

Dr. sc. Željko Karas*

NEKA DOKAZNA PITANJA O RAZGOVORU PRIKRIVENOG ISTRAŽITELJA S OSUMNJIČENIKOM

Autor se u radu bavi mogućnostima dokazivanja izjava osumnjičenika izrečenih u razgovoru u kojem sudjeluje prikriveni istražitelj. Ovo područje promatra kroz pitanje dopustivosti dokazivanja izrečenih izjava te pitanje dokaznih sredstava koja se mogu koristiti. Mogućnost korištenja prikupljenih izjava za dokazivanje u kaznenom postupku bitna je za promatranje otkrivačkih ili dokaznih obilježja u toj radnji.

Prema novom zakonskom uređenju (ZKP/08) može se dokazivati sadržaj razgovora i za to može poslužiti i iskaz prikrivenog istražitelja, što je potpuno različito od uređenja iz ZKP/97. Autor u radu promatra kretanja u poredbenom pravu i teoriji te prikazuje osnovna sučeljena mišljenja o ovom području.

1. OPĆENITO

Rad prikrivenog istražitelja u najvećem se dijelu sastoji od verbalne komunikacije s osumnjičenicima i ako pritom oni izjave nešto korisno za kazneni postupak, nameću se pitanja o dokaznom statusu takvih izjava i odnosa prema izvorima koji se mogu koristiti za njihovo dokazivanje. Stajalište hrvatskog kaznenog postupovnog zakonodavstva prema tim se pitanjima mijenjalo od zakonskog uvođenja posebnih mjera, a složenost procjene pokazuju i mnoge strane rasprave kao i promjene gledišta u značajnijim sustavima poredbenog prava. Osnovnu poteškoću čini prosudba o opravdanosti korištenja istih zaštitnih jamstava za prikriveno djelovanje i za formalnu radnju ispitivanja. Ovo područje dotiče se odnosa kaznenog postupka prema priznanju i povlastici zaštite od samookrivljavanja kao sadržajima koji su u povijesti bili predmet rasprava i ujedno povod za ključne promjene u kaznenom postupku.

* Dr. sc. Željko Karas, Visoka policijska škola u Zagrebu

Iako razgovor prikrivenog istražitelja sa svjedocima također postavlja posebna dokazna pitanja, značajnije su poteškoće usmjerene na osumnjičenika i to je područje ovdje predmet razmatranja. Cilj je rada usmjeren na dokazni status izjava izrečenih u razgovoru, a ne na druga dokazna pravila vezana uz ocjenu vjerodostojnosti, prava okrivljenika na ispitivanje istražitelja kao tajnog svjedoka ili slična pitanja.

U hrvatskom pravu ne postoji zaseban pojam koji bi označavao razgovor u kojem sudjeluje prikriveni istražitelj, a u poredbenim sustavima takvo se djelovanje najčešće naziva prikriveni razgovor. U njemačkom govornom području koriste se pojmovi poput *heimliche Vernehmung*¹ ili *verdeckten Befragen*,² a u engleskom govornom području koriste se nazivi *covert questioning* ili *deceptive interrogation*.³

2. OSNOVNO O RAZVOJU U MEĐUNARODNOM I POREDBENOM PRAVU

2.1. Europski sud za ljudska prava

2.1.1. Općenita načela i test funkcionalnog ekvivalenta

Privilegij zaštite od samookrivljavanja nije izričito propisan u konvencijskim odredbama jer ESLJP ističe da su pravo na šutnju i privilegij od samooptuživanja općepriznati međunarodni standardi koji se nalaze u biti načela pravičnog postupka iz članka 6. EKLJP. Smisao je zaštita optuženika od nedopuštene prisile državnih tijela i sprječavanje zlouporabe, a pravo na zaštitu od samookrivljavanja prvotno se bavi poštovanjem volje osobe da se brani šutnjom i podrazumijeva da optuživanje mora biti provođeno bez oslanjanja na dokaze prikupljene pritiskom ili prisilom te zanemarivanjem volje optuženog. U provjeravanju je li postupak istraživanja povrijedio samu bit privilegija od samookrivljavanja ESLJP promatra prirodu i stupanj pritiska, postojanje odgovarajućih zaštitnih formi u prikupljanju i korištenju dokaza.⁴ ESLJP promatra može li se iz okolnosti slučaja utvrditi da je samookrivlja-

¹ *Erb, Volker i dr. (ur.)*, Löwe-Rosenberg - Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, knj. 4. (§§ 112-150), De Gruyter, Berlin, 2007., str. 593.

² *König, Josef*, Zur Verwertbarkeit verdeckt erlangter Kenntnisse, Kriminalistik, vol. 51., br. 3/1997., str. 181.

³ *Steiker, Carol S.*, Counter-Revolution In Constitutional Criminal Procedure? Two Audiences, Two Answers, Michigan Law Review, vol. 94., god. 1996., bilj. 78.

⁴ Allan pr. Ujedinjenog Kraljevstva, br. 48539/99, 5. studenoga 2002., § 44.; Bykov pr. Rusije, br. 4378/02, 21. siječnja 2009., § 92; Heglas pr. Češke, br. 5935/02, 1. ožujka 2007.

vanje bilo pod negativnim utjecajima koji narušavaju dragovoljnost, odnosno je li riječ o prisilnim djelovanjima.⁵ Ako je prema navedenim mjerilima riječ o povredi tih prava, tada će biti povrijeđena i pravičnost postupka.

Iako u praksi ESLJP-a postoji samo nekoliko slučajeva u kojima je razmatrana sukladnost prikrivenog razgovaranja s konvencijskim pravom, u njima se primjenjuju ova opća načela. Nije povrijeđena pravičnost postupka ako se za dokazivanje koriste podaci prikupljeni prikrivenim oblicima razgovaranja s osumnjičenim, pod uvjetom da razgovor po svim uključenim okolnostima nije na razini formalnog ispitivanja okrivljenika. Test ekvivalencije znači da ne treba svaki razgovor koji vodi prikriveni istražitelj poistovjećivati s radnjom ispitivanja okrivljenika, već je potrebno promatrati okolnosti pojedinog slučaja.

Procjenu ekvivalencije pokazuje predmet *Allan pr. Ujedinjenog Kraljevstva*⁶ u kojem se ESLJP bavio slučajem osumnjičenika koji je pri razbojništvu ubio trgovca. Osumnjičenik se na formalnom ispitivanju branio šutnjom, a nakon uhićenja redarstvene su vlasti u čeliju za zadržavanje koja je bila opremljena uređajima za tajno snimanje postavili doušnika kojem je cilj bio doznati podatke o kaznenom djelu.⁷ Kada doušnik postupa u okviru službene radnje i prema smjericama koje mu daju istražitelji, prema tumačenju ESLJP-a riječ je o istoj situaciji kao da je radnju poduzimao i istražitelj (*agent of state*). Sud je u provjeri ekvivalencije ocjenjivao narav i stupanj prisile, postojanje zaštitnih odredaba te uporabu pribavljenih dokaza. ESLJP je utvrdio da je policija tražila ostvarivanje pritiska na osumnjičenog do najveće moguće razine, zbog čega osumnjičenikovi odgovori nisu bili dragovoljni i naprasni niti izrečeni kao u običnom razgovoru. Takve okolnosti razgovora ESLJP po bitnim značajkama smatra funkcionalno jednakovrijednima ispitivanju (*functional equivalent of interrogation*). Iako u postupanju nije utvrđena primjena tjelesne prisile prema okrivljeniku radi prikupljanja podataka, Sud nalazi primjenu psiholoških pritisa (*psychological pressures*) jer je kroz više tjedana agent ustrajno djelovao radi onemogućavanja osumnjičenikova otpora. Prikriveno istraživanje utjecalo je na osumnjičenikov otpor volje i kroz to je ograničilo njegovo pravo na šutnju i privilegij od samookrivljavanja, zbog čega je sud utvrdio da je korištenjem razgovora povrijeđena pravičnosti postupka.⁸

Problematičnost područja pokazuje da je u traženju rješenja za odnos prema prikrivenom razgovoru ESLJP u ovoj odluci opsežno promatrao sudsku praksu izvan granica europskih država te je čak preuzeo pojedina pravila iz kanad-

⁵ *Gomien, Donna*, Europska konvencija o ljudskim pravima, PFR, Zadar, 2007., str. 103.

⁶ *Allan pr. Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 48539/99, 5. studenoga 2002.

⁷ *Sudre, Frédéric i dr.*, *Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l'Homme*, Presses Universitaires, Paris, 2003., str. 344.

⁸ *Krapac, Davor*, *Zakon o kaznenom postupku*, Narodne novine, Zagreb, 2008., str. 396., bilj. 11.

skih odluka *Hebert*, *Broyles* i *Liew*, a uz to se osvrnuo i na rješenja kakvo je o pitanju prikrivenog razgovora zauzeo Savezni sud Australije u slučaju *Swaffield* i *Pavic*. Osvrtanjem na anglosaksonske uzore preuzeta su šira tumačenja nego u nekim kontinentalnim državama.

ESLJP je u slučaju *Allan* za razliku od ekvivalentnog djelovanja prikazao drugačije stanje u slučaju *Khan* u kojem nije bilo povrede pravičnosti jer nije bilo pritisaka.⁹ U slučaju *Khan* osumnjičenici su međusobno u slobodnom razgovoru iznosili podatke o trgovini drogom, bez uključivanja prikrivenog istražitelja, iz čega proizlazi da ESLJP smatra prihvatljivim kada bi prikriveni razgovor bio na razini koja bi po bitnim svojstvima predstavljala obično razgovaranje između počinitelja. U tom se slučaju pokazuje da ESLJP ne radi posebne razlike između tehničkih mjera nadzora i slušanja od strane prikrivenog istražitelja.

2.1.2. Dopušteni oblici prikrivenog razgovaranja

U predmetu *Heglas pr. Češke* pred velikim vijećem ESLJP-a promatran je prikriveni razgovor s osumnjičenim za počinjenje razbojništva. Uvažavajući sve okolnosti slučaja, zaključeno je da je riječ o pravičnom postupku jer je optuženik imao odgovarajuće procesne mogućnosti u odnosu na dokaze pribavljene prikrivenim razgovorom, priznanje tijekom prikrivenog istraživanja bilo je poduprto i drugim dokazima, a prikrivene mjere bile su usmjerene na istraživanje vrlo teškog kaznenog djela, što opravdava značajan društveni cilj.¹⁰ S činjenične strane, slučaj se odnosi na razbojništvo počinjeno prema ženi koja je u torbi nosila novac za kupovanje nekretnine. Istražitelji su uspjeli pridobiti doušnicu da se koristi uređajima za tajno snimanje i u jednom od kraćih razgovora s njom osumnjičeni je bez ikakvih pritisaka priznao da je on počinio razbojništvo u dogovoru s drugim osumnjičenikom. Provjerom uspostavljenih poziva potvrđeno je da je između dvojice osumnjičenika u vrijeme izravno prije i nakon počinjenja razbojništva bilo neuobičajeno mnogo kontakata.

U slučaju *Bykov pr. Rusije*¹¹ osuđenik je tvrdio da ga je prikriveni istražitelj naveo na samookrivljujuće izjave odnosno da je prikriveni istražitelj zapravo proveo ispitivanje (*concealed interrogation*) kojim je povrijedio njegova prava na šutnju i povlasticu od samookrivljavanja. Sud je, promatrajući način uporabe prikupljenih podataka te prirodu i stupanj pritiska, utvrdio da nije bilo povreda pravičnog postupka.¹² Slučaj se odnosi na naređivanja ubojstva od

⁹ Khan pr. Ujedinjenog Kraljevstva, br. 35394/97, 12. svibnja 2000.

¹⁰ Heglas pr. Češke, br. 5935/02, 1. ožujka 2007.

¹¹ Bykov pr. Rusije, br. 4378/02, 21. siječnja 2009.

¹² "Having examined the safeguards which surrounded the evaluation of the admissibility and reliability of the evidence concerned, the nature and degree of the alleged compulsion, and

strane direktora tvornice aluminija. S obzirom na to da je obavještajna služba doznala za pripreme, redovne policijske snage inscenirale su ubojstvo i lažno objavile da je ciljana osoba ubijena. Nakon toga je navodni posrednik u dogovoru s tijelima vlasti opremljen uređajima za tajni nadzor došao k naručitelju u kuću i predao mu nekoliko osobnih predmeta i sporni elaborat o tvornici kako bi dokazao da je ubojstvo počinjeno. ESLJP je utvrdio da osumnjičeni nije bio ni pod kakvim pritiskom primiti gosta u svojoj kući, niti je bio pod ikakvim pritiskom komentirati sadržaje o kojima je ovaj govorio. ESLJP u ovom slučaju naglašava razliku od slučaja *Allan*, u kojem su pritisci na slobodu bili veliki i trajali tjednima, i pritom objašnjava da je tada bila značajna kombinacija tih pritisaka s činjenicom prethodne obrane šutnjom na formalnom ispitivanju.¹³

Iz usporedbe ovih slučajeva proizlazi da ESLJP ne smatra narušavanjem pravičnosti postupka, odnosno privilegija od samookrivljavanja ili obrane šutnjom, ako nije bilo posebnih pritisaka na osumnjičenika da izjavljuje određene podatke. U predmetima *Bykov* i *Heglas* radilo se o običnim razgovorima koji nisu trajali tjednima kao u *Allanu*, a u tim slučajevima osumnjičenici su jednostavno mogli odbiti ili prekinuti razgovor jer su oni zapravo bili u nadređenom položaju prema agentima i dragovoljno su ih primili u svojim prostorijama, dok u predmetu *Allan* osumnjičeni uopće nije imao izbor jer mu je agent postavljen u pritvorsku ćeliju.

