nesporno je da većina lica čija se komunikacija presreće toga nije svesna u trenutku presretanja, odnosno prisluškivanja. Neki ljudi mogu sumnjati da ih prisluškuju, bez obzira na to da li se zaista ovo i dešava. Ukoliko prisluškivanja ima, ono će biti obelodanjeno tek na suđenju. Moguće je i da prisluškivanja bude, a da ono nikada ne bude obznanjeno, i to iz raznoraznih razloga – zbog nepokretanja postupka ili zbog lošeg kvaliteta tog dokaza ili zbog drugih razloga. Međutim, sve i da se materijal pribavljen prisluškivanjem ne koristi, presretanje komunikacije predstavljaće mešanje u privatnost pojedinca (*Kop protiv Švajcarske*).

U postupku *Klas protiv Nemačke*¹¹ podnosioci predstavke osporili su sam tekst zakona koji nije predviđao odredbe o tome da prisluškivano lice mora biti obavješteno o prisluškivanju nakon prestanka mera, niti o tome da mora postojati sudska kontrola sprovođenja mera. Podnosioci predstavke, inače, nisu imali nikakve dokaze da su konkretno oni bili predmet mera. Sud je prihvatio da pod određenim uslovima podnosioci mogu tvrditi da su žrtve kršenja prava koje postoji samim postojanjem tajnih mera ili zakonskih propisa koji dozvoljavaju primenu takvih mera.¹²

2.1.2 Mešanje u privatnost u skladu sa zakonom

Mešanje u privatnost, s jedne strane, mora imati osnov u nacionalnom pravu, a sa druge strane, ti nacionalni propisi moraju imati određeni kvalitet, odnosno moraju biti usklađeni sa pojmom vladavine prava, uključujući u to njihovu dostupnost, predvidljivost okolnosti i uslova pod kojima državni organi mogu da presreću komunikaciju, kao i postojanje zaštite od samovoljnog mešanja u privatnost.

Sud je u predmetu *Kan protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹³ jednoglasno potvrdio da postoji potreba da se do određene razumne mere precizira domaći zakonodavni okvir kojim se reguliše kako organi gonjenja upotrebljavaju sofisticirane uređaje za prisluškivanje.

Podnosilac predstavke u ovom predmetu doputovao je u septembru 1992. godine iz Pakistana u Mančester. Policija je imala dojavu i gospodin Kan je na aerodromu zaustavljen i detaljno pretresen, ali kod njega nije pronađena droga. U januaru 1993. godine nadležni policijski rukovodilac odobrio je postavljanje prislušnih uređaja u kuću koja je vlasništvo osobe B. Policijski rukovodilac u ovom postupku smatrao je da uobičajeni metodi nadzora neće potvrditi da je osoba B. umešana u trgovinu narkoticima. Naredba je data u skladu sa administrativnim smernicama, koje je 1984. godine izdalo Ministarstvo unutrašnjih poslova. Upotrebom prislušnih uređaja snimljen je razgovor u kome

11 *Klass and others v. Germany*, application no. 5029/71, Judgment 6 September 1978.

12 *Klass and others v. Germany*, para. 34.

13 *Khan v. The United Kingdom*, application no. 35394/97, Judgment 12 May 2000.

je gospodin Kan priznao da je umešan u ilegalni uvoz narkotika u Ujedinjeno Kraljevstvo. Sudija u ovom postupku prihvatio je ovaj dokaz kao dopušten. Zbog prihvatanja tog dokaza Kan se izjasnio da je kriv, a sud mu je izrekao kaznu zatvora u trajanju od tri godine. Kan je protiv presude uložio žalbu, koju je odbio Dom lordova, koji je postupao kao žalbeni sud. Predsedavajući veća lord Nolan obrazložio je odluku time da u engleskom pravu ne postoji pravo na privatnost, te da prihvatanje snimljenog razgovora nije bilo ni nezakonito ni nepravično. Sud u Strazburu je, međutim, zauzeo drugačiji stav i istakao sledeće:

„26. ... U kontekstu tajnog nadzora koji su vršile javne vlasti, u konkretnom slučaju policija, domaće pravo mora da pruži zaštitu protiv arbitrarnog mešanja u prava koje pojedinac ima po članu 8 Konvencije. Štaviše, zakon mora imati dovoljno precizne i jasne odredbe, koje pojedincu omogućavaju da vidi pod kojim uslovima su javne vlasti ovlašćene da preduzmu takve mere...

27. U vreme kada se ovo događalo nije bilo zakona koji je regulisao upotrebu prislušnih uređaja, a nakon toga je usvojen Zakon o policiji kojim je ta materija uređena. Smernice Ministarstva unutrašnjih poslova (*Home Office*) koje su postojale u kritičnom periodu nisu bile obavezujuće niti su bile poznate javnosti (javnost im nije mogla pristupiti). Sud je, takođe, primio k znanju da je lord Nolan na sednici žalbenog suda izjavio da englesko pravo ne poznaje pravo na privatnost i da generalno nema ničeg nezakonitog u narušavanju privatnosti. Stoga nije sporno da u relevantnom periodu nije bilo domaćeg zakona koji je regulisao upotrebu prislušnih uređaja.”

Sud je ocenio da je u slučaju *Kan* došlo do povrede člana 8.

2.1.3 Kada je mešanje neophodno i kada postoje procesne garancije

Presretanje komunikacije jeste legitimno sredstvo čiji je cilj sprečavanje krivičnih dela, nereda, kao i zaštita nacionalne bezbednosti. Državama ugovornicama na raspolaganju je široko polje slobodne procene prilikom upotrebe sredstava za zaštitu nacionalne bezbednosti.

Sud je utvrdio pragmatičan i ne preterano zahtevan pristup, koji traži odgovorajući okvir garancija sa minimalnim nivoom zaštite.¹⁴ Organi Konvencije su se prilikom kontrole radije usredsređivali na pitanja postojanja procesnih garancija.

Što se procesnih garancija tiče, Sud je zauzeo stav da neposredna i redovna kontrola predstavlja najbolju zaštitu protiv zloupotreba. Procesne garancije Sud je u predmetu *Konors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁵ opisao kao krucijalno razmatranje tokom utvrđivanja proporcionalnosti mešanja. U današnje vreme podnosioci predstavlki sve više pokušavaju da ospore postupke odlučivanja. Postojanje procesnih obaveza prema članu 8 sada je dobro utemeljeno u praksi Suda, ali se ono više odnosi na slučajeve vezane za otmicu i poveravanje dece, iseljenja, kao i za slučajeve vezane za zaštitu životne sredine.

14 Videti više u: Rid, Karen. 2007: 590–592.

15 *Connors v. The United Kingdom*, application no. 66746/01, Judgment 27 May 2004, para. 92.

Postoji nedvosmislena praktična korist od stava da član 8 Konvencije uspostavlja procesne zahteve. Naime, mnogo je lakše prihvatati odluke nacionalnih organa tamo gde se jasno vidi da su postupci koji su se odvijali pred njima uključivali sredstva zaštite neophodna da bi se obezbedilo temeljno razmatranje svih relevantnih aspekata, koji se pojavljuju u vezi sa članom 8 Konvencije i sa učestvovanjem podnosioca predstavke u tim postupcima.

