

Др Милица Ковачевић*

ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ УСКЛАЂЕНОСТ СА ПРАКСОМ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА**

У раду је реч о заштити права на приватност при примени тајног надзора комуникације у кривичном поступку. Бројни случајеви из праксе Европског суда за људска права у вези са чл. 8 Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода и заштитом права на приватност указују на значај и сложеност овог питања. Ефикасно и експедитивно доказивање најтежих облика криминалитета може изискивати ограничавање права на приватност, али стандарди који се тичу предвидљивости, ограничавања дискреционих овлашћења и контроле законитости не смеју при томе бити занемарени. У раду су представљени стандарди које је осмислио Европски суд за људска права, те је проучаван степен усклађености српске регулативе с њима. Аутор наводи да је један од кључних проблема необавештавање заинтересованог лица о примени тајног надзора комуникације, с обзиром на то да из овога произлази немогућност остваривања права на жалбу, али и немогућност да се на основу негативних примера из праксе унапреди поступање надлежних.

Кључне речи: *Тајни надзор комуникације. Приватност. Европски суд за људска права.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Када се уопштено говори о заштити приватности и коришћењу личних података, углавном постоји консензус о томе да је по-

* Ауторка је асистенткиња на Факултету за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду, bucak80@gmail.com

** Чланак је настао као резултат рада на пројекту Факултета за специјалну едукацију и рехабилитацију Универзитета у Београду *Развој методологије евидентирања криминалитета као основа ефикасних мера за његово сузбијање и превенцију*, под руководством проф. др Весне Николић Ристановић.

требно да грађани буду упућени у то ко, како и зашто прикупља и обрађује њихове податке или на други начин задира у њихову приватност.¹ Међутим, када је реч о манипулисању личним подацима и ограничавању права на приватност у вези с вођењем кривичног поступка и откривањем припремања кривичних дела, онда се ситуација битно мења, те се чини да су одређена ограничења права на приватност много прихватљивија.² Овакво стање ствари је с једне стране разумљиво, с обзиром на то да ефикасно и експедитивно вођење кривичног поступка понекад изискује одређено ограничавање права окривљених лица. Но, с друге стране, не треба губити из вида основну претпоставку на којој целокупни кривични поступак почива претпоставку невиности, која налаже да се лицу чија кривица још није доказана права и слободе ограничавају само уколико је то апсолутно неизбежно, па и тада само у најмањој могућој мери.

Устав Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 98/06, гарантује заштиту приватне сфере кроз одредбе чл. 40 о неповредивости стана, те одредбе чл. 41 о тајности писама и других средстава општења и чл. 42 о заштити података о личности. Одступања од права на неповредивост приватности су рестриктивно одређена Уставом РС. Тако је нарушавање тајности писама и других средстава општења могуће само у случају када је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Србије, али и тада само на одређено време и искључиво у складу с одлуком суда (чл. 41, ст. 2). Даље, забрањена је и кажњива употреба личних података изван сврхе за коју су прикупљени, у складу са законом, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности Србије. Такође, свако има право да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности и право на судску заштиту због њихове злоупотребе (чл. 42).³

Следствено наведеном, Устав РС гарантује заштиту права на приватност која, могло би се рећи, превазилази заштиту загарантовану Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода – ЕКЉП (Рим, 1950). Наиме, ЕКЉП препознаје већи број правних основа услед којих се грађанима може ограничити право на поштовање приватности. Тако је чл. 8, ст. 2 ЕКЉП предвиђено да јавне власти неће ограничавати ова права, сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу на-

¹ Вид. Слободан Бељански, „Право на приватност“, *Бранич* 1/2000, 9 12.

² Вид. Daniel Solove, „I've Got Nothing to Hide' and Other Misunderstandings of Privacy“, *San Diego Law Review* 44/2007, 753.

³ Многим битним питањима у вези са заштитом података о личности на овом месту неће бити посвећена пажња. Вид. Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/08, 104/09 – др. закон, 68/12 – одлука УС и 107/2012.

ционалне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других. Дакле, уз заштиту безбедности и вођење кривичног поступка ту су и други не тако рестриктивно опредељени основи ограничавања приватности.

