

Уставни суд у саставу: председник др Драгиша Б. Слијепчевић и судије др Оливера Вучић, др Марија Драшкић, Братислав Ђокић, Весна Илић Прелић, др Горан Илић, др Агнеш Картаг Одри, Катарина Манојловић Андрић, мр Милан Марковић, др Боса Ненадић, Милан Станић, др Драган Стојановић, мр Томислав Стојковић, Сабахудин Тахировић и Предраг Ћетковић, на основу члана 167. став 1. тачка 1. Устава Републике Србије, на седници одржаној 13. јуна 2013. године, донео је

ОДЛУКУ

(Сл. гласник РС бр. 60/13)

Основни текст на снази од 10/07/2013, у примени од 10/07/2013

1. Утврђује се да одредбе члана 128. став 1. у делу који гласи: "у складу са законом којим се уређује кривични поступак", као и у делу који гласи: ", у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова", члана 128. став 5. у делу који гласи: "на захтев надлежног државног органа, у складу са ставом 1. овог члана" и члана 129. став 4. Закона о електронским комуникацијама ("Службени гласник РС", број 44/10), нису у сагласности са Уставом.
2. Одбацују се иницијативе за покретање поступка за оцену уставности одредаба чл. 126. и 127, члана 128. ст. 2. до 4. и ст. 6. и 7, члана 129. ст. 1. до 3. и члана 130. Закона из тачке 1.
3. Одбацују се захтеви за обуставу извршења појединачног акта или радње предузете на основу одредаба Закона из тач. 1. и 2.

Образложење

Уставном суду поднети су предлог за утврђивање неуставности и две иницијативе за покретање поступка за оцену уставности и сагласности са потврђеним међународним уговорима одредаба чл. 126. до 130. Закона о електронским комуникацијама ("Службени гласник РС", број 44/10).

Подносилац предлога наводи да оспорене одредбе члана 128. ст. 1. и 5. Закона о електронским комуникацијама нису сагласне са одредбом члана 41. став 2. Устава, јер дозвољавају примену посебних мера којима се одступа од тајности писама и других средстава комуникације не само у складу са судском одлуком, већ и без налога суда - када је таква могућност прописана законом, односно на захтев надлежног државног органа. Предлагач истиче да је неуставност таквог законског решења већ утврђена Одлуком Уставног суда ИУз-149/2008 од 28. маја 2009. године, приликом оцене уставности члана 55. став 1. Закона о телекомуникацијама ("Службени гласник РС", бр. 44/03 и 36/06). На крају, предлагач наводи да према пракси Европског суда за људска права, појам "комуницирања" односно општења, чија је тајност заштићена чланом 41. став 1. Устава, обухвата не само садржај комуникације, него и податке о томе са ким се комуницира, када и одакле, односно да заштита комуникација не укључује само садржину, већ и тајност околности комуницирања, укључујући посебно да ли, када и колико пута је нека особа контактирала другу или то покушала.

Подносилац прве иницијативе сматра да је одредбама члана 128. ст. 1. и 4. и члана 129. став 1. тач. 1) до 6) и ст. 2. и 4. Закона повређено Уставом зајемчено право тајности писама и других средстава јавног општења из члана 41. Устава. Иницијатор наводи да је одредба члана 128. став 1. Закона супротна одредбама члана 41. Устава, јер се њоме конституише "обавеза задржавања података", као одступање од начела тајности комуникација заснованог непосредно на закону и на унапред неодређеном броју случајева, уместо да се то чини по одлуци суда донетој на основу закона у складу са одредбом члана 41. став 2. Устава. Одредба члана 128. став 4. је, по мишљењу подносиоца иницијативе, супротна одредби члана 41. став 2. Устава, јер се њоме задржавање података о комуникацијама везује за дан обављања комуникације, а не за одлуку суда, као и због тога што је законодавац одредио рок чувања задржаних података о комуникацијама, што опет спада у надлежност суда за сваки конкретан случај када долази до

одступања од начела тајности писама и других средстава општења. Како се одредбе члана 129. став 1. тач. 1) до б) и ст. 2. и 4. Закона односе на примену обавеза из члана 128. став 1. Закона, подносилац иницијативе сматра да су и ове одредбе Закона супротне одредбама члана 41. Устава. Поред тога, подносилац иницијативе истиче да је одредба члана 129. став 4. Закона супротна члану 41. став 2. Устава и због тога што захтев за задржавање података представља иницијални акт у правцу одступања од принципа тајности комуникација, па стога он једино може бити саставни део одлуке суда, као органа судске власти, а не органа управне власти. Иницијатор такође сматра да оспорене одредбе Закона нису у сагласности ни са одредбом члана 12. Универзалне декларације о правима човека ("Службени лист СФРЈ", број 0/48), јер се решење садржано у оспореним законским одредбама јавља као произвољно мешање јавне власти које забрањује наведени члан Декларације, чиме су оспорене одредбе Закона супротне општеприхваћеним правилима међународног права садржаним у овој декларацији. Имајући у виду да је одредба члана 17. став 1. Међународног пакта о грађанским и политичким правима ("Службени лист СФРЈ", број 7/71) идентична са одредбом члана 12. Декларације о правима човека, иницијатор закључује да оспорене одредбе Закона нису у сагласности ни са наведеном одредбом Међународног пакта. Што се тиче Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода ("Службени лист СЦГ - Међународни уговори", бр. 9/03, 5/05 и 7/05), иницијатор сматра да оспорене одредбе Закона нису у сагласности са одредбама члана 8. ове конвенције.

