

ТАЈНИ НАДЗОР КОМУНИКАЦИЈА - УСКЛАЂЕНОСТ СА СТАНДАРДИМА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Апстракт

Увођењем посебних доказних радњи унутар националних законодавстава држава омогућена је равноправнија борба не само против најтежих савремених облика криминалитета већ и против класичног криминалитета. Тајни надзор комуникације, као једна од посебних доказних радњи и уједно најпримењивија мера у пракси свих земаља, иако доводи до ограничавања права на приватност, представља једну од најефикаснијих мера која се предузима у циљу сузбијања и спречавања вршења кривичних дела од стране организованих криминалних група. Стога, аутор у уводном делу рада посвећује пажњу праву на приватност као и ограничењима овог права. У наставку рада аутор се бави праксом Европског суда за људска права која се тиче повезаности овог права са применом мере тајног надзора комуникације. У трећем делу аутор посебну пажњу посвећује недостацима који су садржани у ЗКП-у из 2011. а који се односе на примену посебне доказне радње тајни надзор комуникације и који могу да доведу до повреде чл. 8. Европске конвенције о људским правима. Четврти део посвећен је раду законодавца на отклањању постојећих недостатака и усклађивању ове мере са стандардима Европског суда за људска права.

Кључне речи: посебне доказне радње, тајни надзор комуникације, право на приватност, Европска конвенција за људска права, Европски суд за људска права.

1. Уводна разматрања

Европска конвенција о људским правима (у даљем тексту: ЕКЉП) донета од стране Савета Европе 1950. године заузима најзначајније место међу регионалним документима на тлу Европе који се баве питањем права на

¹ PhD Candidate at the University of Nis, Faculty of Law, e-mail: aca.arsic@gmail.com

приватност. ЕКЉП прокламује право на приватност као једно од најважнијих људских права и као вредност од општег друштвеног значаја без које појединци не би могли да остваре своје потенцијале и амбиције.²

Права приватности представљају збирни назив за заштиту неколико на први поглед разнородних права: права на поштовање приватног живота, права на породичне животе, неповредивост дома и право на преписку (Крстић, Маринковић, 2016 : 167).³ Европски суд за људска права (у даљем тексту: ЕСЉП) је више пута нагласио да „приватни живот” представља један широк појам који обухвата велики спектар активности, те га из тог разлога није могуће исцрпно дефинисати.⁴ Међутим, како би ближе одредила домен значења појма „приватни живот”, Европска комисија је у свом извештају поводом случаја *Van Oosterwijk v. Belgium*⁵ установила да „право на поштовање приватног живота јесте право на приватну сферу, право човека да живи како жели, заштићен од јавности,” а „до извесне мере обухвата и право на успостављање и неговање односа са другим људским бићима, нарочито у емоционалној сфери, ради развијања и задовољавања сопствене личности”.⁶ Право на породични живот тесно је повезано са правом на ступање у брак и оснивање породице, чија се заштита гарантује чл. 12. ЕКЉП. ЕСЉП је развио богату праксу и заузео веома јасан став о томе шта представља право на поштовање породичног живота, и како тумачи појам „породице”, имајући у виду чл. 8. ЕКЉП. Прецизно одређивање овог појма је круцијално, јер без породице не би било могуће одредити шта представља право на породични живот.⁷ Сегмент чл. 8. ЕКЉП који се односи на неповредивост дома тесно је повезан са чл. 1. Протокола 1, који штити право на неометано уживање имовине и ЕСЉП појам „дома” не разматра често у контексту чл. 8, али у својој досадашњој пракси, ЕСЉП је у овом домену појам „дом”, дефинисао као место становања у коме неко лице живи или је живело.⁸ Право на поштовање приватности преписке

² чл. 8 ст. 1 ЕКЉП: *Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке.*

³ чл. 8, Европска конвенција о људским правима (1950).

⁴ *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, app no. 13134/87 (23/02/1993), par. 36.

⁵ *Van Oosterwijk v. Belgium*, app. no. 7654/76 (06/11/1980).

⁶ *Van Oosterwijk v. Belgium*, Европска комисија, представка бр. 7654/76, одлука од 1. марта 1979.

⁷ *Interights* приручник за правнике - право на поштовање приватног и породичног живота према Европској повељи о људским правима (члан 8), Београд, 2006, стр.17; *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK*, app. no. 9214/80; 9473/81; 9474/81 (28/05/1985), par. 62.

⁸ *Slivenko v. Latvia*, app. no. 48321/99, (09/10/2003).

представља право на непрекинуту и нецензурисану комуникацију са другим лицима (Синђелић, 2012 : 21) која се односи на приватну, пословну и професионалну комуникацију.⁹ Преписка¹⁰ у смислу чл. 8. ЕКЉП се тумачи екстензивно, тако да обухвата читав поступак комуникације, почевши од одашиљања писмена, пријема писмена, као и његову садржину. Под преписком се подразумева свака врста саопштења која потиче од појединца, било да је она упућена другом појединцу или, пак, државним органима.¹¹ Преписка се односи на писма која су послата или примљена, али укључује и телефонски разговор¹² као и слање и примање телеграфа.¹³

Иако се ради о једном овако важном људском праву, у одређеним ситуацијама постоји потреба за његовим ограничењем. Када се доведе у везу заштита права на приватност, зајемчена чл. 8. ЕКЉП, у контекст примене мере тајног надзора комуникације као посебне доказне радње јасно прозилази да је потребно пронаћи праву меру њене примене, како се не би превише задирало у основна људска права и слободе (van der Sloot, 2015 : 27). Тако чл. 8. ст. 2. ЕКЉП предвиђа да се власти неће мешати у вршење овог права „осим ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради спречавања нереда или криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других”. Другим речима, ова права су подложна ограничењима уколико су предвиђена законом, ради остварења неког легитимног циља, и када постоји пропорционалност између предузете мере и циља који се жели постићи (Крстић, Маринковић, 2016 : 168).