С обзиром на то да се право на приватност састоји из више компоненти, те да се најчешће истиче да се у њих убрајају право на породични и приватни живот, дом и преписку,⁴ ми се надаље, због обима излагања који би то изискивало, нећемо бавити свим овим аспектима. Ограничићемо се само на приватност кореспонденције, односно на ограничења права на приватност кореспонденције у сврхе вођења кривичног поступка. Ова тема се из дана у дан додатно актуелизује, с обзиром на то да се приватност у савремено доба може угрожавати на перфидније и прикривеније начине но што је то био случај до пре неколико деценија, или чак година.⁵

Но, осврнимо се пре даљих излагања на разлоге због којих сматрамо да је важно да се не минимизира значај права на приватност, иако се то често чини. Тако, Салов (*Salove*), један од најпознатијих теоретичара који се баве правом на приватност, истиче да приватност не смемо доживљавати само као приватно добро, већ као вредност од општег друштвеног значаја. Овакав став образлаже аргументом да се, у случају када се приватности не придаје адекватан значај, олако могу прихватити различита ограничавања приватне сфере зарад јавне безбедности, интереса колектива и других вредности које су природно изнад потреба индивидуе. Свако даље и инвазивније ограничавање приватности је потом једноставно оправдано вишим циљевима. На другој страни, пак, без појединаца који су слободни да буду оно што јесу и да раде оно што желе у својој личној сфери, не би постојао ни друштвени контекст у коме би свако од нас могао да оствари своје потенцијале и амбиције. Салов стога закључује да је опасно управо пропагирање става да онај ко нема шта да крије не треба ни да брине о чувању приватности, јер то води друштву у коме се ограничавају индивидуалност, удруживање појединаца око сличних идеја, те изражавање мишљења које се не слаже са оним што је опште прихваћено.⁶ Тако се сужава поље грађанских слобода, а

⁴ Ursula Kilkelly, *The right to respect for private and family life, A guide to the implementation of article 8 of The European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2001, 10 19.

⁵ Вид. Звонимир Ивановић, Божидар Бановић, „Анализа правне регулативе надзора над комуникацијама и пракса Европског суда за људска права“, *Безбедност* 1/2011, 93, 4.

⁶ Вид. Daniel Solove, „A Taxonomy of Privacy“, *University of Pennsylvania Law Review* 3/2006, 477 560.

страх од невидљивог контролора креира другачију динамику односа између посматрача и посматраног.⁷

2. НОРМАТИВНО УРЕЂЕЊЕ ПОСЕБНИХ ДОКАЗНИХ РАДЊИ У СРБИЈИ

Прво треба разјаснити које све облике општења кореспонденција подразумева, при чему на проширење опсега овог појма непрестано утичу нове и све разноврсније технологије. Тако кореспонденција, поред готово заборављених писама на хартији, сходно досадашњој пракси Европског суда за људска права, обухвата и: комуницирање телефаксом; телефонске разговоре; комуницирање пејџером; електронску пошту; податке добијене праћењем личне употребе Интернета; комуницирање путем приватне радио везе; пословну преписку и преписку упућену из пословног седишта; електронске податке прикупљене претресањем адвокатске канцеларије и садржину пакета задржану од стране царинских званичника.⁸

Када је реч о Србији и нарушавању приватности кореспонденције, Законик о кривичном поступку – ЗКП, *Службени гласник РС*, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14, предвиђа могућност примене посебне доказне радње тајни надзор комуникације. Законодавац је прецизно определио кривична дела у чијем се процесуирању, а понекад и превенирању, ова посебна доказна радња може користити. Укратко, у питању су дела чије је гоњење у делокругу рада јавног тужилаштва посебне надлежности, те тешко убиство, отмица, напад на уставно уређење и друга тешка кривична дела. Ограничено је и време током којег се тајни надзор може спроводити (три месеца плус још три месеца, а код најтежих кривичних дела када је то нужно и још једном три месеца плус три месеца), као и обавеза уништавања прикупљених података уколико после одређеног времена (шест месеци од дана упознавања са материјалом) не би дошло до њихове употребе с циљем кривичног прогона лица на која су се мере односиле. У питању је комуникација која се обавља путем телефона или других техничких средстава или електронске или друге адресе, те путем писама и других пошиљки (чл. 166 ЗКП).

Све наведено јесте у складу са стандардима које је у својој богатој пракси на тему заштите приватности изнедрио Европски суд

⁷ Neil Richards, „The Dangers of Surveillance“, *Harvard Law Review* 7/2013, 1935.

⁸ Према: Ivana Roagna, *Protecting the right to respect for private and family life under The European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg 2012, 32.

за људска права – ЕСЉП.⁹ Наиме, ЕСЉП је у више пресуда заузео став да неће бити речи о повреди чл. 8 ЕКЉП у случајевима када и поред инвазивног поступања органа задужених за кривични прогон буду испоштовани следећи критеријуми: постојање одговарајућег правног основа; транспарентност аката из којих произлази правни основ, што подразумева и да акти буду тако конципирани да грађани у начелу могу да предвиде када и како ће се према њима применити посебне доказне радње, те ограничавање права на приватност на начин да оно заиста служи одређеном легитимном циљу који приличи демократском и на владавини права заснованом систему.¹⁰ Но, ову начелну тврдњу о усклађености нашег права са изнетим стандардима треба проверити кроз разматрање појединих аспеката права на приватност у кривичном поступку.

3. ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈЕ И ПРАКСА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Пођимо од тога да ЕСЉП кроз своју праксу сугерише да одредбе о примени посебних доказних радњи морају бити прецизне и тако формулисане да остављају сужене могућности за арбитрарно одлучивање надлежних.¹¹ ЕСЉП је тако у случају *Malone против Уједињеног краљевства*¹² утврдио да су примењени недовољно прецизни прописи о пресретању и бележењу информација о телефонским комуникацијама. Наиме, подносилац представке, иначе трговац старинама, био је осумњичен да је прикривао илегално прибављену робу, па су у сврхе прикупљања доказа на ту околност пресретани његови телефонски разговори са већим бројем лица, а исто тако је и систематски бележена активност у телефонском саобраћају на његовој линији. ЕСЉП је утврдио да су уредбе и други прописи на основу којих је поступало предузеће за телефонски саобраћај, били недовољно јасни и прецизни, те да су остављали исувише широк простор за дискреционо одлучивање о томе када, у којој мери и на који начин ће се нарушавати тајност телефонских комуникација.

Када је реч о прецизности регулативе која уређује тајни надзор комуникација у Србији, можемо приметити да је током последњих

⁹ Вид. Nick Taylor, „State Surveillance and the Right to Privacy“, *Surveillance and Society* 1/2002, 68.

¹⁰ Вид. Lambert против Француске, представка бр. 88/1997/872/1084, пресуда од 24. августа 1998, § 23.

¹¹ Вид. Amann против Швајцарске, представка бр. 27798/95, пресуда од 16. фебруара 2000, § 58 и Huvig против Француске, представка бр. 11105/84, пресуда од 24. априла 1990, § 34.

¹² Malone против Уједињеног краљевства, представка бр. 8691/79, пресуда од 2. августа 1984, § 66 82.

година дошло до мењања и допуњавања закона који уређују телефонско и електронско комуницирање. Тиме је досегнут виши ниво усклађености наше регулативе са стандардима ЕСЈП. У том смислу су посебно значајне одлуке Уставног суда, као на пример одлука IУЗ-149/2008, од 28. маја 2009, којом су неуставним оглашене одредбе Закона о телекомуникацијама, *Службени гласник РС*, бр. 44/03, 36/06, 50/09 одлука УС и 44/2010 др. закон, у вези с приступом подацима о фреквенцији и усмерености телефонских разговора без судске одлуке. Такође, Уставни суд је својом одлуком IУЗ-1245/2010 од 13. јуна 2013. огласио неуставним одредбе Закона о електронским комуникацијама, *Службени гласник РС*, бр. 4/10, 60/13 одлука УС и 62/2014, које су омогућавале да се тајност електронских комуникација нарушава на основу уопштене законске формулације која је установљавала обавезу оператера да податке о електронским комуникацијама доставља у складу са законима којима се уређује кривични поступак, рад служби безбедности и рад органа унутрашњих послова. Уставни суд је утврдио да је оваква формулација неуставна, с обзиром на то да се додатна ограничења људских права не могу формулисати одредбама закона, већ да су она искључиво дата одредбама Устава. Прописи нижег ранга могу једино детаљније одредити како се врши имплементација тих ограничења, без проширивања њиховог каталога.

Даље, Уставни суд је огласио неуставним и одредбе Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној служби, *Службени гласник РС*, бр. 8/09, 55/12 одлука УС и 17/2013, у делу којим се дозвољавало директору Војнобезбедносне агенције да врши увид у податке о телекомуникационом саобраћају и локацији корисника, али без увида у садржај тих комуникација. Уставни суд је утврдио да су тиме директору дата претерана овлашћења, да је ограничавање приватности могућно само на основу образложене одлуке суда, те да се у том смислу тајност кореспонденције не може ограничавати на њен садржај, јер су и учесталост, усмереност и остале околности комуницирања такође поверљивог карактера.¹³

Коначно, у контексту о коме говоримо, вероватно најзначајније и најобимније су измене Закона о Безбедносно-информативној агенцији, *Службени гласник РС*, бр. 42/02, 111/09, 65/14 одлука УС и 66/2014. Наиме, Уставни суд је у својој одлуци IУЗ-252/2002, од 26. децембра 2013, констатовао да су неуставне одредбе чл. 13, 14 и 15 овог закона које се односе на мере одступања од тајности писама и других средстава комуницирања. Како је Уставни суд утврдио да су те одредбе биле претерано уопштеног карактера и да су дозвољавале шире основе за ограничавање права на приватност но што је то предвиђено највишим правним актом у држави, то је не-

¹³ Одлука Уставног суда IУЗ 1218/2010 од 19. априла 2012.

