

Analiza nacionalnog pravnog okvira: Da li je u Srbiji upotreba spajvera zakonita?

Domaće i međunarodne organizacije dokumentovale su proteklih godina niz slučajeva upotrebe ili pokušaja upotrebe spajvera u Srbiji, uz detaljne informacije o intruzivnosti ovih alata i rizika po temeljna ljudska prava koje nosi njihova primena. Nezavisna međunarodna organizacija Amnesty International u svom izveštaju iznela je dokaze da srpska policija i pripadnici Bezbednosno-informativne agencije (BIA) koriste spajver, (koji je za potrebe izveštaja nazvan NoviSpy), protiv aktivista, novinara i članova civilnog društva. Pitanje zakonitosti, međutim, tretira se kao donekle sporedno i dosad nije privuklo značajniju pažnju šire pravne zajednice u zemlji. Ovaj tekst nastoji da popuni tu prazninu analizom postojećeg pravnog okvira u pogledu zakonitosti upotrebe spajvera u Srbiji.

Spajver je vrsta zlonamerne tehnologije koji, bez slobodnog i informisanog pristanka korisnika, ugrožava integritet uređaja i podataka na njemu. Njegova instalacija na uređaj je skrivena i sprovodi se iskorišćavanjem tehničkih ranjivosti na uređaju ili obmanom korisnika, dok se funkcijama softvera nakon infekcije upravlja daljinski. S obzirom na to da spajver deluje na podatke i programe na zaraženom uređaju, može se klasifikovati kao specifična vrsta računarskog virusa. Prema važećem Krivičnom zakoniku, računarski virusi predstavljaju računarske programe ili skupove naredbi koji deluju na druge programe ili podatke u računaru ili računarskoj mreži. Međutim, ono što ovaj zlonamerni program čini dodatno opasnim jeste njegova primarna funkcija špijuniranja.

Sama instalacija, odnosno unošenje takvog programa u tuđ uređaj predstavlja krivično delo, dok njegova upotreba podrazumeva neovlašćeni pristup svim podacima na uređaju, čime se namerno nanosi šteta targetiranom korisniku, ali i svim drugim osobama čiji se podaci nalaze na tom uređaju.

Kao relevantni u pogledu zaštite prava i sloboda građana, odnosno zabrane neovlašćenog nadzora, neovlašćenog prikupljanja i obrade podataka i ugrožavanja privatnosti, analizirani su



Ustav Republike Srbije, Krivični zakonik, Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, Zakonik o krivičnom postupku, Zakon o policiji, Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji i Zakon o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji. Mada pravni sistem Srbije ne poznaje specifičan koncept spajvera, tumačenjem zakonskih odredbi i njihovom shodnom primenom na karakteristične funkcije te vrste programa, može se utvrditi da je njegova upotreba nelegalna.

Ustav Republike Srbije postavlja osnove zaštite prava na privatnost i prava na zaštitu podataka o ličnosti. Konkretno, članom 41 garantuje se nepovredivost *tajnosti pisama i drugih sredstava komuniciranja*, dok se *zaštita podataka o ličnosti* jemči u članu 42. Ustav propisuje da se od ove načelne zaštite može odstupiti samo kada je to neophodno radi vođenja krivičnog postupka ili zaštite bezbednosti Republike Srbije, na način predviđen zakonom.

Najjasnija zabrana, odnosno kriminalizacija upotrebe računarskih programa poput spajvera uspostavljena je u **Krivičnom zakoniku**. Član 300 propisuje da svako ko napravi *računarski virus* s namerom da ga unese u tuđi računar ili mrežu čini krivično delo, kao i da ukoliko neko unese računarski virus u tuđi računar ili mrežu i time izazove štetu, čini krivično delo kažnjivo novčanom i zatvorskom kaznom. Član 302 dalje kriminalizuje *neovlašćeni pristup zaštićenom računaru, računarskoj mreži i elektronskoj obradi podataka*, za šta su propisane novčane i zatvorske kazne. Takođe, član 304a propisuje da proizvodnja, prodaja, nabavka radi upotrebe, uvoz, distribucija ili na bilo koji način stavljanje na raspolaganje uređaja i računarskih programa, kao i računarskih šifara ili podataka koji omogućavaju pristup računarima ili njihovim delovima s namerom da se koriste za izvršenje krivičnih dela povezanih sa računarskim podacima ili računarima, predstavlja krivično delo kažnjivo zatvorom.