Да ограничење права на приватност мора бити у складу са законом утврђено је и у пресуди ЕСЉП у случају *Malone против Уједињеног краљевства*.¹⁴ У наведеном случају ЕСЉП је утврдио да су примењени недовољно прецизни прописи о пресретању и бележењу информација о телефонским комуникацијама јер су уредбе и други прописи на основу којих је поступало предузеће за телефонски саобраћај, били недовољно јасни и

⁹ *Miailhe v. France*, app. no. 12661/87 (25/02/1993).

¹⁰ У преписку спадају и сви начини саопштавања који не чине писмено, као што су е-мејл, пејдер, мобилни телефон, друге врсте интернет комуникација и слично. *Taylor-Sabori v. United Kingdom*, app. no. 47114/99 (22/10/2002), par. 18.

¹¹ *Niemitz v. Germany*, app. no. 13710/88 (16/12/1992), par. 32.

¹² *Klass v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978), par. 41; *Margaret and Roger Anderson v. Sweden*, app. no. 12963/87 (25/02/1992), par. 72.

¹³ *Campbell Christie v. the United Kingdom*, app. no. 13590/88 (25/03/1992); *Guzzardi v. Italy* app. no. 7367/76 (06/11/1980).

¹⁴ *Malone v. the United Kingdom*, app. no. 8691/79 (02/08/1984), par. 66-82.

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. Зато, у §67 пресуде, ЕСЉП је истакао да уколико су дискрециона овлашћења извршне власти неограничена то директно доводи до угрожавања владавине права. Из тог разлога закон мора довољно јасно да предвиди границе дискреционог овлашћења која стоје на располагању надлежним органима, имајући у виду законити циљ одређене мере као и заштиту појединца од самовоље. Повреда чл. 8. ст. 2. ЕКЉП постојаће и у случају када је ограничење права на приватност примењено супротно одредбама постојећег закона као и када не постоји домаћи пропис који регулише одређени тип ограничења овог права.¹⁵

Захваљујући богатој пракси ЕСЉП установљен је низ елемената који морају кумулативно бити остварени како би закон једне земље који регулише материју тајног надзора комуникације био у складу са стандардом „у складу са законом”. У том погледу, закон мора да садржи:

- 1) категорије лица на које се ограничење може применити;
- 2) прописивање каталога кривичних дела у погледу којих се могу одредити мере тајног надзора комуникације;¹⁶
- 3) одредбе о минималном и максималном трајању мере;¹⁷
- 4) поступак за испитивање, коришћење и чување добијених података;
- 5) околности у којима се резултати тајног надзора комуникације могу или морају избрисати или уништити;
- 6) мере којима се спречава могућност злоупотребе и арбитражности.¹⁸

С друге стране, када је реч о другом и трећем услову, ЕСЉП је истакао да примена тајног надзора комуникација мора да има легитиман циљ¹⁹ и

¹⁵ *Taylor Sabori v the United Kingdom*, app. no. 47114/99, (22/10/2002), par. 67.

¹⁶ *Huvig v. France*, app. no. 11105/84 (24/04/1990), par. 30; *ECHR, Kruslin v. France*, app. no. 11801/85 (24/04/1990), par.30.

¹⁷ *Halford v. United Kingdom*, app. no. 20605/92 (25/06/1997), par.49.

¹⁸ *Malone v. the United Kingdom*, app. no. 8691/79 (02/08/1984), par. 66-82.

¹⁹ У предмету *Weber и Saravia v. Немачка*, ЕСЉП је тако одбио захтев подносиоца који је тврдио да стратешко надзирање у облику снимања телекомуникација, као и коришћење личних података те њихово даље дељење, представља кршење члана 8. ЕКЉП-а, с аргументом да немачки законодавни оквир пружа примерена и учинковита јамства против злоупотребе предметног система надзора, а да је уплитање у тајност комуникација потребно у демократском друштву у интересу заштите националне сигурности и спречавања кривичних дела. *Weber and Saravia v. Germany*, app. no. 54934/00 (29/06/2006), par. 80.

да буде неопходна у демократском друштву како би се тај циљ остварио (Kokott, 2013 : 224). Иако приликом испуњења ових услова националне власти уживају одређену слободу приликом процене испуњености легитимног циља заштите националне безбедности применом тајног надзора комуникација, ова слобода подлеже надзору ЕСЉП (Пауновић, 2019 : 284). Приликом вршења надзора, ЕСЉП мора бити уверен да постоје адекватне и делотворне гаранције против злоупотреба националних органа власти које се темеље на околностима конкретног случаја, као што су природа, обим и трајање мере тајног надзора комуникације, прописани услови за његово одређивање, надлежни органи за спровођење, извршење и надзор као и врста правних лекова предвиђених националним законом.²⁰

2. Тајни надзор комуникација у пракси Европског суда за људска права

У случајевима чији је предмет оптужба о пресретању комуникација постављају се специфична питања, јер сама тајност таквих активности отежава подносиоцу представке доказивање да је његова комуникација заиста и била пресретнута (Игњатовић, 2015 : 10). Зато је ЕСЉП прихватио да питање пресретања постоји тамо где постоје закони којима је пресретање дозвољено, а да подносилац представке може да покаже да спада у категорију лица на које се закон може применити.²¹

Иако је ЕСЉП прихватио легитимне циљеве који се желе постићи тајним надзором и који се у највећем броју случајева односе на питања националне безбедности или спречавања нереда или злочина, у многим случајевима је утврдио да нису испуњени захтеви законитости (legality) или неопходности (necessity) (Игњатовић, 2015 : 10).