Ponekad dolazi do preklapanja procesnih garancija iz člana 8 sa onima iz člana 6 Konvencije. Sud će u najvećem broju tih slučajeva razmatrati predstavku samo po članu 8, ali se može desiti da odvojeno razmatra i predstavku u vezi sa članom 6 Konvencije. Takođe, može doći i do preklapanja sa članom 13 Konvencije, koji predviđa pravo na efikasno pravno sredstvo.¹⁶

2.2 POJAVNI OBLICI MEŠANJA U PRIVATNOST

Najčešći načini mešanja u privatnost su: 1) **tajni nadzor** (presretanje komunikacije) i 2) **prikupljanje podataka o pojedincima, njihovo čuvanje i objavljivanje**, kojima se detaljnije bavimo u ovom tekstu. Pored navedenih načina, zadiranje u privatnost može se ostvariti i pretresima i oduzimanjem (*seizure*), kao i neomogućavanjem/uskraćivanjem pristupa podacima.

2.2.1 Tajni nadzor

Termin tajni nadzor (*secret surveillance*) podrazumeva nadgledanje i snimanje pojedinca, upotrebu skrivenih prislušnih uređaja i presretanje komunikacija.

U slučajevima čiji je predmet optužba o presretanju komunikacija postavljaju se specifična pitanja, jer sama tajnost takvih aktivnosti otežava podnosiocu predstavke dokazivanje da je njegova komunikacija zaista i bila presretnuta. Zato je Sud prihvatao da pitanje presretanja postoji tamo gde postoje zakoni kojima je presretanje dozvoljeno, a da podnosilac predstavke može da pokaže da spada u kategoriju lica na koje se zakon može primeniti¹⁷.

Iako je Sud prihvatio legitimne ciljeve koji se žele postići tajnim nadzorom i koji se u najvećem broju slučajeva odnose na pitanja nacionalne bezbednosti ili sprečavanja nereda ili zločina, u mnogim slučajevima je utvrdio da nisu ispunjeni zahtevi legalnosti/zakovitosti (*legality*) ili neophodnosti (*necessity*).

U predmetu *Klas* Sud je prihvatio da je postojanje zakona koji omogućava tajni nadzor u izuzetnim slučajevima neophodno u demokratskom društvu. Moraju, međutim, postojati adekvatne i efikasne mere zaštite protiv zloupotreba.¹⁸ Nakon procene nemačkog zakona Sud je ocenio da u slučaju *Klas* nema povrede prava. Sud je u ovom predmetu razmatrao da li su postojala sredstva zaštite ako je već bilo neophodno preduzeti navedene mere. U slučajevima koji su sledili nakon slučaja *Klas* Sud se

¹⁶ Videti više u: O'Boyle, Harris & Warbrick. 2014: 536.

¹⁷ *Klass i drugi protiv Nemačke*, 1978.

¹⁸ *Mersch v Luxembourg*, 1983.

više bavio garancijama, ispitujući kvalitet zakona, odnosno pojam „legalnosti“, koji zahteva da zakon sadrži dovoljno jasne uslove i da građanima daje adekvatnu indikaciju o uslovima i okolnostima pod kojima vlasti imaju mogućnost da posegnu za tajnim nadzorom (*Kvasnica protiv Slovačke* 2009, *Kenedi protiv Ujedinjenog Kraljevstva* 2010).¹⁹

U predmetu *Malone protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁰ prisluškivanje telefona bilo je regulisano samo na osnovu administrativne prakse, čiji detalji nisu objavljeni. Sud je zaključio da nije dovoljno jasno koji je opseg diskrecionog ovlašćenja vlasti, odnosno da nije jasan način vršenja ovlašćenja koja vlasti omogućavaju da nekog prisluškuje. U predmetima *Kruslin* i *Huvig* postojala je opšta pravna norma, koju su francuski sudovi tumačili veoma ekstenzivno, tako da je ona uključivala i moć da se naredi prisluškivanje telefona, ali je Sud zaključio da u konkretnom slučaju nije bio ispunjen uslov legalnosti, jer zakon nije dovoljno precizno predvideo obim i način vršenja ovlašćenja.²¹ Međutim, uslov zakonitosti ne podrazumeva da lice čiji se telefon prisluškuje treba o tome da bude obavješteno unapred.²²

Da bi bio ispunjen uslov legalnosti, u zakonima o prisluškivanju moraju se identifikovati:

- kategorije lica kojima mogu biti prisluškivani telefoni;
- vrste krivičnih dela za koje se takva naredba može izdati²³;
- trajanje takve mere;
- predviđena procedura koja mora biti poštovana;
- mere predostrožnosti koje se moraju preduzeti i
- uslovi pod kojima se snimljeni materijal mora uništiti²⁴.

Uspostavljanje nezavisnog mehanizma kontrole je, takođe, relevantno (*Dumitru Popesku protiv Rumunije* 2001, *Savovi protiv Bugarske* 2012).

Sud se povodom praćenja elektronske komunikacije bavio ispitivanjem poštovanja legalnosti u predmetu *Kopland*²⁵, a povodom upotrebe prislušnih uređaja u predmetima *Kan*²⁶ i *Bikov*²⁷.

U slučaju *P. G. i J. H. protiv Ujedinjenog Kraljevstva*²⁸ podnosioci predstavke žalili su se na činjenicu da su telefonski pozivi koje su obavili iz policijske stanice bili snimani. Kako u to vreme nije postojao

19 Videti više u: O'Boyle, Harris & Warbrick. 2014: 555.

20 *Malone v. The United Kingdom*, application no. 8691/79, Judgment 2 August 1984.

21 *Kruslin v. France*, application no. 11801/85, Judgment 24 April 1990; *Huvig v. France*, application no. 11105/84, Judgment 24 April 1990.

22 *Mersch v Luxembourg*, 1983.

23 Nije neophodno da se navede enumerativna lista dela – *Kennedy v UK*, 2010.

24 *Kopp v Switzerland*, *Niedbala v Poland*, *Liberty and others v UK*.

25 *Copland v UK*, 2007.

26 *Khan v UK*, videti fusnotu 16.

27 *Bykov v Russia*, 2009, GC.

28 *P. G. and J. H. v. The United Kingdom*, application no. 44787/98, Judgment 25 September 2001.

zakonski osnov za snimanje, utvrđeno je da mešanje u privatnost nije bilo u skladu sa zakonom. U predmetu *Uzun protiv Nemačke*²⁹ Sud nije u nadzoru GPS-a (satelitskom navigacijom) našao kršenje člana 8 Konvencije. Smatrao je da je reč o manjem mešanju u privatnost, jer GPS prati kretanje na javnim mestima, a mera je bila i neophodna i zakonita.