Trechsel kritizira što je metodu provođenja tajnog nadzora razgovora za koji osumnjičenik očekuje da je povjerljiv vrlo teško pomiriti s privilegijem od samookrivljavanja pred ESLJP-om.¹⁴ U izdvojenom mišljenju uz odluku *Bykov*, sudac *Costa* smatra da je prikriveni razgovor protivan konvencijskom pravu jer bi privilegij od samookrivljavanja bio samo hipotetički i iluzoran ako bi prikrivena djelovanja u ovom području bila dopuštena. Neki smatraju da je ESLJP u ovom području pokazao oklijevanje u nametanju bilo kakvih ograničenja prema policijskim istraživanjima, jer iako je riječ o djelovanjima koja zapravo predstavljaju ispitivanje okrivljenika (*de facto interrogation*), ESLJP je više usmjeren na pitanje postupanja s prigovorima o tim radnjama tijekom kaznenog postupka. Praksa ESLJP-a pokazuje da je u većoj mjeri zainteresiran za

the use to which the material obtained through the covert operation was put, the Court finds that the proceedings in the applicant's case, considered as a whole, were not contrary to the requirements of a fair trial", *Bykov* pr. Rusije, br. 4378/02, 21. siječnja 2009., § 102.

¹³ "The Court notes that in the present case the applicant had not been under any pressure to receive V. at his 'guest house', to speak to him, or to make any specific comments on the matter raised by V. Unlike the applicant in the *Allan* case (cited above), the applicant was not detained on remand but was at liberty on his own premises attended by security and other personnel", *Bykov* pr. Rusije, br. 4378/02, 21. siječnja 2009., § 102.

¹⁴ *Trechsel, Stefan*, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 116.

to je li vjerodostojnost spornih dokaza bila provjerena u kaznenom postupku nego o načinu njihova pribavljanja (*trial-centric bias*).¹⁵

2.2. Njemačka

2.2.1. Pojam ispitivanja i prikrivenog razgovora

Ovo područje u njemačkoj se teoriji smatra prijepornim jer postoje mnogobrojna tumačenja i gledišta.¹⁶ Prema materijalnom pojmu ispitivanja okrivljenika (*Materieller Vernehmungsbegriff*), u tu radnju spadaju djelatnosti istražnih tijela kojima se izravno ili neizravno prikupljaju izjave. Prema takvom poimanju ne bi se mogli koristiti razgovori u radu prikrivenog istražitelja.¹⁷ Prema funkcionalnom pojmu ispitivanja (*Funktionallen Vernehmungsbegriff*), to je radnja koju može obavljati samo tijelo vlasti koje je kao takvo službeno predstavljeno okrivljeniku. Radnja ispitivanja smatra se djelovanjem koje se poduzima u službenom svojstvu a ne kroz prikriveno istraživanje.¹⁸

Löwe/Rosenberg koriste se funkcionalnim pojmom ispitivanja,¹⁹ a sličan je pristup i kod formalnog pojma ispitivanja (*Formeller Vernehmungsbegriff*), prema kojem je o ispitivanju riječ samo kada istražitelj traži okrivljenika obavijesti u formalnoj radnji o kojoj je okrivljenik jasno upoznat. Opravdanost takvog tumačenja poduprta je u njemačkom povijesnom razvoju od donošenja zakonskog uređenja 1877. godine kojim je napravljen otklon od inkvizitornog postupka pa je ispitivanje posebno uređena sudbena radnja. Iz toga bi proizlazilo da nije potrebno davati upozorenja osumnjičeniku tijekom prikrivenog djelovanja.²⁰

Neki kritičari drugačije označavaju prikriveno razgovaranje kao utjecaj vlasti kojim se potiče samookrivljavanje u zabludi.²¹ Pojedini njemački autori

¹⁵ Jackson, John D.; Summers, Sarah J., *The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012., str. 149., 181. i dalje

¹⁶ Schroeder, Friedrich-Christian, *Strafprozeßrecht*, Beck, München, 2001., str. 245.; *Verrel, Torsten*, Nemo tenetur - Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, br. 8/1997., str. 363.

¹⁷ Ellbogen, Klaus, *Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip*, *Kriminalistik*, vol. 60., br. 8-9/2006., str. 545.

¹⁸ *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 2008., § 136a Verbotene Vernehmungsmethoden, t. 6.

¹⁹ *Erb, Volker i dr. (ur.)*, Löwe-Rosenberg - Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, knj. 4. (§§ 112-150), De Gruyter, Berlin, 2007., str. 539.

²⁰ *Roxin, Claus*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, br. 10/1995., str. 465.

²¹ "Staatlich veranlaßte irrtumsbedingte Selbstbelastung"

prigovaraju da je riječ o iskorištavanju povjerenja jer osumnjičenik ne smije biti obvezan sudjelovati u svojem okrivljavanju niti ga se smije promatrati kao objekt kaznenog postupka. Prema prevladavajućim gledištima, ustavna zaštita ne djeluje na neželjena samookrivljavanja.²² Iako su neki smatrali da je samo sporno je li prikriveni istražitelj započeo s razgovorom, neki smatraju prikrivenog istražitelja po naravi stvari oslobođenog pridržavanja pravila o ispitivanju, poput *Meyer/Goßner*.²³ Odredbe o posebnim mjerama istraživanja donesene su kasnije od odredaba o ispitivanju te neki smatraju da ih time stavljaju izvan snage u dijelovima koji se preklapaju.²⁴ *Roxin* pak smatra potrebnim primijeniti dokazne zabrane ako je priznanje osumnjičenika dobiveno prikrivenom radnjom jer bi trebao imati prigodu braniti se šutnjom. Smatra da nedopustivost mjere prije svega proizlazi iz zakonske neodređenosti takve mogućnosti razgovora s građanima jer je država za ispitivanje okrivljenika predvidjela samo otvoreni način postupanja.²⁵

2.2.2. Sudska praksa

Složenost problema u praksi pokazuje da je njemački Savezni vrhovni sud o tom pitanju mijenjao stajalište nakon prvotnog odbijanja dokazne uporabe podataka prikupljenih prikrivenim razgovorom. U starijoj odluci iz 1987. godine u predmetu *BGHSt 34, 362*²⁶ (tzv. *Zellengenossen-Fall*) sud je utvrdio da redarstvo nije smjelo zloupotrebjavati ovlasti radi obilaženja okrivljenikova prava na šutnju²⁷ te da su vlasti djelovale zabranjenim sredstvima na okrivljenika i utjecali na njegovu slobodu odlučivanja.²⁸ Iako je sud ocijenio da su se vlasti radi dobivanja iskaza koristile zabranjenim sredstvom, to nije utjecalo na uporabljivost proizašlih podataka te je svjedok kojeg se otkrilo iz razgovora mogao biti saslušan i na njegovu je iskazu bila utemeljena sudska odluka. Navedenom odlukom sudska je praksa dopustila korištenje prikrivenog istražitelja

²² *Ellbogen, Klaus*, (2006) str. 545.

²³ Prema: *König, Josef*, (1997) str. 180.

²⁴ *Ellbogen, Klaus*, (2006) str. 547.

²⁵ "Der Staat vom Beschuldigten Geständnisse nur auf dem Wege des § 136 erlangen darf; hier erfolgte Umgehung stellt einen Eingriff ohne gesetzliche Ermächtigungsgrundlage," *Roxin, Claus*, *Strafverfahrensrecht*, Beck, München, 1998., str. 204.

²⁶ *BGHSt 34, 362*; 5 StR 666/86 od 28. travnja 1987.

²⁷ "Darf nicht dazu mißbraucht werden, [...] von seinem Schweigerecht (§ 136 Abs. 1 Satz 2, § 163a Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 Satz 2, § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO) keinen Gebrauch zu machen."

²⁸ "Die Freiheit der Willensentschließung des Angeklagten durch unzulässigen Zwang beeinträchtigt"

u prostorijama u kojima se nalaze osobe kojima je oduzeta sloboda.²⁹ Osim ovog slučaja, sud je o sličnom pitanju odlučivao u slučajevima BGHSt 36, 335; BGHSt 40, 211; BGHSt 44, 129 i BGHSt 44, 138.³⁰ Neki navode i slučajeve BGHSt 39, 335 i BGHSt 40, 66 kao primjere nedopuštenog djelovanja.³¹ U slučaju BGHSt 31, 308, sud je utvrdio dokaznu zabranu razgovora koji je vodio prikriveni istražitelj s osumnjičenim, što je izveo iz načela pravne države jer nije bilo sudskog odobrenja.³² Pitanje je razmatrao i Ustavni sud u BVerfGE 34, 238 ili BVerfGE 106, 28.

Veliki senat Saveznog vrhovnog suda 1996. godine odlukom *BGHSt 42, 139*³³ dopustio je dokaznu uporabu izjava prikupljenih u prikrivenom razgovoru. U tom je predmetu redarstvo nagovorilo osumnjičenikovog poznanika da nazove osumnjičenog i pokuša prikupiti podatke o teškom razbojništvu za koje je ovaj bio osumnjičen. Sud koji je vodio postupak u prvom stupnju smatrao je da se izjavama osumnjičenika nije dopušteno koristiti, čemu se priklonilo i mjerodavno vijeće. Potom je zbog sporne situacije u istom predmetu odlučivao i Veliki senat³⁴ koji je promijenio odluku vijeća i utvrdio da ne postoji povreda zakonskih odredaba. Proširenje pojma ispitivanja na prikrivene istražitelje obuhvaćalo bi sve počiniteljeve izjave koje su izravno ili neizravno prikupila tijela kaznenog progona, što Veliki senat ne smatra prihvatljivim. U odnosu na zaobilaženje privilegija od samookrivljavanja, Senat je utvrdio da povlastica od samookrivljavanja pruža zaštitu od prisile, ali ne i zaštitu od okrivljenikove zablude,³⁵ te da pobude koje pokreću osumnjičenika na davanje obavijesti ne potpadaju pod pravnu zaštitu. Odluka je u skladu s mnogobrojnim teorijskim stajalištima da upozorenja o pravima po prirodi stvari nije potrebno davati u prikrivenom radu.³⁶

²⁹ *Schneider, Hartmut*, Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, br. 1/2001., str. 9.; *Mitsch, Wolfgang*, Strafprozessuale Beweisverbote im Spannungsfeld zwischen Jurisprudenz und realer Gefahr, *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 32/2008., str. 2299.

³⁰ *Schwaben, Sylvia*, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, br. 6/2002., bilj. 12.

³¹ *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 2008., § 136a Verbotene Vernehmungsmethoden, r. t. 6.

³² *Schroeder, Friedrich-Christian*, (2000) str. 81.

³³ BGHSt 42, 139; GSSt 1/96 od 13. svibnja 1996.

³⁴ *Roxin, Claus*, *Strafprozessrecht*, Beck, München, 1997., str. 66.

³⁵ "Gegenstand des Schutzes des nemo-tenetur-Grundsatzes ist die Freiheit von Zwang zur Aussage oder zur Mitwirkung am Strafverfahren. Die Freiheit von Irrtum fällt nicht in den Anwendungsbereich dieses Grundsatzes."

³⁶ *Julius, Karl Peter i dr.*, *Strafprozessordnung - Heidelberger Kommentar*, Müller, Heidelberg, 2009., str. 599.

2.2.3. Funkcionalni ekvivalent ispitivanja

Takav razvoj njemačke prakse poduprt je pravilom o funkcionalnom ekvivalentu ispitivanja (*funktionales Äquivalent*).³⁷ Njemačka sudska praksa utvrđuje je li riječ o opsežnom i intenzivnom djelovanju na prikupljanju izjava koje bi mogle predstavljati aktivnosti jednakovrijedne ispitivanju.³⁸ Prema sudskoj praksi, dokazna zabrana može se primijeniti ako bi prikriveni razgovori prelazili u ispitivanje okrivljenika.³⁹

Pojedini pisci navode da donošenje odluke o dokaznoj uporabi prikrivenog razgovora spada u najznačajnija područja njemačke sudske prakse u kaznenom postupovnom pravu u proteklih pola stoljeća,⁴⁰ a drugi ističu da je ovo područje izazvalo najjače odjeke u znanosti kaznenog procesnog prava.⁴¹ *Roxin* se ne slaže sa sudskom praksom i obrazloženjima o prihvaćanju takvog oblika djelovanja, već takvo djelovanje označava kao samookrivljavanje zbog obmane.⁴² Stajalište Velikog senata smatra preuskim, a takvo djelovanje dopustivim samo pod uvjetima namijenjenima ispitivanju okrivljenika.⁴³

Ako se osoba branila šutnjom na formalnom ispitivanju, provođenje prikrivenog istraživanja moglo bi potpadati pod dokazne zabrane. U novijoj sudskoj praksi (tzv. *Slučaj Pascal*)⁴⁴ nezakonitom je bila proglašena uporaba prikrivenog istražitelja za prikupljanje obavijesti nakon obrane šutnjom, ali zato što je sud utvrdio da je razgovor po karakteru bio funkcionalni ekvivalent običnom ispitivanju.⁴⁵ Slučaj se odnosi na trostruko ubojstvo gušenjem vlastite djece u doba između 2 mjeseca i 20 mjeseci u razdoblju od 2001. do 2004. godine. Prikriveni istražitelj uspio je 2006. godine doći do priznanja osumnjičene, ali je tijekom prikrivenog razgovora ostvarivao velik pritisak da bi došao do korisnih podataka.

³⁷ *Mosbacher, Andreas*, Aktuelles Strafprozessrecht, Juristische Schulung, br. 8/2009., str. 699. i dalje, bilj. 24.

³⁸ "Funktionales Äquivalent einer staatlichen Vernehmung" iz odluke BGH, NJW 2007, 3138, 3141, prema: *Mitsch, Wolfgang*, (2008) str. 2300.

³⁹ "Besondere Aktualität hat in den letzten Jahren die Frage erlangt, ob der Einsatz der sogenannten Hörfälle als Umgehung der §§ 136, 137." *Roxin, Claus* (1998), str. 186.

⁴⁰ *Meurer, Dieter*, Dogmatik und Pragmatismus - Marksteine der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, Neue Juristische Wochenschrift, br. 40/2000., str. 2941., bilj. 68.

⁴¹ *Mitsch, Wolfgang* (2008), str. 2299.

⁴² *Roxin, Claus*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 10/1995., str. 467.

⁴³ *Roxin, Claus*, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 1/1997., str. 18.-21.

⁴⁴ BGH, 4 StR 296/08 od 27. siječnja 2009.

⁴⁵ Rechtsprechung: Verbotene Aussagegewinnung durch Einsatz eines verdeckten Ermittlers, Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, br. 8/2009., str. 248.

