

POLICIJSKO POSTUPANJE I SUDSKA PRAKSA

Primljeno: listopad 2010.

ŽELJKO KARAS*

Sudska praksa o policijskom postupanju: pokrivena radnja

1. RAZLIKOVANJE OPĆE IZVIDNE RADNJE PRIKRIVANJA ISTOVJETNOSTI POLICIJSKOG SLUŽBENIKA I POSEBNE IZVIDNE RADNJE PRIKRIVENOG ISTRAŽITELJA

Slijedom iznesenih podataka sadržanih u iskazu pokrivenog istražitelja, te navedenih službenih bilješki koje je navedeni sačinio postupajući u smislu odredbe čl. 177. st. 2. ZKP, nedvojbeno proizlazi da je policijski službenik sadržajno 8. svibnja 2008. godine, prilikom ugovaranja kupnje opojne droge kokain, faktički nastupio kao pokriveni istražitelj, iako je nalog za to, po istražnom sucu, izdan tek 13. svibnja 2008. godine.

Opisano postupanje djelatnika policije nedvojbeno predstavlja radnju simuliranog otkupa droge kokain, a ne radnju poduzetu sukladno odredbi čl. 177. st. 2. ZKP, kako to tvrdi državni odvjetnik, neovisno o tome što to proizlazi iz službene bilješke, jer naziv nije bitan, već sadržaj navoda u istoj.

VSRH, I Kž-874/09-5 od 25. studenog 2009. godine

Sudska odluka se odnosi na slučaj u kojem je kriminalističko istraživanje započeto provođenjem opće izvidne radnje pokrivanja istovjetnosti policijskog službenika koja je dodana u članku 177. stavku 2. ZKP/97.¹ izmjenama iz 2002. godine,² a za koju nisu zakonski propisani posebni formalni uvjeti. Kada je potom pokriveni službenik uspio uspostaviti početni kontakt s osumnjičenikom i pokazalo se da bi istraživanje moglo biti uspješno, poduzeta je mjera pokrivenog istražitelja uporabom istog službenika, uz zakoniti sudbeni nalog (čl. 180. st. 1. t. 4. ZKP/97.).

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

¹ Zakon o kaznenom postupku. (NN 110/97., 27/98., 58/99., 112/99., 58/02., 143/02., 115/06.)

² Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku. (NN 58/02.)

Vrhovni sud je zaključio da je tijekom provođenja opće izvidne radnje već bila započela posebna izvidna radnja prikrivenog istražitelja za koju tada još nije bio zatražen sudbeni nalog. Na zakonskoj razini propisi ne određuju okolnosti za razlikovanje tih radnji niti pojašnjavaju okolnosti temeljem kojih poduzimanje opće izvidne radnje prelazi u posebnu izvidnu mjeru. Sud je promatrao trenutak započinjanja pregovora o kupnji droge kao ključnu okolnost, ali ne iznosi druge kriterije za procjenu zahvata temeljem kojih bi se mogla usmjeravati buduća postupanja kada nema takvog djelovanja. Prema prikazanom gledištu, pregovori za neku simuliranu radnju mogu biti poduzimani samo u okviru radnje prikrivenog istražitelja jer se također radi o posebnoj izvidnoj radnji, iako pregovori još ne znače da je započeto s radnjom simuliranog otkupa niti da je ostvaren veći zahvat u temeljna prava. Ovo pitanje ostaje aktualno i u kriminalističkom postupanju po novom zakonskom uređenju u ZKP/08.³ jer također i dalje postoji mogućnost prikrivanja istovjetnosti policijskog službenika iako više nije navedena kao zasebna izvidna radnja, već se nalazi među policijskim ovlastima npr. u članku 39. ili članku 32. stavku 2. ZPPO.⁴