Vrlo su interesantni i slučajevi tajnog nadzora koji vrše nedržavna tela. U slučaju *Kepke protiv Nemačke*³⁰ predstavku je podnela radnica na kasi u supermarketu, koju je poslodavac sumnjičio da ga potkrada. S obzirom na to da je nadzor vršila privatna kompanija, važile su pozitivne obaveze države, ali je Sud zaključio da one ne uključuju i obezbeđivanje posebnog zakonodavnog okvira za postupanje u ovim situacijama. Sud je ocenio da su u pitanju pravo na privatnost lica i zaštita od arbitrarnog mešanja. Međutim, u konkretnom slučaju Sud je našao da je reč o meri koja je bila vremenski i prostorno ograničena i preduzeta radi konkretnog cilja – zaštite imovinskih prava kompanije. Sud je zaključio da su domaći sudovi cenili konkurentne interese i da država nije prešla „granicu slobodne procene“ (*margin of appreciation*) u konkretnom slučaju. Sud je, međutim, poručio da ocena o suprotstavljenim interesima u budućim slučajevima može imati drugačiju težinu, imajući posebno u vidu „obim i kome su mešanja u privatne živote moguća zahvaljujući novim i sve sofisticiranijim tehnologijama“.

2.2.2 Prikupljanje, pohranjivanje i objavljivanje podataka

Prikupljanje informacija/podataka o pojedincima koje vrše državni zvaničnici bez pristanka tih pojedinaca predstavlja mešanje u njihove privatne živote, kao što će mešanje predstavljati i upotreba tih podataka u postupcima pred sudom. Jedan od načina prikupljanja informacija uključuje i primenu tajnih mera, kao što je čuvanje tajnih fajlova. Mešanje u privatnost može postojati čak i onda kada se u fajlovima/dosijeima čuvaju podaci o „javnim“ aktivnostima, kao što su članstvo u organizacijama ili učestvovanje u politici. Nije uvek jednostavno povući jasnu liniju između „privatnih“ i „javnih“ aktivnosti. Međutim, Evropski sud za ljudska prava rekao je da i „javne“ informacije/podaci mogu spadati u privatni život ako su sistematski prikupljeni i skladišteni u fajlove državnih vlasti (*Rotaru protiv Rumunije* 2000, paragraf 43). Mešanje u privatni život može, takođe, proisteci iz policijske primene tajnih mera, kao što su pravljenje zvaničnih dosijea/fajlova (*official censuses*) i prikupljanje i držanje otisaka prstiju, fotografija ili genetskog materijala (*S. i Marper protiv Ujedinjenog Kraljevstva*).³¹

U slučaju *Leander*³² Evropski sud je doneo odluku da skladištenje informacija potencijalno otvara prostor za kršenje prava na privatni život iako u tom konkretnom slučaju povreda nije utvrđena.

Međutim, u slučaju *Turek*³³ utvrđeno je da nedostaju sredstva obezbeđenja prava na privatnost. Podnosilac predstavke izgubio je posao kada nije prošao sigurnosnu proveru predviđenu zakonom o lustraciji (zakon se odnosio na lica koja su bila povezana sa službom državne bezbednosti tokom

29 *Uzun v. Germany*, application no. 35623/05, Judgment 2 September 2010.

30 *Köpke v. Germany*, application no. 420/07, decision 5 October 2010.

31 Videti više u: White, Jacobs & Ovey. *The European Convention on Human Rights*. Oxford University Press, Sixth Edition, 2014: 377.

32 *Leander v. Sweden*, application no. 9248/81, Judgment 26 March 1987.

33 *Turek v. Slovakia*, application no. 57986/00, Judgment 14 February 2006.

komunističkog režima). Sud je ustanovio da je došlo do povrede člana 8, jer nije bilo dovoljno sredstava zaštite koja bi podnosiocu omogućila da obezbedi efikasnu zaštitu svojih prava na privatnost.³⁴

U predmetu *Rotaru*³⁵ predstavku je podneo rumunski advokat, koji se žalio na to što je služba bezbednosti čuvala informacije o njemu koje su se odnosile ne događaje od pre 50 godina i što nije bilo postupka u kome je on mogao da opovrgne te informacije. Taj sistem je bio zasnovan na rumunskom zakonu, ali nije bio ispunjen zahtev predvidljivosti. Zakon nije ograničavao državu da prikuplja i čuva podatke, pa nije postojala procedura koja bi licu omogućila da proveri informaciju koja se na njega odnosi, da utvrdi njenu prirodu ili da traži da se ona ispravi. Sud je smatrao da je domaće zakonodavstvo propustilo da razumno precizno predvidi obim i način vršenja nadležnosti države, te mešanje u privatni život podnosioca nije bilo u skladu sa zakonom i rezultiralo je kršenjem člana 8 Konvencije.

Evropski sud za ljudska prava raspravljao je u predmetu *Gardel protiv Francuske*³⁶ o evidentiranju podnosioca predstavlke u Registru seksualnih prestupnika nakon što je bio osuđen na zatvorsku kaznu u trajanju od petnaest godina zbog silovanja maloletnika. Sud je zauzeo stav da su sredstva zaštite potrebna tamo gde je reč o automatskom procesiranju ličnih podataka, bez obzira na to što se ti podaci koriste za policijske svrhe, odnosno pogotovo ako se tako koriste. Sredstva zaštite bi trebalo da obezbede da lični podaci budu relevantni i da ne budu prekomerni u odnosu na svrhu zbog koje se čuvaju: da se čuvaju u formi koja će omogućavati identifikaciju samo onih informacija zbog kojih se podaci čuvaju/skladište i da budu pružene adekvatne garancije da su čuvani podaci zaštićeni od zloupotreba. Sud je bio zadovoljan time što su mere zaštite postojale i što su domaće vlasti postigle pravičan balans između suprotstavljenih privatnih i javnih interesa.

Vremenski neograničeno držanje DNK uzoraka i otisaka prstiju predstavljalo je u Velikoj Britaniji problem u slučaju *S. i Marper*.³⁷ Maloletnom S. i gospodinu Marperu vlasti su uzeli uzorke DNK i otiske prstiju. S. je bio oslobođen svih optužbi, dok je slučaj protiv Marpera obustavljen iz procesnih razloga. Prema engleskom pravu, međutim, uzorci DNK i otisci prstiju čuvaju se u zvaničnim registrima uprkos zahtevima podnosilaca da budu uništeni. Podnosioci predstavlke tvrdili su da to predstavlja kršenje prava na privatnost. Sud smatra da držanje uzoraka DNK predstavlja teži udar na privatni život od zadržavanja otisaka prstiju, ali da i jedno i drugo predstavlja mešanje u privatni život podnosilaca predstavlke. Takođe, imao je određene rezerve kada je reč o kvalitetu samog zakonskog teksta, ali nije doneo formalni zaključak o tome. Prihvatio je argumente da je ovde reč o prevenciji kriminaliteta i da ona predstavlja legitimni interes. Zatim je analizirao stanje u drugim državama članicama Konvencije i utvrdio da se u najvećem broju država u sličnim situacijama materijal može čuvati ograničeni vremenski period. To nije bio slučaj u Ujedinjenom Kraljevstvu, koje je bilo jedina država u kojoj su ovi podaci mogli biti zadržani neograničeno. Sud nije bio impresioniran argumentom tužene države da je ona bila najnaprednija u profilisanju/čuvanju podataka DNK – upotrebi podataka DNK. Ovde je postojala pretnja da određena lica time mogu biti žigosana, što je posebno bilo neprihvatljivo kada je reč o maloletnicima. Sud je stoga ustanovio da nije uspostavljen pravičan balans suprotstavljenih interesa, te je Veliko veće Suda jednoglasno utvrdilo da je došlo do povrede člana 8 Konvencije.

