

Nikola Paunović, master*

SIMULOVANI POSLOVI KAO POSEBNA DOKAZNA RADNJA U SRPSKOM KRIVIČNOPROCESNOM PRAVU – ZAKONSKO REŠENJE I NEKA SPORNA PITANJA

Polazeći od prikrivenog ispoljavanja organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela koja prouzrokuju probleme na planu prikupljanja dokaza, reaktivno postupanje policije se pokazuje neefikasnim. U radu je analizirana posebna dokazna radnja simulovani poslovi kao jedna od proaktivnih metoda namenjenih suprotstavljanju najtežim krivičnim delima. Najpre se dovodi u pitanje terminološka adekvatnost naziva simulovani poslovi koji stvara zabunu s obzirom da se ovde ne radi o pravnim poslovima u smislu građanskog prava. Nadalje se razmatraju uslovi za sprovođenje simulovanih poslova uz osvrt na osnov isključenja protivpravnosti ovlašćenog lica kada je radnja koju preduzima zakonom predviđena kao radnja krivičnog dela. Posebna pažnja je posvećena razgraničenju između provokacije i zabrane podstrekavanja ovlašćenog lica na izvršenje krivičnog dela. Konačno, sumarno se analizira dokazna vrednost iskaza ovlašćenog lica kao svedoka. Na osnovu analize autor zaključuje da postoji prostor za davanje predloga de lege ferenda karaktera s ciljem normativnog prilagođavanja ove posebne dokazne radnje njenom ratio legis-u.

Ključne reči: *Simulovani poslovi. – Simulovane radnje. – Posebne dokazne radnje. – Provokacija. – Podstrekavanje.*

1. UVODNA RAZMATRANJA

Raznovrsni oblici kriminala, brojni načini izvršenja kao i perfidnost učinilaca direktno prouzrokuju teškoće u obezbeđivanju dokaza za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih

* Autor je student doktorskih studija Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, dzoni925@gmail.com.

dela.¹ Stoga se u teoriji primećuje da klasično reaktivno postupanje organa unutrašnjih poslova ne daje zadovoljavajuće rezultate u oblasti suzbijanja kriminala.² Zbog toga se klasična procesna sredstva, naročito u oblasti prikupljanja dokaza, zamenjuju novim i efikasnijim metodama koje se odnose kako na upotrebu savremenih tehničkih sredstava tako i na same organe gonjenja i njihove saradnike.³ To je i dovelo do potrebe da se u savremena krivičnoprocesna zakonodavstva uvode tzv. posebne dokazne radnje, te da se u odnosu na tzv. teška krivična dela modifikuje upotreba nekih, inače klasičnih, dokaznih sredstava.⁴ Posebne dokazne radnje ili specijalne istražne tehnike predstavljaju određene načine prikupljanja dokaza koji su po svom karakteru atipični, te se primenjuju samo u odnosu na pojedina krivična dela koja su s jedne strane ozbiljna kako zbog posledica koje prouzrokuju tako i s obzirom na kaznu propisanu za njih, dok se s druge strane, veoma teško otkrivaju, razjašnjavaju i dokazuju korišćenjem redovnih dokaznih radnji, zahvaljujući njihovim fenomenološkim karakteristikama.⁵ Naime, specijalne istražne tehnike se koriste na proaktivan način radi otkrivanja potencijalno opasnih osoba i kriminalnih organizacija a sve s ciljem sprečavanja teških krivičnih dela.⁶ U svakom slučaju, imajući u vidu veliki broj pojava oblika kriminala uspešno otkrivanje podrazumeva i stalno praćenje načina izvršenja

¹ Mićo Bošković, *Kriminalistička metodika 1*, Policijska akademija, Beograd 1998, 415. Bez namere ulaženja u dublju analizu različitih shvatanja koja postoje u teoriji u vezi s definisanjem organizovanog kriminala s jedne strane i korupcije s druge, može se zaključiti da su ova dva pojma u dvostrukom odnosu. Prvo, stoga što organizovani kriminal često podrazumeva prisustvo korupcije kao načina povezivanja i održavanja veza s organima vlasti, državnim i drugim uticajnim privrednim i finansijskim subjektima. Drugo, posmatrajući odnos organizovanog kriminala i korupcije dolazi se do zaključka da pri izvršenju krivičnih dela organizovanog kriminala dolazi do sticanja koristi bez zakonskog osnova što je i slučaj s koruptivnim krivičnim delima. Ipak, treba imati u vidu da prethodno navedeno ne znači da sva krivična dela organizovanog kriminala moraju biti koruptivnog karaktera. Mićo Bošković, *Kriminalistička metodika 2*, Policijska akademija, Beograd 2000, 366–367. Vid. više o odnosu organizovanog kriminala i korupcije Howard Abadinsky, *Organized crime*, Belmont, USA 2012, 2.

² Goran Ilić, „Krivičnoprocesni aspekti korupcije“, *Korupcija osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu* (ur. G. Ilić), Beograd 2007, 222.

³ Tihomir Vasiljević, Momčilo Grubač, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2011, 995.

⁴ Milan Škulić, „Specijalne istražne tehnike u funkciji suzbijanja organizovanog kriminaliteta“, *Društveni aspekti organizovanog kriminala* (ur. Aleksandar Fatić, Božidar Banović), Beograd 2011, 222.

⁵ Milan Škulić, „Posebne dokazne radnje kao metod suzbijanja organizovanog kriminaliteta“ (ur. Mile Matijević), *Korupcija i pranje novca (uzroci, otkrivanje i prevencija)*, Sarajevo, 2009, 487.

⁶ John A.E. Vervaele, Special procedural measures and the protection of human rights, *Utrecht Law Review*, 2/2009, 76.

tih krivičnih dela u praksi, kao i odgovarajuću analizu već otkrivenih krivičnih dela.⁷

Simulovani poslovi predstavljaju nezaobilaznu posebnu dokaznu radnju u suzbijanju krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela budući da se pomoću angažovanja ovlašćenog lica koje preuzima simulovane radnje omogućava prikupljanje neophodnih dokaza za započinjanje krivičnog gonjenja. Zakonik o krivičnom postupku (u daljem tekstu: ZKP) iz 2001. godine predviđao je posebnu glavu koja je sadržala odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela. U okviru mera organa gonjenja za otkrivanje i dokazivanje navedenih krivičnih dela ZKP iz 2001. godine je normirao i pružanje simulovanih poslovnih usluga i pružanje simulovanih pravnih poslova (čl. 504i).⁸ Aktuelni ZKP iz 2011. godine više ne predviđa posebne odredbe o postupku za krivična dela organizovanog kriminala, korupcije i druga izuzetno teška krivična dela u odnosu na koja se primenjuju mere organa gonjenja, već simulovane poslove normira kao posebnu dokaznu radnju u okviru glave posvećene dokazima (čl. 174–177 ZKP).⁹ Imajući u vidu opravdane kritike dela teorije, u radu se najpre preispituje sporno pitanje terminološke adekvatnosti naziva ove posebne dokazne radnje – simulovani poslovi s posebnim osvrtom na analizu konkretnih simulovanih radnji koje sud može da odredi.