Prema modelu apsolutnog izdvajanja kakvo se koristi u ZKP/97., kod nezakonitih dokaza sud ne promatra jesu li postojali materijalni uvjeti, poput zadovoljavajuće razine sumnje ili težine kaznenog djela, odnosno radi li se u biti o osnovanom zahvatu u temeljna prava koji nije doveo do većih posljedica. Kod izdvajanja dokaza ne ocjenjuje se je li propustom narušena svrha odredaba i što bi za osumnjičenika bilo drugačije da su posebni izvidi bili ranije određeni. Zakonsko uređenje ne uvažava niti činjenicu bi li nalog mogao biti dobiven da je zatražen ranije i jesu li službenici postupali u razboritom uvjerenju da postupaju zakonito, ili se s druge strane radi o namjernom obilaženju zakonskih pravila jer nije mogao biti dobiven sudbeni nalog. To su samo neke od okolnosti koje se uvažavaju u stranim pravnim sustavima kod procjene izdvajanja nezakonitih dokaza i mogu postići prikladnije rješenje.

Za započinjanje konkretnog rada na istraživanju kaznenih djela prikriveni istražitelji ponekad moraju koristiti legendu koju su prethodno utemeljili u kriminalnom okružju i ne mogu se odjednom pojaviti bez ikakvih poznanstava. Za takve pripremne djelatnosti mogu koristiti opće izvidne radnje koje su po težini zahvata u temeljna prava na znatno nižoj razini od posebnih izvida te su i uvjeti za poduzimanje znatno blaži. U nedostatku propisanih smjernica, razlikovanju radnji se može pristupiti koristeći općenite okolnosti koje utječu na težinu zahvata, poput uloge koju koristi prikriveni službenik, razine uključenosti u privatnost, broja kontakata, ulaska u dom i slično. Podzakonski propisi koji su se primjenjivali za ZKP/97. nisu podrobnije određivali sadržaj radnji,⁵ kao što ne određuju niti podzakonski propisi vezani uz novo uređenje prema ZKP/08-u.⁶ Sud ranije nije smatrao posebnim izvidom kada se službenik javljao na pozive koji su upućivani na osumnjičeničkov mobilni telefon, što je omogućilo prikupljanje podataka od osoba koje nisu znale da je ovaj uhićen.⁷

³ Zakon o kaznenom postupku. (NN 152/08., 76/09.)

⁴ Zakon o policijskim poslovima i ovlastima. (NN 76/09.)

⁵ Čl. 107. i 108. Pravilnika o načinu policijskog postupanja. (NN 81/03.)

⁶ Čl. 20.-23. Pravilnika o načinu provođenja posebnih dokaznih radnji. (NN 102/09.) Čl. 59. Pravilnika o načinu postupanja policijskih službenika. (NN 76/09.)

⁷ VSRH, I Kž-35/00-7 od 30. kolovoza 2000. godine.

Razlikovanje općih i posebnih mjera ima podrobnije uređenje u nekim stranim sustavima, iako tamo ne dovodi do izdvajanja dokaza. Dio definicije prikrivenog istražitelja u njemačkom sustavu je da se prikriveni istražitelj pod promijenjenim identitetom uključuje na trajnije razdoblje (*auf Dauer*), s više obuhvaćenih osoba, što se procjenjuje ovisno o okolnostima pojedinačnog slučaja.⁸ Službenik redarstva koji poduzima samo jednokratne radnje, primjerice samo u jednom navratu kupuje drogu, ne potpada pod radnju *prikrivenog istražitelja*, već se ta radnja naziva **redarstveni službenik prikrivenog djelovanja** (*nicht öffentlich ermittelnde Polizeibeamte – NOEP*).⁹ Prema praksi njemačkog Saveznog vrhovnog suda, ključne okolnosti za prosudbu koja je radnja ostvarena jesu: broj susreta, složenost istražnih zadaća, predviđanje potrebe ulaska u domove, vremensko trajanje radnje, broj osoba koje mora obmanuti o svojoj ulozi, te očekuje li se svjedočenje u kaznenom postupku. Unatoč tim podrobnijim mjerilima neki smatraju kako je i dalje nejasna granica te je u pojedinim njemačkim pokrajinama protumačeno da su dovoljna tri susreta da bi izvidna radnja prešla u mjeru prikrivenog istražitelja, a prema nekima je dopuštena granica od preko deset susreta.¹⁰ U austrijskom sustavu je okolnost za definiranje radnje prikrivenog istražitelja također dugotrajno i sustavno poduzimanje (*längerfristige systematische*).¹¹