Подносилац друге иницијативе, у делу којим оспорава одредбе чл. 126. до 130. Закона, наводи да одредбе члана 126. Закона нису у сагласности са чланом 41. Устава, јер је њима допуштено да се пресретање електронских комуникација врши без одлуке суда и на неодређено време, ако се не открива садржај комуникације. Спорна одредба Закона је, по мишљењу иницијатора, у супротности са чланом 41. Устава, који недвосмислено јемчи тајност средстава комуникација, а не само садржаја комуникација, јер полазећи од одредаба члана 18. став 2. и члана 20. Устава, Устав не допушта да се зајемчено право тајности комуникација законом може ограничавати само на њихов садржај, нити да се законом уводе нови разлози, као што је пристанак корисника. Иницијатор даље истиче да је потребно имати у виду да се прикупљањем података о комуникацијама, посебно наведених у члану 129. став 1. Закона, могу прикупити подаци о личности којима се нарушава приватност и који могу бити злоупотребљени, јер праћењем учесталости, начина, средстава, облика и места са којих се остварују комуникације и других података појединачно и посебно у међусобној вези, могуће је откривање података о приватном животу грађана или пословним везама и активностима, па чак и о намерама. Иницијатор сматра да оспорена одредба члана 126. став 1. Закона и њена непосредна повезаност са одредбама чл. 127. до 130. Закона, отвара широке могућности за прикупљање таквих података, без успостављене контроле и ограничења, нарочито из разлога тзв. заштите безбедности Републике Србије, јер овај појам у одсуству одлуке и контроле суда, када зависи само од воље служби безбедности, може се неограничено широко тумачити и примењивати као основ за пресретање комуникација и прикупљање и употребу прикупљених података. Из истих разлога иницијатор сматра да је и одредба члана 128, у вези са чланом 129. став 1. Закона у супротности са Уставом. Наиме, у ставу 1. спорног члана 128. Закона се као услов за тзв. задржавање података уопште не тражи одлука суда, што је изричито потребно код тзв. пресретања комуникација, када се открива садржај комуникације. Сам појам "задржавање података" није дефинисан овим законом, али према мишљењу иницијатора, из садржаја оспорених одредаба Закона произлази да се ради о прикупљању података о комуникацијама ради приступа истим од стране органа који воде истрагу, служби безбедности и унутрашњих послова. Међутим, иницијатор сматра да како нема гаранција да ти закони садрже ограничења да се "задржавање" података и приступ истима врши само у складу са Уставом, односно само на основу одлуке суда, спорном одредбом се поштовање Уставом зајемченог права доводи у питање и зависи од садржаја тих закона, што није допуштено чланом 18. Устава. Иницијатор на крају истиче да су остале одредбе чл. 126. до 130. Закона, које нису посебно образложене у иницијативи, у функцији примене одредаба чија је сагласност са Уставом непосредно оспорена, па су, самим тим, и оне у супротности са чл. 18, 20. и 41. Устава.

Подносиоци иницијатива, на крају, траже да Уставни суд, до доношења коначне одлуке, обустави извршење појединачних аката и радњи које су предузете на основу оспорених одредаба Закона о електронским комуникацијама, јер би њиховим извршењем, по њиховом мишљењу, могле да наступе

неотклоњиве штетне последице.

У претходном поступку, Уставни суд је, на основу Закључка IУz-1245/2010 од 28. октобра 2010. године, доставио Народној скупштини предлог и иницијативе на одговор, односно мишљење. У остављеном року од 45 дана од дана пријема дописа Суда, а ни након истека наведеног рока, Народна скупштина није доставила Уставном суду одговор, односно мишљење, па је Суд, сагласно одредби члана 34. став 3. Закона о Уставном суду ("Службени гласник РС", бр. 109/07, 99/11 и 18/13 - Одлука УС), наставио поступак.

У спроведеном поступку Уставни су је утврдио:

Закон о електронским комуникацијама је донела Народна скупштина, на седници другог ванредног заседања 29. јуна 2010. године, на основу члана 97. тачка 13. Устава, којим је утврђено да Република Србија уређује и обезбеђује режим и безбедност у свим врстама саобраћаја. Закон је објављен у "Службеном гласнику Републике Србије", број 44/10 од 30. јуна 2010. године и ступио је на снагу 8. јула 2010. године. Овим законом уређују се: услови и начин за обављање делатности у области електронских комуникација; надлежности државних органа у области електронских комуникација; положај и рад Републичке агенције за електронске комуникације; накнаде; спровођење јавних консултација у области електронских комуникација; обављање делатности електронских комуникација по режиму општег овлашћења; пројектовање, изградња или постављање, коришћење и одржавање електронских комуникационих мрежа, припадајућих средстава, електронске комуникационе опреме и терминалне опреме; право службености и заједничког коришћења; међуповезивање и приступ; пружање услуга универзалног сервиса; одређивање тржишта подложних претходној регулацији, анализа тржишта, одређивање оператора са значајном тржишном снагом (у даљем тексту: оператор са ЗТС) и овлашћења Републичке агенције за електронске комуникације у односу на оператора са ЗТС; управљање и коришћење адреса и бројева (у даљем тексту: нумерација); управљање, коришћење и контрола радио-фреквенцијског спектра; дистрибуција и емитовање медијских садржаја; заштита права корисника и претплатника; безбедност и интегритет електронских комуникационих мрежа и услуга; тајност електронских комуникација, законито пресретање и задржавање података; надзор над применом овог закона; мере за поступање супротно одредбама овог закона, као и друга питања од значаја за функционисање и развој електронских комуникација у Републици Србији (члан 1.)