2. TERMINOLOŠKA NELOGIČNOST NAZIVA SIMULOVANI POSLOVI U ZKP-u

Za razliku od čl. 504i ZKP-a iz 2001. godine koji je govorio o simulovanim pravnim poslovima, posebna dokazna radnja iz čl. 174 ZKP-a iz 2011. godine nosi naziv simulovani poslovi. *Ratio legis* izostavljanja odrednice „pravni“ zasnovan je na potrebi da se otklone nedoumice koje je ona izazvala u praksi, budući da je tumačena kao zakonom dozvoljeni posao.¹⁰ Međutim, podmićivanje ne samo da ne može da se smatra pravnim

⁷ Goran Bošković, Saša Dmitrašinić, „Primena indicijalnog metoda u dokazivanju krivičnih dela organizovanog kriminaliteta“, *Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalitetu i terorizmu* (ur. Saša Mijalković, Dane Subošić, Zorica Vukašinović-Radojičić), Kriminalističko-policajska akademija, Beograd 2011, 184.

⁸ Zakonik o krivičnom postupku iz 2001. godine (*Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 – dr. zakon, 49/07, 20/09 – dr. zakon i 72/09).

⁹ Zakonik o krivičnom postupku iz 2011. godine (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

¹⁰ Goran Ilić *et al.*, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, *Službeni glasnik*, 2013, 430.

poslom nego to nije ni posao uopšte.¹¹ Shodno tome, nameće se pitanje potrebe promene naziva ove posebne dokazne radnje. Naime, ni jezičko ni teleološko tumačenje normi ZKP-a koje se odnose na ovu dokaznu radnju ne idu u prilog odabranom nazivu. S tim u vezi, i u samom ZKP-u iz 2011. godine u čl. 176, st. 2 eksplicitno je navedeno da ovlašćeno lice ne čini krivično delo ako je *radnja* (a ne posao sic!) koju ono preduzima krivičnim zakonom predviđena kao radnja krivičnog dela. Dakle, već iz jezičkog tumačenja ove odredbe proizlazi da ovlašćeno lice preduzima *radnju*, a ne posao. Konačno, ovakvom stavu ide u prilog i teleološko tumačenje, odnosno osnovni cilj i smisao ove posebne dokazne radnje a to je da se radnjama primanja ili davanja mita obezbede dokazi za krivično gonjenje. Iz svega navedenog proizlazi da bi adekvatan naziv ove posebne dokazne radnje, imajući u vidu šta ovlašćeno lice preduzima njenom primenom, bilo *simulovane radnje*. U prilog ovakvom nazivu posebne dokazne radnje može se naići i u teoriji s ispravnim obrazloženjem da simulovani poslovi podrazumevaju postojanje obostrane simulovanosti.¹²

Dodatno, kada je reč o konkretnim radnjama koje sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku na obrazloženi predlog javnog tužioca može da odredi, ZKP iz 2011. godine *numerus clausus* navodi da to mogu biti: 1) simulovana kupovina, prodaja ili pružanje poslovnih usluga, odnosno 2) simulovano davanje ili primanje mita.¹³ Nešto drugačiju formulaciju konkretnih radnji predviđao je ZKP iz 2001. godine i one su podrazumevale: pružanje simulovanih poslovnih usluga i pružanje simulovanih pravnih poslova.¹⁴ Pružanje simulovanih usluga je dolazilo u obzir kod dokazivanja krivičnog dela primanja i davanja mita, a simulovano sklapanje poslova kod trgovine drogama i trgovine ljudima.¹⁵

Iako su u ZKP-u iz 2011.godine konkretizovane radnje koje ovlašćeno lice sme da preduzme u okviru ove posebne dokazne radnje, to nije učinjeno na adekvatan način. Najpre, što se tiče simulovane kupovine i prodaje, nije naglašeno da se tu misli na kupovinu i prodaju stvari i lica (najčešće trgovina narkoticima, oružjem, krijumčarenje robe ili ljudi, odnosno trgovina ljudima), tako da bi iz sadašnje odredbe čl. 174, tač. 1 mogao da proizađe čak i zaključak da se ovi pojmovi odnose na poslovne usluge što bi predstavljao *argumentum ad absurdum*. Dalje,

¹¹ Milan Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015, 260.

¹² Stanko Bejatović *et al.*, *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2013, 136.

¹³ Čl. 174–175 ZKP-a (*Službeni glasnik RS*, br. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 i 55/14).

¹⁴ Vid. čl. 504i ZKP-a iz 2001. godine.

¹⁵ T. Vasiljević, M. Grubač, 1008.

uopšte nije jasno šta je bila intencija zakonodavca kada je u opseg primene ove posebne dokazne radnje svrstao i mogućnost pružanja poslovne usluge. Šta bi uopšte predstavljalo simuliranje poslovnih usluga ako ne preduzimanje simulovanih radnji primanja i davanja mita, kako se to i shvata u delu teorije? Međutim, ako se tako restriktivno shvati intencija zakonodavca onda se otvara novo pitanje, zbog čega se posebno izdvajaju u čl. 174 ZKP-a radnje pružanja poslovnih usluga s jedne strane i radnje simulovanog primanja i davanja mita s druge kada prvonavedene potpadaju pod opseg drugonavedenih.

S druge strane, postoji i drugačije ekstenzivnije tumačenje odrednice simulovano pružanje poslovnih usluga. Prema tom shvatanju pod tim pojmom se podrazumeva osnivanje pravnih lica koje pružaju simulovane usluge uz prikriivanje identiteta osoba i vlasništva nad stvarima a koje sprovode prikriiveni islednici i druga ovlašćena lica.¹⁶ Dakle, budući da restriktivno shvatanje upućuje na zaključak da je pružanje simulovanih poslovnih usluga praćeno simulovanim primanjem ili davanjem mita, čini se da je neophodno u budućim izmenama ZKP-a izostaviti ovu formulaciju jer je suvišna. Stoga prihvatajući ekstenzivno shvatanje treba pod simulovanim uslugama podrazumevati radnje simulovane registracije pravnih lica ili korišćenja postojećih pravnih lica radi prikupljanja podataka potrebnih za krivično gonjenje, odnosno otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela u odnosu na koja se primenjuju simulovani poslovi. Konačno, na osnovu rečenog proizlazi da bi *de lege ferenda* trebalo preispitati obim radnji koje ovlašćeno lice može da preduzme po osnovu ove posebne dokazne radnje i to tako da se precizira da pod taj krug spadaju radnje: 1) simulovane kupovine i prodaje predmeta i/ili lica; 2) simulovano davanje ili primanje mita; 3) simulovane registracije pravnih lica ili korišćenja postojećih pravnih lica radi prikupljanja podataka potrebnih za krivično gonjenje, odnosno otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela u odnosu na koja se primenjuju simulovane radnje.