U švicarskom sustavu osim mjere prikrivenog istražitelja postoji radnja **prikrivenog tragača** (*Verdeckte Fahnder*) koja ne spada u posebne izvide, a odnosi se na policijskog službenika koji prikrivanjem statusa ostvaruje ograničen broj doticaja s osumnjičenikom. Koristi se za blaža kaznena djela, ako nije moguće ispunjavanje uvjeta potrebnih za prikrivenog istražitelja i ako ne treba koristiti prilagođene isprave. Može kupovati opojne droge, pa je takva mjera uvedena da bi se moglo s malo službenika napraviti značajne otkrivačke učinke na uličnu preprodaju droga. Može se koristiti i za komuniciranje preko interneta.¹²

2. ZAKONSKE POSLJEDICE ZA DOKAZE PRIKUPLJENE POTICANJEM OD STRANE PRIKRIVENOG ISTRAŽITELJA

U žalbi se ističe da je prvostupanjski sud bio dužan prilikom odmjeravanja kazne opt. M. D. primijeniti odredbe o ublažavanju kazne (čl. 57. KZ-a), jer je opt. M. D. očigledno bio potican od strane prikrivenog istražitelja na počinjenje kaznenog djela. Kako je prvostupanjski sud valjano obrazložio zašto smatra da nikakvog poticanja nije bilo, i ovaj Vrhovni sud je mišljenja da će se izrečenom kaznom ostvariti sve svrhe kažnjavanja iz čl. 50. KZ-a, te na te iste razloge upućuje žalitelja.

VSRH, I Kž-532/05-6 od 22. rujna 2005. godine

U navedenom dijelu odluke sud se bavi pitanjem zakonskih posljedica u odnosu na poticanje koje bi primijenio prikriveni istražitelj (*agent provokator*). Okrivljenik je smatrao da bi u slučaju poticanja trebao biti blaže kažnjen, a sud navodi da poticanja nije bilo

⁸ Roxin, C., *Strafverfahrensrecht*, München, Beck, 1998., 63.

⁹ Beulke, W., *Strafprozeßrecht*, Heidelberg, Müller, 2000., 203.

¹⁰ Meyer, H.; Wolf, K., *Kriminalistisches Lehrbuch der Polizei*, Hilden, VDP, 2000., 114.

¹¹ Seiler, S., *Strafprozessreform 2004*, Wien, Universitätsverlag, 2005., 116.

¹² Bättig, F., *Verdeckte Ermittlung nach Inkrafttreten des BVE aus polizeilicher Sicht*, *Kriminalistik*, 2006., 60(2), 130.-134., 133.