34 Videti: White, Jacobs & Ovey. 2014: 378.

35 *Rotaru v. Romania*, application no. 28341/95, Judgment 4 May 2000.

36 *Gardel v. France*, application no. 16428/05, Judgment 17 December 2009

37 Videti: White, Jacobs & Ovey. 2014: 379.

Postupanje Suda je u skladu sa Opštim komentaron br. 16 Komiteta Ujedinjenih nacija za ljudska prava, koji se odnosi na član 17 Međunarodnog pakta o građanskim i političkim pravima. U njemu stoji i sledeće:

„10. Prikupljanje i držanje ličnih podataka na računarima, u bazama podataka i drugim uređajima, bilo da to čine javne vlasti bilo privatne osobe ili tela, mora biti regulisano zakonom. Države moraju preduzeti efikasne mere kako bi osigurale da informacije o privatnom životu nekog lica ne dođu u ruke osoba koje nisu zakonom ovlašćene da ih primaju, obrađuju i koriste, te da se te informacije nikada ne koristi za svrhe koje nisu u skladu sa Paktom o građanskim i političkim pravima. Da bi imao najefikasniju zaštitu svog privatnog života, svaki pojedinac treba da ima pravo da u jasnoj formi sazna da li se lični podaci pohranjuju u automatskim bazama podataka i, ako se pohranjuju, o kojim podacima je reč i u koje svrhe se to čini. Svaki pojedinac bi, takođe, trebalo da bude u stanju da utvrdi koji organi javne vlasti ili koja privatna lica ili tela kontrolišu ili mogu da kontrolišu njihove podatke. Ako takvi podaci/datoteke sadrže netačne lične podatke ili su oni prikupljeni ili obrađeni protivno odredbama zakona, svaki pojedinac treba da ima pravo da zatraži njihovu ispravku ili brisanje.”

3. Zakonski okvir i praksa u Srbiji

Pravo na privatnost nije eksplicitno navedeno u tekstu Ustava Republike Srbije, ali uprkos tome smatramo da naš Ustav jemči i ovo pravo, i to na osnovu odredbe iz člana 18, stav 2, po kojoj se *Ustavom jemče, i kao takva, neposredno se primenjuju ljudska i manjinska prava zajemčena opšteprihvaćenim pravilima međunarodnog prava, potvrđenim međunarodnim ugovorima i zakonima*. S obzirom na činjenicu da je Srbija članica Saveta Evrope i potpisnica Evropske konvencije o ljudskim pravima, nesporno je da se Ustavom jemči i pravo na privatni i porodični život iz člana 8 Konvencije.

U tekstu Ustava garantovana su prava koja se izvode iz prava na privatnost, i to: pravo na nepovredivost stana (čl. 40), pravo na tajnost pisama i drugih sredstava opštenja (čl. 41), i pravo na zaštitu podataka o ličnosti (čl. 42).

Stan je nepovrediv i u njega se mimo volje njegovog držaoca može ući samo uz pismenu odluku suda, a samo izuzetno i bez odluke suda ukoliko je to neophodno radi neposrednog lišenja slobode učinioca krivičnog dela ili radi otklanjanja neposredne i ozbiljne opasnosti za ljude ili imovinu, na način predviđen zakonom.

Tajnost pisama i drugih sredstava komuniciranja je nepovrediva, a odstupanja od ovog pravila dozvoljena su samo na određeno vreme i na osnovu odluke suda.

Konačno, članom 42 Ustava zajemčena je zaštita podataka o ličnosti, a prikupljanje, držanje, obrada i korišćenje podataka o ličnosti uređuju se zakonom.

Odstupanja od nepovredivosti stana i komunikacije dozvoljena su samo ako ih je odredio sud, i to u skladu sa zakonom.

Uprkos navedenim odredbama Ustava, rešenja koja su sadržana u relevantnim zakonima bila su prethodnih godina predmet ne samo brojnih polemika već i ocene Ustavnog suda Republike Srbije.

Ustavni sud je odlukom IUz-1218/10 od 19. aprila 2012. godine utvrdio da su neustavne odredbe Zakona o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji, koje su predviđale da direktor Vojnobezbednosne agencije (VBA) može odrediti primenu posebnih mera nadzora i prikupljanja podataka bez prethodne odluke suda. Narodna skupština je reagovala na odluku Ustavnog suda i 2013. godine usvojila Zakon o izmenama i dopunama Zakona o VBA i VOA, kojim je predviđeno da je za primenu mera neophodna odluka nadležnog višeg suda.³⁸

Pred Ustavnim sudom našle su se i relevantne odredbe Zakonika o krivičnom postupku i Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, a Narodna skupština je reagovala time što je usvojila izmene i dopune ovih zakona³⁹.

38 Videti član 13a Zakona, Sl. glasnik 17/13.

39 „Zakon o izmenama i dopunama Zakonika o krivičnom postupku, ” Sl. glasnik br. 55/2014; „Zakon o izmenama i dopunama Zakona o Bezbednosno-informativnoj agenciji, ” Sl. glasnik br. 66/2014.

Posle navedenih intervencija Ustavnog suda i zakonodavca, relevantni zakonski propisi formalno su usklađeni sa Ustavom.

3.1 POSEBNE DOKAZNE RADNJE

Zakonik o krivičnom postupku⁴⁰ predviđa primenu posebnih dokaznih radnji, u koje spadaju: tajni nadzor komunikacije, tajno praćenje i snimanje, zaključivanje simulovanih poslova, računarsko pretraživanje podataka, korišćenje kontrolisane isporuke i prikriivenog islednika.⁴¹

Nije teško zaključiti da se posebnim dokaznim radnjama, a pre svih preduzimanjem tajnog nadzora komunikacije, tajnog praćenja i snimanja, te računarskog pretraživanja podataka, može značajno narušiti privatnost lica prema kojima se te mere preduzimaju, ali i lica koja sa nadziranim licima dolaze u kontakt.

Uslovi za određivanje mera predviđeni su odredbama iz čl. 161–165 ZKP-a i formalno su usklađeni sa uslovima uspostavljenim u praksi Evropskog suda za ljudska prava. Prema njima, zakonom mora biti jasno predviđen krug lica prema kojima se mogu primeniti mere, zatim jasno određena vremenska granica trajanja mera, te evidentiranje i kontrola mera, kao i razlozi za brisanje i uništavanje materijala prikupljenog primenom mera (*Huvig i Kruslin protiv Francuske*, 24. april 1990). Tako su u članu 161 ZKP-a predviđeni opšti uslovi za određivanje mera, dok su u članu 162 navedena dela u odnosu na koja se mere mogu odrediti. Postupanje sa prikupljenim materijalom predmet je člana 163. Odredbe iz člana 164 odnose se na slučajni nalaz, dok se odredbe iz člana 165 odnose na tajnost podataka.