3. USLOVI I NAČELA ZA ODREĐIVANJE SIMULOVANIH POSLOVA

Uslovi za određivanje simulovanih poslova mogu se podeliti na one materijalnog i formalnog karaktera. Materijalni uslov sastoji se u tome što se simulovani poslovi mogu odrediti prema licu za koje postoje osnovi sumnje da je učinilo ili priprema krivično delo u odnosu na koja se primenjuje ova posebna dokazna radnja.¹⁷ Osnov sumnje je

¹⁶ Stjepan Gluščić, „Posebne dokazne radnje“, *Policija i sigurnost* 3/12, 563.

¹⁷ Čl. 161 ZKP-a.

skup činjenica koje posredno ukazuju da je učinjeno krivično delo ili da je određeno lice učinilac krivičnog dela.¹⁸ Ovako reaktivan koncept osnova sumnje je pogrešan i nije u skladu sa savremenim tendencijama proaktivne borbe protiv kriminala. Osnovi sumnje mogu da budu u vezi sa činjenicama koje ukazuju na buduće izvršenje krivičnog dela i na pripremanje krivičnog dela. I takve činjenice nužno zahtevaju preduzimanje operativnih radnji i primenu posebnih dokaznih tehnika.¹⁹ S tim u vezi, prihvatanjem navedenog mišljenja dolazi se u paradoksalnu situaciju da iako ZKP iz 2011. godine vezuje osnove sumnje za *učinjeno* krivično delo u čl. 2 koji se odnosi na značenje izraza, u čl. 161, st. 2 navodi da se posebne dokazne radnje izuzetno mogu odrediti i prema licu za koje postoje osnovi sumnje da *priprema* neko od krivičnih dela. Dakle, kako je moguće da nešto što se definiše kao skup činjenica koje ukazuje da je učinjeno krivično delo (osnovi sumnje) u delu zakonika koji se odnosi na uslove za određivanje posebnih dokaznih radnji vezuje za prethodni stadijum u ostvarivanju krivičnog dela (pripremanje). S aspekta posmatranja posebnih dokaznih radnji neophodno je da se proaktivno reaguje u što ranijoj fazi kako bi se sprečilo eventualno izvršenje krivičnog dela. Imajući u vidu da se proaktivno postupanje ne može činiti u odnosu na prvu fazu – donošenje odluke za izvršenje krivičnog dela, jer se za misli ne kažnjava niti goni, onda je opravdano što ZKP dozvoljava mogućnost da se posebne dokazne radnje izuzetno odrede i prema licu koje priprema neko od taksativno navedenih krivičnih dela, kao narednog stadijuma u ostvarivanju krivičnog dela. Međutim, ako se pođe od stava da je potrebno da se zakonikom definišu osnovi sumnje, što se čini nepotrebnim budući da to treba da bude primarni zadatak teoretičara, onda je neophodno da se dopuni definicija ovog izraza. U tom smislu, osnove sumnje bi trebalo definisati kao jednu ili više činjenica koje posredno ukazuju da se priprema ili da je učinjeno krivično delo, odnosno da određeno lice priprema izvršenje dela ili je učinilac krivičnog dela.

S druge strane, formalni uslov za određivanje simulovanih poslova podrazumeva donošenje naredbe o sprovođenju simulovanih poslova od strane sudije za prethodni postupak na osnovu prethodne procesne inicijative javnog tužioca koji je podneo obrazloženi predlog sudu.

Imajući u vidu da primena posebnih dokaznih radnji u koje spadaju i simulovani poslovi duboko zadiru u pravo na privatnost i druga ljudska prava i slobode neophodno je da se prilikom ispitivanja ispunjenosti uslova za njihovo određivanje uzmu u obzir sledeća načela. Prvo, prema *principu srazmernosti* treba uspostaviti ravnotežu između

¹⁸ Čl. 2, tač. 17 ZKP-a.

¹⁹ Branislav Simonović, „Osnovi sumnje u predistražnom i istražnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2–3/2011, 245–246.

prava i obaveze države da štiti svoje vrednosti i prava pojedinaca na privatnost i pristupiti zakonom regulisanom ograničavanju sloboda i prava pojedinaca samo u slučajevima kada negativni efekti kriminalnih aktivnosti prevazilaze efekte ograničavanja ljudskih prava.²⁰ S tim u vezi, značajno je spomenuti čl. 161, st. 3 ZKP-a iz 2011. godine koji navodi da će prilikom odlučivanja o određivanju i trajanju posebnih dokaznih radnji organ postupka posebno ceniti da li bi se isti rezultat mogao postići na način kojim se manje ograničavaju prava građana. Dakle, princip srazmernosti se odnosi na ocenu opravdanosti preduzimanja neke posebne dokazne radnje s obzirom na stepen zadiranja u osnovne slobode i prava građana i težinu krivičnog dela.²¹ Drugo, prema *načelu legaliteta* primena simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje mora biti izričito predviđena zakonom. Drugim rečima, mora postojati konkretna zakonska odredba koja ovlašćuje organe države na primenu posebne dokazne radnje kojom se zadire u zagarantovana prava i slobode.²² Dakle, ograničavanju sloboda i prava pojedinaca moguće je pristupiti samo onda kada to ne ugrožava ostvarivanje osnovnog cilja krivičnog postupka da niko nevin ne bude osuđen, a da se učiniocu krivičnog dela izrekne krivična sankcija pod uslovima koje propisuje krivični zakon, na osnovu zakonito i pravično sprovedenog postupka.²³ Ovakvom stavu ide u prilog i osnovna pretpostavka krivičnog postupka – pretpostavka nevinosti prema kojoj se svako smatra nevinim sve dok se njegova krivica za krivično delo ne utvrdi pravnosnažnom odlukom suda.²⁴ Treće, prema *načelu supsidijarnosti* uslov za određivanje simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje jeste sledeći: 1) da se na drugi način ne mogu prikupiti dokazi za krivično gonjenje ili bi njihovo prikupljanje bilo znatno otežano i 2) da okolnosti slučaja ukazuju da se na drugi način krivično delo ne bi moglo otkriti, sprečiti ili dokazati ili bi to izazvalo nesrazmerne teškoće ili veliku opasnost.²⁵ Četvrto, u skladu s *principom sudskog nadzora* sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku (sudija za prethodni postupak) jeste jedini organ postupka koji kako određuje tako i vrši kontrolu zakonitosti primene simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje.²⁶ Osnovni razlog

²⁰ Željko Ninčić, „Specijalne istražne metode – odgovor savremenom kriminalu“, *Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta* (ur. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015, 401.

