

ŽELJKO KARAS*

Sudska praksa o policijskom postupanju: sporedna kaznena djela prikrivenog istražitelja; osnove sumnje

1. PRIKRIVENI ISTRAŽITELJ KAO POČINITELJ SPOREDNIH KAZNENIH DJELA

Isto tako, postupak prikrivenog istražitelja kada on konzumira opojnu drogu pred optuženikom pozivajući ga da mu se u tome pridruži, ne sadrži elemente poticanja na učin kaznenog djela, već predstavlja taktički manevar u cilju zadobivanja povjerenja i boljeg uklapanja prikrivenog istražitelja u narkomanski milje.

VSRH, I Kž-1255/04-8 od 16. veljače 2006. godine

Navedena odluka se odnosi na žalbeni navod optuženika da ga je prikriveni istražitelj poticao na prodaju droge time što je pred njim konzumirao opojnu drogu. Kazneno djelo zlouporabe opojnih droga (čl. 173. st. 5. KZ-a)¹ obuhvaća radnju nuđenja droge drugome na korištenje, ali u prikazanom slučaju optuženik nije tvrdio da je počinjen takav oblik, nego da ga je prikriveni istražitelj naveo da mu proda veću količinu droge. Iako se u ovom pravnom stajalištu sud dotiče samo postojanja poticanja, u njemu je sadržan i odnos prema kažnjivim radnjama koje u okviru posebnih izvida mogu počinuti policijski službenici da bi se zbližili s počiniteljima i potvrdili vjerodostojnost legende. Pitanje kažnjivosti nije bilo predmet postupka te nije navedeno pod kojim okolnostima je droga korištena.

Kada pripadnici kriminalne skupine traže određene provjere ili sudjelovanje prikrivenog istražitelja u počinjenju kaznenog djela kao uvjet za potvrđivanje povjerenja, Krapac navodi mogućnost primjene ustanova iz općeg dijela kaznenog prava kao što je krajnja nužda, odnosno sila ili prijetnja.² Ovdje nije cilj promatrati materijalnopravnu

* dr. sc. Željko Karas, viši predavač na Visokoj policijskoj školi MUP-a RH, Zagreb.

¹ Kazneni zakon. (NN 110/97., 27/98., 50/00., 129/00., 51/01., 111/03., 190/03., 105/04., 84/05., 71/06., 110/07., 152/08.)

² Krapac, D., Posebne mjere i radnje za otkrivanje i suzbijanje kaznenih djela organiziranog kriminaliteta u novom ZKP, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, 4(2), 1997., 415.

kažnjivost nego procesnu dopuštenost takvih oblika u prikupljanju dokaza za potrebe kaznenog postupka. Brojne povrede procesnog zakonodavstva koje dovode do nezakonitosti dokaza uopće nisu kaznena djela niti će službenik za njihovu povredu biti kažnjiv prema kaznenom materijalnom pravu.

Iako hrvatska sudska praksa shvaća potrebu prilagođivanja kriminalnom okružju,³ u zakonskim odredbama o posebnim mjerama nisu navedene ovakve mogućnosti nego se pojedina simuliranja kažnjivih radnji mogu odnositi samo na druge aktivnosti (čl. 332. st. 1. t. 6. ZKP/08.).⁴ Promatrajući vrstu radnje koju je poduzeo prikriveni istražitelj, ako se radi o aktivnostima poput konzumiranja droge, njima ne narušava temeljna prava osumnjičenika u kaznenom postupku, za razliku od kažnjivih radnji poput protuzakonite pretrage kojom bi ujedno potpadao i pod odredbe o nezakonitosti dokaza. Bitan dio kaznenog postupka je načelo zakonitosti prema kojem tijela vlasti ne smiju poduzimati radnje koje im nisu izričito propisane, ali za primjenu odredbe o nezakonitim dokazima (čl. 10. ZKP/08.) potrebno je narušavanje određenih prava okrivljenika. Usljed nedostatka opširnije sudske prakse teško je utvrditi kakve bi procesne posljedice mogli primijeniti sudovi.