Zakon o zaštiti podataka o ličnosti predviđa da je obrada koju vrše nadležni organi u posebne svrhe, odnosno za sprečavanje, istragu i otkrivanje krivičnih dela, gonjenja učinilaca krivičnih dela ili izvršenja krivičnih sankcija, uključujući sprečavanje i zaštitu od pretnji javnoj i nacionalnoj bezbednosti, zakonita samo ako je ta obrada neophodna za obavljanje poslova nadležnih organa i ako je propisana zakonom, kojim se dalje određuju najmanje ciljevi obrade, podaci o ličnosti koji se obrađuju i svrhe obrade.¹ Prvo, *obrada mora biti neophodna, drugo, mora biti određena zakonom i dalje određena navođenjem ciljeva obrade, konkretnih podataka o ličnosti koji se obrađuju kao i svrhe obrade*. Imajući u vidu postojanje tradicionalnih mera nadzora, prikupljanja i obrade podataka koje su propisane krivično-procesnim zakonodavstvom, a koje su daleko manje intruzivne po privatnost i prava građana uslov neophodnosti ne može biti ostvaren

¹ Zakon o zaštiti podataka o ličnosti, član 13



ukoliko dođe do upotrebe spajvera. Takođe, upotreba ovakvih softvera predstavlja najintruzivniju meru obrade podataka usled količine, kvaliteta ali i neselektivnosti podataka koji se prikupljaju, usled čega je nemoguće ispuniti uslov srazmernosti koji prožima ovaj zakon u celini. Ono što upotrebu spajvera takođe čini nelegalnom iz perspektive zaštite podataka o ličnosti, jeste činjenica da se obradom podataka o konkretnoj osobi čiji je uređaj targetiran, zbog njegove neselektivne prirode, nužno obrađuju podaci drugih osoba koji se nalaze na predmetnom uređaju.

Shodno **Zakoniku o krivičnom postupku** posebne dokazne radnje mogu se odrediti prema osobi za koju postoje osnovi sumnje da je učinila krivično delo ili da priprema neko od krivičnih dela, ali *samo ukoliko se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi* za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji, organ postupka će posebno ceniti *da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana*.² Na obrazloženi predlog javnog tužioca, sud može odrediti tajno praćenje i snimanje osumnjičenog radi otkrivanja kontakata ili komunikacije osumnjičenog na javnim mestima i mestima na kojima je pristup ograničen ili u prostorijama, *osim u stanu*.³ Takođe, kao što zakon zabranjuje tajno praćenje i snimanje u stanu, jer je stan mesto koje uživa poseban stepen zaštite privatnosti, isto bi trebalo da važi i za uređaje poput telefona i računara. Ovi uređaji često sadrže podatke i informacije koje su jednako intimne i lične kao i sadržaji čuvani u stanu, poput ličnih dokumenata, fotografija, komunikacije i drugih privatnih podataka. Na taj način, telefoni i računari mogu se smatrati digitalnim ekvivalentom stana, jer predstavljaju lični prostor u kojem korisnici imaju pravo na punu zaštitu svoje privatnosti, te bi primena najintruzivnijih mera predstavljala nedopustivo zadiranje u privatnost i prava građana. Posebno je važno napomenuti da ni posebna mera tajnog nadzora komunikacije ne može opravdati upotrebu spajvera iz razloga što takvi softveri direktno targetiraju celokupan uređaj i samim tim sve podatke korisnika, dok se ova dokazna radnja može koristiti samo za komunikaciju koja se vrši i vezana je za telefonski broj osobe koja je pod nadzorom.⁴