2.1. Поједини случајеви пред ЕСЉП у којима је установљена повреда права на приватност применом мере тајног надзора комуникација

ЕСЉП је у случају *Buc (Wisse) против Француске* установио да је дошло до повреде чл. 8. ЕКЉП. У конкретном случају, у просторијама за посете притвореницима били су постављени прислушни уређаји путем којих су прислушкивани и бележени разговори између притвореника и лица која су им долазила у посету. На тај начин, притвореници су били лишени могућности одржавања одређеног степена приватног и породичног живота, укључујући и приватни разговор са породицом. ЕСЉП је приликом посту-

²⁰ European Court of Human Rights (a), *Annual report*, Council of Europe, Strasbourg 2018, p. 92.

²¹ *Klass and others v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978).

пања у наведеном случају закључио да француски закон није довољно јасно назначио, када и у којој мери органи јавне власти могу задрати у приватни и породични живот притвореника, односно, није прецизно дефинисао обим и начин вршења дискреционог овлашћења органа јавне власти у тој сфери која се односила на примену тајног надзора комуникације у просторијама за посете притвореницима, због чега спровођење ове посебне доказне радње у конкретном случају нити је било у складу са законом нити неопходно у демократском друштву, будући да подносиоци представке нису уживали минимални степен заштите који захтева владавина права.²²

Повреда права на приватност применом мере тајног надзора установљена је од стране ЕСЉП и у пресуди *Kruslin против Француске*.²³ У конкретном случају, докази против подносиоца представке прибављени су путем реализовања наредбе о прислушкивању телефона трећег лица у вези с кривичним делом за које се то треће лице сумњичило. ЕСЉП, поступајући у овом случају је закључио да, и поред тога што у француском праву постоји општа правна норма о примени мере тајног надзора комуникације, коју су француски судови екстензивно тумачили тако да је она укључивала могућност и прислушкивања телефона, дошло је до повреде права на приватност, јер у конкретном случају није био испуњен услов легалности, јер закон није предвидео обим и начин вршења овлашћења.²⁴ Слично чињенично стање овом, у коме је, такође, ЕСЉП установио повреду права на приватност, је и случај *Matheron против Француске*²⁵ у коме су против подносиоца представке коришћени докази до којих се дошло спровођењем наредбе о надзору комуникације – телефонских разговора, која се односила на друго лице.

Случај *Драгојевић против Хрватске*, односио се на спровођење тајног надзора телефонских разговора према подносиоцу представке, осумњиченом за трговину дрогом, а у коме је именовани сматрао да је истражни судија пропустио да поступи по поступку који је прописан хрватским законом како би ефикасно проценио да ли је коришћење тајног надзора комуникације у његовом случају било неопходно у демократском друштву, Европски суд за људска права је закључио да је дошло до повреде чл. 8. ЕКЉП (Пауновић, 2019 : 285). Ово стога што је утврдио да хрватски закон није пружио разумну јасност у погледу дискреционих овлашћења органа јавне власти у одређивању мере тајног надзора комуникација, због чега нису постојале

²² *Wisse v. France*, app. no. 71611/01 (20/12/2005).

²³ *Kruslin v. France*, app. no. 11801/85, (24/04/1990).

²⁴ *Kruslin v. France*, app. no. 11801/85, (24/04/1990).

²⁵ *Matheron v. France*, app. no. 57752/00 (29/06/2005).

довољне заштитне мере против евентуалних злоупотреба.²⁶

Да снимање телефонских разговора које обавља полиција представља озбиљну сметњу приватном животу и преписци, те да снимање мора бити засновано на закону који је посебно прецизан ЕСЉП установио је и у случају *Doerga v Холандија*.²⁷ Како је ЕСЉП то посебно нагласио „неопходно је имати јасна, детаљна правила [...] посебно стога што доступна технологија постаје све софистициранија”.²⁸ ЕСЉП је, такође, утврдио да прикупљање информација од стране полицијских службеника може имати свој основ у прећутном овлашћењу извршне власти, осим уколико предузете мере нису инвазивније, јер се тада захтева изричито законско овлашћење за предузимање ових радњи (Синђелић, 2012 : 168).

Мере тајног надзора су предмет све већег броја представки. Развој технологије је навео ЕСЉП да упореди традиционална начела ст. 2. чл. 8. са софистицираним методима ометања приватног живота (Roagna, 2012 : 40). Суд је 2010. године донео своју прву пресуду која се тичала надзора уз помоћ GPS система у контексту кривичних истрага.²⁹ Приликом пресуђивања у случају ЕСЉП је указао на разлике између оспорене мере и других, мање наметљивих, визуелних и слушних начина вршења надзора, на које се примењују мање строги заштитни механизми. У целини гледано, пракса ЕСЉП наглашава хитну потребу да се избегну произвољна ометања. Из тога следи да свака домаћа одредба о том питању мора да буде довољно јасна да појединцима да одговарајућу назнаку о околностима у којима јавне власти имају право да примене такве мере (Roagna, 2012 : 41).