Оспорене одредбе чл. 126. до 130. Закона налазе се у делу XVII. Закона, под називом "Тајност електронских комуникација, законито пресретање и задржавање података", којима је уређена тајност електронских комуникација, законито пресретање електронских комуникација, обавеза задржавања података, врсте задржаних података и заштита задржаних података. Овим одредбама Закона прописано је: да пресретање електронских комуникација којим се открива садржај комуникације није допуштено без пристанка корисника, осим на одређено време и на основу одлуке суда, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом, да одредба из става 1. овог члана не спречава снимање комуникација и са њима повезаних података о саобраћају, које се обавља ради доказивања комерцијалних трансакција или других пословних односа, у којима су обе стране свесне или би морале бити свесне или су изричито упозорене на то да обављена комуникација може да буде снимљена, да је коришћење електронских комуникационих мрежа и услуга ради чувања или приступања подацима похрањеним у терминалној опреми претплатника или корисника, дозвољено под условом да је претплатнику или кориснику дато јасно и потпуно обавештење о сврси прикупљања и обраде података, у складу са законом којим се уређује заштита података о личности, као и да му је пружена прилика да такву обраду одбије, да одредба става 3. овог члана не спречава техничко чување или приступ подацима у сврху обезбеђивања комуникације у оквиру електронских комуникационих мрежа или пружања услуга које је претплатник или корисник изричито затражио (члан 126.); да је оператор дужан да омогући законито пресретање електронских комуникација из члана 126. став 1. овог закона, да је надлежни државни орган који спроводи послове законитог пресретања дужан да води евиденцију о пресретнутим електронским комуникацијама, која нарочито садржи одређење акта који представља правни основ за вршење пресретања, датум и време вршења пресретања, као и да ову евиденцију чува као тајну, у складу са законом којим се уређује тајност података, да када надлежни

државни орган који спроводи послове законитог пресретања није у могућности да изврши законито пресретање електронских комуникација без приступа просторијама, електронској комуникационој мрежи, припадајућим средствима или електронској комуникационој опреми оператора, оператор из става 1. овог члана је дужан да о примљеним захтевима за пресретање електронских комуникација води евиденцију, која нарочито садржи идентификацију овлашћеног лица које је вршило пресретање, одређење акта који представља правни основ за вршење пресретања, датум и време вршења пресретања, као и да ову евиденцију чува као тајну, у складу са законом којим се уређује тајност података, да је оператор дужан да, ради остваривања обавезе из става 1. овог члана, о свом трошку обезбеди неопходне техничке и организационе услове (уређаје и програмску подршку), као и да докаже о томе достави Агенцији, у складу са одредбама овог закона, да министарство, по прибављеном мишљењу министарства надлежног за послове правосуђа, министарства надлежног за унутрашње послове, министарства надлежног за послове одбране, Безбедносно-информативне агенције и органа надлежног за заштиту података о личности, ближе прописује захтеве за уређаје и програмску подршку из става 4. овог члана (члан 127.); да је оператор дужан да задржи податке о електронским комуникацијама из члана 129. став 1. овог закона (у даљем тексту: задржани подаци) за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођења кривичног поступка, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова, да је оператор из става 1. овог члана дужан да задржи податке у изворном облику или као податке обрађене током обављања делатности електронских комуникација, да оператор из става 1. овог члана није дужан да задржи податке које није произвео нити обрадио, да је оператор из става 1. овог члана дужан да задржане податке чува 12 месеци од дана обављене комуникације, да је оператор дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно да се без одлагања могу доставити на захтев надлежног државног органа, у складу са ставом 1. овог члана, да је надлежни државни орган који остварује приступ, односно коме се достављају задржани подаци, дужан да води евиденцију о приступу, односно достављању задржаних података, која нарочито садржи: одређење акта који представља правни основ за приступ, односно достављање задржаних података, датум и време приступања, односно достављања задржаних података, као и да ову евиденцију чува као тајну, у складу са законом којим се уређује тајност података, да када надлежни државни орган није у могућности да оствари приступ задржаним подацима без приступа просторијама, електронској комуникационој мрежи, припадајућим средствима или електронској комуникационој опреми оператора, оператор из става 1. овог члана дужан је да о примљеним захтевима за приступ, односно достављање задржаних података, води евиденцију, која нарочито садржи идентификацију овлашћеног лица које је приступило задржаним подацима, односно коме су достављени задржани подаци, одређење акта који представља правни основ за приступ, односно достављање задржаних података, датум и време приступања, односно достављања задржаних података, као и да ову евиденцију чува као тајну, у складу са законом којим се уређује тајност података (члан 128.); да се обавеза оператора из члана 128. став 1. овог закона односи на податке потребне за праћење и утврђивање извора комуникације, утврђивање одредишта комуникације, утврђивање почетка, трајања и завршетка комуникације, утврђивање врсте комуникације, идентификацију терминалне опреме корисника и утврђивање локације мобилне терминалне опреме корисника, да обавеза задржавања података из става 1. овог члана обухвата и податке о успостављеним позивима који нису одговорени, али не обухвата податке о позивима чије успостављање није успело, да је забрањено задржавање података који откривају садржај комуникације, да Министарство, по прибављеном мишљењу министарства надлежног за послове правосуђа, министарства надлежног за унутрашње послове, министарства надлежног за послове одбране, Безбедносно-информативне агенције и органа надлежног за заштиту података о личности, ближе прописује захтеве у вези са задржавањем података из става 1. овог члана (члан 129.); да је оператор дужан да, у погледу заштите задржаних података, нарочито обезбеди - да су задржани подаци истог квалитета и подвргнути истим мерама безбедности и заштите као и подаци у електронској комуникационој мрежи оператора, да су задржани подаци заштићени на подесан начин од случајног или недопуштеног уништења, случајног губитка или измене, неовлашћеног или незаконитог чувања, обраде, приступа или откривања, у складу са законом којим се уређује заштита података о личности, односно