te da je dovoljna izrečena kazna. Iz toga bi se moglo zaključiti da kada bi postojalo poticanje od strane prikrivenog istražitelja, tada ne bi bila dovoljna izrečena kazna. Sud nije ustvrdio da se u slučaju poticanja izdvajaju dokazi. Ovo područje može biti sporno zbog nedostatka sudske prakse pa nije potpuno jasno kakve bi zakonske posljedice bile korištene u slučaju poticanja. U članku 180. stavku 5. ZKP/97. poticanje je propisano kao nedopuštena djelatnost u provedbi pojedinih posebnih izvida, a u članku 182. stavku 6. ZKP/97. propisana je obveza izdvajanja pribavljenih dokaza za postupanje protivno odredbi članka 180. ZKP/97. Iz toga bi slijedilo da se nezakonitost dokaza primjenjuje za sve stavke u članku 180. ZKP/97. pa tako i za zabranu poticanja, neovisno o tome što gramatičko tumačenje može biti usmjereno na pojam odredba koji je napisan u jednini, što bi moglo upućivati da je zakonodavac mislio samo na neki stavak iz članka 180. ZKP/97., ali ga je propustio navesti. Kada zakonodavac obuhvaća sve stavke nekog članka, češće koristi množinu pojma odredba, kao npr. u članku 182. stavku 5. ZKP/97. Ista pravila su preuzeta i u novom zakonu u članku 335. stavku 8. ZKP/08. koji propisuje da – ako je postupano protivno odredbi članka 332., dokazi ne mogu biti upotrijebljeni. S obzirom na to da nisu pobrojani samo neki stavci iz članka 332., proizlazilo bi da se dokazi izdvajaju za povredu bilo kojeg od stavaka, pa tako i za stavak 7. u kojem se zabranjuje poticanje. Krapac navodi da se u ovom području hrvatsko pravo priključilo krugu europskih država,¹³ koje međutim ne koriste izdvajanje dokaza kao procesnu posljedicu za policijsko poticanje. Pavišić navodi da se predmetna odredba o izdvajanju odnosi na slučajeve protivne uvjetima iz članka 180.¹⁴

U prikazanoj odluci sud ne spominje mogućnost izdvajanja nezakonitih dokaza. Ako se ne primjenjuju procesne posljedice, u hrvatskom pravu bi se za poticanje mogao koristiti uobičajeni pristup kao i kod poticanja između građana (čl. 37. KZ¹⁵). Poticanje na neko kazneno djelo je obuhvaćeno općenitim odredbama KZ-a prema kojima je kažnjivo kao i razni drugi nedopušteni oblici koji nisu morali biti zasebno spomenuti kao zabranjeni za redarstvene vlasti. U prikazanoj odluci se sud oslanja na ovakve općenite odredbe kaznenog materijalnog prava.

Korištenje pristupa s ublažavanjem kazne bilo bi istovjetno uređenju u poredbenom pravu. U engleskom sustavu su pravila o odnosu prema policijskom poticanju utemeljena odlukom Doma lordova *R. v. Sang [1980] AC 402*, sa stajalištem da se poticanje ne smatra osnovom za isključenje krivnje počinitelja. Prema zaključku iz te odluke, činjenica da je u nastanku kaznenog djela određenu ulogu imao prikriveni istražitelj ne utječe na krivnju počinitelja već može imati utjecaja samo na težinu kazne (*mitigating factor*), što se u obrazloženju odluke označilo kao odbijanje tzv. *Evinog opravdanja* koja je pokušala prebaciti krivnju na zmiju. U *Sangu* je utvrđeno da policijsko poticanje ne dovodi do nezakonitosti dokaza. Uočena je nevoljkost primjene ublažavanja kazne kod težih kaznenih djela. Po zakonskom uređenju može se primjenjivati izdvajanje temeljem narušene pravičnosti, ali je poticanje samo jedna od brojnih okolnosti koja se promatra u prosudbi.¹⁶ Za teške

¹³ Krapac, D., Kazneno procesno pravo: Institucije, Zagreb, Narodne novine, 2007., 292.

¹⁴ Pavišić, B., Komentar Zakona o kaznenom postupku, Zadar, Naklada N, 2007., 257.

¹⁵ 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.)

¹⁶ Archbold, J. F., Criminal Pleading, Evidence and Practice, London, Sweet and Maxwell, 1997., 1487.

povrede tijekom istraživanja spominje se i mogućnost prekida postupka, iako pisci ne spominju pravila za primjenu takvog sredstva niti odluke u kojima je primijenjeno. Policijsko poticanje ne isključuje krivnju počinitelja u anglosaksonskim sustavima, osim u Sjedinjenim Američkim Državama gdje je prema odluci *Russel* to ponekad moguće,¹⁷ ali poticanje niti u toj državi ne dovodi do nezakonitosti dokaza.¹⁸