²¹ Darko Marinković, *Suzbijanje organizovanog kriminala: specijalne istražne metode*, Prometej, Novi Sad, 2010, 267.

²² Ž. Ninčić (2015), 400.

²³ Vid. čl. 1 ZKP-a.

²⁴ Vid. čl. 3 ZKP-a.

²⁵ Vid. čl. 161, st.1–2 ZKP-a.

²⁶ Ž. Ninčić (2015), 396.

zbog čega samo sud može da odredi primenu simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje je taj što je njeno sprovođenje nužno skopčano s bitnim ograničenjima zagwarantovanih prava građana Ustavom i međunarodnopravnim aktima.²⁷

Konačno, važno je ukazati na *načelo ograničenog vremenskog trajanja* prema kome se zaključenje simulovanih poslova prekida čim prestanu razlozi za njihovu primenu. U svakom slučaju, sprovođenje simulovanih poslova može trajati tri meseca, a zbog neophodnosti daljeg prikupljanja dokaza može se produžiti najviše za tri meseca, što ukazuje da prema *principu maksimalnog vremenskog trajanja* simulovani poslovi mogu biti određeni do šest meseci, s tim da ako je reč o krivičnim delima za koja je posebnim zakonom određeno da postupa javno tužilaštvo posebne nadležnosti zaključenje simulovanih poslova se može izuzetno produžiti još najviše dva puta u trajanju od po tri meseca (maksimalno do 12 meseci).²⁸ Iz svega navedenog proizlazi da primena simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje treba da bude krajnje selektivna, što se zasniva na dva osnovna razloga: 1) njenom primenom se ograničavaju Ustavom zagantovana ljudska prava; 2) masovna primena ove radnje bi dovela do pojave neekskluzivnosti što bi po logici stvari potencijalno doprinelo njenoj neefikasnosti u praksi.²⁹

4. SPROVOĐENJE SIMULOVANIH POSLOVA

Simulovani poslovi kao posebna dokazna radnja podrazumevaju prikrivenu operaciju, kojom se nastoji da se prikupe relevantni dokazi o kriminalnoj aktivnosti pojedinca ili kriminalnih grupa, angažovanjem ovlašćenog lica.³⁰ Kod primene ove radnje, ne postoje primalac i davalac mita u klasičnom smislu već se službeno lice pojavljuje kao jedan od učesnika u simulovanom odnosu, kao davalac ili korisnik usluga, čime se nastoje prikupiti dokazi za krivični postupak. U svakom slučaju, cilj simulovanog podmićivanja je uspostavljanje koruptivnog odnosa u kontrolisanim okolnostima radi zaticanja izvršioca na delu i/ili snimanja inkriminisane aktivnosti, čime se obezbeđuje ključni dokaz za krivično

²⁷ Milan Škulić, „Osnovna fenomenološka obeležja organizovanog kriminaliteta“, *Revija za bezbednost* 10/2008, 27.

²⁸ Čl. 175, st. 3 ZKP-a.

²⁹ Milan Škulić, „Posebne dokazne radnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku“, *Revija za bezbednost* 7/2008, 24.

³⁰ Željko Ninčić, „Simulovani poslovi kao specijalna istražna metoda i deo savremenog koncepta suprotstavljanja kriminalu“, *Policija i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, (ur. Biljana Simeunović Patić), Tara 2017, 113.

gonjenje.³¹ Iako se na prvi pogled čini da lica ovlašćena za sprovođenje ove posebne dokazne radnje preduzimaju ilegalne aktivnosti, to ipak nije tako, zbog čega se radnje koje vrše ne smatraju krivičnim delima.³²

4.1. Sadržina naredbe o sprovođenju simulovanih poslova i krug lica ovlašćenih za njeno izvršavanje

Naredbu o sprovođenju simulovanih poslova koja sadrži podatke o osumnjičenom, zakonski naziv krivičnog dela, razloge na kojima se zasniva sumnja, način sprovođenja, snimanje, dokumentovanje, obim i trajanje posebne dokazne radnje izvršava, po pravilu, ovlašćeno lice policije, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojnobezbednosne agencije, a ako to zahtevaju posebne okolnosti slučaja i drugo ovlašćeno lice.³³ Međutim, u praksi najviše dilema izaziva tumačenje ko sve može da bude *drugo ovlašćeno lice*. Dok jedan deo teorije ide u pravcu da to svakako ne može biti državni organ, dotle drugi deo teorije ukazuje da se ovde misli na ovlašćeno lice iz drugog domaćeg ili stranog organa, ustanove ili preduzeća.³⁴ U svakom slučaju, iz jezičkog i logičkog tumačenja odrednice drugo ovlašćeno lice jasno proizlazi da tu nije reč o nekom određenom licu iz državnog organa u smislu ovlašćenog lica policije, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojnobezbednosne agencije jer su ta lica zakonski izričito navedena. S druge strane, krug lica koja mogu da se podvedu pod pojam drugog ovlašćenog lica je zaista širok zbog čega se ne mogu ni taksativno nabrojati sva ta lica. Ipak, treba reći da to mogu biti, primera radi, strani državljanin u svojstvu prikrivenog islednika kada to zahtevaju posebne okolnosti slučaja, ili zaposleni u nekom pravnom licu (npr. ustanovi ili privrednom društvu) u svojstvu informatora itd. S tim u vezi, u teoriji se ističe da je uloga informatora u zaštiti društva od kriminala nužna i opravdana, naročito u onim njegovim segmentima koji spadaju u tzv. konsenzualni kriminal.³⁵ Slučaj iz sudske prakse K br. 37/16 u vezi s posebnom dokaznom radnjom simulovani poslovi specifičan je po tome što je, u postupku zbog krivičnog dela primanja mita iz čl. 367 Krivičnog zakonika (u daljem tekstu: KZ)³⁶,

³¹ Darko Marinković, Goran Bošković, „Criminal investigation of corruption and bribery cases“, *International Scientific Conference Archibald Reiss Days* (ed. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015, 51.