законом којим се уређује заштита тајних података када се ради о подацима који су сачувани и достављени у складу са чланом 128. став 5. овог закона, да се приступ задржаним подацима на подесан начин ограничи само на овлашћена лица органа који остварују приступ задржаним подацима, у складу са чланом 128. став 5. овог закона, да се задржани подаци униште по истеку рока из члана 128. став 4. овог закона, осим података који су сачувани и достављени у складу са чланом 128. став 5. овог закона, да је оператор дужан да, ради остваривања обавезе из става 1. овог члана, о свом трошку обезбеди неопходне техничке и организационе услове, као и да докаже о томе достави Агенцији, у складу са одредбама овог закона, да надзор над извршењем обавеза оператора из става 1. овог члана врши орган надлежан за заштиту података о личности, а када су подаци достављени у складу са чланом 128. став 5. овог закона и орган надлежан за надзор над спровођењем закона који регулише заштиту тајности података (члан 130.).

Уставом Републике Србије утврђено је: да се људска и мањинска права зајемчена Уставом непосредно примењују, да се Уставом јемче, и као таква се непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима и законима, да се законом може прописати начин остваривања ових права само ако је то Уставом изричито предвиђено или ако је то неопходно за остварење појединог права због његове природе, при чему закон ни у ком случају не сме да утиче на суштину зајемченог права (члан 18. ст. 1. и 2.); да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права, као и да се достигнути ниво људских и мањинских права не може смањивати (члан 20. ст. 1. и 2.); да је тајност писама и других средстава комуницирања неповредива, да су одступања дозвољена само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходна ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом (члан 41.).

Одредбом члана 12. Универзалне декларације о правима човека утврђено је да се нико не сме изложити произвољном мешању у приватни живот, породицу, стан или преписку, нити нападима на част и углед, као и да свако има право на заштиту закона против оваквог мешања или напада.

Међународним пактом о грађанским и политичким правима предвиђено је: да се државе чланице овог пакта обавезују да гарантују да се свако лице чија су права и слобода признати овим пактом повређени, може користити правом жалбе, чак и ако су их повредила лица у вршењу својих званичних дужности (члан 2. став 3. тачка а)); да нико не може бити предмет самовољних или незаконитих мешања у његов приватни живот, у његову породицу, у његов стан или његову преписку, нити незаконитих повреда нанесених његовој части или његовом угледу (члан 17. став 1.).

Европском конвенцијом о заштити људских права и основних слобода предвиђено је: да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона (члан 6. став 1. прва реченица); да свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке, да се јавне власти неће мешати у вршење овог права сем 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 (члан 8.); да свако коме су повређена права и слобода предвиђени у овој конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству (члан 13.).

Из наведеног следи да је неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања зајемчена одредбом члана 41. став 1. Устава. Међутим, ово право није апсолутно, јер су самим Уставом утврђена одступања од овог права, сагласно члану 20. став 1. Устава, којим је утврђено да људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена, ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права. Тако је одредбом члана 41. став 2. Устава утврђено

да су одступања од неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања дозвољена само под одређеним условима, и то на одређено време и на основу одлуке суда и у сврхе које су такође утврђене овом одредбом Устава, а односе се на неопходност вођења кривичног поступка или заштиту безбедности Републике Србије, на начин који може бити уређен само законом. Поводом наведеног, Уставни суд најпре констатује да се Уставом Републике Србије обезбеђују виши стандарди заштите неповредивости тајности писама и других средстава општења од оних који су предвиђени у наведеним међународним актима, а на које се један од иницијатора позива у својој иницијативи. Полазећи од изложеног, као и од изнетих разлога за утврђивање несагласности оспорених одредаба Закона са потврђеним међународним уговорима, за које Уставни суд налази да нису ваљано образложени, Суд је разматрао само питања уставности оспорених одредаба чл. 126. до 130. Закона о електронским комуникацијама.

Како електронске комуникације представљају једно од средстава комуницирања, чија тајност је гарантована наведеном одредбом Устава, то је одредбама чл. 126. до 130. Закона о електронским комуникацијама уређена тајност електронских комуникација, као и законито пресретање и задржавање података, којима се дозвољава одступање од зајемчене неповредивости тајности средстава комуникације.