U njemačkom pravu policijsko poticanje ne dovodi do nezakonitosti dokaza ni do onemogućavanja kažnjavanja počinitelja.¹⁹ Prema sudskoj praksi policijsko poticanje se uvažava po utjecaju na kaznu,²⁰ odnosno može dovoditi do ublažavanja.²¹ Prema odluci Saveznog vrhovnog suda *BGHSt 32, 345* postupanje protivno pravnoj državi koje je provodio prikriveni istražitelj prihvaćeno je kao okolnost bitna za ublažavanje kazne. I u novijoj odluci *BGHSt 45, 321* sud je potvrdio da prekoračenje granica dopuštenog djelovanja prikrivenog istražitelja ne dovodi do dokazne zabrane već može biti bitna okolnost za ublažavanje kazne (*Strafzumessungslösung*).²² Beulke smatra da poticanje nije procesna zapreka ali bi teži oblik mogao dovoditi do isključenja krivnje.²³ Postoje i mišljenja da bi trebala biti onemogućena kažnjivost potaknutog jer se njegovo djelovanje ne bi moglo smatrati radnjom.²⁴ U austrijskom pravu povreda odredbe o zabrani policijskog poticanja (*Lockspitzel*) ne dovodi do ništavosti prikupljenih dokaza.²⁵ Prema švicarskoj sudskoj praksi se utjecaj poticanja od strane prikrivenog istražitelja može razmatrati kod izbora kazne.²⁶

3. UPORABA NEZAKONITIH DOKAZA U KORIST OKRIVLJENIKA

Ponovna odluka suda da pri kraju dokaznog postupka pročita već jednom izdvojene dijelove spornog izvješća, a povodom prigovora obrane o mogućem poticaju na kazneno djelo zlouporabe droga predstavlja bitnu postupovnu povredu iz čl. 367. st. 2. ZKP.

Ovo stoga što jednom izdvojeni nezakoniti dokaz ne može biti izvor saznanja o bilo kojoj odlučnoj činjenici.

VSRH, I Kž-595/02-9 od 23. siječnja 2003. godine

U članku 9. stavku 1. ZKP/97. propisano je da se na nezakonitim dokazima ne može utemeljiti sudska odluka, a jednako i u članku 10. stavku 1. ZKP/08. Iako pritom nije izričito zakonski propisano da se izdvojeni dokazi mogu koristiti za neke posebne svrhe, pa čak niti kada bi mogli služiti u korist osumnjičenika ili radi zaštite njegovih prava,

¹⁷ United States v. Russell, 411 U.S. 423 (1973).

¹⁸ Tapper, C., Cross and Tapper on Evidence, London, Butterworths, 1999., 503., bilj. 5.

¹⁹ Schwindt, F., Verdeckte Ermittlungen der Polizei, Kriminalistik, 41(4), 1987., 193.-200., 194.

²⁰ Schroeder, F. Ch., Strafprozeßrecht, München, Beck, 2001., 54.

²¹ Beulke, W., djelo u bilj. 9, str. 135.; Cramer, S., Bürgle, M., *Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbot*, Stuttgart, Boorberg, 2004., 113.

²² BGHSt 45, 321; 1 StR 221/ 99 od 18. studenog 1999.

²³ Beulke, W., djelo u bilj. 9, str. 136.

²⁴ Roxin, C., djelo u bilj. 8, str. 65.

²⁵ Wessely, W., Casebook Strafprozessrecht, Wien, Facultas, 2004., 77.

²⁶ Presuda BGE 116 IV 294 od 16. ožujka 1990.