миновно морало доћи до њиховог прецизирања. Уставни суд наводи да „да би се један општи акт сматрао законом не само у формалном, него и у садржинском смислу, тај закон мора бити у довољној мери прецизан, јасан и предвидљив, тако да појединац може ускладити своје понашање са њим без страха да ће због нејасних и непрецизних норми бити ускраћен у остваривању зајемчених права...“. Зато су изменама и допунама сада прецизно опредељене мере које се могу примењивати, као и круг лица на која се мере могу односити, те процедура која се при том примењује. С друге стране, морамо нагласити да је, пошто му је достављен нацрт измена и допуна, Заштитник грађана истакао одређене веома конструктивне опаске, чије је инкорпорирање у текст закона могло довести до значајно вишег нивоа гаранција за поштовање права на приватност. Наиме, Заштитник грађана је уочио да је добродошло решење да се директор агенције може жалити на решење којим се одбија примена посебних мера, али да би исто тако пожељно било и остављање могућности жалбе у корист лица чија се права ограничавају применом посебних мера. Права овог лица су, по мишљењу Заштитника грађана, могла бити заштићена путем „адвоката по службеној дужности“ који би могао поступати и без информисања датог лица, тако да тајност посебних мера буде очувана.¹⁴

Одлуке Уставног суда су резултирале и одређеним изменама и допунама ЗКП. Наиме, пре последњих измена и допуна ЗКП полиција је била овлашћена да по налогу јавног тужиоца од оператора прибавља податке из евиденције о оствареној телефонској комуникацији, коришћењу базних станица или да изврши лоцирање места са кога се обавља комуникација. Како више није спорно да су и те спољашње, назовимо их тако, одлике телефонске комуникације обухваћене привилегијом тајности,¹⁵ то је сада прецизирано да о овим мерама не одлучује јавни тужилац, већ судија за претходни поступак, а по налогу јавног тужиоца.

Даље, када је реч о стандарду у вези с прецизношћу одредаба, ЗКП омогућава примену посебних доказних радњи у свим случајевима у којима постоје основи сумње да је извршено неко од таксативно побројаних дела, уколико се на други начин се не могу прикупити докази за кривично гоњење или би њихово прикупљање било знатно отежано (чл. 161, ст. 2 ЗКП). Сматрамо да је ова одредба ипак превише уопштена, иако несумњиво стоји аргумент да је судија за претходни поступак тај који ће проценити основаност захтева јавног тужиоца у сваком конкретном случају. У том смислу је и посебно наглашено да ће орган поступка посебно ценити да ли би се

¹⁴ Заштитник грађана, Мишљење о Нацрту Закона о изменама и допунама Закона о Безбедносно информативној агенцији, бр. 45 479/2014 од 23. јуна 2014.

¹⁵ Вид. *Malone против Уједињеног Краљевства*, § 83 88.

исти резултат могао постићи на начин којим се мање ограничавају права грађана. Но, формулација из чл. 161, ст. 2 ЗКП ипак не осликава неке веома специфичне и изузетне околности, што можемо констатовати и поређењем са законским решењима из нашег окружења. Тако црногорски Законик о кривичном поступку, *Службени лист Црне Горе*, бр. 57/09, условљава примену посебних доказних радњи постојањем несразмерног ризика или потенцијалним угрожавањем живота људи, што, уз немогућност прикупљања доказа на други начин, може бити једини правни основ за примену „мјера тајног надзора“ (чл. 157). Несразмерне тешкоће и велика опасност се у нашем ЗКП-у спомињу као основ за примену посебних доказних радњи само у случајевима када се овим путем настоји доказати припремање кривичних дела. Нема сумње да не треба полазити од претпоставке да има основа за примену посебних доказних радњи, већ управо обротно, па би то и законске формулације требало да осликавају. На уму треба имати то да право на приватност у начелу штити сваки облик личне кореспонденције, без обзира што је предмет конверзације можда и каква нелегална активност.¹⁶

На захтев ЕСЉП да одредбе о спровођењу тајних доказних радњи буду прецизне надовезује се и захтев да оне буду предвидљиве. Дакле, регулатива мора бити тако конципирана да грађанин с одређеним степеном сигурности може предвидети да ће, у случају његовог понашања на одређени начин, радњама надлежних можда бити нарушена његова приватност. Грађанин би такође требало да има и представу о могућим размерама нарушавања приватности. Разуме се да се не може очекивати да грађанин све ово предвиђа са потпуном извесношћу, јер би онда и примена мера тајног надзора била обесмишљена, али прописи би требало да логичким путем наводе на одређене закључке. У вези с наведеним у случају *Huvig против Француске*¹⁷ је утврђена повреда права на приватност услед недовољне предвидљивости и одређености прописа којима је било уређено предузимање посебних доказних радњи, конкретно телефонског прислушкивања. Наиме, супружници, подносиоци представке, били су осумњичени за кривично дело пореске утаје у вези са својим приватним бизнисом, па је истражни судија наложио опсежно прислушкивање и транскрибовање свих њихових како службених, тако и приватних разговора, у току једног дана. Иако супружници нису осуђени на основу овако спроведених доказних радњи, ЕСЉП је утврдио да у овом случају нису били испоштовани стандарди у вези са прецизношћу и предвидљивошћу.