Konačno, dodatni argument protiv upotrebe spajvera izveden iz Zakonika o krivičnom postupku, jeste i stav samog zakonodavca u odnosu na posebne dokazne radnje koje predstavljaju najdublje zadiranje u prava građana koje naš pravni sistem poznaje. Ove tradicionalne mere nadzora su nesagledivo manje intruzivne i štetne po prava građana, a opet njihova primena je strogo uslovljena i višestruko ograničena. Pre svega, mogu se odrediti *isključivo za krug* najtežih

² Zakonik o krivičnom postupku, član 161 i član 168

³ Zakonik o krivičnom postupku, član 171

⁴ Zakonik o krivičnom postupku, članovi 166-170



krivičnih dela, koji je strogo propisan zakonom, i to samo onda kada dokaze nije moguće pribaviti na drugi način ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano. Takođe, organ postupka je u obavezi da u svakom konkretnom slučaju proceni da li se cilj može ostvariti merama koje manje zadiru u prava građana.⁵

Prema **Zakonu o policiji**, u određenim slučajevima, policijski službenici mogu preduzeti mere ciljane potrage primenom posebnih dokaznih radnji uz odobrenje predsednika Vrhovnog kasacionog suda, ali u skladu sa Zakonikom o krivičnom postupku,⁶ u vezi sa kojim zakonom je zaključak o neopravdanosti i nelegalnosti upotrebe spajvera prethodno objašnjen.

Zakon o Bezbednosno-informativnoj agenciji (BIA) dopušta da se posebne mere mogu odrediti prema osobi, grupi ili organizaciji za koju postoje *osnovi sumnje da preduzima ili priprema radnje usmerene protiv bezbednosti Republike Srbije*, a okolnosti slučaja ukazuju *da se na drugi način te radnje ne bi mogle otkriti, sprečiti ili dokazati* ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost. Prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih mera posebno će se ceniti *da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana, u obimu neophodnom da se svrha ograničavanja zadovolji u demokratskom društvu.*⁷ BIA primenjuje posebne mere koje omogućavaju odstupanje od nepovredivosti tajnosti pisama i drugih sredstava komunikacije. Ove mere uključuju tajni nadzor i snimanje komunikacije, bez obzira na oblik ili tehnička sredstva koja se koriste, nadzor elektronskih i drugih adresa, kao i tajni nadzor i snimanje komunikacije na javnim mestima i mestima sa ograničenim pristupom ili u privatnim prostorijama.⁸

Dakle, posebne mere koje se mogu odrediti u skladu sa ovim zakonom se uvek odnose isključivo na komunikaciju, a kako je ranije istaknuto, priroda spajvera je neselektivna, direktno targetira celokupan uređaj i samim tim sve podatke korisnika, te je jasno da bi upotreba spajvera prevazilazila granice propisane ovim zakonom.

Takođe, zakonodavac propisuje mogućnost određivanja posebnih mera vrlo restriktivno, iako su daleko manje intruzivne i štetne po prava građana, imajući u vidu da se odnose isključivo na komunikaciju. Pre svega ograničava ih na primenu kada postoje *osnovi sumnje da se preduzimaju ili pripremaju radnje usmerene protiv bezbednosti Republike Srbije*, a okolnosti slučaja ukazuju *da se na drugi način te radnje ne bi mogle otkriti, sprečiti ili dokazati* ili bi to

⁵ Zakonik o krivičnom postupku, član 161

⁶ Zakon o policiji, član 60

⁷ Zakon o BIA, član 14

⁸ Zakon o BIA, član 13



izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost i time što se u svakom konkretnom slučaju mora ceniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana, u obimu neophodnom da se svrha ograničavanja zadovolji u demokratskom društvu. Sama činjenica da je zakonodavac ovako restriktivno postavio okvir za primenu posebnih mera koje su nesumnjivo manje štetne po prava građana od tehnologije kakva je spajver, nedvosmisleno pokazuje da za njegovu upotrebu ne može postojati zakonsko opravdanje. Upotreba takvih računarskih programa predstavlja nesrazmerno i nedopustivo zadiranje u privatnost ne samo osoba koje su na meti, već i svih drugih ljudi koji su u bilo kom trenutku stupili u bilo kakvu interakciju sa korisnikom uređaja, odnosno čiji se podaci nalaze u konkretnom uređaju. Time se svakako prelazi granica zakonom dopuštenog ograničavanja prava, što nesporno vodi zaključku da bi zakonodavac takvu praksu smatrao protivpravnim i neprihvatljivom.