Koriath je više godina u njemačkom sustavu radio kao prikriveni istražitelj te naglašava da se u kriminalnoj okolini teško može u potpunosti pridržavati zabrane počinjenja kaznenih djela.⁵ Navodi primjer kolege koji je kazneno prijavljen zbog ulaska u tuđi dom kada je provjeravao proizvodi li se u stanu droga. Opisuje slučajeve u kojima je propuštanu prijavljivanje počinitelja, pružana je pomoć tijekom preprodaje ili prijenosa droge, ukradenih predmeta i novca, a morao je biti uključen u kušanje droge. Opisao je preko stotinu ulazaka u stanove, bio je sudionik u trgovanju drogom; a radi zadobivanja povjerenja isporučio je i kamion ukradenih traperica. Zbog potrebe provođenja takvih radnji kritizirao je pravni sustav kao licemjeran, obrazlažući da ne može postojati prikriveni istražitelj koji bi mogao djelotvorno funkcionirati bez počinjenja kaznenih djela.⁶ Koriathovo opisivanje načina rada prikrivenih istražitelja i izazova s kojima se susreću tijekom postupanja, potvrdili su i drugi autori kao točan prikaz poteškoća, smatrajući da se nedovoljno uvažavaju potrebe istraživanja, a prikriveni istražitelj se izlaže mogućnostima da u provedbi istražiteljskih poslova bude označen kao počinitelj.⁷ Po prirodi stvari istražitelj će u određenim ulogama morati činiti kaznena djela jer je to potreba organizacije u koju se nastoji ubaciti jer im inače ne bi bio potreban.⁸

Prema podacima iz poredbenog istraživanja, ni u jednoj europskoj državi nije bilo izričito dopušteno počinjenje sporednih kaznenih djela, već je samo dopušteno uobičajeno

³"On se morao infiltrirati u grupu. Da bi to uspješno učinio, morao je simulirati da je dio grupe a to znači i odraditi dio poslova kako bi se uspješno prikupili potrebni dokazi.", VSRH, I Kž-446/05-6 od 22. veljače 2007.

⁴Zakon o kaznenom postupku. (NN 152/08., 76/09.)

⁵Koriath, G., Straftaten bei verdeckten Ermittlungen – Ein Geständnis, *Kriminalistik*, 46(6), 1992., 370. i dalje.

⁶Koriath, G., Das programmierte Versagen, *Kriminalistik*, 46(7), 1992., 423.

⁷Sprinkmann, R., Aus der Selle gesprochen – Zu den Beiträgen von G. Koriath, *Kriminalistik*, 46(10), 1992., 602.

⁸Girodo, M., Drug Corruption in Undercover Agents, *Behavioral Science and the Law*, 9(3), 1991., 362.

simuliranje vezano uz kupoprodaje i slične aktivnosti.⁹ U njemačkom uređenju, iako se tijekom donošenja zakonskog uređenja predlagalo uvoditi razne mogućnosti sudjelovanja u pojedinim sporednim kažnjivim radnjama, nisu propisane osnove prema kojima bi prikriveni istražitelj mogao biti uključen u kaznena djela radi održavanja legende ili radi ispunjavanja uvjeta za primitak od strane kriminalnih skupina.

U američkom sustavu se smatra da je zbog okolnosti u kojima će se povremeno naći prikriveni istražitelj, potrebno imati mogućnost počinjenja kaznenih djela i takvo postupanje ne dovodi do nezakonitosti dokaza. Prikrivenom istražitelju mogu nedostajati subjektivna obilježja kaznenih djela kao u primjeru posjedovanja droga što je zabranjeno radi prodaje, ali ju prikriveni istražitelj posjeduje radi istraživanja. Druga osnova koja utječe na krivnju je iznimka javnih ovlasti (*public authority defense*) prema kojoj čak i kada ostvari sva obilježja kaznenog djela, postupanje istražitelja će biti izuzeto od protupravnosti. Američki savezni Vrhovni sud je u presedanu *Brogan v. United States*, 522 U.S. 398 (1998) zaključio da se zabrane koje definiraju kaznena djela ne odnose na razborita postupanja tijela vlasti u istraživanju kaznenih djela.¹⁰ Slično je opisano, kao dopustivi način istraživanja, u odlukama *United States v. Russell*, 411 U.S. 423 (1973) i *Lewis v. United States*, 385 U.S. 206 (1966). Takav oblik je američka posebnost i nije poznato da neka druga značajnija država ima slično uređenje.¹¹