³² Elizabeth E. Joh, „Breaking The Law To Enforce It: Undercover Police Participation In Crime“, *Stanford Law Review* 1/2009, 157.

³³ Čl. 175, st. 2 i 176, st. 1 ZKP-a.

³⁴ Upor. Milan Škulić, *Osnovne novine u krivičnompravnom procesnom pravu Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta, Beograd 2013, 62 i G. P. Ilić *et al.*, 432.

³⁵ Darko Marinković, „Informatori kao kriminalističko-taktički institut“, *Bezbednost* 3/2007, 33.

³⁶ Krivični zakonik (*Službeni glasnik RS*, br. 85/05, 88/05 – ispr., 107/05 – ispr., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 i 94/16).

izvršeno simulovano davanje mita i to tako što je devizni novac predat zakupcu ugostiteljskog objekta radi zaključenja simulovanog posla, a da nije ni postavljeno pitanje da li kao ovlašćeno lice može biti angažovano bilo koje lice.³⁷ Drugim rečima, da li MUP može da prenese svoja ovlašćenja iz naredbe sudije za prethodni postupak na bilo koje treće lice. U odgovoru na ovo pitanje treba poći od jezičkog ali i teleološkog tumačenja zakonskih pravila za određivanje simulovanih poslova iz kojih proizlazi da bi u slučaju kada to opravdavaju posebne okolnosti slučaja policija morala da o angažovanju drugog ovlašćenog lica obavesti javnog tužioca, koji bi dalje tražio saglasnost za angažovanje takvog lica od sudije za prethodni postupak. Samo uz poštovanje navedene procedure omogućilo bi se adekvatno sprovođenje ove dokazne radnje. U prilog ovakvom shvatanju svedoči i odredba 504 j ZKP-a iz 2001. godine koja je dozvoljavala angažovanje drugog lica samo na osnovu podnetog predloga organa unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojnobezbednosne agencije, pri čemu je po procesnoj logici konačna odluka u pogledu određivanja konkretnog lica pripadala sudu, u to vreme istražnom sudiji.³⁸

U svakom slučaju, zakonom je propisano da ovlašćeno lice koje zaključuje simulovani posao ne čini krivično delo ako je radnja koju preduzima krivičnim zakonom predviđena kao radnja krivičnog dela. U najvećem broju slučajeva takva radnja će biti radnja dela koje je zakonom propisano kao krivično delo, ali to delo kada je preduzeto u vidu simulovanog posla kao posebne dokazne radnje neće biti krivično delo jer ne postoji protivpravnost.³⁹ U krivičnopravnom smislu, *ratio legis* isključenja protivpravnosti nalazi se u tome da umišljaj davaoca mita nije išao u pravcu da učini krivično delo davanja mita već da se dokaže krivično delo primanja mita učinjeno od strane lica koje je mito zahtevalo. Stoga bi trebalo imati u vidu da kada se simuluje bilo koji oblik krivičnog dela koje je komplementarno onda onaj oblik dela koji se simuluje ne predstavlja krivično delo jer nije protivpravan.⁴⁰ Ipak, u teoriji se može naići na mišljenje da bi sa stanovišta dokazne logike bilo znatno logičnije da se omogućava jedino simulovano davanje mita u odnosu na lice koje je mito prethodno zahtevalo, a ne i simulovano primanje mita jer takav oblik simulacije podrazumeva veći rizik od zabranjenog podstrekavanja na krivično delo ali isto tako, davanje mita je u kriminalno političkom smislu manje značajno.⁴¹

³⁷ Presuda Višeg suda u Valjevu K br. 37/16 od 18. 5.2017.

³⁸ ZKP iz 2001. godine, čl. 504j, (*Službeni list SRJ*, br. 70/01 i 68/02 i *Sl.uzbeni glasnik RS*, br. 58/04, 85/05, 115/05, 85/05 – dr. zakon, 49/07, 20/09 – dr. zakon i 72/09).

³⁹ M. Škulić (2015), 258.

⁴⁰ Milan Škulić, *Organizovani kriminalitet*, Službeni glasnik, Beograd 2015, 517.

⁴¹ Milan Škulić, „Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravno/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika“, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo* (ur. Đ.

4.2. Razgraničenje između provokacije i zabrane podstrekavanja ovlašćenog lica na izvršenje krivičnog dela

Iako ovlašćeno lice za sprovođenje simulovanih poslova koje zaključuje simulovani posao ne čini krivično delo, ako je radnja koju preduzima krivičnim zakonom predviđena kao radnja krivičnog dela, zabranjeno je i kažnjivo da ono podstrekava drugog na izvršenje krivičnog dela.⁴² Ovu odredbu treba razumeti tako da ovlašćenom licu nije dozvoljeno da u kontaktu sa osumnjičenim podstiče osumnjičenog da prema njemu učini radnju koja ima obeležja krivičnog dela (npr. da nudi mito osumnjičenom ili da traži da od njega kupi drogu). Ovlašćeno lice moglo bi samo da dovede sebe u okolnosti u kojima bi, na inicijativu osumnjičenog, simulovano učestvovalo u poslu.⁴³ Time što se zabranjuje podstrekavanje u okviru ove posebne dokazne radnje isključuje se mogućnost provociranja na krivično delo, odnosno postupanja u svojstvu agenta provokatora od strane lica koje službeno realizuje simulovani posao.⁴⁴ Razmatrajući problematiku dokazne prihvatljivosti provociranih krivičnih dela u svetlu standarda pravičnog procesa, uspostavljenog čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda Evropski sud za ljudska prava je u predmetu *Teixeira de Castro c/ Portugal* zauzeo sledeće stanovište: kada policijski službenici vrše uticaj koji je po prirodi takav da može da podstrekne okrivljenog da učini krivično delo, umesto da se ograniče samo na pasivno ispitivanje kriminalne aktivnosti, oni ne poštuju načelo pravičnog procesa. Akcenat je, dakle, na voljnom procesu koji je neposredno prethodio vršenju krivičnog dela i oceni da li je policijska aktivnost stvorila ili konkretizovala kod okrivljenog odluku o izvršenju krivičnog dela.⁴⁵ S tim u vezi, u istom predmetu portugalska vlada je istakla da se agentom provokatorom ne može smatrati ono lice koje podstiče na krivično delo nekoga kod koga je već stvorena čvrsta volja da takvo delo učini.⁴⁶ Pored toga, primera radi, Vrhovni sud Republike Hrvatske je u predmetu Kž 37/02–7 istakao da podstrekavanje postoji samo u slučaju ako bi ovlašćeno lice, pre nego što je osumnjičeni doneo odluku o izvršenju krivičnog dela, više puta preduzelo radnju izazivanja ili učvršćivanja odluke o izvršenju krivičnog dela.⁴⁷

Ignjatović), Beograd, 2014, 59.