¹⁶ Вид. Жарко Синђелић, *Право на приватност – кривичноправни, кривично процесни и криминалистички аспекти*, Докторска дисертација одбрањена на Правном факултету у Београду, Београд 2012, 13.

¹⁷ *Huvig против Француске*, представка бр. 11105/84, пресуда од 24. априла 1990.

Када је реч о српском праву, можемо констатовати да је критеријум предвидљивости углавном задовољен, утолико што су опредељена кривична дела и околности под којима се тајни надзор примењује, као и трајање и продужавање трајања мера. Проблематични су били прописи на основу којих се приступало самој имплементацији посебних доказних радњи, дакле прописи попут Закона о електронским комуникацијама и Закона о телекомуникацијама, али је и у том делу дошло до усклађивања са стандардима ЕСЈП.

Међутим, наш законодавац предвиђа могућност да се тајни надзор комуникације примени и у неким случајевима у којима се не могу применити друге посебне доказне радње, чиме се значајно утиче на степен предвидљивости при нарушавању приватности. Тако се тајни надзор комуникације, осим код друштвено најопаснијих облика криминалитета, може применити и код неовлашћеног искоришћавања ауторског дела или предмета сродног права, као и код већег броја кривичних дела из групе кривичних дела против безбедности рачунарских података. Јасно је да тајни надзор може бити посебно делотворан управо при доказивању наведених кривичних дела, али олакшавање задатка органа прогона не би смело бити најважнији аргумент при опредељивању за ограничавање права на приватност. Не треба губити из вида да се посебне доказне радње ипак примењују само на бази постојања основа сумње, те да стога треба максимално сузбити сувишно задирање у приватност све већег броја корисника савремених технологија, односно свести га тек на случајеве у којима се штите вредности од највишег друштвеног значаја, као што су то људски живот и безбедност државе. С тим у вези, ЕСЈП је у случају *Iordachi и други против Молдавије* истакао да критеријум прецизности није задовољен у случају када се пресретање телефонских разговора може применити у случају сумње на више од половине инкриминација из кривичног законика.¹⁸

Даље, у једном систему који тежи демократији и владавини права, примени посебних доказних радњи начелно не би требало прибегавати у превентивне сврхе. ЕКЈП истини за вољу не забрањује нарушавање права на приватност у превентивне сврхе,¹⁹ али када је реч о нарушавању приватности у вези с кривичним прогомом мишљења смо да би то ипак требало избегавати. Наиме, целокупни кривичноправни систем почива, или би бар тако требало да буде, на начелу ангажовања кривичноправног система као *ultima ratio*,²⁰ дакле тек онда када више нема других примеренијих мето-

¹⁸ Представка бр. 25198/02, пресуда од 14. септембра 2009, § 44.

¹⁹ „Јавне власти неће се мешати у вршење права на приватност сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву...ради спречавања нереда или криминала...” чл. 8. ст. 2 ЕКЈП.

²⁰ Вид. Зоран Стојановић, „Да ли је Србији потребна реформа кривичног за конодавства?“, *Crimen* 2/2012, 133.

да реаговања. Стога не би требало примењивати инвазивне мере с циљем да се тако непосредно спречава вршење будућих кривичних дела, при чему би се државним органима препуштало да, са мањом или већом успешношћу, предвиђају будуће догађаје и уочавају сумњиве грађане. Не треба губити из вида ни то да се за припремне радње у кривичном праву само изузетно кажњава, те да је дискутабилно када је то кажњавање оправдано.²¹ Као илустративан пример овде можемо навести случај *Аман против Швајцарске*. Наиме, у овом случају је швајцарска обавештајна служба по налогу јавног тужиоца пресрела телефонски разговор вођен између Амана и лица запосленог у тадашњој совјетској амбасади. Подносилац представке, иначе предузетник, разговарао је са свог службеног телефона, а лице из амбасаде се распитивало о појединим артиклима за продају. У вези с пресретнутим разговором сачињена је и чувана тајна службена белешка, што је подносилац представке сазнао тек десет година касније. Држава се позвала на то да су у питању били обавештајни послови од општег интереса, а да је разговор случајно пресретнут у склопу праћења свих разговора у вези са Совјетским Савезом. ЕСЉП је оценио да пресретање разговора није било законито, с обзиром на то да се заснивало на широким дискреционим овлашћењима извршне власти, те да никада није покренут никакав поступак.