2.3. Sjedinjene Američke Države

Osnovna prava okrivljenika u radnji ispitivanja u američkom pravu postavljena su poznatom odlukom *Miranda v. Arizona* 384 U.S. 436 (1966) prema kojoj osobi kojoj se ograničava sloboda treba obavijestiti o pravu na šutnju, o mogućnosti korištenja izjava za dokazivanje i o mogućnostima da ima branitelja. Mnoge države koristile su se tim pravilima kao uzorom u uređenju. Svrha donošenja *Mirande* bilo je omogućavanje zaštite (manjinskih) okrivljenika u okružju u kojem redarstvenici mogu primijeniti neprikladne načine ispitivanja i time ih navesti na samookrivljavanje. Djelovanje se isključuje u drugačijim oblicima razgovora u kojima nema ugrožavajućih okolnosti, odnosno kada okrivljenik ne zna da vodi razgovor sa službenikom vlasti.⁴⁶

Prikriveni razgovori prihvaćaju se za dokazivanje i ne smatraju se obilježjem ustavnih odredaba o ispitivanju jer kad osumnjičenic razgovara s prikrivenim istražiteljem, iznosi činjenice na jednak način kao da razgovara s drugim građanima.⁴⁷ Ključni presedan o ovom pitanju je *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966) o prikrivenom razgovoru s osumnjičenicima o podmićivanju porotnika. Sud je samo utvrdio da je razgovor bio potpuno dragovoljan te da pouzdanje u povjerenje da osoba kojoj se nešto kaže neće to iznijeti u kaznenom postupku ne potpada pod ustavnu zaštitu okrivljenika.⁴⁸

U nizu slučajeva nakon 1980-ih razgovor je promatran kroz osumnjičenicov dojam radnje.⁴⁹ *Slobogin* uspoređuje obmanu u prikrivenom razgovoru s mnogobrojnim drugim obmanama tijekom ispitivanja koje prema američkom pravu nisu utjecale na dopustivost prikupljenih iskaza.⁵⁰ U presedanu *Illinois v. Perkins*, 496 U.S. 292 (1990) redarstvo je osuđenika koji je izdržavao kaznu zbog drugog kaznenog djela sumnjičilo za ubojstvo. U zatvoreničku sobu postavljen mu je prikriveni istražitelj koji je glumio da želi pobjeći iz zatvora, za što je predložio nabavu oružja i kao provjeru upitao osumnjičenog je li koga već "sredio", na što je ovaj opisao prije počinjeno ubojstvo. Sud je potvrdio nepotrebnost primjene pravila o ispitivanju na takve situacije jer *Miranda* ne pruža zaštitu osumnjičeniku od iskazivanja pred osobama za koje ne zna da

⁴⁶ *Graham, Lilly*, An Introduction to the Law of Evidence, West Publishing, St. Paul, 1996., str. 510.

⁴⁷ *Cleary, Edward* (gl. ur.), McCormick on Evidence, West Publishing, St. Paul, 1984., str. 537.

⁴⁸ "...He relied, not on the security of the hotel room, but on his misplaced confidence that Partin would not reveal his wrongdoing."

⁴⁹ *Stuntz, William J.*, The Substantive Origins of Criminal Procedure, Yale Law Journal, vol. 105., god. 1995., str. 443. i bilj. 219.

⁵⁰ *Slobogin, Christopher*, An Empirically Based Comparison of American and European Regulatory Approaches to Police Investigation, Michigan Journal of International Law, vol. 22., god. 2001., str. 441.

su službenici vlasti.⁵¹ Procesno pravo ne može podržavati osumnjičenikova očekivanja da svjedoci neće prijaviti policiji korisne podatke. Mogućnost svjedočenja sugovornika podrazumijeva se kao počiniteljev rizik. Upozorenja o pravima pružaju zaštitu samo kad se osumnjičeni može osjećati obveznim odgovarati službenicima vlasti zbog straha od posljedica, što u prikrivenom razgovoru ne postoji.⁵² Za procjenu dopustivosti dokaza promatra se je li prikriveni istražitelj primjenjivao sredstva poput sile ili prijetnje.⁵³

Za dokaznu vrijednost prikrivenog razgovora nije bitna prethodna obrana šutnjom. Prema odluci *Arizona v. Mauro* 481 U.S. 520 (1987), o slučaju osumnjičenice za ubojstvo sina koja se na ispitivanju branila šutnjom i tražila odvjetnika, to nije bitno za druge oblike usmenog davanja istih podataka. Prema *Maine v. Moulton*, 474 U.S. 159 (1985), prikriveni istražitelj ne može razgovarati s osumnjičenim samo ako se postupak za to kazneno djelo nalazi u stadiju nakon podizanja optužnice. U predmetu *Massiah v. United States* 377 U.S. 201 (1964) osumnjičeni je rekao korisne podatke prikrivenom istražitelju bez ikakvog pritiska, ali je to bilo nakon formalnog početka kaznenog postupka.⁵⁴

2.4. Engleska

Prema engleskoj sudskoj praksi, ako tijekom prikrivenog istraživanja službenik bude u prigodi razgovarati s osobama ili slušati njihov razgovor, prikupljene izjave imaju dokazni položaj. Nisu zastupana stajališta da bi u takvim slučajevima trebalo nazočne osobe upoznati o njihovim pravima kao da su na formalnom ispitivanju. Sud je u poznatoj odluci *R v. Christou* [1992] 4 All ER 559 istaknuo da kad redarstvenik prikrije službeno svojstvo, razgovor se s osumnjičenikom provodi na izjednačenoj razini bez pritiska ili zastrašivanja, pa se ne primjenjuju ni pravila iz ispitivanja. Pravila o ispitivanju namijenjena su zaštititi osumnjičenika koji su ranjivi na pritiske, a ne kada je osumnjičenik na istoj razini.⁵⁵

U predmetu *R v. Bryce* [1992] 95 Cr.App.R 320 razmatrana je dopustivost uporabe podataka koje je prikupio prikriveni istražitelj tijekom razgovora s

⁵¹ “Miranda was not meant to protect suspects from boasting about their criminal activities in front of persons whom they believe to be their cellmates.”

⁵² *LaFave, Wayne R. i dr.*, Criminal procedure, Thomson West, St. Paul, 2009., str. 387.

⁵³ *Hoffa v. United States*, 385 U.S. 293 (1966).

⁵⁴ *Stuntz, William J.* (1995), str. 440.

⁵⁵ *Mirfield, Peter*, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 149.

osumnjičenim.⁵⁶ Prikriveni istražitelj nazvao je osumnjičenog i predstavio se kao možebitni kupac te su kratko razgovarali o vozilu koje je osumnjičeni prodao za cijenu deset puta manju od tržišne. Istražitelj ga je pitao koliko je vozilo “vruće”, a osumnjičeni je rekao da je nekoliko dana prošlo od krađe. Sud je zaključio da radnja nije izvedena radi zaobilaženja odredbi o ispitivanju,⁵⁷ već je razgovor bio jednak kao što bi i inače osobe razgovarale u takvoj situaciji.⁵⁸ *Mirfield* ipak prigovara da nisu na istoj razini policajac i počinitelj ako policija zna za određeno kazneno djelo i to iskorištava za prikupljanje podataka.⁵⁹

U mnogim odlukama engleski sudovi prihvaćali su podatke prikupljene prikrivenim razgovorom. Sud je, primjerice, naglasio da se redarstvenim vlastima ne mogu vezivati ruke i onda tražiti borbu s protivnikom.⁶⁰ U predmetu *R v. Cain [1996] EWCA Crim 916* tijekom prikrivenog istraživanja krijumčarenja droge osumnjičenik je priznao počinjenje ubojstva. Sud je utvrdio da je u takvom slučaju samo utvrđena vjerodostojnost onoga što inače može iskazivati svjedok koji je bio nazočan razgovoru.⁶¹ Odluka suda u predmetu *R v. Hallsworth [1998] EWCA Crim 1185* odnosi se na slučaj razbojništva kojim je oduzet nakit višemilijunske vrijednosti. Sud je utvrdio da prikrivenim razgovorom nije obavljeno ispitivanje niti je bilo potrebno primjenjivati odredbe iz te radnje, već je provedeni oblik prikrivenog istraživanja dokazno dopustiv.⁶²

Ako se prikriveni razgovor provodi nakon formalnog ispitivanja u kojem je osumnjičeni odbio iskazivati koristeći se svojim pravima, također je dopuštena uporaba podataka prikupljenih prikrivenim istraživanjem.⁶³ Na dopustivost dokaza nema utjecaja ako je osumnjičeni odabrao obranu šutnjom, a potom je redarstvo uredilo prikriveni događaj u kojem će možda dati samookrivljujuće podatke.⁶⁴

⁵⁶ *Padfield, Nicola*, Text and Materials on the Criminal Justice Process, Butterworths, London, 1995., str. 265.

⁵⁷ *R v Bryce [1992] 95 Cr App Rep 320*.

⁵⁸ *Tapper, Colin*, Cross and Tapper on Evidence, Butterworths, London, 1999., str. 508.

⁵⁹ *Mirfield, Peter*, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 150.

⁶⁰ *Sharpe, Sybil*, Judicial discretion and criminal investigation, Sweet and Maxwell, London, 1998., str. 188.

⁶¹ “But, as we have indicated, essentially what they were seeking to do in our view was to obtain confirmation to establish the credit of the witness Baum.” *R v. Cain [1996] EWCA Crim 916*.

⁶² “In this case, as we have held, what took place was not an interview.” *R v. Steven Hallsworth [1998] EWCA Crim 1185*

⁶³ *Sharpe, Sybil* (1998). str. 187.

⁶⁴ *Tapper, Colin* (1999). str. 505.

2.5. Australija

Dopustivost podataka prikupljenih u razgovoru prikrivenog istražitelja u Australiji je uređeno poznatom odlukom kojom se za rješavanje pitanja u ovom području koristio i ESLJP. Odluka *R v Swaffield, Pavic v The Queen [1998] HCA 1* obuhvaća dva odvojena slučaja s problemom prikrivenog razgovaranja nakon prethodne obrane šutnjom u formalnom ispitivanju. Slučaj *Pavic* odnosi se na osumnjičenika za ubojstvo koji se na ispitivanju branio šutnjom. Blizu mjesta događaja naknadno je pronađena odjeća s tragovima i potom su od vlasnika odjeće istražitelji doznali da je tu odjeću posudio osumnjičenom. U prikrivenom razgovoru provedenom uz snimanje osumnjičeni je dao okrivljujuće obavijesti koje su potom korištene za dokazivanje. Predsjednik Saveznog vrhovnog suda Australije glavni sudac *Brennan* u odluci je zaključio da je istraživano teško kazneno djelo i prikriveni je način istraživanja bio potpuno legitiman.⁶⁵ Naglasio je da otkrivanje počinitelja kaznenog djela nije igra koju uređuje *fair-play* i stoga pravičnost prema osumnjičenom ne znači davati mu priliku za izbjegavanje zakonskih posljedica.

Vrlo je sličan *Swaffieldov* slučaj koji se jedino razlikuje po težini kaznenog djela – odnosi se na osumnjičenika za podmetanje požara. Dvije godine kasnije isti je okrivljenik sudjelovao u trgovini drogom u čije je istraživanje bio uključen i prikriveni istražitelj. Osumnjičenog je pitao o tom ranijem događaju i ovaj mu je priznao počinjenje. Za slučaj *Swaffield* glavni sudac *Brennan* zaključuje da nije bilo ničeg nepravilnog u postupanju prikrivenog istražitelja u vezi s istraživanjem zloporabe droga, ali je prekoračio okvire i namjerno je tražio obavijesti o ranijem lakšem kaznenom djelu za koje je osumnjičeni odbio iskazivati. Takav zaključak bio je pod utjecajem lakšeg kaznenog djela.

3. RAZVOJ UREĐENJA U HRVATSKOM PRAVU

3.1. Zakonsko uređenje nakon ZKP/97

Prema početnom zakonskom uređenju, u okviru posebnih izvida u ZKP/97⁶⁶ nije bilo izričitih normi o dokaznom položaju podataka prikupljenih razgovorom s prikrivenim istražiteljem, kao ni o mogućnostima svjedočenja istražitelja, već je tumačenje ovisilo o sudskoj praksi. Prema sudskim stajalištima, razgovor u kojem je sudjelovao prikriveni istražitelj najčešće se poistovjećivao s

⁶⁵ “A serious crime had been committed and the means adopted for its solution and for the securing of evidence against the prime suspect were quite legitimate.”

⁶⁶ Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine br. 110/97, 27/98, 58/99, 112/99, 58/02, 143/02, 115/06.

obavijesnim razgovorom (čl. 177. st. 2. ZKP/97),⁶⁷ što je značilo da se sadržaj nije mogao dokazivati niti da je istražitelj ili neki drugi sudionik mogao o njemu svjedočiti. Odredbama ZIDZKP/02⁶⁸ uveden je čl. 180.a koji je propisivao nedopustivost iskazivanja prikrivenog istražitelja o sadržaju razgovora s osumnjičenikom. *Krapac* je isticao da prikriveni istražitelji mogu svjedočiti o činjenicama koje su sami zapazili, a s obzirom na to da redarstvenim vlastima nije dopušteno ispitivati okrivljenika s dokaznim učinkom, “ono što su prikriveni istražitelji kao policijski djelatnici saznali od građana ne može se pravno, niti posredno, u obliku svjedočkog iskaza jednog takvog prikrivenog istražitelja, unositi u dokazni materijal”.⁶⁹

Brojna gledišta temeljila su se na izjednačavanju prikrivenog razgovaranja s nekim izvidnim radnjama. Nedopustivost dokaznog korištenja izjava iz prikrivenog razgovora neki su obrazlagali time što policijski službenik “ne obavlja ispitivanja prema formama koje propisuje ZKP i stoga sve ono što je od građana saznao i dalje ostaju neformalne obavijesti koje se ne smiju unositi na taj zaobilazni način”.⁷⁰ *Pavišić* je smatrao da se glede sadržaja razgovora prikrivenog istražitelja primjenjuju ista pravila kao i za opće izvide.⁷¹ Provođenje prikrivenog razgovora nije bilo zabranjeno u provedbi, nego samo za dokazivanje, a prikupljene neformalne obavijesti mogle su se koristiti za otkrivačke ciljeve.⁷² Ponekad je sudska praksa poistovjećivala razgovor u kojem je sudjelovao prikriveni istražitelj s formaliziranom radnjom ispitivanja osumnjičenika (čl. 177. st. 5. ZKP/97) provedenom bez potrebnih upozorenja i nazočnosti branitelja.⁷³ Osim takvih obrazloženja usmjerenih na sličnosti s drugim radnjama, neki su pogledi bili usmjereni i na vjerodostojnost istražitelja, smatrajući da ako bi prikriveni istražitelj svjedočio o razgovoru, bio bi svjedok po čuvenju koji se općenito ne smatra pouzdanim.⁷⁴

⁶⁷ VSRH, I Kž-777/01-3 od 8. studenoga 2001.; VSRH, I Kž-316/02-3 od 23. travnja 2002. VSRH, I Kž-595/02-9 od 23. siječnja 2003.