Materijalni uslov za određivanje mera predstavlja postojanje osnova sumnje da je određeno lice učinilo neko od krivičnih dela navedenih u članu 162 ZKP-a (krivična dela za koja postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti i teška krivična dela). Da bi mere bile primenjene, potrebno je i da nema mogućnosti da se dokazi prikupe na drugi način ili da je prikupljanje dokaza znatno otežano.

To što je reč o krivičnom delu iz člana 162 ZKP-a, dakle, nije samo po sebi dovoljan uslov za određivanje posebnih dokaznih radnji, jer se tom prilikom mora voditi računa i o **načelu supsidijarnosti**. To znači da njihova primena dolazi u obzir samo ako se blažim merama ne može ostvariti željeni cilj.

Mere se samo izuzetno mogu primeniti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da **priprema** neko od krivičnih dela iz člana 162 ZKP-a. Stav sudske prakse do donošenja novog ZKP-a 2011. godine bio je da se u odsustvu izričite zakonske norme posebne dokazne radnje mogu odrediti samo za krivična dela koja su već učinjena, a ne i za ona koja će biti učinjene u budućnosti.⁴² Zakonodavac je stoga intervenisao i u novi zakonik uneo eksplicitinu zakonsku normu, kojom se omogućava primerna mera u fazi pripreme krivičnih dela. Ovakvo rešenje u saglasnosti je sa praksom Evropskog suda za

40 *Službeni glasnik br. 72/2011*

41 Videti čl. 161–173 ZKP-a.

42 Vrhovni sud Srbije, Kž. 1200/05 od 24. novembra 2005; Vrhovni sud Srbije, Kž. 1388/07 od 25. septembra 2007; Videti: Ilić, G. P.; Majić, M.; Beljanski, S. i A. Trešnjev. Komentar Zakonika o krivičnom postupku. Beograd: Službeni glasnik, 2012: 385.

ljudska prava, prema kojoj mere čiji je cilj „prevencija zločina“ u određenim okolnostima *jesu nužne u demokratskom društvu*.⁴³

Pored načela supsidijarnosti, tokom primene posebnih dokaznih radnji mora se poštovati i načelo srazmernosti, koje u osnovi podrazumeva procenu stepena zadiranja u prava pojedinca, s jedne, i težinu stvarno ili pretpostavljeno izvršenog ili očekivanog krivičnog dela, sa druge strane. Tako će sud prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji posebno proceniti da li je isti rezultat mogao biti postignut na način kojim se manje ograničavaju prava građana.

Iz navedenih odredaba ZKP-a vidi se intencija zakonodavca da se primena posebnih dokaznih radnji svede na njihovu primenu u izuzetnim slučajevima, da se ove mere ne primenjuju ako se isti cilj može postići redovnim dokaznim radnjama, da se one što kraće primenjuju, te da se i prilikom izbora posebnih dokaznih radnji bira ona kojom se najmanje ograničavaju prava građana. Postavlja se, međutim, pitanje da li ove zakonske formulacije predstavljaju dovoljno jemstvo da bi sve to bilo postignuto u praksi.

Ukoliko javni tužilac ne pokrene krivični postupak u roku od šest meseci nakon što se upoznao sa prikupljenim materijalom ili nakon što izjavi da materijal neće koristiti u postupku, odnosno da protiv osumnjičenog neće zahtevati vođenje postupka, prikupljeni materijal mora se uništiti. Sudija za prethodni postupak **može** lice prema kojem je sprovedena mera obavestiti da je doneto rešenje o uništenju prikupljenog materijala. Dakle, sudija može obavestiti lice, ali nije u obavezi da to učini. Uslov za obaveštavanje je, bez svake sumnje, to da bude utvrđena istovetnost lica koje je bilo podvrgnuto merama. Pored toga, potrebno je i da sudija oceni da takvo postupanje ne bi ugrozilo mogućnost vođenja krivičnog postupka, što predstavlja posebno pitanje – *questio facti* – u svakoj konkretnoj situaciji.⁴⁴

Čini se da je ovo jedna od slabih tačaka sistema primene mera. Najbolje rešenje pod ovim okolnostima bilo bi da se zakonski propisi u ovom segmentu sprovedu i da se svi prikupljeni materijali bez izuzetka uništavaju. Ovakav pristup zasniva se na poverenju u sistem i postupajuće državne organe, ali se ne može objektivno i pouzdano proveriti. Razumno je pretpostaviti da najveći broj lica koja su podvrgnuta ovim merama, a protiv kojih neće biti pokrenut krivični postupak, nikada neće saznati da su bila predmet primene mera, te tako neće biti u prilici da sami traže podatak o tome šta se dogodilo sa prikupljenim materijalom. To opet znači da niko izvan sistema, uslovno rečeno, neće moći da postavi pitanje sudbine prikupljenih materijala.

Postupanje protivno zakonskoj odredbi ili naredbi organa postupka čini određeni materijal nezakonitim, pa se na njemu ne može zasnivati sudska odluka. Nesporno je da materijal koji je prikupljen bez naredbe suda neće moći da bude korišćen u krivičnom postupku. Manje je, međutim, jasno da li se materijal koji jeste bio prikupljen po naredbi suda, ali nije uništen iako su bili ispunjeni zakonski uslovi, može ili ne može koristiti u sudskom postupku. Pretpostavimo sledeći hipotetički slučaj: gospodin A. je podvrgnut merama zbog sumnje da trguje drogom. Prikupljeni materijal ne potvrđuje pretpostavke da se A. bavi prodajom droge, ali pokazuje da ima loš odnos prema supruzi koju verbalno maltretira, vređa, ponižava, a neretko i fizički zlostavlja. Mere se, međutim, ne mogu primeniti za

43 *Lüdi v Switzerland*, 12433/86, 15. jun 1992, para. 39.

44 Ilić, G. P.; Majić, M.; Beljanski, S. i A. Trešnjev. 2012: 390.

krivično delo *nasilja u porodici*. Godinu dana nakon prestanka mera supruga gospodina A. pretrpela je smrtonosne povrede, a A. je osumnjičen za njeno ubistvo. Materijal prikupljen primenom posebnih dokaznih radnji trebalo je da *ex lege* bude uništen, ali se to nije dogodilo, pa je i dalje u rukama nadležnih organa. Posebne dokazne radnje ne mogu se koristiti u postupku koji se vodi za krivično delo *nasilja u porodici*, ali se mogu koristiti u postupku koji se vodi za *teško ubistvo*. Materijal protiv A. prikupljen je u skladu sa zakonom i po naredbi sudije za prethodni postupak. Postavlja se pitanje da li se ovaj materijal može ili ne može koristiti u postupku koji se vodi za teško ubistvo. Ističemo i to da se slučajni nalaz o novootkrivenom delu ili učiniocu u postupku može koristiti samo ako se odnosi na krivično delo iz čl. 162 ZKP-a. Pitanje je da li se naš hipotetički slučaj može poistovetiti sa situacijom slučajnog nalaza.