Сви наведени примери из праксе ЕСЉП у којима је установљено да је дошло до повреде чл. 8. применом мере тајног надзора углавном се свODE на то да је дискреционо овлашћење које је законом поверено државном службенику, представљало „неспутану моћ”.³⁰ Та „неспутана моћ” произашла је из националних закона који нису били довољно јасни у својим формулацијама и нису могли да грађанима пруже одговарајући наговештај околности и услова у којима јавне власти имају право да прибегну таквом мешању у право на поштовање приватног живота и преписке. Према томе, како би се спречиле повреде права садржаног у чл. 8. применом мере тајног надзора комуникације, закон мора довољно јасно назначити домен примене сваког

²⁶ *Ante Dragojević v. Croatia*, app no. 68955/11, (15/01/2015).

²⁷ *Doerga v Холандија*, app. no. 50210/99, (27/04/2004), par. 50.

²⁸ *Kruslin v. France*, app. no. 11801/85, (24/04/1990).

²⁹ *Uzun v. Germany*, app. no. 35623/05 (02/09/2010).

³⁰ *Interights* приручник за правнике - право на поштовање приватног и породичног живота према Европској повељи о људским правима (члан 8), Београд, 2006, стр. 40.

дискреционог овлашћења те врсте, и начин на који ће они то овлашћење извршити, имајући на уму легитимни циљ мере о којој је реч, како би појединачно добио одговарајућу заштиту од произвољног мешања.³¹

2.2. Поједини случајеви пред ЕСЉП у којима није установљена повреда права на приватност применом мере тајног надзора комуникација

У чувеном случају *Klass и други против СР Немачке*,³² у коме је ЕСЉП установио да није дошло до повреде права на приватност, поставило се питање допуштености тајног прислушкивања комуникација, без обавештења лица које се прислушкује, као и без могућности да то лице против наредбе о прислушкивању уложи било какво могуће правно средство. Из тог разлога подносиоци представке су тврдили да су потенцијалне жртве примене мере тајног надзора комуникације и да постоји могућност да су њихови разговори бележени. Међутим, Немачка се с успехом позвала на сопствени закон који допушта такву меру, са образложењем да је мера неопходна ради националне безбедности и одржања јавног реда у демократском друштву (Синђелић, 2012 : 167). Након процене немачког закона ЕСЉП је оценио да у случају *Klass* нема повреде права, јер је закон, као и поступак одређивања ове мере, довољно прецизно одређен и да испуњава услове законитости. Сем тога, у самој чињеници да тај закон постоји, садржана је претња надзором и праћењем која се односи на све оне према којима би закон могао бити примењен. Та претња нужно „удара” на слободу комуникација међу корисницима поштанских и телефонских услуга и самим тим представља „мешање јавне власти” у остваривање права подносилаца представке на поштовање приватног и породичног живота и преписке.³³ Суд је у овом случају, такође, истакао и да је примена ове посебне доказне радње била неопходна у демократском друштву у интересу заштите националне сигурности и спречавања нереда или криминала.³⁴

Да ли је посебна доказна радња тајни надзор комуникације била у складу са законом, имала легитиман циљ и била неопходна у демократском друштву, ЕСЉП је одлучивао у случају *Faiza v. Француске*.³⁵ У конкретном случају, подносилац представке је тврдио да је примена ове посебне доказне радње, и то судски налог издат оператеру мобилне телефоније за

³¹ *Interights* приручник за правнике - право на поштовање приватног и породичног живота према Европској повељи о људским правима (члан 8), Београд, 2006, стр. 40.

³² *Klass and others v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978).

³³ *Interights* приручник за правнике - право на поштовање приватног и породичног живота према Европској повељи о људским правима (члан 8), Београд, 2006, стр. 115.

³⁴ *Klass and others v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978), par. 52

³⁵ *Ben Faiza v. France*, app. no. 31446/12 (08/02/2018).

прикупљање података о његовим долазним и одлазним позивима, представљала задирање у његово право на поштовање приватног и породичног живота из чл. 8. ЕКЉП. Француске државне власти ову доказну радњу предузеле су према подносиоцу представке због постојања основа сумње да је извршио кривично дело трговине опојним дрогама и другим психоактивним супстанцама. Испитујући наведене услове ЕСЉП је установио да су сва три услова била испоштована приликом одређивања мере тајног надзора комуникације. Што се тиче првог услова, ЕСЉП је установио да, иако је судски налог представљао случај одступања од права на приватни и породични живот подносиоца представке, је то било „у складу са законом”, будући да је налог био усмерен на утврђивање истине у кривичном поступку (Пауновић, 2019 : 284). Примена тајног надзора комуникације одређена је због постојања основа сумње да је подносилац представке извршио кривично дело трговине опојним дрогама и другим психоактивним супстанцама због чега је био испуњен и услов заштите „легитимних циљева” спречавања извршења кривичних дела и заштите јавног здравља који имају превагу над заштитом права на приватност у конкретном случају (Пауновић, 2019 : 284). Што се тиче трећег услова „неопходност у демократском друштву”, ЕСЉП је утврдио да је и овај услов испуњен, јер је предузимање ове мере било неопходно с циљем спречавања и сузбијања кривичног дела трговина опојним дрогама и психоактивним супстанцама. На основу свега наведеног, ЕСЉП је закључио да у конкретном случају нема повреде права на приватност.