⁶⁸ Zakon o izmjenama i dopunama Zakona o kaznenom postupku, Narodne novine br. 58/02.

⁶⁹ *Krapac, Davor*, Kazneno procesno pravo - Institucije, Narodne novine, 2003., str. 257.

⁷⁰ *Krapac, Davor*, Posebne mjere i radnje za otkrivanje i suzbijanje kaznenih djela organiziranog kriminaliteta u novom ZKP, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4., br. 2/1997., str. 417.

⁷¹ *Pavišić, Berislav*, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Naklada, Zadar, 2007., str. 254.

⁷² “Državni odvjetnik smatra da takav razgovor nema karakter prikupljanja obavijesti iz čl. 177. do 179. ZKP te ističe da u djelovanju prikrivenog istražitelja nema protupravnosti, što osumnjičeniku nije i ne treba biti poznato, zbog čega nadalje smatra da iskaz prikrivenog istražitelja u svojstvu svjedoka o sadržaju tog razgovora nije dokaz pribavljen povredom odredaba kaznenog postupka.” VSRH, I Kž-777/01-3 od 8. studenoga 2001.

⁷³ VSRH, Kzz 2/04-2 od 17. kolovoza 2004.

⁷⁴ *Krapac, Davor*, Kazneno procesno pravo - Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2007., str. 293.

Međutim, odredba čl. 180.a koja je uvedena 2002. godine odnosi se samo na zabranu korištenja istražitelja kao izvora dokaza, ali ne i na ograničavanje dokazivanja sadržaja razgovora iz drugih izvora. Tumačenjem odredbe može se doći do zaključka da zakonodavac dopušta dokazivanje sadržaja razgovora jer ograničava samo neke izvore. Uz prikrivenog istražitelja mogla je biti primijenjena mjera tehničkog nadzora i snimanja.⁷⁵ Sudska praksa je dopuštala korištenje snimki razgovora, ali nije bilo dopušteno koristiti iskaz prikrivenog istražitelja.⁷⁶ U tom smislu pojavile su se neke dvojbe s obzirom na prethodno prikazana teorijska gledišta da je razgovor prikrivenog istražitelja jednak obavijesnom razgovoru (odnosno ispitivanju bez branitelja), jer onda niti snimka takvog razgovora ne bi mogla biti korištena za dokazivanje, kao što su odavno izdvajane “tehničke snimke neformalnih iskaza osoba”.⁷⁷

Osim korištenja snimki, u prikrivenom razgovoru možda su sudjelovale i druge osobe koje bi mogle biti izvori dokaza. Prema zakonskom tekstu u čl. 180.a zabrana je bila izričito usmjerena samo na svjedočenje prikrivenog istražitelja, ali ne i na svjedočenje drugih osoba koje su sudjelovale u istom razgovoru, primjerice na sudionike razgovora koji su višestruki počinitelji kaznenih djela. Da je u hipotetičkom slučaju u razgovoru o teškom kaznenom djelu sudjelovalo više osoba, jedino prikriveni istražitelj ne bi mogao svjedočiti o sadržaju tog razgovora, a kao pokajnici mogli su svjedočiti sudionici. Jednako tome o razgovoru su mogle svjedočiti i druge osobe koje su, primjerice, prije počinile najteža kaznena djela ili pripremaju neka druga teška kaznena djela, što je dovodilo do pitanja o procjeni vjerodostojnosti koju zakonodavac daje službenicima vlasti u usporedbi s višestrukim počiniteljima. Pretpostavimo da je jedan od sugovornika bio bivši prikriveni istražitelj koji je udaljen iz službe zbog prisvajanja novca tijekom neke ranije prikrivene akcije (primjer iz strane kriminalističke prakse). On je hipotetički mogao svjedočiti o sadržaju razgovora, a zakoniti prikriveni istražitelj nije mogao. Kao posljedica takvog stanja u našoj se praksi predlagalo saslušavanje drugih osoba koje su bile nazočne razgovoru u kojem je sudjelovao i prikriveni istražitelj.⁷⁸ Isto pitanje postavljalo se i kod građana od kojih su neki službenici tražili mito. Ako su se takvi građani obratili istražnim tijelima i potom u okviru posebne izvidne radnje simulirano dali mito u svojstvu pouzdanika, tada po sudskom tumačenju također nisu

⁷⁵ *Ljubanović, Vladimir*, Kazneno procesno pravo, Pravni fakultet, Osijek, 2002., str. 206.; *Tomašević, Goran*, Kazneno procesno pravo, Pravni fakultet, Split, 1998., str. 160.

⁷⁶ “Bez obzira što zakon dopušta korištenje kao zakonitog dokaza eventualno snimljenih audio zapisa koje su same te osobe učinile u skladu s nalogom istražnog suca o provođenju mjera iz čl. 180.” VSRH, I Kž-529/04-3 od 24. lipnja 2004.

⁷⁷ *Bayer, Vladimir*, Kazneno procesno pravo: Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava, (priredio *Krapac, Davor*), MUP, Zagreb, 1995., str. 361.

⁷⁸ “Žalitelj... predlaže da se kao svjedok saslušaju D. B. i navodi da je upravo on bio nazočan prvom sastanku s prikrivenim istražiteljem.” VSRH, I Kž-1103/07-8 od 27. veljače 2008.

mogli iskazivati o sadržaju razgovora. Da su sami nezakonito postupali i dali mito, o tome bi mogli iskazivati.

To je dovelo do nepovoljnog dojma o ulozi prikrivenih policijskih službenika u dokazivanju, osobito uvažavajući sudsku praksu o neprikrivenim službenicima kojima je sud ponekad dopuštao svjedočenje.⁷⁹ Sudska praksa u raznim je slučajevima označila prihvatljivim dokazno korištenje sadržaja razgovora u kojima su obični policijski službenici bili slučajni svjedoci.⁸⁰ Usporedbom s običnim radnjama proizlazi da je dokazna uloga radnje prikrivenog istražitelja bila u nekim područjima uža čak i od običnog djelovanja pozornika kojemu ipak nije osnovni cilj istraživati najteža kaznena djela. Razlikovanje na osnovi dokaznih izvora upućivalo bi na to da je zakonodavcu bilo sporno pitanje pouzdanosti izvora te se nije dopuštalo svjedočiti istražitelju jer je možda nevjerodostojan.⁸¹

3.2. Promjene u zakonskom uređenju nakon 2005. godine

Ograničenje korištenja iskaza prikrivenog istražitelja ublaženo je izmjenama ZUSKOK-a iz 2005. godine,⁸² uvođenjem čl. 42.b prema kojem se prikriveni istražitelj mogao ispitati o sadržaju razgovora koji je vodio s osobama prema kojima je određena posebna izvidna radnja ili koje su sudionici kaznenog djela. U obrazloženju tih zakonskih promjena bila je naglašena potreba poštovanja postulata pravičnog postupka prema sudovanju ESLJP-a,⁸³ odno-

⁷⁹ Neki primjeri su razgovor s osumnjičenikom i njegovom suprugom izvan policijske postaje ili izjava osumnjičenika koji u lokalnu odgovara na upit policijskog službenika. *Karas, Željko*, Sudska praksa o postupanju redarstvenih vlasti, Policija i sigurnost, vol. 18., br. 1/2009., str. 93.

⁸⁰ "U potonjem slučaju svjedok D. A., iako djelatnik redarstvenih vlasti koji je vršio izvidnu radnju, našao bi se stjecajem okolnosti i privremeno, dok traje prekid, u svojstvu presumptivnog svjedoka, kao i svaki drugi građanin koji bi taj razgovor eventualno čuo." VSRH, I KŽ-767/04-3 od 1. rujna 2004.

⁸¹ "U pravu je optuženi G. kada tvrdi da osobe koje su provodile posebne izvidne mjere iz čl. 180. a/ Zakona o kaznenom postupku mogu biti ispitane kao svjedoci samo o tijeku provođenja tih mjera, a ne i o sadržaju razgovora koje su vodile sa u to vrijeme osumnjičenicima, bez obzira na to što zakon dopušta korištenje kao zakonitog dokaza eventualno snimljenih audio zapisa koje su same te osobe učinile u skladu s nalogom istražnog suca o provođenju mjera iz čl. 180. Zakona o kaznenom postupku." VSRH, I KŽ-529/04-3 od 24. lipnja 2004.

⁸² Narodne novine, br. 33/2005. od 14. ožujka 2005.

⁸³ "Radna skupina je na prijedlog ravnatelja USKOK-a predvidjela novi članak 42.b. U njemu se dopušta ispitivanje prikrivenih istražitelja kao svjedoka o sadržaju njihovih razgovora s osobama obuhvaćenim mjerama iz članka 180. stavka 1. točaka 4. i 5. Zakona o kaznenom postupku i članka 42. Zakona o USKOK-u, ali u ograničenoj mjeri i uz poštovanje postulata 'pravičnog postupka' određenih u judikaturni Europskog suda za ljudska prava." Konačni prijed-

sno ako se dopušta ispitivanje prikrivenih istražitelja, moraju se poštovati i procesne garancije koje postavlja ESLJP. Uvjet za svjedočenje o razgovoru jest da postoji bojazan da te osobe zbog pravnih ili stvarnih razloga neće iskazivati. U zakonskom obrazloženju navedeno je i da je u čl. 42.b. ZUSKOK-a riječ o iznimci od uređenja ispitivanja.⁸⁴ Pavišić je za mogućnost proširenja dokazne uporabe iskaza prikrivenog istražitelja istaknuo da je “iz niza razloga vrlo dvojben i ukazuje na trajnu težnju proširivanja ovlasti kojom se nastoje kompenzirati slabosti i propusti u provedbi postojećih mjera”.⁸⁵

Proširivanje dokaznih mogućnosti prikrivenog istražitelja na razine kakvima se koristi većina poredbenih pravnih sustava ostvareno je u novom ZKP/08. U čl. 333. st. 2. propisano je da prikriveni istražitelj može svjedočiti o sadržaju razgovora koji je vodio s osobama prema kojima je određena mjera ili njihovim sudionicima, pri čemu to ne može biti jedini dokaz za presudu. Okolnosti za razlučivanje je li riječ o običnom razgovoru ili o ekvivalentu ispitivanja trebale bi biti razvijene u sudskoj praksi, slično kao u poredbenim sustavima. Kos je prije isticao promatranje intenziteta razgovora navodeći da se može koristiti nejavni razgovor, ali da pritom treba razlikovati odgovore građana na postavljena pitanja od ostalih sadržaja.⁸⁶ Zakonsko dopuštenje u ZKP/08 ne može se odnositi na razgovor koji bi po intenzitetu bio funkcionalni ekvivalent pravom ispitivanju okrivljenika, nego samo o razgovoru koji bi bio na razini dragovoljnog razgovaranja između počinitelja. Drugačije bi bilo protivno judikaturi ESLJP-a i predstavljalo bi povredu konvencijskog prava.

4. NEKA TEORIJSKA GLEDIŠTA O ZAŠTITI OD SAMOOKRIVLJAVANJA

4.1. Svrha jamstava u zaštiti od ugrožavajućih okolnosti

Da bi se odgovorilo na pitanje koji oblici razgovaranja moraju spadati pod primjenu jamstava kakva postoje u radnji ispitivanja okrivljenika, ključno je

log Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2005., str. 29.

⁸⁴ “Riječ je o značajnoj iznimci od pravnog režima ispitivanja građana od strane redarstvene vlasti određenog Zakonom o kaznenom postupku. Stoga novi propis sadrži ograničenja takvog ispitivanja, kao što su formalne pretpostavke za poduzimanje ove radnje i njezinu valjanost.” Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2005., str. 29.

⁸⁵ Pavišić, *Berislav*, Komentar Zakona o kaznenom postupku, Žagar, Rijeka, 2005., str. 255.

⁸⁶ Kos, *Damir*; Tripalo, *Dražan*, Komentar Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Narodne novine, Zagreb, 2001., str. 59.

definiranje granica zaštite od samookrivljavanja. Povlastica od samookrivljavanja osnovni je razlog za postavljanje posebnih jamstava poput upozorenja o pravima u radnji ispitivanja okrivljenika.⁸⁷ Iako je riječ o pravilima koja imaju dugačku tradiciju, granice primjene ipak nisu jednoznačno riješene, kao što ističe *Redmayne* da se sudovi bore s obrazloženjima da bi pojasnili značenje.⁸⁸ *Damaška* navodi da je riječ o neodređenom pojmu koji je apostrofirani kardinalnom važnošću u kaznenom postupku.⁸⁹ *Trechsel* smatra začuđujućim da o ovom pitanju nedostaju intenzivnije znanstvene rasprave.⁹⁰

Jedno od poimanja privilegija od samookrivljavanja temelji se na gledištu da jamstva postoje radi zaštite građana od ugrožavajućih okolnosti te da upozorenja o pravima i druga jamstva nisu potrebna kad nema ugrožavajućih okolnosti. *Archbold* naglašava usmjerenost pravila iz ispitivanja na zaštitu ugroženog osumnjičenika pred tijelima vlasti koja se koriste pritiskom. Takve ugrožavajuće okolnosti izostaju pri razgovaranju kad osumnjičenik i ne zna za prikrivenog istražitelja.⁹¹ Upozorenja o pravima prikriveni istražitelj ne treba davati jer ne postoji okružje kao na pravom ispitivanju u službenim prostorijama,⁹² odnosno nije riječ o situaciji kao na službenom razgovoru.⁹³ Prema ovom pristupu ne izjednačuju se svi oblici govorne komunikacije istražitelja i osumnjičenika, već ih je moguće stupnjevati po intenzitetu djelovanja istražitelja i drugim okolnostima.