⁴² Čl. 176 ZKP-a.

⁴³ Goran Ilić, Marina Matić Bošković, *Posebne dokazne radnje u odlukama Vrhovnog kasacionog suda i Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2015, 12–13.

⁴⁴ M. Škulić (2015), 259.

⁴⁵ Vid. više o tome Goran Ilić, „Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu*, broj 68/2005, 13.

⁴⁶ T. Vasiljević, M. Grubač, 1009.

⁴⁷ Presuda Vrhovnog suda Republike Hrvatske Kž 37/02–7 od 21. 2.2002.

Sušтина simulovanih poslova sadržana je u navođenju na zločin, čije ostvarenje treba da bude razlog za sankcionisanje njegovog izvršioca.⁴⁸ U primeni prikrivenih policijskih operacija koje sadrže određene elemente navođenja (provokacije) na krivično delo, može se zaključiti da postoje aktivna i pasivna provokacija. Aktivna provokacija podrazumeva direktno učešće predstavnika zakona u ostvarenju akta koji predstavlja nezakonito ponašanje. Uzimajući određenu kriminalnu ulogu on stupa u odnos sa osumnjičenim, pregovara o izvršenju delikta, konkretizuje prilike i okolnosti njegovog ostvarenja poput mesta i vremena preduzimanja, radnje i sredstava izvršenja i tsl. S druge strane, pasivna provokacija se sastoji u osmišljavanju i stvaranju takvih prilika i okolnosti, od strane predstavnika zakona, koje pogoduju izvršenju krivičnog dela, pri čemu oni sami ne uzimaju aktivno učešće u takvim operacijama. Pasivna provokacija na krivično delo može se realizovati na dva načina: prvi je da predstavnik zakona uzima ulogu žrtve ili neke druge osobe, koja će samom svojom pojavom privući na sebe učinioca delikta, a drugi je postavljanje pod nadzor određenih predmeta, stvari i objekata u takvo okruženje i ambijent u kome će biti primamljivi objekt napada, odnosno plen potencijalnih prestupnika.⁴⁹

Polazeći od činjenice da se i podstrekavanje i provokacija sastoje od radnji navođenja na izvršenje krivičnog dela postavlja se pitanje koji element predstavlja njihovu *differentia specifica*. Ključni element koji diferencira podstrekavanje od provokacije jeste (ne)postojanje umišljaja, odnosno svesti i volje s kojom podstrekač ili provokator preduzimaju svoje delatnosti. U prvom slučaju podstrekač želi ostvarenje krivičnog dela iz različitih motiva, a neretko on je i njegov idejni tvorac. S druge strane, agent provokator ne želi izvršenje krivičnog dela već svoju delatnost preduzima isključivo s ciljem započinjanja radnje izvršenja od strane provociranog i ulaska u kažnjivu zonu, a zatim njegovog hvatanja na delu i kažnjavanja.⁵⁰ Vrhovni kasacioni sud je u predmetu Kzz 66/11 istakao da „provociranje“ okrivljenog da izvrši radnju krivičnog dela ne isključuje postojanje krivičnog dela. Za odgovor na pitanje da li je delo za koje se okrivljeni goni krivično delo od značaja je šta je opisano u optužnom aktu i da li je okrivljeni svojim radnjama ostvario sva zakonska obeležja krivičnog dela u pitanju, odnosno da li postoji neki od osnova koji isključuju protivpravnost ili krivicu.⁵¹ U teoriji se pravi razlika između

⁴⁸ Ž. Ninčić (2017), 118.

⁴⁹ Darko Marinković, „Prikrivene operacije navođenja na krivično delo“, *Nauka–bezbednost–policija*, Policijska akademija, Beograd, br. 2–3, 2004, 160.

⁵⁰ Darko Marinković, „Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo“, *Bezbednost* 2/2005, 219–220. Vid. više o tome Joel Shafer, William J. Sheridan, „The Defence of Entrapment“, *Osgoode hall law journal*, 2/1970, 294–298.

⁵¹ Presuda Vrhovnog kasacionog suda Kzz 66/11 od 13.10.2011.

ova dva koncepta tako što se objašnjava da se radnje ovlašćenog lica ograničavaju na prikupljanje informacija potrebnih za krivično gonjenje, dok aktivnosti agenta provokatora podrazumevaju akte podsticanja na vršenje krivičnog dela.⁵²

Inače, podstrekavanje, u odsustvu zakonske definicije, teorija definiše kao oblik saučesništva kojim se umišljajno navodi *drugo lice* da izvrši krivično delo. Konkretnije, pojam podstrekavanja se određuje kao umišljajno izazivanje i učvršćivanje odluke kod podstreknutog da preduzme protivpravnu radnju kojom će se ostvariti obeležja bića nekog krivičnog dela.⁵³ Drugim rečima, radnja navođenja je usmerena na stvaranje ili učvršćivanje odluke izvršioca, kao podstreknutog, da izvrši krivično delo bez obzira da li se ona vrši od strane jednog ili više lica neposredno (sapidstrekavanje) ili preko trećeg lica (indirektno, posredno podstrekavanje). Dakle, svim navedenim licima je zabranjeno da podstrekavaju na izvršenje dela u kontekstu simulovanih radnji jer će u suprotnom odgovarati kao posredni podstrekači ili sapodstrekači. Odvojeno je pitanje da li podstrekač zna tačno koje lice će izvršiti krivično delo ili mu je samo poznat određen krug osoba iz kojeg će proizaći izvršilac. Međutim, podstrekavanje kao vid saučesništva ne dopušta potpunu nepredvidivost kruga potencijalnih adresata.⁵⁴ Stoga, polazeći od navedenog teorijskog određenja pojma podstrekavanja čini se da je nepotrebno posebno naglašavati da je zabranjeno da ovlašćeno lice podstrekava *drugog* jer je to ne samo pravilo već i krivičnopravno posmatrano jedina logički moguća situacija. S tim u vezi, u teoriji se naglašava da u krivičnopravnom smislu nije moguće podstrekavanje samog sebe na krivično delo.⁵⁵ Drugim rečima, podstrekavanje bez da se to čini u odnosu na neko drugo lice je *contradictio in adjecto*.