Основни принцип којим је обезбеђена тајност електронских комуникација садржан је у ставу 1. члана 126. Закона, којим је прописано да пресретање електронских комуникација којим се открива садржај комуникације није допуштено без пристанка корисника. То значи да је пресретање електронских комуникација којим се открива садржај комуникације дозвољено само онда када постоји јасно изражена воља корисника електронске комуникације да се наведено пресретање изврши, јер на тај начин корисник комуникације дозвољава својим пристанком да се открије садржај комуникације. Да је воља корисника електронских комуникација од пресудног значаја приликом поступања са подацима обезбеђеним електронским комуникацијама јасно се види и из одредаба члана 126. ст. 2. до 4. Закона, јер је овим одредбама прописано: да приликом снимања комуникација и са њима повезаних података о саобраћају, које се обавља ради доказивања комерцијалних трансакција или других пословних односа, обе стране у комуникацији морају бити свесне или би морале бити свесне или су изричито упозорене на чињеницу да обављена комуникација може бити снимљена (став 2.); да је коришћење електронских комуникационих мрежа и услуга ради чувања или приступања подацима похрањеним у терминалној опреми претплатника или корисника дозвољено само под условом да је претплатнику или кориснику дато јасно и потпуно обавештење о сврси прикупљања и обраде података, у складу са законом којим се уређује заштита података о личности, као и да му је пружена прилика да такву обраду података одбије (став 3.); да одредба става 3. овог члана не спречава техничко чување или приступ подацима у сврху обезбеђења комуникације у оквиру електронских комуникационих мрежа или пружања услуга које је претплатник или корисник изричито затражио (став 4.). Из наведеног следи да се на предвиђени начин штити неповредивост тајности електронских комуникација, јер се корисник електронске комуникације изричито упозорава да комуникација може бити снимљена, тражи се сагласност од њега за прикупљање и обраду одређених података или се приступ подацима обезбеђује на његов изричит захтев.

Одступање од наведеног принципа, тј. могућност пресретања електронских комуникација без пристанка, односно без знања корисника електронских комуникација је дозвољено само на основу одлуке суда, и то на одређено време, у случају ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом. Законито пресретање електронских комуникација је уређено чланом 127. Закона. Ставом 1. овог члана Закона је прописана обавеза оператора да омогући законито пресретање комуникација из члана 126. став 1. Закона, што значи оних комуникација за чије пресретање на одређено време постоји одлука суда и које су неопходне за вођење кривичног поступка или за заштиту безбедности Републике Србије. На тај начин су, према оцени Уставног суда, испуњени услови и разлози који су утврђени чланом 41. став 2. Устава, чиме је радња пресретања електронских комуникација уређена сагласно наведеној одредби Устава, што значи да оператор неће омогућити пресретање електронских комуникација надлежном органу који ову радњу спроводи без образложене одлуке суда у којој је наведено име корисника чије електронске комуникације се пресећу, време трајања пресретања и разлози због којих се пресретање врши. Начин на који се

законито пресретање електронских комуникација врши уређен је одредбама члана 127. ст. 2. до 5. Закона, као и права и обавезе надлежног органа који спроводи пресретање, односно оператора, као што су: обавеза надлежног органа који спроводи пресретање да води евиденцију о пресретнутим електронским комуникацијама и да ову евиденцију чува као тајну; обавеза оператора да води евиденцију о пресретнутим електронским комуникацијама, уколико надлежни орган то чини у просторијама и са опремом оператора и обавеза оператора да ову евиденцију чува као тајну; обавеза оператора да о свом трошку обезбеди неопходне техничке и организационе услове за законито пресретање електронских комуникација и да докаже о томе достави Агенцији, као и обавеза министарства надлежног за послове телекомуникација и информационог друштва да ближе пропише захтеве за уређаје и програмску подршку, по прибављеном мишљењу министарства надлежног за послове правосуђа, министарства надлежног за унутрашње послове, министарства надлежног за послове одбране, Безбедносно-информативне агенције и органа надлежног за заштиту података о личности. Према оцени Уставног суда, наведеним законским одредбама којима су прописане обавезе оператора и надлежног органа у спровођењу мере пресретања електронских комуникација, законодавац није прекорачио своја овлашћења, јер је ова питања уредио сагласно одредби члана 41. став 2. Устава.

Поред законитог пресретања електронских комуникација, оператор, сагласно члану 128. став 1. Закона, има и обавезу задржавања података о електронским комуникацијама за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођења кривичног поступка, у складу са законом којим се уређује кривични поступак, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије, у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова. Наведена обавеза оператора задржавања односи се на податке потребне за праћење и утврђивање извора, одредишта, почетка, трајања и завршетка комуникације, врсте комуникације, идентификацију терминалне обраде података и утврђивање локалне мобилне терминалне опреме корисника (члан 129. став 1. Закона - врсте задржаних података), док је Законом изричито забрањено задржавање података који откривају садржај комуникација (члан 129. став 3. Закона). Из наведеног следи да је овим законом установљена обавеза оператора за задржавање свих података који се односе на формална обележја електронске комуникације, али не и њену садржину, као општа обавеза оператора у односу на кориснике електронских комуникација како би се образовала посебна база података у коју се приступ сачуваним, односно задржаним подацима може дозволити на начин прописан законом за потребе спровођења истраге, откривања кривичних дела и вођења кривичног поступка, као и за потребе заштите националне и јавне безбедности Републике Србије. Задржавање података у систему оператора електронских комуникација, само по себи не може представљати радњу којом се врши повреда тајности писама и других средстава комуницирања, јер чувањем одређених података на једном месту не може се извршити повреда овакве врсте. Међутим, сврха задржавања података од стране оператора и располагање подацима овакве врсте којима се, под одређеним условима, може обезбедити приступ, односно који могу бити достављени надлежним органима, свакако представља одступање од неповредивости тајности средстава комуницирања, јер се коришћењем задржаних података залази у сферу приватности корисника електронске комуникације. Наиме, посебна база података која је формирана на основу обавезе оператора да задржава податке о електронским комуникацијама може бити злоупотребљена незаконитим поступањем органа власти, па стога њихова употреба, односно коришћење мора бити заштићено од таквих злоупотреба у циљу очувања неповредивости приватне сфере сваког појединца.