U običnom razgovoru s prikrivenim istražiteljem osumnjičenik nema dojam da ga vodi sa službenikom tijela vlasti, nema osjećaj podređenosti ni obveze odgovaranja. Uklonjen je dojam koji inače može opterećivati slobodu izbora jer su u prikrivenom razgovoru bitno drugačije okolnosti poput pristanka na razgovor, odabira sadržaja o kojem će se razgovarati ili opsežnosti odgovaranja. Prikriveno razgovaranje ne dovodi u nelagodu niti plaši osobu, a malen je rizik za nedužne osobe.⁹⁴ Države koje dopuštaju dokaznu uporabu opravdavaju se da u prikrivenom razgovoru ne postoji nadanje o pogodnostima

⁸⁷ *Krapac, Davor*, Kazneno procesno pravo - Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2010., str. 216.

⁸⁸ *Redmayne, Mike*, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 27., br. 2/2007., str. 209.-232.

⁸⁹ *Damaška, Mirjan*, Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija, Pravni fakultet, Zagreb, 2001., str. 55.

⁹⁰ *Trechsel, Stefan*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2005., str. 352.

⁹¹ "Conversation was on equal terms. No caution was necessary." *Archbold, John F.*, Criminal Pleading, Evidence and Practice, Sweet and Maxwell, London, 1997., str. 1478.

⁹² *Beulke, Werner*, Strafprozeßrecht, Müller, Heidelberg, 2000., str. 237.

⁹³ *LaFave, Wayne R. i dr.*, Criminal procedure, Thomson West, St. Paul, 2009., str. 406.

⁹⁴ *Alschuler, Albert W.*, Constraint and Confession, *Denver University Law Review*, vol. 74., god. 1997., bilj. 91.

ako će priznati počinjenje.⁹⁵ *Keane* smatra da su jamstva o pravu na šutnju i na branitelja namijenjena zaštiti osumnjičenika koji mogu biti izloženi pritiscima odnosno da bi se otklonile mogućnosti zlouporaba kad sugovornici nisu na izjednačenoj razini.⁹⁶ *Kamisar* ističe da je cilj upozorenja o pravima djelovanje na međudnose kojima je inherentan pritisak tijekom ispitivanja, što ne postoji u situacijama kada osumnjičenik misli da razgovara s drugim počiniteljem.⁹⁷ Obveza upozoravanja okrivljenika o pravima prema takvim se teorijama mora koristiti samo kod intenzivnijih oblika kao što je službeno ispitivanje, a ne i u prikrivenom djelovanju.⁹⁸

Mirfield tvrdi da kad osumnjičeniku nije poznat status prikrivenog istražitelja, bilo bi apsurdno automatski primjenjivati pravila iz radnje ispitivanja.⁹⁹ Nepostojanje ugrožavajućeg odnosa kao na formalnom ispitivanju dokazuje se većom otvorenošću osumnjičenika u iznošenju činjenica. To potvrđuje da uloga prikrivenog istražitelja smanjuje pritisak i strah kakav je inače prisutan na formalnom ispitivanju okrivljenika.¹⁰⁰ U odnosu na zakonske uvjete za poduzimanje, zaštita i jamstvo kod prikrivenih radnji na posebnoj su razini jer prije formalne radnje ispitivanja ne mora postojati posebna razina sumnje ni težina kaznenog djela. I prema judikaturi ESLJP-a cilj privilegija od samookrivljavanja je zaštita od neprikladnih postupaka tijela vlasti i ne primjenjuje se za svaku izjavu osumnjičenika te se u konvencijskoj judikaturi čak ni običan obavijesni razgovor kakav postoji u hrvatskom sustavu ne smatra protivnim pravičnosti postupka.¹⁰¹

Prema takvim pogledima, ne postoji zaštita od slučajnog samookrivljavanja. Ako počinitelj drugome počinitelju (prikrivenom istražitelju) kaže ono što može biti štetno za nj u kaznenom postupku, a ovaj potom prenese što je čuo, više ne ovisi o osumnjičeniku hoće li nešto biti korišteno za dokazivanje. Upozoravanje o pravu na šutnju nije potrebno jer osumnjičenik ima mogućnost

⁹⁵ *Gudjonsson, Gisli H.*, The psychology of interrogations and confessions, u: *Williamson, Tom* (ur.), *Investigative Interviewing*, Willan, Devon, 2006., str. 576.

⁹⁶ *Keane, Adrian*, *The Modern Law of Evidence*, Butterworths, London, 2000., str. 68.

⁹⁷ *Kamisar, Yale*, *Brewer v. Williams, Massiah and Miranda: What is "Interrogation"?* *When Does it Matter?*, *Georgia Law Journal*, vol. 67., god. 1978.

⁹⁸ *Vahle, Jürgen*, *Verdeckte Ermittlungen der Polizei zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr*, *Kriminalistik*, vol. 60., br. 10/2006., str. 641.

⁹⁹ *Mirfield, Peter*, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 149.

¹⁰⁰ *Stuntz, William J.*, *Miranda's Irrelevance: Miranda's Mistake*, *Michigan Law Review*, vol. 99., str. 980. i bilj. 16.

¹⁰¹ *Vanjak pr. Hrvatske*, br. 29889/04, 14. siječnja 2010., § 49; "right to silence and the privilege against incrimination are primarily designed to protect against improper compulsion", *Allan pr. Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 48539/99, 5. studenoga 2002., § 50.; "Their aim is to provide an accused person with protection against improper compulsion by the authorities and thus to avoid miscarriages of justice." *Bykov pr. Rusije*, br. 4378/02, 21. siječnja 2009., § 92.

izbora želi li razgovarati s drugom osobom budući da se istražitelj ne koristi službenim svojstvom pred kojim bi osumnjičenik mogao smatrati da mu je korisno surađivati. Dragovoljnost iskazivanja ne shvaća se kao potreba upoznavanja o pravu na šutnju ili o tome da se izjava može koristiti za dokazivanje, nego je dovoljan dragovoljan nastanak u smislu odsutnosti prisile od strane sugovornika. Počinitelji nemaju jamstvo da će se za dokazivanje koristiti samo one izjave prije kojih su bili izričito upozoreni da će to biti dokaz.

4.2. Svrha jamstava u zaštiti od nesvjesnog samookrivljavanja

U drugačijem teorijskom pristupu privilegij od samookrivljavanja shvaća se tako da osumnjičenik i u prikrivenom djelovanju mora biti upoznat o pravu na šutnju, da će njegove izjave biti korištene za dokazivanje i o drugim pravima. Prema takvim gledištima razgovor s prikrivenim istražiteljem potpada pod pravila o radnji ispitivanja jer osumnjičeniku nije poznato da ne mora razgovarati ili da je svrha razgovora dokazivanje u kaznenom postupku. Osobe ne bi trebale pridonositi izgradnji slučaja koji se vodi protiv njih, osim ako to same žele, kao svojevrsno načelo nepomaganja optužbi. Cilj je zaštite kod tog pristupa da okrivljenik ne postane objekt postupka nad kojim tijela vlasti provode istraživanje.¹⁰² Na prikriveni razgovor moraju se primjenjivati sva pravila kao i za radnju ispitivanja jer se nitko ne treba okrivljavati, a da to ne zna. Za dokazivanje bi se onda mogao koristiti jedino iskaz koji je svjesno dan za potrebe kaznenog postupka. Opravdanje je i da postoji opasnost da bi prikriveni istražitelji prekoračivali dopustive granice djelovanja ili da bi s činjenične strane zbog tajnosti djelovanja bilo vrlo teško utvrditi jesu li doista zakonito postupali jer su prikriveni razgovori izvan nadzora branitelja ili nekih drugih jamstava.¹⁰³ Zaštitne odredbe koje uređuju formalno ispitivanje okrivljenika ovdje imaju svrhu odvracanja od osumnjičenika i prebacivanje na druge izvore podataka.¹⁰⁴ Neki autori raspravljaju o posebnom pravu na slobodu od prikrivenih istražnih metoda,¹⁰⁵ koje bi obuhvaćalo načelnu zaštitu građana od tajnih djelovanja tijela vlasti.¹⁰⁶

¹⁰² Ellbogen, Klaus, Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip, Kriminalistik, vol. 60., br. 8-9/2006., str. 544.

¹⁰³ Stuntz, William J., Lawyers, Deception, and Evidence Gathering, Virginia Law Review, vol. 79., god. 1993., str. 1954.

¹⁰⁴ Stuntz, William J. (1993), str. 1943.

¹⁰⁵ V. literaturu u: Kudlich, Hans, Unzulässiger Einsatz eines Lockspitzels gegen einen Unverdächtigen, Juristische Schulung, br. 10/2000., bilj. 2

¹⁰⁶ Sampford, Charles J. G.; Galligan, Denis J. (ur.), Law, rights, and the welfare state, Croom Helm, London, 1986., str. 178.

Takve teorije imaju poteškoća u odgovorima na prigovore da kazneno postupno pravo ne štiti osumnjičenika od njegovih zabluda o dokazima. U kaznenom procesnom pravu nije nužno da počinitelj uvijek namjerno nešto govori s ciljem da izjava bude dokaz, niti ga o tome uvijek treba upozoriti. Pritom nema posebno značenje to je li slušatelj pripadnik tijela vlasti ili običan građanin jer policijski službenici ne bi trebali imati niži položaj od običnih građana. Kod propisivanja zakonskih jamstava za radnju prikrivenog istražitelja može se pretpostaviti da će tijekom radnje razgovarati s osumnjičenicima, pa razgovor ne predstavlja neki novi zahvat koji već nije obuhvaćen uvjetima radnje. Kada je razgovor namijenjen prikrivenom istražitelju, nije riječ o novom zahvatu. Upozorenje o pravu na šutnju ne bi imalo svrhu u prikrivenom djelovanju u kojem nema ugrožavajućih pritisaka jer počinitelj može slobodno birati kome će što govoriti. Kada se počinitelj hvali drugom počinitelju (prikrivenom istražitelju) o načinu na koji je počinio kazneno djelo ili mjestu gdje je sakrio dokaze, za dokaznu uporabljivost razgovora je nevažno kakve namjere sugovornik ima s tim izjavama. Slušanje razgovora se po utjecaju na samookrivljavanje uspoređuje s potajnim promatranjem počinitelja koji ne zna da ga netko promatra u kaznenom djelu,¹⁰⁷ a u širem smislu i sa, primjerice, pismima odnosno zaboravljenim pokukama u mobilnim uređajima koje je namjeravao izbrisati.

Kritike se temelje i na neprilagođenost jamstava za zaštitu od samookrivljavanja. Prikriveni istražitelj ne bi mogao niti hipotetički primijeniti jamstva iz radnje ispitivanja okrivljenika u proaktivnom djelovanju, jer kazneno djelo često još nije počinjeno. Upozorenja o pravima okrivljenika propisana su za istraživanje *post delicti*, ali kod proaktivnog postupanja prije nastanka kaznenog djela nejasno je kako bi osoba mogla biti upozorena ili kako se koristiti drugim zaštitnim formama jer su upozorenja namijenjena drugačijim istražnim situacijama s već prikupljenim dokazima (čl. 239. ZKP/08). Jamstva kod radnje ispitivanja djelomice imaju preventivni karakter i koriste se iako nema konkretnih naznaka o namjerama narušavanja okrivljenikovih prava, a kod radnje prikrivenog istražitelja onemogućila bi provođenje radnje i ne bi mogla imati preventivni učinak. Nadzor nad pravilnošću radnje može se ostvarivati drugim prikrivenim mjerama poput snimanja.

4.3. Privilegij od samookrivljavanja u nekim drugim posebnim dokaznim radnjama

Kod provedbe drugih vrsta prikrivenih mjera redarstvene vlasti ne moraju osumnjičenika upozoriti da ne mora sudjelovati u svojem okrivljavanju. Kad

¹⁰⁷ Eisenberg, Ulrich, Zur Unzulässigkeit optischer Ermittlungsmaßnahmen (Observation) betreffend eine Wohnung, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 12/2002., str. 638., bilj. 13.

se posebnim dokaznim radnjama tehničkog snimanja telefonskih razgovora ili prostorije obuhvaća osumnjičenikov razgovor, on također daje tijelima vlasti izjave protiv sebe, a da s tim nije prethodno upoznat. Takve snimke ipak se mogu koristiti za dokazivanje i ne govori se o obilaženju privilegija od samookrivljavanja. Uloga privilegija od samookrivljavanja razmatrala se sredinom 20. stoljeća s obzirom na radnje tehničkog nadzora telefonskih razgovora ili tehničkog nadzora prostorija jer je bio sporan odnos tako prikupljenih izjava i izjava na formalnom ispitivanju.¹⁰⁸ Za te radnje nije bila prihvaćena potreba posebne zaštite od potajno snimljenih izjava osumnjičenika.¹⁰⁹ *Damaška* je u to vrijeme isticao da povlastica od samookrivljavanja vrijedi “za verbalna izražavanja okrivljenika, i to pred organima postupka,” te da se ne proširuje na druge vrste pribavljanja dokaza u kojima je osumnjičenik izvor.¹¹⁰ Ako bi počinitelj kod svih posebnih dokaznih radnji imao pravnu zaštitu kojom bi mu prije nego što izjavljuje neke inkriminirajuće izjave trebalo posebno napomenuti da to ne mora raditi jer će time davati dokaze protiv sebe, pravni sustav nudio bi počinitelju velike mogućnosti prikrivanja.