S druge strane, s obzirom na to da čl. 176 ZKP-a iz 2011. godine ne govori ništa o pomaganju, moglo bi se zaključiti primenom testa srazmernosti da ovlašćeno lice takvim postupanjem ne čini krivično delo jer je isključena protivpravnost.⁵⁶ Ovako shvaćena pomenuta odredba isključuje inicijalni doprinos ovlašćenog lica da dođe do izvršenja krivičnog dela. U tom smislu, treba uzeti u obzir da radnjom pomaganja ovlašćenog lica ono ne bi bilo smatrano saučesnikom u izvršenju krivičnog dela.⁵⁷

⁵² Lijana Stariene, „The Limits Of The Use Of Undercover Agents And The Right To A Fair Trial Under Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights“, *Jurisprudence* 3/2009, 267.

⁵³ Zoran Stojanović, *Krivično pravo opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2017, 263.

⁵⁴ Igor Vuković, „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/2016, 315–316.

⁵⁵ M. Škulić (2013), 63.

⁵⁶ G. Ilić, *et al.*, 432.

⁵⁷ G. Ilić, M. Matić Bošković, 13.

Naime, dok u slučaju podstrekavanja kod podstreknutog ne postoji odluka za izvršenje dela ili postoji ali ona nije definitivno doneta, pa se stvara ili učvršćuje, dotle kod pomaganja kod izvršioca postoji odluka da se izvrši krivično delo a pomagač doprinosi da se jednostavnije to delo izvrši, što je bitna razlika koja opravdava opredeljenje zakonodavca da s jedne strane zabrani ovlašćenom licu da podstrekava na izvršenje krivičnog dela a da s druge strane ne zabrani preduzimanje radnji pomaganja. Međutim, može predstavljati problem to što u praksi ponekad nije lako razlikovati psihičko pomaganje od podstrekavanja. Osnovni kriterijum se svodi na uticaj određenih radnji saučesnika u odnosu na volju izvršioca. Ukoliko su te radnje uticale na stvaranje volje kod izvršioca da izvrši krivično delo, ili su tu volju učvršćivale, a pri tom je saučesnik postupao s umišljajem, postojaće podstrekavanje. Ako je kod izvršioca već postojala čvrsta volja u pravcu izvršenja dela, onda se ne može raditi o podstrekavanju, već samo o psihičkom pomaganju, koje ipak ima određeni uticaj u pravcu učvršćenja volje kod izvršioca, ali ne na dominantan način kakav postoji kada se radi o podstrekavanju.⁵⁸

5. DOKAZNA VREDNOST ISKAZA OVLAŠĆENOG LICA KAO SVEDOKA

U okviru osnovnih odredaba o posebnim dokaznim radnjama ZKP iz 2011. godine propisuje u čl. 163, st. 3 da ako je pri njihovom preduzimanju postupljeno suprotno odredbama tog zakonika ili naredbi organa postupka, na prikupljenim podacima se ne može zasnivati sudska odluka. S druge strane, nije propisano kakva je dokazna vrednost iskaza ovlašćenog lica kada se ispituje kao svedok. Drugim rečima, otvoreno pitanje jeste da li se sudska presuda može ili ne može zasnivati isključivo ili u odlučujućoj meri na iskazu ovlašćenog lica, kako je to izričito propisano kod prikrivenog islednika kao posebne dokazne radnje. Čini se da u ovom slučaju treba primeniti analogiju sa odredbom 187, st. 3 ZKP-a iz 2011. godine i zauzeti stav da nije moguće da se sudska presuda zasniva samo na iskazu ovlašćenog lica već da mora biti potkrepljena i drugim dokazima. Ipak, radi izbegavanja pravne nesigurnosti najbolje bi bilo da se ova pravna praznina ispravi tako što bi se zakonski izričito inkorporisala takva zabrana i u odnosu na iskaz ovlašćenog lica kao svedoka. Ovo stoga što ukoliko se pojavi sumnja u pravnu valjanost prikupljenih materijala primenom simulovanih poslova pa to bude razlog za pozivanje ovlašćenog lica kao svedoka u krivičnom postupku, malo je realno da će on potvrditi anomalije prilikom prikupljanja dokaza. Stoga,

⁵⁸ Milan Škulić, „Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnompravnom smislu i saučesništva“, *Nauka–bezbednost–policija*, Policijska akademija, Beograd, 3/2014, 9.

u odsustvu čvrstih dokaza o tome da je pri preduzimanju simulovanih poslova postupljeno suprotno odredbama ZKP-a iz 2011. godine ili naredbi organa postupka, izlaz treba tražiti u izričitoj zakonskoj normi da se sudska odluka ne može zasnivati samo na iskazu ovlašćenog lica. Ovo je od posebne važnosti u slučajevima kada se u ulozi ovlašćenog lica za preduzimanje simulovanih radnji nalazi prikriveni islednik.

U prilog navedenom stavu jeste mišljenje Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: Sud) koji je u predmetu Grba protiv Hrvatske iz 2008. godine našao da je postojala povreda čl.6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda (u daljem tekstu: Konvencija) te da je postupcima pred domaćim sudovima povređeno pravo na pravično suđenje.⁵⁹ Naime, u ovom predmetu, podnosilac predstavke je osuđen zbog krivičnog dela falsifikovanje novca s obzirom na to da je falsifikovane novčanice prodao prikrivenim islednicima. Međutim, podnosilac predstavke se izjasnio da nije kriv za prodaju falsifikovanih novčanica jer je smatrao da je podstreknut na to od strane prikrivenih islednika. U toku postupka je na osnovu uvida u audio snimke telefonskih razgovora utvrđeno da je postojala komunikacija između prikrivenih islednika i podnosioca predstavke a svrha komunikacije bila je organizovanje sastanka kako bi se izvršila simulovana kupovina. Nijedan dokaz nije sugerisao da su prikriveni islednici podsticali podnosioca predstavke da izvrši krivično delo u smislu da su mu ponudili neku nagradu ili mu nudili poklone ili tsl. Dalje, činjenica da je prikriveni islednik prvo kontaktirao optuženog a da mu nije rekao razlog za kontakt ne može se smatrati radnjom podstrekavanja, već je to bila taktička akcija usmerena na zasnivanje poverenja kod osumnjičenog za prodaju falsifikovanih novčanica. Konačno i Vrhovni sud Hrvatske je konstatovao da u radnjama prikrivenih islednika nije postojalo podstrekavanje.