У новије време, пред ЕСЉП појавили су се и случајеви тајног надзора који врше недржавна тела. У случају *Köpke v. Немачке*,³⁶ подносиатељка представке била је радница на каси у супер маркету коју је послодавац сумњичио да га поткрада. С обзиром на то да је надзор вршила приватна компанија, важиле су позитивне обавезе државе, али је ЕСЉП закључио да оне не укључују и обезбеђивање посебног законодавног оквира за поступање у овим ситуацијама. У конкретном случају ЕСЉП је нашао да је реч о мери која је била временски и просторно ограничена и предузета ради конкретног циља – заштите имовинских права компаније, зато је ЕСЉП закључио да су домаћи судови ценили конкурентске интересе и да држава није прешла „границу слободне процене” (*margin of appreciation*) (Игњатовић, 2015 : 12). ЕСЉП је, међутим, поручио да оцена о супротстављеним интересима у будућим случајевима може имати другачију тежину, имајући посебно у виду „обим у коме су мешања у приватне животе могућа захваљујући новим и све софистициранијим технологијама”.³⁷

³⁶ *Köpke v. Germany*, application no. 420/07, (5/10/2010).

³⁷ *Köpke v. Germany*, application no. 420/07, (5/10/2010), par. 50.

3. Недостаци мере тајног надзора комуникација у кривичнопроцесном законодавству Србије

Тајни надзор комуникација је једна од најзначајнијих и у пракси свих земаља највише коришћених доказних радњи у борби не само против савремених облика криминалитета већ и против класичног криминалитета, због чега је јасно уочљива тенденција перманентног ширења круга кривичних дела за која се дозвољава могућност примене ове мере (Бугарски, 2014). Иако доводи до ограничавања права на приватност и знатно задире у основна људска права и слободе, с друге стране, не може се оспорити ефикасност која се постиже применом тајног надзора комуникација (Лечић, 2017 : 98) у сузбијању и спречавању вршења кривичних дела од стране организованих криминалних група.

Доношењем Законика о кривичном поступку из 2001. године у кривичнопроцесно законодавство Републике Србије уводи се ова посебна доказна радња. Тај законик је у

чл. 504е-з прописивао јединствену посебну доказну радњу под називом тајни надзор и снимање телефонских и других разговора или комуникације другим техничким средствима и оптичка снимања лица, која је подразумевала и тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање осумњиченог (Живановић, 2018 : 294). Законом о кривичном поступку из 2011. године тајни надзор комуникација и тајно праћење и снимање предвиђене су као самосталне посебне доказне радње.

Иако ова посебна доказна радња у нашем кривичнопроцесном законодавству постоји већ 20 година и даље постоје одређени недостаци који могу да доведу до повреде права на приватност као једног од најважнијих људских права.

Законик о кривичном поступку из 2001. године, тако и сада важећи ЗКП, не садржи одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене ове посебне доказне радње. Овакво правило може се срести у упоредном законодавству, тачније у праву Сједињених Америчких Држава, које познаје тзв. „правила о минимализацији”. Овим правилима органи који спроводе меру надзора комуникације се обавезују на ограничење мере само на оне разговоре који су правно релевантни, што се постиже различитим методама надзора, на начин да се уређај за надзор ставља ван функције када се чују разговори који нису релевантни за истрагу. Уколико се утврди да осумњичени са одређеном особом или укућанима никад не разговара о злочину, такав разговор се не сме надзирати осим повремено како би се та чињеница потврдила.

Иако се коришћењем случајног налаза умногоне олакшава рад надлежних органа, јасно је да се на тај начин угрожавају све процесне гаранције којима се штити положај окривљеног у кривичном поступку. 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 примена посебних доказних радњи (Ковачевић, 2014 : 174). Ово решење није потпуно усклађено са стандардима ЕСЉП, с обзиром на то да специфичне и инвазивне доказне радње не би требало користити само зато што је то практичније (Лукић, 2001 : 306). Да нарушавање приватности комуникације може бити примењивано само под крајње рестриктивним условима потврђује и случај *Matheron v. France*.³⁸

Једна од већих мањкавости коју садржи српско кривичнопроцесно законодавство садржана је у чл. 163. ст. 2. У поменутом члану, законодавац наводи да *судија за претходни поступак може обавестити лице према коме је спроведена посебна доказна радња тајни надзор комуникације ако је у току спровођења радње утврђена његова истоветност и ако то не би угрозило могућност вођења кривичног поступка*. Оваква формулација која представља само могућност а не и обавезу обавештавања надзираног лица од стране надлежних органа оставља велику неизвесност у погледу тога да ли ће се уопште ико обавештавати о тајном надзору комуникације. 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 (Ковачевић, 2014 : 176). 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 (Ковачевић, 2014 : 176). Овакво решење које је предвидео и наш законодавац није у складу ни са праксом ЕСЉП. Тако је ЕСЉП у случају *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*³⁹ препоручио да се грађани обавесте о примени посебних доказних радњи, истакавши да се

³⁸ *Matheron v. France*, app. no. 57752/00 (29/06/2005).

³⁹ *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev v. Bulgaria*, app. no. 62540/00 (28/06/2007).