Ako se povlastica od samookrivljavanja ne primjenjuje kod posebnih dokaznih radnji kojima se tajno snima razgovor, to više bi dokazni status trebale imati izjave iz razgovora s prikrivenim istražiteljem. Kada osumnjičenik nešto izgovori prikrivenom istražitelju, svjestan je da izjavu sluša osoba koja po prirodi stvari može nekome prenijeti sadržaj razgovora. Za razliku od takve situacije s nazočnim istražiteljem, posebne mjere tehničkog nadzora su nefleksibilne za izbor osumnjičenika hoće li pred nekim razgovarati, jer osumnjičenik tijekom njihova provođenja ne zna sluša li neki istražitelj njegove izjave niti je izabrao govoriti pred njim.¹¹¹ Neujednačeno bi bilo zabranjivati za dokazivanje nešto što je osumnjičenik pristao reći istražitelju kao sugovorniku, a dopušteno bi bilo ako i nije pristao reći istražitelju, nego ga on potajno snima iz udaljene prostorije.

Ta je dvojba uočljiva u situacijama istodobne primjene više posebnih dokaznih radnji. Ako osumnjičenik razgovora sa suradnicima pred prikrivenim istražiteljem, a potom nakon odlaska istražitelja nastavi razgovor jer je istražiteljev status bio na preniskoj razini da bi pred njim opisivao ozbiljnije poslove, neobično bi bilo stavljati ta dva razgovora na drugačiju dokaznu razinu. Pretpostavimo da pred prikrivenim istražiteljem nije opsežno govorio o

¹⁰⁸ Npr. *Damaška, Mirjan*, Potajna upotreba sprava za prisluškivanje u krivičnom postupku, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, br. 3-4/1960., str. 196.

¹⁰⁹ *Damaška, Mirjan*, Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu, Narodne novine, Zagreb, 1962., str. 160.

¹¹⁰ *Damaška, Mirjan*, isto, str. 34.

¹¹¹ *Colbridge, Thomas D.*, Electronic Surveillance: A Matter of Necessity, FBI Law Enforcement Bulletin, vol. 69., br. 2/2000., str. 28.

kaznenim djelima da se ne bi izlagao otkrivanju, već tek nakon njegova odlaska pred suradnicima govori o kaznenom djelu. Nije smisleno dopuštati uporabu snimke dijela razgovora kojem prikriveni istražitelj ne nazoči, i za koji osumnjičenik izričito ne želi da ga čuje treća osoba izvan kruga njemu povjerljivih suradnika. O razgovoru je mogao svjedočiti suradnik osumnjičenog za kojeg čak postoje i posebni oblici pogodnosti, poput pokajnika, u kojima će se odustajati od progona nekih njegovih kaznenih djela. Štoviše, za svjedoke ne postoje ograničenja da svjedoče o razgovoru,¹¹² već po ZIDZKP/02 svjedočiti jedino nije mogao prikriveni istražitelj. Ako je prikriveni istražitelj ostao potajno stajati ispred pritvorenih vrata ili iz druge prostorije preko zida snimao što počinitelj i njegovi suradnici razgovaraju (a za to ima odgovarajući sudbeni nalog), to prema čl. 42.b ZUSKOK-a nije predstavljalo ograničenje za dokazivanje jer istražitelj ne vodi razgovor s tim osobama.

4.4. Doprinos prikrivenog razgovora činjeničnim pitanjima

Promatrajući s činjenične strane, zabranom uporabe iskaza prikrivenog istražitelja moglo se zanemarivati vrlo značajne izvore podataka. Obavi li se nakon simuliranog davanja mita pretraga ureda nekog službenika i pronađe li se sporna kuverta s novcem, izostanak dokaza o razgovoru koji se vodio može biti velik činjenični nedostatak jer iz razgovora može biti jasno je li osumnjičeni službenik znao da je riječ o mitu ili je prikriveni istražitelj ostavio kuvertu s nekim drugim obrazloženjem. Sudska praksa po ZKP/97 nije dopuštala korištenje izdvojenih iskaza prikrivenog istražitelja čak ni za obranu okrivljenika.¹¹³

Do zakonskih promjena u ZKP/08 mogle su 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 mit,¹¹⁴

¹¹² "Da je ovaj svjedok iskazivao istinito, proizlazi i iz snimljenog razgovora između njega i optuženika. Iz tog razgovora proizlazi da je upravo optuženik od I. T. zatražio da se Ž. V. usmrti." VSRH, I Kž-837/05-8 od 9. veljače 2006.

¹¹³ "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.

¹¹⁴ Npr.: „Optuženik u žalbi ponavlja da nije od oštećenika zatražio novac kako bi mu predao uredan zapisnik o inspekcijskom 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. studenoga 2007.

odnosno je li mu istražitelj bez ikakvog razgovora gurnuo novac u džep,¹¹⁵ a moglo je biti i nejasno je li netko šutke nazočio kaznenom djelu ili je imao ključnu ulogu u pregovorima, iako je neposredni izvršitelj bio neki drugi niže rangirani počinitelj.¹¹⁶ Iz sadržaja razgovora može se doznati tko je bio ključni organizator,¹¹⁷ da nije samo slučajno nazočio primopredaji odnosno da je aktivno sudjelovao u kaznenom djelu.¹¹⁸ Iz sadržaja razgovora tijekom počinjenja kaznenog djela mogu se vidjeti uloge pojedinih sudionika i tko je vodio počinjenje.¹¹⁹ Ako se izdvoje činjenice iz razgovora, može biti sporno tko je bio glavni naredbodavac u skupini i je li riječ o nekom obliku udruživanja kao kvalifikatornoj okolnosti.¹²⁰

5. PROCJENA UGROŽAVAJUĆIH OKOLNOSTI U PRIKRIVENOM RAZGOVORU

5.1. Odnos prema ugrožavajućim okolnostima

Intenzitet djelovanja prikrivenog istražitelja tijekom razgovora može se razdvojiti na više razina. Ako sudjeluje više osoba, prikriveni istražitelj može,

¹¹⁵ "...da su zaustavili na sporednoj cesti gdje je stalo i to vozilo i da je osoba po imenu Z. dala opt. P. P. vrećicu u kojoj je bila veća količina njemačkih maraka, a druga osoba iz tog vozila da je opt. K. ugurala u džep 4.000 DEM, ali tvrde da su se na tom mjestu našli slučajno." VSRH, I Kž-429/03-7 od 2. rujna 2003.

¹¹⁶ "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, koje je i opisano pod točkom 1. izreke pobijane presude." VSRH, I Kž-574/08-6 od 21. siječnja 2009.

¹¹⁷ "Izvedenim dokazima, prije svega iz sadržaja razgovora opt. M. K. i opt. B. G. s prikrivenim istražiteljem, utvrđeno je postojanje dogovora između optuženih B. G. i M. K. za preprodaju opojne droge, što je obuhvaćalo plan za počinjenje više budućih radnji preprodaje." VSRH, I Kž-560/07-5 od 23. prosinca 2008.

¹¹⁸ "Naime, uz nespornu činjenicu da je ovaj optuženik doveo u vezu opt. A. B. i prikrivenog istražitelja, iz preslušanog razgovora primjenom provedene mjere iz čl. 180. ZKP proizlazi da ne samo da je bio prisutan cijelom dogovoru nego je u njemu sudjelovao vrlo aktivno, sugerirajući da se najprije na probu uzme pola kilograma." VSRH, I Kž-Us 131/09-6 od 26. siječnja 2010.

¹¹⁹ "U početnim pregovorima opt. M. te opt. J. s prikrivenim istražiteljem broj 1, u odnosu na količinu i cijenu opojne droge heroína, kao i daljnje uvjete prodaje, odlučujuća uloga bila je upravo opt. Č. kao glavnog dobavljača droge." VSRH, I Kž-25/04-8 od 27. svibnja 2004.

¹²⁰ "Što se tiče žalbene tvrdnje državnog odvjetnika, kojom želi poduprijeti svoje tvrdnje da je riječ o udruživanju, da je opt. J. prikrivenom istražitelju rekao da se može njemu obratiti bude li postojala potreba za novom prodajom, to ne proizlazi ni iz jednog iskaza svjedoka, ni iz drugog dokaza koji je izveden na glavnoj raspravi, već iz policijskih izvješća koja se ne mogu koristiti kao dokaz u kaznenom postupku." VSRH, I Kž-323/04-8 od 18. prosinca 2007.

primjerice, biti u položaju da samo sluša razgovor u kojem glavnu riječ vode druge osobe, može biti sugovornik kao i drugi sugovornici, ali može biti i u intenzivnijim ulogama: od vođenja razgovora pa sve do korištenja raznih psiholoških pritisaka radi dobivanja odgovora. Ponekad može biti riječ o monologu osumnjičenika, njegovu govoru na sastanku, usmenim naredbama ili zapovijedima.¹²¹ Ne bi trebali svi ti oblici imati jednak položaj, već je u sudskoj praksi moguće promatrati aktivnosti istražitelja i razdvojiti mogućnosti utjecaja. Primjer je kada bi se radilo o nekom razgovoru koji prikriveni istražitelj nije inicirao, ne postavlja pitanja niti usmjerava razgovor, već se u nj samo sporedno uključuje. Tada je on neaktivan i samo obuhvaća razgovore drugih osoba i ako pritom netko od osumnjičenika u razgovoru izjavi neke podatke korisne za kazneni postupak, po prirodi stvari takvo se djelovanje ne može definirati kao ekvivalent radnje ispitivanja.

Prikriveni istražitelj tijekom postupanja može čuti neki dio razgovora koji nije bio izričito vezan uz cilj postupanja niti se očekivalo da bi osumnjičeni mogao imati takve podatke, poput teškog kaznenog djela kojim se počinitelj pohvali. Ako se promatra način dolaska do tih podataka, tada se zasigurno djelovanje ne može poimati kao ispitivanje osobe o tom kaznenom djelu jer prikriveni istražitelj nije niti tražio takve podatke niti je znao da ih ovaj ima. To je bliže spontanom izjavama koje daju građani koje ne spadaju u pojam ispitivanja.¹²²

Sadržaj verbalne komunikacije počinitelja može ponekad biti nespojiv sa zaštitom prava. Kada počinitelj nudi drogu, traži mito, iznuđuje žrtvu, prijeti ubojstvom ili naređuje koga treba ozlijediti, ne bi se moglo zaključiti da njegovo izražavanje predstavlja očitovanje o krivnji ili o nekom prijašnjem kaznenom djelu.¹²³ U počinjenju kaznenog djela počinitelj ne može imati formalnu zaštitu. Ako počinitelj narušava temeljne vrijednosti pravnog sustava činjenjem kaznenih djela verbalnom komunikacijom, ne može prikriveni istražitelj povrijediti njegova prava time što ga čuje. Gledišta koja su zastupala potrebu korištenja jamstava u razgovoru s prikrivenim istražiteljem mogu imati vrlo velike poteškoće u pojašnjavanju ovog pitanja. Neki autori ispravno ističu da

¹²¹ *Mitsch, Wolfgang*, Strafprozessuale Beweisverbote im Spannungsfeld zwischen Jurisprudenz und realer Gefahr, *Neue Juristische Wochenschrift*, br. 32/2008., str. 2299.

¹²² *Cramer, Steffen; Bürgle, Michaela*, Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote, Boorberg, Stuttgart, 2004., str. 90.

¹²³ Usp.: "No, u konkretnom slučaju u trenutku kada se vodio razgovor između policijskog djelatnika J. K. i M. Č. (koji tada još nije imao ni svojstvo osumnjičenika), kazneno djelo nije bilo počinjeno, ono se zapravo tek počelo odvijati. Slijedom toga, nije ispunjena ni osnovna pretpostavka za daljnju fazu, odnosno izvide kaznenih djela, pa je opravdano prvostupanjski sud ispitao policijskog djelatnika J. K. kao svjedoka o svim okolnostima izvršenja kaznenog djela, smisleno i logično rezonirajući da je kazneno djelo o kojem je iskazivao počinjeno upravo prema njemu, u svezi s obavljanjem njegovog redovnog posla." VSRH, I Kž-712/08-3 od 5. studenoga 2008.

dokazno dopuštanje korištenja prikrivenog razgovora ima opravdanje jer je rad prikrivenog istražitelja usmjeren na očekivano kažnjivo ponašanje počinitelja, a ne na istraživanje nekog prijašnjeg kaznenog djela.¹²⁴ Mnogi sudovi u poredbenom pravu utvrđuju da osumnjičenik nema ustavnopravnu zaštitu od toga da ga pri njegovu protupravnom djelovanju zapaža prikriveni redarstvenik.¹²⁵

U ovakvoj situaciji pokazuje se da prikriveni istražitelj ne mora biti svjedok po čuvenju jer može zapažati događaje, a ne samo prenositi što mu je netko rekao, dok se vjerodostojnost ionako može provjeravati na uobičajene načine. U tom smislu prikriveni istražitelj ne bi prenosio tuđe zapažanje, nego bi iskazivao o vlastitom zapažanju. U stranim pravnim sustavima kao svjedok po čuvenju koristi se službenik koji nadzire prikrivenog istražitelja kako ga se ne bi ugrozilo za daljnje korištenje u drugim istraživanjima i tada on prenosi istražiteljeva zapažanja, ali se u nas ne koristi takav oblik svjedočenja.¹²⁶

5.2. Ugrožavajuće okolnosti u prikrivenom razgovoru

Funkcionalni je ekvivalent ispitivanja kad bi djelovanje prikrivenog istražitelja bilo vrlo aktivno i stoga bi se mogle javiti ugrožavajuće okolnosti koje se nastoje prevenirati u klasičnoj radnji ispitivanja. Djelovanje istovrijedno ispitivanju bilo bi okružje u kojem se osumnjičeniku nameću okolnosti zbog kojih se osjeća obveznim odgovarati na pitanja, kao kada bi prikriveni istražitelj bio u ulozi naređenog počinitelja u kriminalnoj organizaciji ili u sličnim ulogama koje mogu ograničavati slobodu razgovaranja. Ako bi prikriveni istražitelj preaktivno djelovao da bi došao do korisnih izjava, njegovo bi djelovanje moglo biti shvaćeno kao radnja ispitivanja i dokazni položaj bio bi dvojbena. Teži oblik bilo bi korištenje nekih sredstava koja nisu dopuštena ni u radnji ispitivanja. Nedopustivo bi bilo ako bi pokušavao djelovati na otpor osumnjičenika psihološkim pritiskom ili sličnim nedopuštenim sredstvima.