S obzirom na činjenicu da je reč o podacima kojima mora biti obezbeđena tajnost, o ovim slučajevima se vodi poseban zapisnik, u koji se unose predlozi za određivanje posebnih dokaznih radnji i odluka o tom predlogu. Spis se stavlja u poseban omot, sa naznakom da je reč o posebnoj dokaznoj radnji i sa oznakom stepena tajnosti.

3.1.1 Tajni nadzor komunikacije

Tajni nadzor komunikacije obuhvata nadzor komunikacije koja se obavlja telefonom ili drugim tehničkim sredstvima, nadzor elektronske i obične pošte i zaplenu mejlova, pisama i drugih pošiljki, kao i pribavljanje listinga telefonskih razgovora⁴⁵.

Naredbu o tajnom nadzoru komunikacije donosi sudija za prethodni postupak.⁴⁶ Ona se donosi samo kada se usvaja predlog javnog tužioca. Ukoliko sudija za prethodni postupak odbija predlog, to čini u formi posebnog rešenja, protiv kojeg je dozvoljeno ulaganje žalbe vanraspravnom veću.⁴⁷

Mera se može odrediti najduže na period od tri meseca, s tim što se može dodatno produžiti za još tri meseca. U slučajevima organizovanog kriminala i ratnih zločina mera se može produžiti još dva puta, i to u trajanju od po tri meseca.

Problem može nastati prilikom produžavanja mera protiv istog lica jer se podnose novi zahtevi za primenu mera, koji se formalno odnose na različite predmete. Hipotetički primer bio bi zahtev da se primene mere u vezi sa jednom potencijalnom isporukom oružja, a nakon isteka trajanja prvobitno određenih mera u vezi sa drugom potencijalnom isporukom oružja, koja predstavlja poseban predmet itd. S jedne strane, čini se legitimnim da se pretpostavljeni trgovac oružja opservira i prati, ali se, sa druge strane, ne može prenebregnuti ni činjenica da se organima gonjenja ovim praktično dozvoljavaju tzv. „pecaroški izleti“ (*fishing expeditions*). Čini se, takođe, da prihvatanje ove mogućnosti umnogome lišava smisla odredbe o trajanju mere.

45 *Copland protiv UK*, 2007; Ustavni sud, IUz-1218/2010 od 19. pril 2012. i IUz-1245/2010 d 13. jun 2013.

46 Naredba sadrži: raspoložive podatke o licu prema kome je određen nadzor, krivično delo, telefonski broj ili adresu koji će se nadzirati, razloge koji opravdavaju primenu mere, način sprovođenja mere, kao i trajanje mere.

47 Videti: Rešenje Višeg suda u Beogradu Kv.Po1 777/13 od 31. oktobra 2013. godine; Rešenje sudije za prethodni postupak Višeg suda u Beogradu KPP. Pov br.62/13 od 21. oktobra 2013. godine; Rešenje Višeg suda u Beogradu Kv. Po1 br.24/12 od 24. januara 2014. godine; Rešenje sudije za prethodni postupak Višeg suda u Beogradu Kpp. Pov2 br. 7/14 od 21. januara 2014. godine.

Meru tajnog nadzora komunikacije izvršava policija, Bezbednosno-informativna agencija (BIA) ili Vojnobezbednosna agencija (VBA), i to po pravilu posredstvom poštanskih, telegrafskih i drugih preduzeća i lica registrovanih za prenošenje informacija. Ukoliko sudija za prethodni postupak ili javni tužilac to zahtevaju, organ koji sprovodi tajni nadzor komunikacije dostavljaće im dnevne izveštaje.

U toku nadzora može biti potrebno da nadzor bude proširen na komunikacije i na novootkriveni telefonski broj ili adresu. Proširenje će preduzeti državni organ koji izvršava naredbu o tajnom nadzoru komunikacije, uz obavezu da o tome odmah obavesti javnog tužioca. Ako javni tužilac smatra da je proširenje tajnog nadzora komunikacije neophodno, odmah će podneti predlog sudiji za prethodni postupak da odobri proširenje. Odluka o predlogu donosi se u roku od 48 sati od prijema predloga, a sudija za prethodni postupak o tome sastavlja belešku u zapisniku. Ako usvoji predlog za proširenje tajnog nadzora komunikacije, sudija za prethodni postupak proširuje naredbu o tajnom nadzoru na novi telefonski broj ili adresu osumnjičenog.

U ovom delu je interesantna i sudska praksa, prema kojoj se dozvola za tajni nadzor komunikacije ne može dati u odnosu na IMEI⁴⁸ broj, kojim se individualizuje mobilni telefon i preko koga se može pratiti svaka komunikacija ostvarena upotrebom tog aparata, bez obzira na promenu sim kartica u njemu. Sudovi su zauzeli jasan stav da se dozvola za korišćenje može tražiti samo za određeni telefonski broj. Ukoliko se u toku sprovođenja tajnog nadzora komunikacije dođe do saznanja da osumnjičeni koristi drugi telefonski broj, državni organ koji sprovodi meru proširiće tajni nadzor komunikacije i na taj telefonski broj i o tome će odmah obavestiti javnog tužioca, koji će odmah podneti predlog za naknadno odbrenje proširenja tajnog nadzora komunikacije u smislu člana 169 ZKP-a.⁴⁹

Organ koji je sprovodio nadzor dužan je da sudiji za prethodni postupak dostavi: snimke komunikacije, pisma i druge pošiljke, kao i poseban izveštaj u kome će navesti: vreme početka i završetka radnje, podatke o službenom licu koje je sprovelo posebnu dokaznu radnju, opis primenjenih tehničkih sredstava, te broj i raspoložive podatke o licima koja su bila obuhvaćena nadzorom. Sudija za prethodni postupak – sačinjava zapisnik u slučaju otvaranja materijala i dostavlja materijal javnom tužiocu.

Ukoliko se snimak pribavi protivno odredbama o tajnom nadzoru komunikacije, taj materijal izdvaja se iz spisa.

3.1.2 Tajno praćenje i snimanje

Da bi ova mera bila sprovedena, potrebno je da, pored opštih uslova iz čl. 161, st. 1 i 2 ZKP-a, budu ispunjeni i posebni, dodatni uslovi: 1) da postoji potreba da se otkriju kontakti ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen ili u prostorijama; 2) da postoji potreba da se utvrdi istovetnosti ili locira lice s kojim se osumnjičeni sastaje, 3) da postoji potreba tajnog praćenja, snimanja i lociranja stvari.

48 IMEI - *International Mobile Equipment Identity*.

49 Rešenje Višeg suda u Beogradu Kv Po1 319/14 od 25. juna 2014. godine; Rešenje sudije za prethodni postupak Višeg suda u Beogradu KPP. Pov2 92/14 od 18. juna 2014. godine.

Za preduzimanje mere tajnog praćenja i snimanja mora postojati mogućnost tajnog praćenja i snimanja na mestu, u prostoriji, odnosno u prevoznom sredstvu drugog lica, kao i da postoji verovatnoća da će osumnjičeni biti prisutan na tom mestu ili u prostoriji, odnosno da koristi to prevozno sredstvo.