тима остварују додатне гаранције да до нарушавања приватности неће доћи у неоправданим случајевима. Поред наведеног случаја, ЕСЉП је и у случају *Klass and others v. Germany*⁴⁰ заузео став да је обавештавање о примени тајног надзора нераскидиво повезано с остваривањем права на правни лек и контролисањем законитости поступања извршне власти (Ковачевић, 2014 : 176).

Проблем примене мере тајног надзора комуникације према садашњем ЗКП-у огледа се и у томе што је законодавац прописао да ова посебна доказна радња може бити примењена и у одређеним ситуацијама када не постоји могућност примене неке друге посебне доказне радње. На овај начин, оваквом формулацијом, може се значајно нарушити право на приватност јер 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. Зато 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 (Ковачевић, 2014 : 172). С тим у вези, ЕСЉП 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.⁴¹

4. Рад законодавца на отклањању недостатака у вези примене мере тајног надзора комуникација

Иако из свега наведеног можемо извући закључак да постоје одређени недостаци приликом примене мере тајног надзора, неопходно је истаћи и напоре нашег законодавца да све постојеће недостатке минимализује и доведе их у тај стадијум да нарушавање права на приватност приликом предузимања ове мере не буде правило већ само спорадична појава.

Један од таквих корака за отклањање недостатака предузео је законодавац на основу одлуке Уставног суда доношењем нових измена и допуна ЗКП. Наиме, пре измена и допуна ЗКП из 2014. године полиција је била ов-

⁴⁰ *Klass and others v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978).

⁴¹ *Iordachi and others v. Moldova*, app. no. 25198/02 (14/09/2009), par. 44.

лашћена да по налогу јавног тужиоца од оператера прибавља податке из евиденције о оствареној телефонској комуникацији, коришћењу базних станица или да изврши лоцирање места са кога се обавља комуникација. Након измена прецизирано је да о овим мерама не одлучује јавни тужилац, већ судија за претходни поступак, а по налогу јавног тужиоца.

Вредне пажње су и одлуке Уставног суда из 2009.⁴² и 2013.⁴³ године којима су оглашене неуставним одређене одредбе Закона о телекомуникацијама⁴⁴ и Закона о електронским комуникацијама.⁴⁵ У Закону о телекомуникацијама била је спорна одредба која се тичала приступа подацима о фреквенцији и усмерености телефонских разговора без судске одлуке, док су спорне одредбе Закона о електронским комуникацијама 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. У оба случаја Уставни суд је установио да су овакве формулације неуставне из разлога што се додатна ограничења људских права, у конкретном случају права на приватност, не могу прописати одредбама закона, већ искључиво Уставом као највишим правним актом Републике Србије.

Најзначајније и најобимније измене и допуне у циљу уклањања недостатака извршене су у Закону о Безбедносно-информативној агенцији. Према одлуци Уставног суда из 2013.⁴⁶ године, Суд је установио 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 него што је то предвиђено највишим правним актом у држави, неминовно је морало доћи до њиховог прецизирања и зато су каснијим изменама и допунама прецизно опредељене мере које се могу примењивати, као и круг лица на која се мере могу односити, као и процедура која се при том примењује (Ковачевић, 2014 : 169).

⁴² Одлука Уставног суда, IУЗ-149/2008.

⁴³ Одлука Уставног суда, IУЗ-1245/2010.

⁴⁴ Престао да важи.

⁴⁵ Закона о електронским комуникацијама, "Сл. гласник РС", бр. 44/2010, 60/2013 - одлука УС, 62/2014 и 95/2018 - др. закон.

⁴⁶ Одлука Уставног суда, IУЗ-252/2002.

5. Закључак

Тајни надзор комуникације као посебна доказна радња, иако као таква задире у право на приватност појединаца, представља једну од најефикаснијих мера којима се спречава вршење кривичних дела и којом се друштву пружа осећај сигурности и поверења у државне органе. Како таква мера не би постала средство злоупотребе неопходно је да за њену реализацију буду прописани јасни и прецизни услови који морају бити испоштовани од стране државних органа приликом примене тајног надзора комуникације. Законске одредбе којима се предвиђа примена ове мере морају испуњавати услов предвидљивости,⁴⁷ па свако лице мора знати или мора недвосмислено имати могућност да сазна границе и услове под којима његова или њена права могу бити ограничена (Игњатовић, 2015 : 23).

Гледано са аспекта усаглашености националног законодавства и ЕКЉП у погледу примене мере тајног надзора и ограничења права на приватност, може се рећи да је Република Србија у доброј мери усагласила своје прописе са условима предвиђеним у ЕКЉП. Услови за спровођење тајног надзора комуникације су прописани на рестриктиван начин узимајући у обзир потребу балансирања између неопходности примене ове посебне доказне радње у контексту откривања тешких кривичних дела и нужности поштовања права на приватност. Међутим, и поред поштовања свега наведеног уочљиви су и недостаци који у одређеним ситуацијама могу да доведу до угрожавања права на приватност појединаца. Један од таквих случајева јесте и то што према сада важећем

ЗКП-у не постоје одредбе које би штитиле право на приватност приликом примене ове посебне доказне радње, како је то на пример предвиђено „правилима о минимализацији” у Сједињеним Америчким Државама, о чему је већ било речи у раду. Затим, још један од разлога који може да доведе до повреде права на приватност јесте и то што мера тајног надзора може бити примењена и у ситуацији када не постоји могућност примене неке друге посебне доказне радње. Оваквом формулацијом шири се круг кривичних дела за која може да се примени ова посебна доказна радња, притом 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 лица.⁴⁸ Такође, и чл. 164. ЗКП-а који регулише питање случајног налаза представља један сегмент кривичнопроцесног законодавства Републике Србије који, такође, није усаглашен са стандардима ЕСЉП јер нарушавање приватности може бити

⁴⁷ *Huvig v. France*, app. no. 11105/84 (24/04/1990), par. 30

⁴⁸ *Iordachi and others v. Moldova*, app. no. 25198/02 (24/09/2009).