Primjer ugrožavajućih okolnosti u prikrivenom razgovoru kanadska su prikrivena djelovanja u kojima prikriveni istražitelji glume kriminalnu organizaciju koja prima osumnjičenika.¹²⁷ Nakon dugotrajnijeg zbližavanja

¹²⁴ *Maguire, Mike; John, Timothy*, Covert and Deceptive Policing in England and Wales, *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, vol. 4., br. 4/1996., str. 327.

¹²⁵ "Der Straftäter ist verfassungsrechtlich nicht davor geschützt, bei seinem rechtswidrigen Verhalten von einem für ihn nicht erkennbaren Polizeifunktionär beobachtet zu werden." BGE 112 IA 18 od 8. travnja 1986.

¹²⁶ *Esser, Robert*, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, De Gruyter Verlag, Berlin, 2002., str. 678.; *Detter, Klaus*, Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme, *Neue Zeitschrift für Strafrecht*, br. 1/2003., str. 6.

¹²⁷ *Smith, Steven M. i dr.*, High-Risk Interrogation: Using the Mr. Big Technique to Elicit Confessions, *Law and Human Behaviour*, vol. 34., god. 2010., str. 39.-40.

osumnjičenik ide na razgovor istražitelju koji predstavlja vođu skupine. On se koristi s većim brojem taktika, od opravdavanja da za svakog člana prikupljaju podatke o kaznenim djelima kako bi se osigurali ako ih iznevjeri, potom da mu pomognu prikrivati dokaze koje protiv njega traži policija i slično.¹²⁸ Osim obećavanja pogodnosti koristilo se i zastrašivanje, poput odvođenja sličnog člana u susjednu sobu gdje je po scenariju naizgled teško pretučen.¹²⁹ Do 2004. godine takav je oblik djelovanja korišten oko 350 puta, a navodi se da učestalost poduzimanja nije smanjena.¹³⁰ Iako je preko 95% izjava dovelo do otkrivanja mnogih materijalnih dokaza i do osuđivanja teških kaznenih djela, neka priznanja iz te operacije pokazala su se netočnima ili preuveličanima.¹³¹ *Gudjonsson* je bio stručni svjedok u jednom od postupaka jer je smatrao da je jedna osoba bila nedužna te je utvrdio da se tijekom provedbe koristio bezobzirni pritisak, prijetnje, psihološke manipulacije i oštar govor.¹³² U njemačkoj sudskoj praksi sredinom 2010. godine jedan je pokrajinski sud već označio da takav oblik djelovanja prikrivenih istražitelja načelno može biti sukladan ciljevima radnje i ne bi trebao biti općenito nedopušten,¹³³ što je već naišlo na kritike u teoriji.¹³⁴

Neprihvatljivi oblici uz pritisak trebali bi biti uporaba ljubavne veze ili intimnih odnosa radi prikupljanja podataka. Ako prikriveni istražitelj ostvaruje preaktivnu ulogu u emocionalnoj vezi, može umanjivati mogućnosti slobodnog izbora i odlučivanja osumnjičene osobe, a prikupljene izjave mogle bi biti označene kao nedopustive primjenom općih načela u kaznenom postupku. U nekim primjerima iz poredbenog prava prikrivene istražiteljice iskorištavale su romantičnu vezu ili privlačnost kao osnovni način prikupljanja izjava od osumnjičenika. U engleskom predmetu *R. v. Stagg* iz 1994. godine prikrivenim istraživanjem pokušalo se iskoristiti emotivnu vezu, pod prijetnjom raskida. Neslavni primjer je prikrivena istražiteljica koja se zbližila s osumnjičenim za ubojstvo *Rachel Nickell* u okviru *Operacije Ezdell* i pritom nije došla do korisnih materijalnih dokaza, već joj je osumnjičeni lažno priznao da je počinio kazneno djelo.¹³⁵ Tek 2008. godine počinjenje tog kaznenog djela priznao je

¹²⁸ *R. v. Boudreau* (2009), NSSC 30; *R. v. Mentuck* (2000), MBQB 155.

¹²⁹ *R. v. Bonisteel* (2008), BCCA 344.

¹³⁰ *Smith, Steven M. i dr.*, Using the "Mr. Big" Technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system?, *Psychology, Public Policy, and Law*, vol. 15., br. 3/2009., str. 170.

¹³¹ *Kassin, Saul M. i dr.*, Police-Induced Confessions, Risk Factors, and Recommendations: Looking Ahead, *Law and Human Behaviour*, vol. 34., god. 2010., str. 49.

¹³² *Gudjonsson, Gisli H.* (2006), str. 575.-578.

¹³³ OLG Zweibrücken, LG Landau, 1 Ws 241/09. od 26. svibnja 2010.

¹³⁴ Rechtsprechung: Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen nach der "Cold-Case-Technik", *Neue Juristische Wochenschrift-Spezial*, br. 14/2010., str. 442.

¹³⁵ *Gudjonsson, Gisli H.* (2006), str. 8.

pravi počinitelj, a prikrivena istražiteljica *Lizzie James* u međuvremenu je došla visoku odštetu zbog psiholoških posljedica od prikrivenog istraživanja.¹³⁶ U američkom predmetu *State v. Tookes, 699 P.2d 983 (Haw. 1985)* policija je izričito navela korištenje spolnih odnošaja kao načina za prikupljanje dokaza tijekom prikrivenog istraživanja, što sud nije smatrao neprihvatljivim. Njemački autori slučajeve korištenja intimnih veza koje utječu na slobodu iskazivanja smatraju problematičnima (tzv. *Slučaj Romeo*).¹³⁷

5.3. Obmana u prikrivenom razgovoru

Ponekad se prikriveni razgovor kritizira jer se koristi obmanom koja je inače zabranjena.¹³⁸ Neki smatraju da je oblik obmane kojom se koristi prikriveni istražitelj jednak drugim zabranjenim obmanama u ispitivanju.¹³⁹ Nije rijetkost da se za prikriveno razgovaranje općenito navodi da je potpuna prijevara, jer je najvažnija okolnost znati razgovarate li s predstavnikom vlasti.¹⁴⁰ Neki smatraju da je prikriveno razgovaranje oblik obmane kojim se potkopava korištenje prava na branitelja, odnosno da bi zaštita od samookrivljanja trebala biti namijenjena tome da redarstvene vlasti ne bi mogle prikupljati obavijesti obmanom.¹⁴¹ Odnos prema obmani koju primjenjuje prikriveni istražitelj predmet je rasprave u raznim sustavima.¹⁴²

Drugačija su stajališta da neobavješćavanje osumnjičenog o pravoj ulozi prikrivenog istražitelja ne predstavlja obmanu kakva je inače zabranjena tijekom ispitivanja.¹⁴³ Vrstu obmane koja se koristi kod prikrivenih radnji treba razlikovati od obmane koja se primjenjuje u nekom obliku redovitog policijskog postupanja.¹⁴⁴ Nije riječ o zabranjenom obliku obmane jer ne djeluje

¹³⁶ *Alison, Laurence i dr.*, Profiling suspects, u: *Newburn, Tim i dr.*, Handbook of Criminal Investigation, Willan Publishing, Devon, 2007., str. 493.-516., str. 507.; *Maguire, Mike; John, Timothy*, djelo u bilj. 296, str. 327.

¹³⁷ *Eisenberg, Ulrich*, Beweisrecht der StPO, 2008., r. t. 571a.

¹³⁸ *Lang, Gerd i dr.*, Beweismittelrecht - Aktuelle polizeirelevante Probleme des Strafverfahrens- und Polizeirechts, Boorberg, Stuttgart, 1995., str. 188.

¹³⁹ *Slobogin, Christopher*, Confessions And Police Disclosure: Lying And Confessing, Texas Tech Law Review, vol. 39., god. 2007., str. 1279., 1285.

¹⁴⁰ *Stuntz, William J.*, Waiving Rights in Criminal Procedure, Virginia Law Review, vol. 75., god. 1989., str. 805.

¹⁴¹ *Gershman, Bennett L.*, Toward a Common Law for Undercover Investigations, George Washington Law Review, vol. 52., god. 1983., str. 184.

¹⁴² *Lisken, Hans*, Telefonmithören erlaubt?, Neue Juristische Wochenschrift, br. 32/1994., str. 2069., bilj. 14.

¹⁴³ *Beulke, Werner* (2000), str. 65.

¹⁴⁴ *Mirfield, Peter*, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2003., str. 207.

na dragovoljnost ili slobodu volje, već je riječ samo o prešućivanju stvarnog položaja prikrivenog istražitelja.¹⁴⁵ *Kleinknecht* navodi da takvo prešućivanje ne spada u zabranjenu obmanu.¹⁴⁶ Među dopuštene oblike djelovanja u prikrivenom razgovoru spadalo bi uvjeravanje prikrivenog istražitelja da on nije policijski službenik ili da ono što čuje nikome neće odati.¹⁴⁷

Obmana koja je izrečena u službenom svojstvu može djelovati kao snažan pritisak jer se izriče u ime tijela vlasti te se može činiti kao da se radi o nekim utvrđenim činjenicama koje će utjecati na daljnji postupak. U okružju formalnog ispitivanja korištenje obmanom povećalo bi negativne aspekte, koji su ionako naglašeni zbog položaja osobe kao objekta nad kojim se radnja provodi. Potpuno je suprotno djelovanje obmane u okružju prikrivenog istražitelja, jer tamo ne utječe na slobodu izražavanja.

5.4. Prikriveni razgovor nakon obrane šutnjom

Problematičan odnos prema prikrivenom razgovaranju naglašen je u slučajevima kada osumnjičenik odbije iskazivati u formalnom ispitivanju, a u prikrivenoj radnji koja je nakon toga započeta iznese pojedine okrivljujuće podatke. Kod takvog odnosa javlja se pitanje utjecaja obrane šutnjom iz formalne radnje ispitivanja na dokazni položaj podataka prikupljenih prikrivenim razgovorom. Ovo područje nije privlačilo rasprave niti je zakonski regulirano u hrvatskom pravu, već će ovisiti o tumačenju u sudskoj praksi. Ne postoje odredbe koje bi zbog obrane šutnjom zabranjivale upotrebu nekih drugih radnji.

Prema jednom gledištu, pravni utjecaj odbijanja davanja iskaza ostaje samo u toj radnji. Mogućnosti obrane u radnji ispitivanja dio su samo te radnje, a nisu dio dokaznih pravila u prethodnom postupku. Ako bi osumnjičenik nakon odbijanja davanja obavijesti na službenom ispitivanju potom dao priznanje nekom svjedoku ili iskazao pred prijateljima, a njihov se razgovor snima tajnim tehničkim nadzorom, korištenje bilo kojeg od tih dokaza ne bi bilo problematično. Radnja ispitivanja ne predstavlja očitovanje o tome kakav položaj želi imati okrivljenik u kaznenom postupku. Supsidijarnost primjene posebnih mjera znači da se mjera primjenjuje upravo stoga jer je neka druga klasična radnja prije bila neuspješna ili se pretpostavlja da neće biti uspješna.

¹⁴⁵ *König, Josef*, Zur Verwertbarkeit verdeckt erlangter Kenntnisse, *Kriminalistik*, vol. 51., br. 3/1997., str. 181.

¹⁴⁶ Prema: *Wieczorek, Eberhard*, Verdeckte = entdeckte Ermittlungen?, *Kriminalistik*, vol. 40., br. 4/1986., str. 171.

¹⁴⁷ *Ellbogen, Klaus*, Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip, *Kriminalistik*, vol. 60., br. 8-9/2006., str. 548.

Suprotno gledište bilo bi sadržano u tvrdnji da obrana šutnjom pred istražnim tijelima obvezuje tijela vlasti i u svim ostalim radnjama u kojima se može pribavljati ista vrsta dokaza. Prema takvom shvaćanju, počiniteljev cilj nije bio da nikome ništa ne iskazuje, već samo da ne iskazuje tijelima vlasti i za njih ne može biti samo objekt postupka da ga podvrgavaju bilo kakvim radnjama. Da hrvatsko zakonodavstvo ne podupire takvo stajalište, pokazuje to što se prema njemu supsidijarno mogu primjenjivati druge radnje. Radnju prikrivenog istražitelja nije zakonski zabranjeno primijeniti nakon ispitivanja kao niti nakon bilo koje druge dokazne radnje. Djelovanje prikrivenog istražitelja nakon obrane šutnjom privlačilo bi najviše primjedbi jer bi postojala opasnost da će istražna tijela intenzivno pokušavati doći do podataka, a da prikriveno djelovanje pruža prevelike mogućnosti zlouporaba.

Ako bi način osumnjičenikove obrane u formalnom ispitivanju okrivljenika bio ključan za dopustivost postupanja prikrivenog istražitelja, proizlazilo bi da je onda kao preduvjet radnje potrebna suradnja u formalnom ispitivanju okrivljenika. Međutim, kada bi osumnjičenik pristao na davanje točnih obavijesti u ispitivanju, drugo supsidijarno djelovanje ne bi bilo potrebno. Upitan bi bio odnos kad se ne bi branio šutnjom, nego bi iznosio očigledno lažnu obranu, ili kada bi samo djelomično iskazivao istinu. Ako bi odabir načina obrane tijekom ispitivanja imao širi utjecaj na druge radnje, prije poduzimanja radnje prikrivenog istražitelja najprije bi trebalo provesti obvezno formalno ispitivanje s ciljem utvrđivanja hoće li okrivljenik iskazivati. Inače bi se javljale neujednačenosti u odnosu prema osumnjičenicima koji nisu ispitivani jer ne bi bilo mogućnosti za provjeravanje kakav je njihov izbor o obrani šutnjom.

Supsidijarno podrazumijeva da je cilj pružiti mogućnost istraživanja na drugačiji način jer je djelotvornost običnih radnji ograničena odnosno ako je istraživanje povezano s velikim poteškoćama.¹⁴⁸ U tom smislu najčešći su prigovori dopuštanju dokaznog položaja prikrivenom razgovoru da klasična radnja ispitivanja okrivljenika uopće ne bi bila potrebna kada bi se prikriveno djelovanje opsežnije koristilo.¹⁴⁹ Neki smatraju da bi se mjerom prikrivenog istražitelja trebalo koristiti za prikupljanje dostupnih dokaza, a neprihvatljivim smatraju njegovo korištenje kao surogata nekih običnih radnji poput ispitivanja.¹⁵⁰ Razvoj u ovom području promatra se kao nastavak problematiziranja

¹⁴⁸ *Levinson, Sanford C.*, Under Cover: The Hidden Costs of Infiltration, u: *Caplan, Gerald (ur.)*, Abscam Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1983.