Поводом наведеног, Уставни суд је стао на становиште да, иако је овом оспореном одредбом Закона само прописана општа обавеза оператора да задржава податке о електронским комуникацијама и одређена сврха због које се задржавање ових података прописује, при чему несумњиво постоји легитимни циљ за прописивање ове обавезе оператора, а то су заштита друштва од криминалитета и заштита безбедности Републике Србије и њеног система одбране, а не и начин коришћења овако задржаних података, оно што је спорно у наведеној одредби Закона је да се увођење ове обавезе оператора врши у складу са законима којима се уређује кривични поступак, рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова. На тај начин је, према оцени Уставног суда, установљена једна обавеза оператора којом посредно може доћи до повреде права тајности средстава

комуницирања, уколико се задржани подаци не користе сагласно одредби члана 41. став 2. Устава, што значи без одлуке суда и без одређивања времена у коме се они користе, већ на основу решења из наведених закона. Наиме, услови и сврха дозвољеног одступања од тајности средстава комуницирања су утврђени Уставом и као такви не могу бити предмет законске материје, јер се начин остваривања овог права може прописати само законом.

Овакав став Уставни суд је већ заузео у својој Одлуци IУз-149/2008 од 28. маја 2009. године када је у поступку оцене уставности одредбе члана 55. став 1. Закона о телекомуникацијама ("Службени гласник РС", бр. 44/03 и 36/06) утврдио да је сагласно одредбама члана 20. став 1. и члана 41. став 2. Устава, само суд надлежан да, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике, на одређено време и на начин предвиђен законом одреди, односно дозволи одступање од Уставом зајемчене неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања. Како је оспореном одредбом члана 55. став 1. наведеног закона била прописана дозвољеност одступања од забране активности или коришћења уређаја којима се угрожава или нарушава поверљивост порука које се преносе телекомуникационим мрежама, не само када се врше у складу са судском одлуком, већ и без посебног налога суда, када је таква могућност прописана тим или другим законом, Уставни суд је оценио да се активности или коришћење уређаја којима се угрожава или нарушава приватност и поверљивост порука не могу вршити без одлуке суда, те да стога оспорена одредба у делу који гласи "законом или" није у сагласности са Уставом.

Поводом оспоравања одредбе члана 128. став 1. Закона, Уставни суд такође истиче да је својом Одлуком IУз-1218/2010 од 19. априла 2012. године, утврдио да поједине одредбе једног од закона на које се позива члан 128. став 1. оспореног Закона, тј. одредбе члана 13. став 1. у вези са чланом 12. став 1. тачка б) и члана 16. став 2. Закона о Војнобезбедносној агенцији и Војнообавештајној агенцији ("Службени гласник РС", број 88/09) нису у сагласности са Уставом, управо због повреде члана 41. став 2. Устава. Наиме, наведеним одредбама тог закона било је прописано (до престанка важења на основу Одлуке Уставног суда) да се посебни поступци и мере тајног прикупљања података - тајни електронски надзор телекомуникација и информacionих система ради прикупљања података о телекомуникационом саобраћају и локацији корисника, без увида у њихов садржај предузимају само на основу налога директора Војнобезбедносне агенције или лица које он овласти, из чега очигледно следи да је оспореним одредбама тог закона било дозвољено одступање од Уставом зајемчене неповредивости тајности средстава комуницирања, односно предузимања наведене мере без одлуке суда. На тај начин је једним од закона у складу са којим је оператор дужан да врши задржавање података била уведена једна противуставна мера тајног прикупљања података која је била од утицаја на поступање и обавезе оператора у поступку задржавања података, која је престала да важи тек након објављивања наведене одлуке Уставног суда у "Службеном гласнику Републике Србије", тј. 1. јуна 2012. године.

Поред наведеног, посебно је важно истаћи и чињеницу да у случају задржавања података није од значаја то што се задржани подаци не односе на садржај комуникације, већ се ради о њеним формалним обележјима, којима се открива врста, извор и одредиште комуникације, време њеног трајања и терминална опрема корисника комуникације. Наиме, из саме уставне одредбе којом је зајемчена неповредивост тајности писама и других средстава комуницирања произлази да уставотворац није имао на уму само заштиту садржаја средстава комуницирања, већ да се заштита овог права односи на сва обележја средстава комуницирања, што значи да су поред садржаја средства комуникације овим правом његове неповредивости заштићени и други елементи који се односе на податке, попут оних када, са ким, одакле и колико често је нека особа остварила контакт преко електронских комуникација.