Mera se preduzima na osnovu naredbe sudije za prethodni postupak, koja sadrži: podatke o osumnjičenom, zakonski naziv krivičnog dela, razloge za preduzimanje mere, označenje mesta, prevoznog sredstva i prostorije, verovatnoću da će se osumnjičeni naći na mestu, u prostoriji ili u prevoznom sredstvu, ovlašćenje za ulazak i postavljanje tehničkih uređaja za snimanje, kao i trajanje mere.

Meru tajnog praćenja i snimanja sprovode policija, BIA ili VBA.

3.1.3 Kompjutersko pretraživanje podataka

Ova mera podrazumeva kompjutersko pretraživanje već obrađenih ličnih i drugih podataka sadržanih u evidencijama koje vode različiti organi, organizacije i ustanove, te njihovo upoređivanje s podacima koji se nalaze u policijskim bazama podataka, a odnose se na izvršena krivična dela određene vrste, na određena osumnjičena lica ili na određene karakteristike koje su uočene prilikom izvršenja krivičnog dela.

U ove podatke spadaju podaci o: prelasku granice, telefonskim razgovorima, potrošnji (vode, struje, gasa), osiguranju života i imovine, prihodima, plaćenom porezu, kretanju novca na bankovnim računima, promeni adrese, medicinski tretiranim povredama, medicinskim terapijama ili dijagnozama, završenim školama, turističkim putovanjima, hotelskim računima, kupljenim i prodanim automobilima, saobraćajnim prekršajima, sudskim postupcima, pozivima za policijsku intervenciju, dozvolama za držanje oružja, obavljanju službe u posebnim vojnim i policijskim jedinicama, dobijenim dozvolama za upravljanje prevoznim sredstvima.

Za određivanje mere neophodno je da budu ispunjeni materijalni uslovi iz čl. 161, st. 1 i 2 ZKP-a, kao i da postoji obrazloženi predlog nadležnog javnog tužioca za preduzimanje mere. Mera se određuje naredbom sudije za prethodni postupak i može trajati tri meseca, kao i biti produžena najviše dva puta po tri meseca. Naredbu sprovode policija, BIA, VBA, carinska, poreska ili druga služba ili drugi državni organ, odnosno pravno lice koje na osnovu zakona vrši javna ovlašćenja. Organi koji sprovode meru izveštaj dostavljaju sudiji za prethodni postupak, a sudija ga dostavlja postupajućem javnom tužiocu.

Nakon odluke Ustavnog suda IUz-1245/2010 od 13. juna 2013. godine, sudska praksa je u posebnoj dokaznoj radnji računarskog pretraživanja podataka pronašla osnov za pribavljanje listinga i tzv. zadržanih podataka. Tako je Viši sud u Beogradu zauzeo stav da se pod podacima koji se mogu računarski pretraživati smatraju i evidencije o ostvarenoj telefonskoj komunikaciji, korišćenim baznim stanicama i mestima sa kojih se komunikacija obavlja, te istakao i sledeće:

„Krivično vanpretresno veće nalazi da u konkretnom slučaju, a u skladu sa odredbom člana 41 Ustava Republike Srbije, jedino sud, odnosno u konkretnom slučaju sudija za prethodni postupak je funkcionalno ovlašćen da zahteva dostavljanje zadržanih podataka, pri čemu u konkretnom slučaju nije od značaja to što se zadržani podaci ne odnose na sadržaj komunikacije, već se radi o njenim formalnim obeležjima, kojima se otkriva vrsta, izvor i određite komunikacije, vreme njenog trajanja i terminalna oprema korisnika komunikacije, koji kao takvi

upravo potpadaju pod ustavnom zaštitom nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja koje su proklamovane u pomenutoj odredbi člana 41 Ustava Republike Srbije. Takođe, pored navedenog, krivično vanpretresno veće je stanovišta da podaci koji se navode u predlogu Tužilaštva za organizovani kriminal predstavljaju podatke u odnosu na koje postoje obaveze zadržavanja a u skladu sa odredbama člana 128 i 129 Zakona o elektronskim komunikacijama, i koji se kao takvi nalaze u posebnim bazama podataka telekomunikacionih operatera, odnosno koji su pohranjeni u terminalnoj opremi pretplatnika ili korisnika, iz kog razloga upravo predstavljaju podatke za čije je računarsko pretraživanje nadležan da odluku donese jedino sud, a u skladu sa već pomenutim odredbama člana 178 i 180 ZKP.”⁵⁰

U skladu sa odredbom iz člana 128 Zakona o elektronskim komunikacijama, operater je dužan da zadrži podatke o elektronskim komunikacijama⁵¹ i da ih čuva 12 meseci od dana obavljene komunikacije. Operater je prema čl. 130, st. 1, tač. 4 navedenog Zakona dužan da, kako bi zaštitio zadržane podatke, naročito obezbedi to da se zadržani podaci unište nakon isteka roka od 12 meseci, s tim što se ovo ne odnosi na podatke koji su već dostavljeni na osnovu odluke suda (a da ostavljaju se na određeno vreme i na osnovu odluke suda ako je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili radi zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom).

Ovde se nameće pitanje procesnog statusa zadržanih podataka koji nisu uništeni protekom roka od 12 meseci, tokom kog nije bilo odluke suda za njihovo dostavljanje. Postavlja se pitanje šta dakle treba raditi sa listinzima telefonskih razgovora, koji su po samom zakonu morali biti uništeni, ali zakon nije primenjen i oni i dalje postoje i sadrže relevantne podatke za konkretan krivični postupak. Zastupamo stav da bi takvi listinzi trebalo da budu smatrani uništenim i nepostojećim i da se ne bi smeli izvoditi kao dokaz u krivičnom postupku. Suprotan pristup bi u potpunosti obesmislio suštinu garancija sadržanih u Zakonu. Ovaj stav je u skladu sa nedavnom odlukom Apelacionog suda u Beogradu⁵², u kojoj eksplicitno stoji i sledeće:

„41. Evidentno je stoga da su podaci koje je sud naknadno zahtevao, u momentu zahtevanja njihovog dostavljanja već morali biti uništeni od strane operatera. Odredba o obavezi uništavanja ovih podataka nakon zakonom previđenog roka, takođe je prema shvatanju Apelacionog suda od posebnog značaja. Ograničavanje roka čuvanja i obaveza uništavanja podataka predviđeni su u cilju zaštite privatnosti i tajnosti ovih podataka i sprečavanju njihovog neograničenog čuvanja i mogućeg korišćenja što bi svakako ovakvu zaštitu dovelo u pitanje. Stoga bi i njihovo pribavljanje, čak i kada je reč o zahtevu suda nakon proteka roka u kojem su ovi morali biti uništeni, bilo suprotno pre svega odredbi člana 16 stav 1 ZKP u kojoj se izričito navodi da se sudske odluke ne mogu zasnivati na dokazima koji su neposredno ili posredno, sami po sebi ili prema načinu pribavljanja u suprotnosti sa Ustavom, ovim zakonikom, drugim zakonikom, ili opšte prihvaćenim pravilima međunarodnog prava i potvrđenim međunarodnim ugovorima, osim u postupku koji se vodi zbog pribavljanja takvih dokaza.