Uvjeti za primjenu iznimke su da postupanje mora biti odobreno u skladu s propisima i da mora biti neophodno u radu, a uz to se promatra ustavno načelo razmjernosti, osobito kod mogućnosti kaznenih djela koja mogu ostvarivati posljedice, prema presedanu *Tennessee v. Garner*, 471 U.S. 1 (1985). Prema načelu razmjernosti ne bi se mogla ostvarivati teža narušavanja tjelesnog integriteta. Sudske prakse u američkom uređenju o ovom području nema jer se kazneni postupci protiv prikrivenih istražitelja i ne pokreću, tako da nisu razvijana posebna tumačenja pred višim sudovima. Neke savezne države mogu zasebno propisati iznimku od krivnje. Navodi se primjer članka 704.11 Zakona Iowe gdje je propisano da policijski službenik koji je počinio kazneno djelo s ciljem istraživanja neće biti kriv ako nije potaknuo kazneno djelo, ako nije povrijeđena treća osoba, ako je postupao u skladu s ovlaštenjima ili potrebama hitnosti, te ako je djelovanje bilo osnovano u odnosu na okolnosti događaja.¹² Za prikrivene istražitelje se predlaže korištenje stvari koje otklanjaju djelovanje nekih droga poput kokaina.¹³

⁹ Gropp, W., Special Methods of Investigation for Combating Organized Crime, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 1(1), 1933., 35.

¹⁰ "...criminal prohibitions do not generally apply to reasonable enforcement actions by officers of the law..."

¹¹ Joh, E. E., Breaking The Law To Enforce It: Undercover Police Participation In Crime, *Stanford Law Review*, 62(1), 2009., 169. i dalje.

¹² Iowa Code, § 704.11.

¹³ Cohen, P. J., Immunization for Prevention and Treatment of Cocaine Abuse: Legal and Ethical Implications, *Drug and Alcohol Dependence*, 48(3), 1997., 167.-174.

2. RAZINA SUMNJE ZA POSEBNE IZVIDNE (DOKAZNE) RADNJE

Upravo suprotno tvrdnjama žalbe, osnovi sumnje, u smislu čl. 180. st. 1. Zakona o kaznenom postupku, podrazumijevaju najnižu kvalitetu pretpostavke o počinjenom kaznenom djelu koja se zakonom uopće traži za poduzimanje pojedinih procesnih radnji u postupku. Prema tome, potreban stupanj vjerojatnosti u inkriminirano postupanje (osnova sumnje) za obojicu optuženika je dovoljno obrazložen, pa su neprihvatljivi svi žalbeni navodi optuženih B. i Č. koji na više mjesta ističu potrebu ne samo konkretizacije tih navoda, već i potrebu da se navedu dokazi koji bi potvrdili osnovu sumnje.

VSRH, I Kž-616/09-3 od 12. kolovoza 2009. godine

Samo takav njegov sadržaj građanima jamči da će postojanje 'osnova sumnje' na kataloško kazneno djelo prethoditi određivanju neko od posebnih izvidnih mjera, da će postojati određeni minimalni stupanj vjerojatnosti takvog konkretnog – a ne pretpostavljanog – kaznenog djela te da će nalog, kao jasno artikulirano raspolaganje sredstvima državne prisile, biti logičan i uvjerljiv te u kasnijem stadiju postupka, provjerljiv pred drugim sudskim tijelima.

USRH, U-III/857/2008 od 1. listopada 2008. godine

U odlukama su izražena tumačenja pojma *osnove sumnje* koji je jedan od zakonskih uvjeta za određivanje posebnih izvidnih radnji u članku 180. stavku 1. ZKP/97,¹⁴ a isti uvjet je određen i za posebne dokazne radnje prema članku 332. stavku 1. ZKP/08. Poimanje osnove sumnje u sudskoj praksi je značajno jer se prema novom uređenju mogu započeti posebne dokazne radnje prije naloga istražnog suca, a pritom uvjete procjenjuju druga tijela (čl. 332. st. 2. ZKP/08.) koja bi se trebala pridržavati sudbenih tumačenja. Sudbena gledišta koja definiraju osnove sumnje kao najnižu kvalitetu pretpostavke o počinjenom kaznenom djelu, odnosno kao minimalni stupanj vjerojatnosti kaznenog djela, bliska su poimanju sumnje koja je potrebna za poduzimanje općih izvidnih radnji (čl. 207. st. 2. ZKP/08.). Prema nekim odlukama te se razine potpuno poistovjećuju.¹⁵ U teoriji nisu zastupljena isključivo takva mišljenja jer iako se po nazivu radi o razini sumnje koja je dovoljna za početak općih izvidnih radnji, prema načelu razmjernosti Krapac traži nešto veću razinu, odnosno onu koja bi bila usporediva s razinom potrebnom za mjere osiguravanja nazočnosti okrivljenika.¹⁶ Osim pitanja razine sumnje, u žalbi se okrivljenik pozivao na pojedine teorijske smjernice o posebnim uvjetima bez kojih bi nalog o određivanju posebnih mjera bio nezakonit. Vrhovni sud nije prihvatio takve primjedbe s obrazloženjem da uvjeti poput specifičnosti ili konkretiziranosti nisu sadržani u zakonskim odredbama.¹⁷