Наш ЗКП такође оставља могућност примене посебних доказних радњи у превентивне сврхе, с тим што је наглашено да се тада ове мере могу примењивати само изузетно, и уколико се на други начин дело не би могло спречити, открити или доказати, те уколико би то изазвало несразмерне тешкоће или велику опасност (чл. 161, ст. 2). Но, у оваквим случајевима ситуацију у погледу заштите права на приватност посебно компликује то што наш законодавац није предвидео обавезу надлежних да лица чија је приватност била повређена накнадно о томе обавесте.

Следеће ограничење које би требало поштовати ради што боље заштите приватности јесте примењивање тајног надзора комуникације према тачно одређеном лицу и према одређеним средствима комуницирања. Наиме, једино уколико се зна у односу на које лице и из којих разлога се примењују посебне доказне радње, може бити речи о ограничавању арбитарног поступања надлежних органа. Што се тиче ових захтева, полазно решење у нашем ЗКП јесте задовољавајуће. Међутим, треба приметити да је оперативним органима који спроводе тајни надзор, дакле полицији, Безбедносно-информативној агенцији или Војнообавештајној агенцији, остављена могућност да прошире примену мера, уз обавештавање надлежних. Тако је предвиђено да ће наведени органи, ако у току спровођења

²¹ Вид. Зоран Стојановић, *Кривично право, општи део*, Правна књига, Београд 2005, 199.

надзора комуникације дође до сазнања да осумњичени користи други телефонски број или адресу, проширити надзор комуникације и на тај телефонски број или адресу и о томе обавестити јавног тужиоца који ће одмах затражити проширење надзора и на те бројеве и адресе. О проширењу одлучује судија за претходни поступак у року од 48 сати од пријема захтева. И поред тога што ће се у случају одбијања судије да прошири меру и на друга средства комуникације уништити раније прибављени материјал, неспорно је да је и тада ипак дошло до нарушавања приватности и да до повратка на претходно стање ствари заправо не може доћи. Овај и слични проблеми могли би бити решени увођењем одговарајућих информатичких решења, те организовањем целодневних наменских дежурстава, чиме би се поједноставио и убрзао процес судске контроле.²²

ЕСЈП свакако не гледа благонаклоно на неселективно проширивање круга лица чија приватност може бити повређена путем спровођења посебних доказних радњи. Тако је у предмету *Kruslin против Француске*²³ ЕСЈП пресудио да јесте дошло до повреде права на приватност када су докази против подносиоца представке прибављени путем реализовања наредбе о прислушкивању телефона трећег лица у вези с кривичним делом за које се то треће лице сумњичило. Но, у нашем правном систему није спорно да се може користити материјал који је настао путем случајног налаза. Иако се на овај начин знатно олакшава рад надлежних, јасно је да се истовремено у питање доводе све оне процесне гаранције које штите окривљеног. Не треба губити из вида да кључни докази ипак треба да се изводе на главном претресу, како би њихову законитост и окривљени могао да доведе у питање. Како таквих могућности при спровођењу посебних доказних радњи нема, то се изузетно значајна заштита права осумњиченог омогућава управо кроз доношење наредбе од стране судије за претходни поступак. Стога би накнадно одобравање раније предузетих радњи требало да буде изузетак. Српска регулатива оставља широке могућности за коришћење резултата случајног налаза. Тако је чл. 164 ЗКП-а предвиђено да се може користити материјал који је прибављен спровођењем једне наредбе о посебним доказним радњама која се односи на конкретна кривична дела и онда када се тај материјал односи на нека друга, том наредбом необухваћена, кривична дела или учиниоце. Законодавац је једино назначио да и та новооткривена кривична дела треба да спадају у ранг оних дела за која је иначе дозвољена приме-

²² Вид. Центар за евроатлантске студије, План за унапређење стања система безбедности у Србији са посебним освртом на заштиту Уставом загарантованих основних људских права: права на приватност и заштиту података. http://ceas.serbia.org/root/images/extreme_makeover.compressed.pdf, 29. октобар 2014.

²³ Представка бр. 11801/85, пресуда од 24. априла 1990.

на посебних доказних радњи. Ово решење није потпуно усклађено са стандардима ЕСЈП, с обзиром на то да специфичне и инвазивне доказне радње не би требало користити само зато што је то практичније.²⁴ Да нарушавање приватности комуникације може бити примењивано само под крајње рестриктивним условима потврђује и случај *Matheron против Француске*.²⁵ Овде је ЕСЈП оценио да је повређен чл. 8 ЕКЈП када су у кривичној ствари у вези с дрогом против подносиоца представке коришћени докази до којих се дошло спровођењем наредбе о пресретању телефонских разговора која се односила на друго окривљено лице.