примењено само под крајње рестриктивним условима.⁴⁹ Једна од већих мањкавости коју садржи српско кривичнопроцесно законодавство садржана је и у чл. 163. ст. 2. који регулише питање обавештавања лица да је над њим вршен тајни надзор комуникације, где законодавац предвиђа само могућност а не и обавезу судије за претходни поступак да обавести надзирано лице о спроведеној посебној доказној радњи што је у супротности са установљеном праксом ЕСЉП.⁵⁰

Иако из наведеног можемо да видимо да постоје одређени проблеми приликом примене мере тајног надзора, бројним изменама и допунама закона који регулишу ову материју у Републици Србији они су минимализовани и прилагођени како ЕКЉП тако и пракси ЕСЉП. Тако је сада важећи ЗКП након измена и допуна из 2014. године додатно заштитио право на приватност осумњиченог и прецизирао да о спровођењу мере тајног надзора више не одлучује јавни тужилац, већ судија за претходни поступак, а по налогу јавног тужиоца. Закон о електронским комуникацијама који је садржао одредбу којом 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 је оглашена неуставном и као таква брисана из закона. Закон о Безбедносно-информативној агенцији претрпео је измене чл. 13, 14. и 15. и након измена и допуна дошло је до прецизирања поменутих чланова као и јасног назначења које мере које се могу примењивати, на који круг лица се мере могу односити, као и процедура која се при том примењује.

Мера тајног надзора комуникације као једна од највише коришћених посебних доказних радњи у пракси, веома често доводи до тога да су лица према којима се она примењује изложена несразмерном кршењу права на приватност о чему сведочи и велики број представки пред ЕСЉП. Зато, како би се се избегле овакве ситуације, неопходно је да државни органи који спроводе меру тајног надзора комуникације буду упознати како са националном тако и са међународном регулативом, као и са праксом ЕСЉП. На тај ће начин свака држава моћи да обезбеди да се правила која је прописала правично примењују и спроводе, као и да грађани буду заштићени како једни од других, тако и од унутрашњих и спољашњих претњи.

⁴⁹ *Matheron v. France*, app. no. 57752/00 (29/06/2005).

⁵⁰ *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, app. no. 62540/00 (28/06/2007); *Klass and others v. Germany*, app. no. 5029/71 (06/09/1978).

Литература

Bart van der Sloot, „Privacy as Personality Right: Why the ECtHR’s Focus on Ulterior Interests Might Prove Indispensable in the Age of „Big Data”, *Utrecht Journal Of International And European Law*, 31/2015.

European Court of Human Rights (a), *Annual report*, Council of Europe, Strasbourg 2018,

Juliane Kokott, Christoph Sobotta, „The distinction between privacy and data protection in the jurisprudence of the CJEU and the ECtHR”, *International Data Privacy Law*, 4/2013.

Roagna, I. - *Zaštita prava na poštovanje privatnog i porodičnog života, u skladu sa Evropskom Konvencijom o ljudskim pravima, Priručnici Saveta Evrope za ljudska prava*, Strazbur, 2012.

Бошковић, М, *Криминолошки лексикон*, Матица српска, Нови Сад, 1999.

Бугарски, Т. - *Доказне радње у кривичном поступку*, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад, 2014.

Живановић, К, *Посебна доказна радња тајног надзора комуникације пракса Европског суда за људска права у случају необразложене наредбе суда*, *Журнал за криминалистику и право*, Београд, 2018, стр. 303. doi:10.5937/nabero23-18350

Игњатовић, Д, *Мере пресретања комуникације и задржавања података из перспективе Стразбура и прописа и праксе у Републици Србији*, Београд, 2015.

Ковачевић, М, *Тајни надзор комуникације усклађеност са праксом европског суда за људска права*, *Анали Правног факултета у Београду*, година LXII, 2/2014, Београд, 2014, стр. 174.

Крстић, И, Маринковић, Т, *Европско право људских права*, Београд, 2016.

Лечић, Б, *Улога и значај посебне доказне радње тајног надзора комуникација у истрази кривичног дела тероризма*, *Civitas*, 2017, 7(2), Нови Сад, 2017.

Лукић, Т, *Информације (обавештења) служби безбедности као доказ у кривичном поступку*, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2001, стр. 306.

Пауновић, Н, *Тајни надзор комуникације као легитиман основ за одступање од права на приватност личности са освртом на праксу европског суда за људска права*, *Harmonius*, Београд, 2019.

Синђелић, Ж, *Недостаци посебних доказних радњи тајни надзор комуни-*

кације и тајно праћење и снимање, Тужилачка реч, бр. 28, Београд, 2015.

Синђелић, Ж, Право на приватност - кривичноправни, кривичнопроцесни и криминалистички аспекти – докторска дисертација, Београд, 2012.

Судска пракса:

The ECHR case of *Abdulaziz, Cabales, and Balkandali v. UK*, (Application no. 9214/80; 9473/81; 9474/81), Judgement of 28. May 1985.