¹⁴ Zakon o kaznenom postupku. (NN. 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 115/06.)

¹⁵ "...sukladno čl. 182. ZKP, kada postoje osnove sumnje da je počinjeno kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti, a što predviđa odredba čl. 177. ZKP.", VSRH, I Kž-819/06-6 od 7. ožujka 2007.

¹⁶ Krapac, D., Zakon o kaznenom postupku, Zagreb, Narodne novine, 2008., 341 i 342.

¹⁷ "Prvenstveno ovdje valja istaknuti da 'uvjeti prethodnosti, specifičnosti i konkretnosti osnova sumnje' nisu propisani čl. 180. Zakona o kaznenom postupku, koja odredba ni na koji način ne određuje 'uvjete' osnova sumnje.", VSRH, I Kž-616/09-3 od 12. kolovoza 2009.

S obzirom na to da se za posebne izvidne (dokazne) radnje učestalo navodi da su to proaktivne mjere, tumačenje razine sumnje je značajno za kriminalistiku jer se neki oblici proaktivnog djelovanja temelje na nižim razinama sumnje koja nije konkretizirana ili se radi samo o procjenama ugroženosti. Skogan je proaktivno istraživanje odredio kao ono koje su samostalno započele istražne vlasti, dok je reaktivno istraživanje ono koje je započelo temeljem podatka dostavljenih od građana ili drugih izvora.¹⁸ Dok reaktivno istraživanje započinje nakon otkrivanja kaznenog djela i većinom se temelji na klasičnim istražnim i izvidnim radnjama, proaktivno istraživanje započinje temeljem procjene da bi se neka osoba mogla uključiti u kazneno djelo. Kod tog oblika istraživanja se najčešće koriste prikrivene mjere,¹⁹ a osnovna svrha im je tajnost u djelovanju kako osumnjičenici ne bi bili upoznati s istraživanjem.²⁰

Ako bi se smatralo da mjere posebnih izvoda (posebne dokazne radnje) u smislu proaktivnosti mogu započinjati čim postoji procjena ugroženosti ili opća sumnja, a ne i konkretne osnove sumnje,²¹ mogle bi nastati velike dvojbe o opravdanosti s aspekta zaštite temeljnih prava.²² Hipotetički primjer bilo bi korištenje posebnih izvoda bez čekanja dojave, ili nekog drugog podatka, iz koje će proizlaziti sumnja da se osumnjičenik bavi kaznenim djelom. Takvo djelovanje ne bi bilo pravno provedivo u hrvatskom sustavu s obzirom na to da niti drugi uvjeti ne bi mogli biti ispunjeni. Međutim, u proaktivnom djelovanju se ističe usmjerenost na prosudbu rizika, a ne za konkretnom sumnjom.²³ Takvo stanje je nepoznato europskom pravnom uređenju jer se većina posebnih mjera ne može poduzimati ukoliko ne postoji konkretizirana razina sumnje.²⁴

U tom smislu bi za neka proaktivna djelovanja nastala u anglosaksonskim sustavima bilo potrebno drugačije pravno uređenje posebnih dokaznih radnji, što ne bi bilo u skladu s tradicijom europskog kontinentalnog prava ni judikaturom ESLJP-a. U anglosaksonskim sustavima se velik dio posebnih mjera može poduzimati bez ikakvih sudbenih naloga ili razine sumnje, već je prepušteno unutarnjim propisima jedinica redarstvenih vlasti.²⁵ To je uočljivo u primjedbama američkih autora da su europski prikriveni istražitelji više pasivni promatrači i da bi trebali biti zamijenjeni s proaktivnijim mjerama.²⁶ Američka proaktivna djelovanja u kriminalistici se temelje na problemima određenog područja, a ne na prethodnoj sumnji prema konkretnim osobama već se sastoje npr. od korištenja većeg

¹⁸ Skogan, W. G., *Citizen Satisfaction with Police Encounters*, *Police Quarterly*, 8(3), 2005., 299.