50 Rešenje Višeg suda u Beogradu Kv.Po1 br. 601/13 od 13. avgusta 2013. godine.

51 Podaci potrebni za: 1) praćenje i utvrđivanje izvora komunikacije; 2) utvrđivanje odredišta komunikacije; 3) utvrđivanje početka, trajanja i završetka komunikacije; 4) utvrđivanje vrste komunikacije; 5) identifikaciju terminalne opreme korisnika; 6) utvrđivanje lokacije mobilne terminalne opreme korisnika.

52 Apelacioni sud u Beogradu, presuda KŽ1 767/2014 od 26.03.2015. godine.

42. **U tom smislu prema shvatanju Apelacionog suda pribavljanje dokaza o obavljenim komunikacijama nakon proteka roka u kojem su ovim morali biti uništeni, čak i kada je reč o zahtevu suda, ne može se smatrati zakonito pribavljenim dokazom (...)."**

S obzirom na činjenicu da je Srbija kandidat za učlanjenje u Evropsku uniju, u obzir bi morali da uzmemo i dešavanja u EU povodom zadržavanja podataka. Ovo pogotovo jer je Evropski sud pravde u Luksemburgu nedavno oborio Direktivu EU o zadržavanju podataka.⁵³

3.2 VEZA SPROVOĐENJA MERA NADZORA SA SLOBODOM IZRAŽAVANJA

Evropski sud za ljudska prava doneo je 2013. godine presudu kojom je utvrdio da je Republika Srbija povredila član 10 Evropske konvencije zbog toga što je Bezbednosno-informativna agencija odbila da podnosiocu predstavke dostavi informaciju o tome koliko je ljudi ta agencija elektronski nadzirala tokom 2005. godine.⁵⁴

Sud je istakao da je „podnosilac predstavke angažovan na zakonitom prikupljanju informacija od javnog interesa sa namerom da te informacije saopšti javnosti i time doprinese javnoj debati, i da je tom prilikom došlo do mešanja u njegovo pravo na slobodu izražavanja“. Dodao je, takođe, da „vršenje slobode izražavanja može biti predmet ograničenja, ali sva takva ograničenja bi trebala da budu u skladu sa domaćim pravom. Sud smatra da ograničenja koja je u predmetnom slučaju odredila BIA nisu ispunila taj kriterijum“.

Tuženoj je naloženo da u roku od tri meseca dostavi podnosiocu predstavke tražene informacije.

Sud je smatrao da, s obzirom na stav u vezi sa članom 10 Konvencije, nije neophodno da se razmatra dopuštenost ili osnovanost iste pritužbe prema članu 6 Konvencije. Pitanje eventualne povrede člana 8 Konvencije nije postavljeno u predstavi.

Prema zahtevu Inicijative mladih za ljudska prava, koji se odnosi na broj lica koja su bila podvrgnuta elektronskim merama tokom 2014. godine, Bezbednosno-informativna agencija je u maju 2015. godine dostavila podnosiocu zahteva podatak da je tokom 2014. godine na osnovu naredbe Višeg suda u Beogradu primenila posebne mere tajnog prikupljanja podataka prema 168 fizičkih i dva pravna lica.⁵⁵

53 Court of Justice of the EU, Judgment in Joined Cases C-293/12 and C-594/12 (*Digital Rights Ireland and Seiltinger and Others*), 8 April 2014.

54 „Inicijativa mladih za ljudska prava“ protiv Srbije, predstavka br. 48135/06, presuda od 25. juna 2013. godine.

55 Videti: <<http://www.dnevnik.rs/hronika/bia-u-2014-godini-168-fizickih-lica-na-posebnim-merama>>.

4. Zaključna razmatranja

Pod uticajem odluka Evropskog suda za ljudska prava i delovanjem Saveta Evrope i Evropske unije, u Evropi je prisutna tendencija ujednačavanja, pa čak i unifikacije posebnih dokaznih radnji. Za njihovo određivanje i sprovođenje predviđeni su strogi uslovi proporcionalnosti (srazmernosti) i supsidijarnosti. Zakonske odredbe kojima se predviđa primena posebnih dokaznih radnji moraju ispunjavati uslov „predvidljivosti“, pa svako lice mora znati ili mora nedvosmisleno imati mogućnost da sazna granice i uslove pod kojima njegova ili njena prava mogu biti ograničena.

Republika Srbija usaglasila je svoje propise sa zahtevima iz Konvencije, ali to ne znači da se u u pojedinačnim slučajevima neće pojavljivati problemi. Stoga je izuzetno važno da akteri uključeni u primenu mera budu upoznati kako sa domaćim propisima i praksom naših sudova, tako i sa međunarodnim standardima u ovoj oblasti, i to pre svega sa relevantnom praksom Evropskog suda za ljudska prava.

Demokratska država mora da obezbedi da se pravila koja je propisala pravično primenjuju i sprovede, kao i da građani budu zaštićeni kako jedni od drugih, tako i od unutrašnjih i spoljnih pretnji. Država mora kontrolisati i čuvati svoje čuvare kako bi bila sigurna da oni adekvatno postupaju. Konačno, demokratska država u obavezi je da zaštiti sebe kao predstavnika građanskog društva kome služi. Sve navedeno je u potpunoj suprotnosti sa korišćenjem ogromnih državnih resursa za zaštitu uskih, ličnih interesa onih koji su na vlasti u nekom trenutku. Izvršna vlast u celini, pa samim tim i policija, moraju pripadati društvu. Društvo, međutim, ne sme pripadati policiji. Svako kompleksno demokratsko društvo mora biti društvo koje se štiti u okvirima definisanim zakonom.⁵⁶

Borba protiv terorizma i kriminala, omogućavanje mira i bezbednog okruženja ciljevi su koji ne smeju biti potcenzjeni niti zanemareni. Njihova enormna važnost ipak ne sme biti iskorišćena kao opravdanje za postupanje u skladu sa načelom *propter criminis enormitatem jure transgredi liceat*.

56 Marx, G.T. *High Policing*. <<http://web.mit.edu/gtmarx/www/highpolicing.html>>.

CIP - Каталогизација у публикацији - Народна библиотека Србије, Београд

342.738(497.11)
341.231.14

ИГЊАТОВИЋ, Душан, 1969-

Mere presretanja komunikacije i zadržavanja podataka iz perspektive Strazbura i propisa i prakse u Republici Srbiji / Dušan Ignjatović. - Beograd : Beogradski centar za bezbednosnu politiku, 2015 (Beograd : Unagraf). - 23 str. ; 30 cm. - (Posebne mere tajnog prikupljanja podataka : između zakona i sudske prakse)

Tiraž 100. - Napomene i bibliografske reference uz tekst.

ISBN 978-86-6237-113-3

a) Право на заштиту података - Србија b) Људска права - Међународна заштита
COBISS.SR-ID 217569804