čini se da bi ipak moglo biti primijenjeno drugačije tumačenje sukladno svrsi nezakonitih dokaza. Ako bi nezakoniti dokazi potpomagali utvrđivanje činjenica da je osoba, ustvari, nedužna, tada bi se ipak trebali moći uporabiti za sudsku odluku u korist okrivljenika. Ukoliko izdvajanje nezakonitih dokaza služi zaštiti prava osumnjičenika, tumačenjem po svrsi bilo bi opravdano napraviti iznimku ako izdvajanje može narušavati takvu svrhu, odnosno ako bi nezakoniti dokaz pridonosio obrani okrivljenika.²⁷ U prikazanoj odluci sud se doslovno pridržava zakonskih odredaba bez šireg sagledavanja njihova značaja i svrhe. Dočim se navedeni primjer odnosi na područje poticanja, slični primjeri u prikrivenim mjerama postoje i za druge dokaze. Do 2005. godine i dopuna u članku 42.b Zakona o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta,²⁸ razgovor prikrivenog istražitelja s osumnjičenikom je bio neuporabljiv za dokazivanje (čl. 180.a ZKP/97.), pa su primjenom stajališta kao u prikazanoj odluci mogle izostajati činjenice iz kojih bi se razjasnio tijek događaja jer nije isto ako je prikriveni istražitelj dao novac osumnjičeniku protivno njegovoj volji ili ga je osumnjičenik tražio mito,²⁹ a moglo je biti i nejasno je li netko slučajno nazočio razgovoru ili je imao ključnu ulogu u pregovorima.³⁰

Uporaba vjerodostojnih dokaza u korist okrivljenika trebala bi se smatrati obvezom, slično kao što je Europski sud za ljudska prava (ESLJP) smatrao povredom prava okrivljenika kada nisu korišteni dokazi koji možda sadrže podatke o policijskom poticanju ili na drugi način idu u korist okrivljeniku. Odluka *Edwards i Lewis pr. Ujedinjenog Kraljevstva* se odnosi na dva slučaja, prvi u kojem je osumnjičeni uhićen tijekom preprodaje droge, a tvrdio je da ga je prikriveni istražitelj potaknuo na sudjelovanje u prodaji ukradenog nakita i da je tek nakon uhićenja saznao da se radi o drogi; i drugi slučaj u kojem je okrivljenik sudjelovao u krivotvorenju novca i tvrdio da ga je na počinjenje potaknuo prikriveni istražitelj. ESLJP je promatrao je li dio kaznenog postupka koji se bavio njihovom tvrdnjom o policijskom poticanju imao odgovarajuća prava obrane. Zbog nepredočavanja svih prikupljenih činjenica u tom dijelu postupka, sud je utvrdio povredu članka 6. stavka 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava.³¹ Slično je propitivano i u odluci *Jasper pr. Ujedinjenog Kraljevstva* u kojem je osumnjičeni nakon dovoženja tereta u kojem je bila velika količina droge uhićen po izlasku iz garaže, a tvrdio je da je njegov telefon bio prisluškivan i da se iz snimke može utvrditi da nije znao za drogu u teretu.³²

²⁷ Krapac, D., djelo u bilj. 13, str. 386.

²⁸ Zakon o uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta. (NN 88/01., 12/02., 33/05., 48/05.)

²⁹ "Optuženik u žalbi ponavlja da nije od oštećenika zatražio novac kako bi mu predao uredan zapisnik o inspeksijskom nalazu, već mu je oštećenik, nakon predaje zapisnika, iznenadno i samoinicijativno gurnuo novac u džep. Optuženik je takvim postupkom bio zatečen, nije se snašao, a odmah su pristupili djelatnici policije i uhitili ga.", VSRH, I Kž-82/05-6 od 15. studenog 2007.

³⁰ "Dakle, pogrešno optuženi M. V. tvrdi da je prvostupanjski sud utvrdio samo njegovu nazočnost razgovorima optuženog R. V. s prikrivenim istražiteljem, već je utvrđeno i njegovo sudjelovanje u dogovaranju kupoprodaje kokaina, a koje je i opisano pod točkom 1. izreke pobijane presude.", VSRH, I Kž-574/08-6 od 21. siječnja 2009.

³¹ *Edwards i Lewis pr. Ujedinjenog Kraljevstva*, 22. srpnja 2003. godine, br. tužbe 39647/98.

³² *Jasper pr. Ujedinjenog Kraljevstva*, 16. veljače 2000. godine, br. tužbe 27052/95.