Још један стандард који је потврђен у пракси ЕСЈП јесте да грађанима мора бити омогућено да пред одговарајућом инстанцом оспоре законитост примењивања посебне доказне радње. У случају *Lambert против Француске* подносиоцу представке је онемогућено да се жали на одлуку о прислушкивању, с образложењем да је пресретнути разговор обављен преко телефонске линије трећег лица. ЕСЈП је утврдио да тај моменат не сме утицати на могућност оспоравања одлуке којом се ограничавају људска права и пресудио је у корист подносиоца представке. ЕСЈП је истакао да није нужно да искључиво суд одлучује о законитости ограничавања приватности, али да јесте неопходно да у држави постоји одговарајућа независна инстанца која ће разматрати жалбе.²⁶ По српском ЗКП-у посебне доказне радње се одређују наредбом и самим тим не постоји могућност непосредног оспоравања жалбом, што наравно не значи да окривљени нема могућност да током првостепеног и жалбеног поступка оспорава законитост посебних доказних радњи. Такође, ЗКП предвиђа да се у кривичном поступку не смеју користити докази који су прибављени на недозвољен начин (чл. 16, ст. 1). ЕСЈП у начелу препоручује да одлуку о посебним доказним радњама доноси суд, што у нашем законодавству и јесте случај. Но, већи проблем реално представља могућност контролисања инстанци које имплементирају посебне доказне радње. Ове инстанце располажу одговарајућим техничким средствима, а имају и специфичне методе рада, тако да се поставља питање колико суд заправо може да их контролише. Ово је питање код нас посебно актуелно због тога што законодавац не предвиђа обавезу јавног тужиоца, суда, полиције или обавештајне службе да по окончању примене посебних доказних радњи о истима обавесте лице чија је комуникација била предмет посматрања. Свака-

²⁴ Вид. Тајјана Лукић, „Информације (обавештења) служби безбедности као доказ у кривичном поступку“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 1/2001, 306 7.

²⁵ Представка бр. 57752/00, пресуда од 29. марта 2005.

²⁶ Вид. *Klass* и други против Немачке, представка бр. 5029/71, пресуда од 6. септембра 1978, § 67.

ко, треба напоменути и да у Србији надзор над радом обавештајних агенција спроводи надлежни одбор Народне скупштине РС (Одбор за контролу служби безбедности),²⁷ што би требало да омогући одговарајућу транспарентност и законитост рада.²⁸

На остваривање права на приватност у контексту којим се бавимо од пресудног утицаја је право на обавештавање заинтересованог лица по окончању примењивања посебних доказних радњи. Значајан проблем могу да представљају управо ситуације када се примењује тајни надзор комуникације, а потом никада ни не дође до покретања кривичног поступка. Наш законодавац је предвидео да, уколико у року од шест месеци, јавни тужилац не искористи материјал, односно не покрене кривични поступак, тада судија за претходни поступак доноси решење о уништењу материјала прикупљеног посебним доказним радњама. О доношењу решења судија за претходни поступак може обавестити лице према коме је спроведен тајни надзор комуникације, ако је у току спровођења радње утврђена његова истовестност и ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка, сходно чл. 163, ст. 2 ЗКП. Дакле, у питању је само могућност, не и обавеза. Сматрамо да оваква формулација оставља велику неизвесност у погледу тога да ли ће се уопште ико обавештавати о тајном надзору. То не може бити добро решење, јер се тиме ограничава и право грађана на правни лек. Уколико до кривичног поступка у коме би се вредновао целокупан доказни материјал на крају ни не дође, грађанин никада неће ни знати да је био предмет посматрања. Наведено решење је у директној супротности с Препоруком Савета Европе R (87) 15 о употреби личних података од стране полицијског сектора, од 17. септембра 1987, која предвиђа да грађани треба да буду обавештени о томе да су прикупљени њихови лични подаци, почев од оног момента када такво обавештење буде могућно. У случају *Klass и други против Немачке* ЕСЉП је, пре више од три деценије, заузео став да је обавештавање о примени тајног надзора нераскидиво повезано с остваривањем права на правни лек и контролисањем законитости поступања извршне власти.²⁹ Истини за вољу, ни на нивоу Европе нема сагласности по питању обавештавања, па тек у неким државама, попут Немачке, постоји обавеза информисања. У случају *Асоцијација за европске интеграције и Ekimdzhiiev против Бугарске*,³⁰

²⁷ Вид. Закон о основама уређења служби безбедности Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 116/07 и 72/12.

²⁸ О проблемима у вези с овим обликом контроле детаљније у: Ненад Радивојевић, „Парламентарна контрола Безбедносно информативне агенције са аспекта безбедносне културе—стање и проблеми“, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 3/2013, 485–492.

²⁹ *Klass и други против Немачке*, § 57.

³⁰ Представка бр. 62540/00, пресуда од 28. јуна 2007, § 91.

ЕСЈП је такође начелно препоручио да се грађани обавесте о примени посебних доказних радњи, истакавши да се тиме остварују додатне гаранције да до нарушавања приватности неће доћи у неоправданим случајевима.