The ECHR case of *Amann v. Switzerland*, (Application no. 27798/95), Judgment of 16. February 2000.

The ECHR case of *Ante Dragojević v. Croatia*, application no. 68955/11, Judgement of 15. January 2015.

The ECHR case of *Ben Faiza v. France*, application no. 31446/12, Judgement of 8. February 2018.

The ECHR case of *Campbell Christie v. the United Kingdom* (No.13590/88),1992.

The ECHR case of *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, Application no. 13134/87, Judgement of 23 February 1993.

The ECHR case of *Doerga v Netherland* /No.50210/99), 2004.

The ECHR case of *Guzzardi v. Italy* (No.7367/76),1980.

The ECHR case of *Halford v. United Kingdom* , (20605/92), 1997.

The ECHR case of *Huvig v France*, пресуда од 24.04.1990, Series A, No.176-B.

The ECHR case of *Iordachi and others v. Moldova*, (Application no. 25198/02), Judgment of 24. September 2009.

The ECHR case of *Klass and others v. Germany*, application no. 5029/71, Judgement of 6. September 1978.

The ECHR case of *Köpke v. Germany*, application no. 420/07, decision 5. October 2010.

The ECHR case of *Kruslin v. France*, application no. 11801/85, Judgment 24. April 1990.

The ECHR case of *Malone v. the United Kingdom* (Application no. 8691/79), 1984.

The ECHR case of *Margaret and Roger Anderson v. Sweden*, (1992).

The ECHR case of *Matheron v. France*, (Application no. 57752/00), Judgement of 29. June 2005.

The ECHR case of *Miailhe v. France*, (12661/87), Judgement of 25. February 1993.

The ECHR case of *Niemitz v. Germany*, пресуда од 16. 12. 1992, Series A, No.251-B.

The ECHR case of *Slivenko v. Latvia*, (Application no. 48321/99), Judgement of 09. October 2003.

The ECHR case of *Taylor Sabori v the United Kingdom*, (Application no. 47114/99), 22. October 2002.

The ECHR case of *The Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria*, Judgment of 28. June 2007.

The ECHR case of *Uzun v. Germany* (Application No. 35623/05), 02. September 2010.

The ECHR case of *Van Oosterwijk v. Belgium*, (Application no. 7654/76), Judgement of 06. November 1980.

The ECHR case of *Weber i Saravia v. Germany* (odluka), br. 54934/00 ESLJP (2006).

The ECHR case of *Wisse v. France*, application no 71611/01, Judgement of 20. December 2005.

Одлука Уставног суда, IУЗ-252/2002.

Одлука Уставног суда, IУЗ-149/2008.

Одлука Уставног суда, IУЗ-1245/2010.

Законски текстови:

Interights приручник за правнике - право на поштовање приватног и породичног живота према Европској повељи о људским правима (члан 8), Београд, 2006.

Европска конвенција о људским правима (1950).

Закон о безбедносно-информативној агенцији, „Сл. гласник РС”, бр. 42/2002, 111/2009, 65/2014 - одлука УС, 66/2014 и 36/2018.

Закон о електронским комуникацијама, „Сл. гласник РС”, бр. 44/2010, 60/2013 - одлука УС, 62/2014 и 95/2018 - др. закон.

Законик о кривичном поступку „Сл. лист СРЈ”, бр. 70/2001 и 68/2002 и “Сл. гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009

Законик о кривичном поступку, „Сл. гласник РС”, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 и 35/2019.

Препорука Савета Европе R(87)15 о употреби личних података од стране полицијског сектора (1987).

Резиме

Са развојем организованог криминалитета, стварају се нови, и унапређују стари механизми за заштиту човечанства од ове негативне друштвене појаве. Ефикасна борба против тешких облика кривичних дела захтева, под одређеним условима, спровођење тајног надзора комуникација као посебне доказне радње, чија примена може угрозити право на приватност личности. У раду се говори о заштити права на приватност у вези са применом тајног надзора комуникације као посебне истражне технике у кривичном поступку. Рад је посвећен материји права на приватност са аспекта Европске конвенције о људским правима и праксе Европског суда за људска права која се тиче повезаности овог права са применом мере тајног надзора комуникације. У оквиру рада наведени су и недостаци у примени ове мере у Републици Србији као и рад законодавца на њиховом отклањању.

Aleksandar Arsić,

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

COVERT SURVEILLANCE OF COMMUNICATIONS: COMPLIANCE WITH THE STANDARDS OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Summary

The evolving forms of organized crime call for creating new mechanism and improving the existing instruments for protecting the humanity from this negative social phenomenon. In some circumstances, an effective fight against serious forms of organized crime entails covert surveillance of communications as a special investigative technique, whose application can jeopardize the right to privacy. The paper examines the protection of privacy rights pertaining to the application of covert surveillance of communications as a special investigative technique in criminal proceedings. In particular, the paper focuses on the right to privacy viewed from the perspective of the European Convention on Human Rights (ECHR) and the practice of the European Court of Human Rights (ECtHR) on this subject matter. The author discusses the correlation between this right and the application of covert surveillance of communication. The author also draws attention to the shortcomings in the application of this special investigative technique in the Republic of Serbia, and elaborates on the legislator's activities aimed at eliminating the drawbacks.

Keywords: *covert surveillance of communications, ECHR, the right to privacy, ECtHR.*