¹⁹ John, T., Maguire, M., *Criminal intelligence and the National Intelligence Model*, U: Newburn, T. i dr., *Handbook of Criminal Investigation*, Devon, Willan Publishing, 2007., 199.-225., 205; Sharpe, S., *Judicial discretion and criminal investigation*, London, Sweet and Maxwell, 1998., 192.

²⁰ Rogers, C., Lewis, R., (ur.) *Introduction to Police Work*, Devon, Willan Publishing, 2007., 156.

²¹ Newburn, T. i dr., *Handbook of Criminal Investigation*, Devon, Willan Publishing, 2007., 3.

²² Soine, M., *Proaktive Strategien zur Bekämpfung krimineller Strukturen*, *Kriminalistik*, 51(4), 1997., 253.

²³ Sheptycki, J. W., *Issues in transnational policing*, London, Routledge, 2000.

²⁴ Soine, M., *Proaktive Strategien zur Bekämpfung krimineller Strukturen*, *Kriminalistik*, 51(4), 1997., 253.-257.

²⁵ *Smith v. Maryland* 442 U.S. 735 (1979), *Lee v. United States*, 343 U.S. 747 (1952), *United States v. White*, 401 U.S. 745 (1971).

²⁶ Ross, J. E., *Impediments to Transnational Cooperation in Undercover Policing: A Comparative Study of the United States and Italy*, *The American Journal of Comparative Law*, 52(1), 2004., 603.

broja prikrivenih istražitelja prema unaprijed neodređenim osobama na koje naiđu na sumnjivom području.²⁷ Primjer proaktivnog istraživanja je provjeravanje nudenjem mita npr. političarima, liječnicima ili sucima, nasumičnim biranjem osobe prema kojoj će se primijeniti mjere, bez prethodne sumnje da se konkretna osoba bavi kaznenim djelima.²⁸

Pod preporučivanjem proaktivnih mjera se zato u europskom sustavu najčešće poimaju drugačiji oblici djelovanja nego u anglosaksonskim sustavima, a proaktivno istraživanje se može u većoj mjeri ostvarivati blažim radnjama koje spadaju u opće izvide ili policijske ovlasti. Osim toga, pojedina empirijska istraživanja pokazuju da je reaktivno istraživanje jednako značajno kao i proaktivno.²⁹ Proaktivni pristup se nije pokazao dobar u istraživanju svih oblika kaznenih djela, već ima određenih uspjeha u istraživanju terorizma ili organiziranog kriminala.³⁰ Garland ističe da empirijska istraživanja pokazuju kako se usprkos naglašavanju proaktivnog rada u istraživanju nije puno promijenilo.³¹ Većina uhićenja je i dalje postignuta temeljem podataka dobivenih od građana.³² Stajališta utemeljena na promatranju kretanja kriminala u Engleskoj kroz više desetljeća pokazuju da proaktivne metode koje se pomodno ističu u istraživanju nikada neće biti uspješne jer je kriminal prilagodljiva društvena pojava te da tijela vlasti mogu samo uspostavljati narušeni red ali nikad potpuno suzbiti kaznena djela, te da su potrebni proaktivna preventivna djelovanja nego proaktivni istraživački rad.³³

²⁷ Letwin, M. Z., The Bennett Plan, Street-Level Drug Enforcement In New York City and the Legalization Debate, Hofstra Law Review, 18(1), 1990. 802.

²⁸ Meyers, M. A., Operation Clean Sweep, FBI Law Enforcement Bulletin, 69(5), 2000., 23.-25.

²⁹ Wright, A., Policing: An Introduction to Concepts and Practice, Devon, Willan Publishing, 2002., 85.

³⁰ Clark, D., Covert surveillance and informer handling, U: Newburn, T. i dr., Handbook of Criminal Investigation, Devon, Willan Publishing, 2007., 427.

³¹ Garland, D., The Culture of Control, Oxford, Oxford University Press, 2001., 169.

³² Sanders, A., Young, Richard, Criminal Justice, London, Butterworths, 1994., 28.

³³ Wright, A., Policing: An Introduction to Concepts and Practice, Devon, Willan Publishing, 2002., 90.