Исти правни став по овом питању заузео је и Европски суд за људска права у већем броју предмета из своје праксе, разматрајући да ли је у конкретним случајевима дошло до повреде члана 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, којим је гарантовано право на поштовање приватног и породичног живота. Наиме, према одредбама овог члана Европске конвенције, свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке (став 1.), а јавне власти се неће мешати у вршење овог права сем ако то није у складу са законом и неопходно у демократском друштву у интересу националне безбедности, јавне безбедности или економске добробити земље, ради

спречавања нереди и криминала, заштите здравља или морала, или ради заштите права и слобода других (став 2.). Основна идеја заштите права на која се примењује члан 8. Европске конвенције јесте да постоје сфере живота сваког појединца у које држава не сме да се меша, осим у оним ситуацијама када су кумулативно испуњени услови из става 2. овог члана, односно да је такво мешање у складу са законом, да има легитимни циљ и да је неопходно у демократском друштву. Сагласно наведеном, Уставни суд је констатовао да, у складу са ставовима израженим у пракси Европског суда за људска права, право на приватност преписке обухвата не само писану реч, већ и изговорену, дакле односи се и на електронски послата писма и поруке и на телефонске разговоре. Такође, појам "средства комуницирања" обухвата не само непосредан садржај комуникација, већ и податке о томе ко је и са ким остварио комуникацију, или је то покушао, у које време, колико дуго је одређени разговор трајао, колико учестало (фреквентно) је комуникација кроз преписку, разговоре или упућене поруке остваривана у одређеном периоду времена и са којих локација је вршена. Европски суд за људска права је у појединим својим пресудама (нпр. "Klass и други против Немачке" од 6. септембра 1978. године, "Malone против Уједињеног Краљевства" од 2. августа 1984. године и "Sorland против Уједињеног Краљевства" од 3. априла 2007. године) изразио следеће ставове: "Пресретање телефонских комуникација, коме прибегне неки орган јавне власти, представља облик мешања у право на поштовање нечије преписке. Заправо, закони који допуштају јавним властима да тајно пресрећу комуникације могу, већ самом чињеницом свог постојања, бити третирано као "претња" и могу се сматрати мешањем у право на поштовање преписке и приватности". "Једно од основних начела у демократском друштву је начело владавине права, које се изричито помиње у Преамбули Европске конвенције. Владавина права, између осталог, подразумева и да мешање у права појединца од стране извршне власти мора бити подложно ефикасној контроли, коју по правилу треба да врши судство, бар у крајњој инстанци, због тога што судска контрола пружа најбоље гаранције независности, непристрасности и правилног поступка". "Суд би поновио свој став да се израз "у складу са законом" не односи само на домаће право, већ се такође односи и на својство закона, захтевајући да он буде у складу са владавином права... Према томе, тај израз подразумева, а то следи и из циља и сврхе члана 8. - да у унутрашњем праву мора постојати мера правне заштите од произвољног мешања јавних власти у права заштићена ставом 1. овог члана. Опасност од произвољности је очигледна посебно тамо где се овлашћења извршне власти остварују у тајности. Закон мора бити довољно јасан, да би дао грађанима одговарајуће индикације у погледу околности у којима, и услова под којима, јавне власти имају право да прибегну овом тајном и потенцијално опасном мешању у право на поштовање приватног живота и преписке". "Суд подсећа да употреба информација у вези датума и дужине телефонских разговора и посебно бројева који су бирани може да покрене питања на основу члана 8, јер таква информација представља интегрални елемент комуникације путем телефона".

Из наведеног следи да и задржани подаци из члана 129. став 1. Закона представљају податке који су обухваћени правом о неповредивости тајности средстава комуницирања, па је сагласно томе, одступање од овог зајемченог права приликом коришћења задржаних података могуће остварити само на начин утврђен чланом 41. став 2. Устава, тј. ови подаци се могу користити само на одређено време и на основу одлуке суда, ако су неопходни ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на начин предвиђен законом.

Сагласно наведеном, Уставни суд је утврдио да је једино суд надлежан да, ако је то неопходно ради вођења кривичног поступка или заштите безбедности Републике Србије, на одређено време и на начин предвиђен законом, одреди (дозволи) одступање од Уставом зајемчене неповредивости тајности писама и других средстава комуницирања, а не да се то право одређује у складу са законом.

Полазећи од свега наведеног, Уставни суд је утврдио да оспорена одредба члана 128. став 1. Закона у делу који гласи: "у складу са законом којим се уређује кривични поступак", као и у делу који гласи: ", у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова" није у сагласности са одредбом члана 41. став 2. Устава, како је одлучено у тачки 1. изреке.

Оспореном одредбом члана 128. став 5. Закона прописано да је оператор дужан да задржава податке тако да им се без одлагања може приступити, односно да се без одлагања могу доставити на захтев

државног органа у складу са ставом 1. овог члана. Како је овом одредбом прописана обавеза поступања оператора да задржане податке учини доступним надлежном органу без одлагања само на захтев тог органа, а без одлуке суда, то је Уставни суд оценио да наведена одредба члана 128. став 5. Закона у делу који гласи: "на захтев државног органа у складу са ставом 1. овог члана", није у сагласности са чланом 41. став 2. Устава, јер за приступ задржаним подацима није прописано постојање судске одлуке, којом би се дозволио приступ задржаним подацима, чиме је Уставом обезбеђена правна заштита од потенцијалног ризика произвољног мешања јавних власти (захтев надлежног органа) у права приватности појединаца у које спада и тајност писама и средстава комуникација.