Prema **Zakonu o Vojnobezbednosnoj agenciji i Vojnoobaveštajnoj agenciji**, Vojnoobaveštajna agencija (VBA) ovlašćena je da, u okviru svoje nadležnosti, koja se isključivo odnosi na bezbednosnu i kontraobaveštajnu zaštitu Ministarstva odbrane i Vojske Srbije,⁹ tajno prikuplja podatke primenom posebnih postupaka i mera, *ali samo u slučaju kada se podaci ne mogu prikupiti na drugi način* ili je njihovo prikupljanje u vezi sa nesrazmernim rizikom po život i zdravlje ljudi i imovinu, odnosno sa nesrazmernim troškovima. U slučaju da postoji mogućnost izbora između više posebnih postupaka i mera, VBA *mora da primeni mere kojima se manje zadire u Ustavom zajemčena ljudska prava i slobode*.¹⁰ Iz navedenog proizilazi da i VBA u svom delovanju mora poštovati principe neophodnosti i srazmernosti, koji principi ne mogu biti ostvareni upotrebom spajvera.

Relevantni propisi pružaju jasne razloge iz kojih se upotreba spajvera u Republici Srbiji ne može smatrati ni zakonitom ni legitimnom. Ne samo da njihova upotreba nije izričito uređena postojećim zakonima, već se osnovne funkcionalnosti spajvera zapravo podudaraju sa radnjama koje su prema važećim odredbama prepoznate kao protivpravne. Tako Krivični zakonik izričito kriminalizuje postupke neophodne za upotrebu spajvera – neovlašćeni pristup računarima i mrežama, unošenje i korišćenje računarskih virusa, kao i neovlašćenu obradu podataka o ličnosti. Pored toga, posebne dokazne radnje i posebne mere bezbednosnih službi, kao najdublje zadiranje u prava građana koje naš pravni sistem poznaje, podvrgnute su strogim uslovima neophodnosti i srazmernosti, a njihova primena je izričito ograničena na najteža krivična dela. Sam zakonodavac, dakle, zauzima restriktivan stav čak i prema merama koje su

⁹ Zakon o VBA i VOA, član 5

¹⁰ Zakon o VBA i VOA, član 11



daleko manje intruzivne od spajvera, što jasno potvrđuje da za njihovu upotrebu ne postoji pravno utemeljenje.

Spajver, zbog svoje neselektivne i sveobuhvatne prirode, omogućava potpunu kontrolu nad uređajem i pristup svim podacima, uključujući lične dokumente, fotografije, privatne komunikacije i podatke drugih ljudi, čime daleko prevazilazi opseg dopuštenog ograničavanja prava. Uređaji poput telefona i računara, kao digitalni ekvivalent stana, uživaju poseban stepen zaštite privatnosti. Neselektivno prikupljanje podataka sa ovih uređaja ne može biti u skladu sa ustavnim pravom na privatnost, niti sa načelima neophodnosti i srazmernosti koja prožimaju čitav sistem posebnih dokaznih radnji i mera bezbednosnih službi.

U svetlu važećeg pravnog poretka Republike Srbije, upotreba računarskih programa za špijuniranje nema pravno utemeljenje i u suprotnosti je i sa zakonskim odredbama i sa temeljnim ljudskim pravima. Zbog toga je nužno da se upotreba spajvera prepozna ne samo kao tehnički problem, već i kao pravno i društveno neprihvatljiv mehanizam nadzora.