Уколико се осврнемо на прилике у нашем окружењу уочићемо да је у црногорском Законику о кривичном поступку питање накнадног обавештавања о нарушавању приватности битно другачије решено, с обзиром на то да је обавештавање о примени мера тајног надзора, у случају када се кривични поступак не спроводи, правило. Остављена је могућност да се то обавештење искључи, али само у случајевима када би упућивање у материјал могло да представља озбиљну опасност по живот и здравље људи или би угрозило другу истрагу која је у току, или пак постоје други битни разлози (чл. 162). О неупућивању у прикупљени материјал одлучује судија за истрагу, по прибављеном мишљењу државног тужиоца.

4. ЗАКЉУЧАК

Уколико сагледавамо усклађеност посебних доказних радњи, конкретније тајног надзора комуникације, у нашем правном поретку са европским стандардима, начелно можемо рећи да је ситуација задовољавајућа. Наиме, одредбе ЗКП и других прописа довољно су прецизне, на рестриктиван начин дефинишу основе за ограничавање права на приватност, а једина инстанца овлашћена да одлучује о оправданости примене посебних доказних радњи јесте суд. Измене и допуне закона које су наступиле током последњих година, и то углавном под утицајем одлука Уставног суда, доприносе још већој усаглашености наше регулативе са начелима за која се залаже ЕСЈП. Но, прилике изгледају готово идеално само уколико се ствари посматрају на површан начин.

На другој страни, пак, и даље не можемо говорити о одговарајућој транспарентности и задовољавајућој спољној контроли при примењивању посебних доказних радњи.

Прво, постоје значајни технички и организациони проблеми услед којих постоји велики раскорак у могућностима оних који су задужени за имплементацију мера тајног надзора комуникације и оних који су овлашћени да примену тих мера одређују и надзиру. Побољшању прилика на овом пољу могло би допринети даље усаглашавање регулативе с европским и интернационалним стандардима, инсистирање на увођењу и доследном примењивању одговарајућих процедура, али и оснаживање надзорних институција у технолошком смислу.

Потом, законитост и оправданост нарушавања приватности доводи у питање и чињеница да не постоји обавеза обавештавања лица чија је лична кореспонденција била предмет посматрања почев од оног момента када се обавештавању може приступити без угрожавања сврха ради којих је посматрање примењено. Из овог проблема природно произлази и следећи, а то је немогућност коришћења права жалбе, односно преиспитивања законитости и целисходности одлуке на бази које је повређена приватност једног лица. Дакле, уколико до кривичног поступка никада не дође, готово је извесно да се ништа неће ни сазнати о свим оним ситуацијама када је, како то само по себи произлази, неоправдано повређена приватност једног лица. Налазимо да такво поступање негативно утиче на будуће случајеве тајног надзора комуникације, јер се не развијају механизми за критичко и објективно разликовање непотребног од потребног примењивања посебних доказних радњи, чему би и те како допринело учешће лица о чијој приватности је реч у целој процедури.

Имајући на уму наведено, мишљења смо да би, уз одговарајуће изузетке, требало увести обавезно обавештавање о тајном надзору комуникације, пошто се донесе одлука да кривичном прогону нема места и почев од момента када обавештење не доводи у питање друге кривичне поступке или спречавање одређених кривичних дела. Сматрамо да се за необавештавање у суштини не могу наћи довољно чврсти и оправдани разлози. Штавише, необавештавање се тешко може аргументовати и самим позивањем на најзначајније вредности као што су очување државних и националних интереса, јер ове интересе управо треба штити уз поштовање тековина владавине права.

Dr Milica Kovačević

Lecturer

Faculty of Special Education and Rehabilitation, University of Belgrade

COVERT SURVEILLANCE OF COMMUNICATIONS COMPLIANCE WITH THE PRACTICE OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The paper deals with the protection of privacy rights in the connection with the application of special investigative actions in criminal proceedings. An increasing number of cases of the European Court of Human

Rights in relation to Article 8 and the protection of privacy rights points out to the importance and complexity of this issue. On the one hand, public authorities should provide mechanisms and resources for effective and expeditious prosecution of the most serious forms of crime, but on the other hand, standards related to predictability, limited discretionary powers and control over the legality of the procedure should not be ignored either. This raises the question of how to achieve a balance between these competing interests. This paper presents the standards created by the European Court of Human Rights when dealing with privacy issues in connection with criminal proceedings, and reflects at the the degree of compliance of Serbian legislation with them. The author concludes that the key problem is the nonexistence of notification for the interested person, given that it implies the inability to exercise the right to appeal, and also the inability to put examples of bad practice to good use.

Key words: *Covert surveillance of communications. – Privacy. – The European Court of Human Rights.*