¹⁴⁹ *Sharpe, Sybil*, Judicial discretion and criminal investigation, Sweet and Maxwell, London, 1998., str. 181.

¹⁵⁰ *Schünemann, Bernd*, Polizei und Staatsanwaltschaft, Kriminalistik, vol. 53., br. 3/1999., str. 151.

o priznanju kao jednom od najvažnijih i najprijeponijih dokaznih sredstava.¹⁵¹ Počinitelji iz područja organiziranog kriminala ili političke korupcije i bez tih jamstava na ispitivanju bi vrlo teško priznali nešto što im šteti, za razliku od nižih slojeva prema kojima tijela vlasti drugačije postupaju kad su na ispitivanju.¹⁵²

6. ZAKLJUČAK

Nakon uvođenja radnje prikrivenog istražitelja u ZKP/97 službenici redarstvenih vlasti na specijaliziranim stranim tečajevima nailazili su na iznenađenje stranih istražitelja jer se u njihovim državama podrazumijevalo da prikriveni istražitelj može svjedočiti o izjavama osumnjičenika. Slično se događalo i u okviru međunarodne suradnje u kojoj su strani prikriveni istražitelji radili u našoj državi. To je učestalo dovodilo do pitanja o razlozima bitnih razlika hrvatskog uređenja. Iz poredbenog prava vidi se da većina značajnijih pravnih sustava dopušta dokazivanje izjava izrečenih u razgovoru s prikrivenim istražiteljem te da se za dokazivanje može koristiti i istražiteljev iskaz. Za europske države judikatura ESLJP-a nije takvu praksu ni zakonsko uređenje označila kao povredu konvencijskih prava, što upućuje na to da je prijašnje uređenje iz ZKP/97 bilo vezano uz procjenu okolnosti u našem sustavu.

Zakonodavac je u ZKP/08 prihvatio rješenje sličnije uređenju u stranoj praksi. Uvažavanje opasnosti koje proizlaze iz rada prikrivenog istražitelja moguće je kroz sredstva poput provjere vjerodostojnosti odnosno nemogućnosti utemeljenja odluke samo na njegovu iskazu. Pritom je potrebno razmatrati jakost ugrožavajućih okolnosti kojima djeluje prikriveni istražitelj – njegova uloga može biti stupnjevana od pasivnog slušanja do aktivnog utjecaja na nastanak izjava. Razvoj zakonodavstva u našoj državi pokazuje da je za radnju prikrivenog istražitelja u ovom segmentu ostvaren prijelaz s otkrivačke uloge na pojačavanje mogućnosti dokazivanja.

Kao što je pokazano u radu, o ovom području postoje sučeljena mišljenja, a promjene u poredbenom i domaćem pravu dokazuju da je riječ o vrlo dinamičnom području koje će predstavljati poseban izazov za znanost i praksu. Vidljivo je i veliko isprepletanje međunarodnih pravnih utjecaja. Test funkcionalnog ekvivalenta uvažavanjem australske i kanadske prakse primijenjen je u judikaturi ESLJP-a, a potom i u nekim razvijenim europskim pravnim sustavima. Gotovo tri desetljeća prije toga korišten je u američkom presedanu *Rhode*

¹⁵¹ *Roxin, Claus i dr.*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, Hüthig Jehle, Heidelberg, 2006., str. 91.

¹⁵² *Gershman, Bennett L.*, Toward a Common Law for Undercover Investigations, George Washington Law Review, vol. 52., god. 1983., str. 174.

*Island v. Innis, 446 U.S. 291 (1980)*¹⁵³ u kojem su promatrane granice prava osumnjičenika utemeljene poznatom odlukom *Miranda*.

LITERATURA

1. *Alison, Laurence i dr., Profiling suspects, u: Newburn, Tim i dr., Handbook of Criminal Investigation*, Willan Publishing, Devon, 2007.
2. *Alschuler, Albert W., Constraint and Confession*, Denver University Law Review, vol. 74., god. 1997., str. 957.-978.
3. *Archbold, John F., Criminal Pleading, Evidence and Practice*, Sweet and Maxwell, London, 1997.
4. *Beulke, Werner, Strafprozeßrecht*, Müller, Heidelberg, 2000.
5. *Cleary, Edward (gl. ur.), McCormick on Evidence*, West Publishing, St. Paul, 1984.
6. *Cramer, Steffen; Bürgle, Michaela, Die Strafprozessualen Beweisverwertungsverbote*, Boorberg, Stuttgart, 2004.
7. *Damaška, Mirjan, Dokazno pravo u kaznenom postupku: oris novih tendencija*, Pravni fakultet, Zagreb, 2001.
8. *Damaška, Mirjan, Okrivljenikov iskaz kao dokaz u suvremenom krivičnom procesu*, Narodne novine, Zagreb, 1962.
9. *Detter, Klaus, Der Zeuge vom Hörensagen - eine Bestandsaufnahme*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 1/2003., str. 1.-9.
10. *Eisenberg, Ulrich, Zur Unzulässigkeit optischer Ermittlungsmaßnahmen (Observation) betreffend eine Wohnung*, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 12/2002., str. 638.-640.
11. *Ellbogen, Klaus, Grenzen verdeckter Ermittlungen und das nemo-tenetur-Prinzip*, Kriminalistik, vol. 60., br. 8-9/2006., str. 544.-548.
12. *Erb, Volker i dr. (ur.), Löwe-Rosenberg - Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, knj. 4. (§§ 112-150), De Gruyter, Berlin, 2007.
13. *Esser, Robert, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht*, De Gruyter Verlag, Berlin, 2002.
14. *Gershman, Bennett L., Toward a Common Law for Undercover Investigations*, George Washington Law Review, vol. 52., god. 1983., str. 166.-186.
15. *Graham, Lilly, An Introduction to the Law of Evidence*, West Publishing, St. Paul, 1996.
16. *Williamson, Tom (ur.), Investigative Interviewing*, Willan, Devon, 2006.
17. *Jackson, John D.; Summers, Sarah J., The Internationalisation of Criminal Evidence: Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.
18. *Julius, Karl Peter i dr., Strafprozessordnung - Heidelberger Kommentar*, Müller, Heidelberg, 2009.
19. *Kamisar, Yale, Brewer v. Williams, Massiah and Miranda: What is "Interrogation"? When Does it Matter?*, Georgia Law Journal, vol. 67., god. 1978., str. 1.-101.
20. *Kassin, Saul M. i dr., Police-Induced Confessions, Risk Factors, and Recommendations: Looking Ahead*, Law and Human Behaviour, vol. 34., god. 2010., str. 49.-52.
21. *Keane, Adrian, The Modern Law of Evidence*, Butterworths, London, 2000.

¹⁵³ "The Miranda safeguards come into play whenever a person in custody is subjected to either express questioning or its *functional equivalent*." (Dodana oznaka.)

21. Konačni prijedlog Zakona o izmjenama i dopunama Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Ministarstvo pravosuđa, Zagreb, 2005.
22. *Kos, Damir; Tripalo, Dražen*, Komentar Zakona o Uredu za suzbijanje korupcije i organiziranog kriminaliteta, Narodne novine, Zagreb, 2001.
23. *Krapac, Davor*, Kazneno procesno pravo - Institucije, Narodne novine, Zagreb, 2010.
24. *Krapac, Davor*, Posebne mjere i radnje za otkrivanje i suzbijanje kaznenih djela organiziranog kriminaliteta u novom ZKP, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, vol. 4., br. 2/1997., str. 403.-418.
25. *Krapac, Davor*, Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, Zagreb, 2008.
26. *Kudlich, Hans*, Unzulässiger Einsatz eines Lockspitzels gegen einen Unverdächtigen, Juristische Schulung, br. 10/2000., str. 951.-955.
27. *LaFave, Wayne R. i dr.*, Criminal procedure, Thomson West, St. Paul, 2009.
28. *Lang, Gerd i dr.*, Beweismittelrecht – Aktuelle polizeirelevante Probleme des Strafverfahrens- und Polizeirechts, Boorberg, Stuttgart, 1995.
29. *Levinson, Sanford C.*, Under Cover: The Hidden Costs of Infiltration, u: *Caplan, Gerald (ur.)*, Abscam Ethics: Moral Issues and Deception in Law Enforcement, Ballinger Publishing Company, Cambridge, 1983.
30. *Lisken, Hans*, Telefonmithören erlaubt?, Neue Juristische Wochenschrift, br. 32/1994., str. 2069.
31. *Maguire, Mike; John, Timothy*, Covert and Deceptive Policing in England and Wales, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, vol. 4., br. 4/1996., str. 316.-334.
32. *Meurer, Dieter*, Dogmatik und Pragmatismus – Marksteine der Rechtsprechung des BGH in Strafsachen, Neue Juristische Wochenschrift, br. 40/2000., str. 2936.-2945.
33. *Mirfield, Peter*, Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence, Oxford University Press, Oxford, 2003.
34. *Mitsch, Wolfgang*, Strafprozessuale Beweisverbote im Spannungsfeld zwischen Jurisprudenz und realer Gefahr, Neue Juristische Wochenschrift, br. 32/2008., str. 2295.-2301.
35. *Mosbacher, Andreas*, Aktuelles Strafprozessrecht, Juristische Schulung, br. 8/2009., str. 696.-675.
36. *Padfield, Nicola*, Text and Materials on the Criminal Justice Process, Butterworths, London, 1995.
37. Rechtsprechung: Verbotene Aussagegewinnung durch Einsatz eines verdeckten Ermittlers, Neue Juristische Wochenschrift-Spezial, br. 8/2009., str. 248.
38. Rechtsprechung: Zulässigkeit verdeckter Ermittlungen nach der "Cold-Case-Technik", Neue Juristische Wochenschrift-Spezial br. 14/2010., str. 442.
39. *Redmayne, Mike*, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination, Oxford Journal of Legal Studies, vol. 27., br. 2/2007., str. 209.-232.
40. *Roxin, Claus i dr.*, Einführung in das Strafrecht und Strafprozessrecht, Hüthig Jehle, Heidelberg, 2006.
41. *Roxin, Claus*, Nemo tenetur: die Rechtsprechung am Scheideweg, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 10/1995., str. 465.-469.
42. *Roxin, Claus*, Strafprozessrecht, Beck, München, 1997.
43. *Roxin, Claus*, Strafverfahrensrecht, Beck, München, 1998.
44. *Roxin, Claus*, Zum Hörfallen-Beschluß des Großen Senats für Strafsachen, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 1/1997., str. 18.-21.
45. *Sampford, Charles J. G.; Galligan, Denis J. (ur.)*, Law, rights, and the welfare state, Croom Helm, London, 1986.
46. *Schneider, Hartmut*, Verdeckte Ermittlungen in Haftanstalten, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 1/2001., str. 8.-15.

47. *Schroeder, Friedrich-Christian*, Strafprozeßrecht, Beck, München, 2001.
48. *Schwaben, Sylvia*, Die Rechtsprechung des BGH zwischen Aufklärungsrüge und Verwertungsverbot, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 6/2002., str. 288.-296.
49. *Sharpe, Sybil*, Judicial discretion and criminal investigation, Sweet and Maxwell, London, 1998.
50. *Slobogin, Christopher*, An Empirically Based Comparison of American and European Regulatory Approaches to Police Investigation, Michigan Journal of International Law, vol. 22., god. 2001., str. 423.-456.
51. *Slobogin, Christopher*, Confessions And Police Disclosure: Lying And Confessing, Texas Tech Law Review, vol. 39., god. 2007., str. 1275.-1292.
52. *Smith, Steven M. i dr.*, High-Risk Interrogation: Using the Mr. Big Technique to Elicit Confessions, Law and Human Behaviour, vol. 34, god. 2010., str. 39.-40.
53. *Smith, Steven M. i dr.*, Using the “Mr. Big” Technique to elicit confessions: Successful innovation or dangerous development in the Canadian legal system?, Psychology, Public Policy, and Law, vol. 15., br. 3/2009., str. 168.-193.
54. *Stuntz, William J.*, Lawyers, Deception, and Evidence Gathering, Virginia Law Review, vol. 79., god. 1993., str. 1903.-1956.
55. *Stuntz, William J.*, Miranda’s Irrelevance: Miranda’s Mistake, Michigan Law Review, vol. 99., str. 975.-999.
56. *Stuntz, William J.*, The Substantive Origins of Criminal Procedure, Yale Law Journal, vol. 105., god. 1995., str. 393.-447.
57. *Sudre, Frédéric i dr.*, Les grands arrêts de la Cour européenne des Droits de l’Homme, Presses Universitaires, Paris, 2003.
58. *Tapper, Colin*, Cross and Tapper on Evidence, Butterworths, London, 1999.
59. *Trechsel, Stefan*, Human Rights in Criminal Proceedings, Oxford University Press, Oxford, 2005.
60. *Verrel, Torsten*, Nemo tenetur – Rekonstruktion eines Verfahrensgrundsatzes, Neue Zeitschrift für Strafrecht, br. 8/1997., str. 361.-365.

Summary

SOME EVIDENTIAL ISSUES ON COVERT QUESTIONING BY UNDERCOVER AGENTS

The paper analyses evidential issues of conversations between undercover agents and suspects, with the aim of defining the role of undercover measures in criminal proceedings. Through the development of different solutions in Croatian legislation, the author analyses the position of evidence and the testimony of the undercover investigator in relation to other sources.

According to new legal arrangements in the Criminal Procedure Act of 2008, courts can prove the content of conversations and also use the testimony of an undercover investigator. Such a solution has extensive support in theory and is widespread in comparative law. There is a need to assess the intensity of an agent’s activity in order to determine situations in which protection against self-incrimination should apply. The author also deals with deception used by the investigator, undercover interviews after the right to remain silent has been invoked, and other related areas.