Из наведеног, по оцени Суда, произлази да се оспореном одредбом члана 128. став 5. Закона *in fine* нарушава неповредивост права на тајност комуникација корисника електронских комуникација, с обзиром на то да је установљена обавеза оператора да задржане податке, без обзира што се њима не открива садржај комуникације, учини доступним на захтев надлежног органа, а без претходно прибављене одлуке суда, која управо треба да представља облик контроле и неопходну брану свакој могућој злоупотреби овлашћења од стране органа власти, због чега оспорена одредба Закона није у сагласности са Уставом, како је одлучено такође у тачки 1. изреке.

Како је оспорена одредба члана 129. став 4. Закона правно и логички повезана са делом оспорене одредбе члана 128. став 5. Закона, јер је њоме прописано да Министарство, по прибављеном мишљењу министарства надлежног за послове правосуђа, министарства надлежног за унутрашње послове, министарства надлежног за послове одбране, Безбедносно-информативне агенције и органа надлежног за заштиту података о личности, ближе прописује захтеве у вези са задржавањем података, тј. управо оног захтева из члана 128. став 5. овог закона, на основу кога се не може вршити приступ или достављање задржаних података, то је Уставни суд утврдио да одредба члана 129. став 4. није у сагласности са Уставом из истих разлога због којих је утврђена неуставност одредбе члана 128. став 5. Закона, као што је одлучено у тачки 1. изреке.

Поводом члана 128. став 4. Закона, којим је прописана обавеза оператора да задржане податке чува 12 месеци од дана обављене комуникације, а који се оспорава једном од поднетих иницијатива, Уставни суд још једном указује да се самим чувањем задржаних података не нарушава начело тајности средстава комуникације, односно електронских комуникација у овом случају, већ да је наведеном одредбом Закона само прописана обавеза оператора колико дуго у својој бази података мора да чува задржане податке, који, тек на основу одлуке суда у којој је утврђено и време трајања ове мере, могу бити доступни надлежним органима, тако да се време чувања задржаних података разликује од времена коришћења овако прикупљених података. Из наведеног следи да рок чувања задржаних података није исто што и рок у коме се задржани подаци чине доступним надлежним органима, па се тако и почетак њиховог рачунања разликује, јер се први рачуна од момента обављања комуникације, а други од донете судске одлуке, јер се само на основу судске одлуке може дозволити законит приступ или достављање задржаних података надлежном органу. Одређивање рока у коме се чувају задржани подаци је од важности и због заштите задржаних података, јер је Законом установљена обавеза оператора да након истека овог рока мора да уништи задржане податке, осим оних који су сачувани и достављени надлежном органу (члан 130. став 1. тачка 4) Закона). Полазећи од наведеног, Уставни суд је оценио да оспорена одредба члана 128. став 4. Закона није у супротности са одредбом члана 41. став 2. Устава, јер се овом одредбом не одређује рок у коме се задржани подаци користе, већ рок у коме оператор има обавезу да задржане податке само чува у свом систему. Како Уставни суд сматра да поднетом иницијативом нису поткрепљене тврдње да има основа за покретање поступка за оцену уставности одредбе члана 128. став 4. Закона, то Уставни суд, сагласно одредби члана 53. став 2. Закона о Уставном суду, налази да је иницијатива у том делу неприхватљива, па је исту одбацио и решио као у тачки 2. изреке.

Што се тиче разлога оспоравања одредаба члана 129. ст. 1. до 3. и члана 130. Закона, који се првенствено односе на повезаност ова два члана Закона са одредбама члана 128. Закона, које иницијатори оспоравају, без навођења неких конкретних разлога за њихово оспоравање, Уставни суд такође сматра да поднетим иницијативама нису поткрепљене тврдње да има основа за покретање поступка за оцену уставности одредаба члана 129. ст. 1. до 3. и члана 130. Закона, те Уставни суд,

сагласно одредби члана 53. став 2. Закона о Уставном суду, налази да су иницијативе у том делу неприхватљиве, као што је решио у тачки 2. изреке.

С обзиром на то да је донео коначну одлуку, Суд је, сагласно одредби члана 56. став 3. Закона о Уставном суду, одбацио захтеве за обуставу извршења појединачног акта донетог, односно радње предузете на основу оспорених одредаба Закона, као што је решио у тачки 3. изреке.

Имајући у виду изложено, Уставни суд је, на основу одредаба члана 42а став 1. тачка 2), члана 45. тачка 1) и члана 46. тач. 3) и 5) Закона о Уставном суду и члана 84. Пословника о раду Уставног суда ("Службени гласник РС", бр. 24/08, 27/08 и 76/11), донео Одлуку као у изреци.

На основу члана 168. став 3. Устава, одредбе члана 128. став 1. у делу који гласи: "у складу са законом којим се уређује кривични поступак", као и у делу који гласи: ", у складу са законима којима се уређује рад служби безбедности Републике Србије и рад органа унутрашњих послова", члана 128. став 5. у делу који гласи: "на захтев надлежног државног органа, у складу са ставом 1. овог члана" и члана 129. став 4. Закона о електронским комуникацијама наведеног у тачки 1. изреке, престају да важе даном објављивања Одлуке Уставног суда у "Службеном гласнику Републике Србије".

Број IУз-1245/2010

Председник Уставног суда,
др Драгиша Б. Слијепчевић, с.р.

© Cekos In, Beograd, www.cekos.rs