Prvo pitanje koje je Sud razmatrao je da li su prikriveni islednici ostali u granicama „suštinskog pasivnog ponašanja“ ili su ih prevazišli, postupajući kao agenti provokatori. Sud je zauzeo stav da ne smatra da je kontakt i sastanak između podnosioca predstavke i prikrivenog islednika predstavljao podstrek podnosiocu predstavke da proda falsifikovane novčanice, s obzirom na to da je podnosilac predstavke voljno dao prikrivenom isledniku novčanicu od 100 evra što ukazuje da nisu postojale indicije da je ponašanje policije odlučujući faktor u izvršenju krivičnog dela. Sud napominje da nisu postojali konkretni dokazi o tome ko je, nakon prvog sastanka, preuzeo inicijativu u organizovanju daljih sastanaka između podnosioca predstavke i prikrivenih agenata. Dalje, Sud napominje da istražni sudija nije adekvatno nadgledao zahtev policije za proširenjem trajanja simulovane kupovine tražeći dokumentaciju, snimke

⁵⁹ Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003.

i druge podatke koji bi opravdali tvrdnju policije da je potreban dodatni tajni rad na identifikaciji i hapšenju onih koji su uključeni u falsifikovanje novčanica. Takođe je indikativno u ovom kontekstu da podnosilac predstavke nije optužen ili osuđen za prodaju falsifikovanih novčanica bilo kome osim prikrivenim islednicima.

S druge strane, u kontekstu dokazne vrednosti iskaza ovlašćenog lica kao svedoka, Sud je istakao da je bilo neophodno ispitati i druge svedoke koji bi mogli dati iskaz o postojanju podstrekavanja i koji bi unakrsno bili ispitani od strane odbrane. Stoga, Sud zaključuje da domaći sudovi nisu ispunili svoju obavezu da efikasno ispituju podnesak podnosioca predstavke u vezi sa višestrukim ilegalnim transakcijama falsifikovanih novčanica, kako se zahteva na osnovu čl. 6, st. 1 Konvencije. Konačno, to ne znači da je okrivljeni u konkretnom slučaju pogrešno osuđen za prodaju falsifikovanih novčanica, već da domaći sudovi nisu uspeali utvrditi da li je njegovim učešćem u naknadnim ilegalnim transakcijama produžen obim njegove kriminalne delatnosti kao rezultat nepravilnog ponašanja organa vlasti.⁶⁰ U svakom slučaju može se zaključiti, da bi suđenje bilo pravično, u smislu čl. 6 Konvencije, potrebno je da raspoloživi dokazi isključuju postojanje podstrekavanja, a ne samo iskaz ovlašćenog lica. Dakle, u odsustvu drugih dokaza, zadatak sudskih vlasti je da ispituju činjenice slučaja i da preduzmu neophodne korake radi utvrđivanja istine da li je bilo podstrekavanja ili ne.⁶¹

6. ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Iako se na prvi pogled čini da nema potrebe za nekim suštinskim izmenama i dopunama zakonskog rešenja u pogledu simulovanih poslova kao posebne dokazne radnje dublja analiza je pokazala da ipak postoji prostor za davanje predloga *de lege ferenda* karaktera. U tom smislu, najpre, počevši od neadekvatnog i, u smislu krivičnog procesnog prava, logički pogrešnog termina simulovani *poslovi*, naziv ove posebne dokazne radnje treba promeniti u *simulovane radnje*. Naime, analiza sprovedena u ovom radu pokazala je da postoji više od jednog opravdanog razloga za ovakav predlog. Prvo, naziv simulovani poslovi unosi zabunu svima koji tumače ovu posebnu dokaznu radnju budući da stvara utisak da je ovde reč o nekakvim građanskopravnim poslovima koji se simuliraju, pri čemu se zaboravlja da simulovanost podrazumeva obostrano postojanje svesti i volje dve strane da pod velom prividnog zaključenja jednog

⁶⁰ ECHR Case of Grba Vs Croatia, Application No. 47074/12.

⁶¹ Toon Moonen, „Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *International Law Review Online Companion*, 9/2010, 133.

prikriju postojanje stvarno zaključenog posla. Nasuprot tome, kada se reč o pravnoj prirodi ove posebne dokazne radnje tu ne postoji simulovanost „dve strane“, već samo jedne, budući da kada se simuluje davanje mita to se čini da bi se dokazalo krivično delo primanja mita, što naravno važi i u obrnutom smeru. Drugo, u prilog tome da ne postoji nikakav posao svedoči i to da ne postoji saglasna izjava volja o bitnim elementima ugovora, kako se to shvata u građanskom pravu, već radnja simulovanog davanja ili primanja mita radi otkrivanja i dokazivanja komplementarnog krivičnog dela, što znači da se putem simulovanog izvršenja jednog od njih otkriva i dokazuje drugo, budući da delo koje se simuluje, zbog nepostojanja protivpravnosti, ne predstavlja krivično delo. Konačno, i sam zakonodavac u čl. 176, st. 2 ZKP-a precizira da je ovde reč o preduzimanju *radnje* od strane ovlašćenog lica a ne posla.

Zatim, u kontekstu predloženog naziva ove posebne dokazne radnje potrebno je i naziv same naredbe promeniti u *naredbu o preduzimanju simulovanih radnji*. S tim u vezi, kada je reč o krugu radnji koje u okviru naredbe o preduzimanju simulovanih radnji sud u odgovarajućem funkcionalnom obliku (sudija za prethodni postupak) može da odredi trebalo bi preispitati *de lege lata* zakonsko rešenje koje predviđa dve mogućnosti: 1) simulovana kupovina, prodaja ili pružanje poslovnih usluga, odnosno 2) simulovano davanje ili primanje mita. U pogledu simulovane kupovine i prodaje budući da se tu misli na pre svega trgovinu drogama, oružjem i ljudima, odnosno krijumčarenje robe i ljudi i njima srodna krivična dela, radi sigurnosti je korisno precizirati da je tu reč o simulovanim radnjama kupovine ili prodaje predmeta odnosno lica. Dalje, imajući u vidu da u skladu sa restriktivnim shvatanjem, pružanje simulovanih poslovnih usluga podrazumeva simulovano primanje i davanje mita dakle radnje koje su već zakonski izdvojene čini se da bi najbolje rešenje bilo ono koje bi podrazumevalo izostavljanje ove odrednice. U tom smislu, zamenu bi trebalo tražiti u radnjama simulovane registracije pravnih lica ili korišćenja postojećih pravnih lica radi prikupljanja podataka. Na taj način ne samo da bi se odustalo od sporne formulacije poslovne usluge koja kao i odrednica pravni poslovi dovodi do stvaranja zabune u primeni, već bi predloženom izmenom pojam simulovanih usluga obuhvatao upravo one radnje koje odgovaraju njegovoj suštini. Dakle, *de lege ferenda* treba da se precizira da pod obim simulovanih radnji spadaju radnje: 1) *simulovane kupovine i prodaje predmeta i/ili lica*, odnosno 2) *simulovano davanje ili primanje mita* i 3) *simulovane registracije pravnih lica ili korišćenja postojećih pravnih lica radi prikupljanja podataka potrebnih za krivično gonjenje, odnosno otkrivanje i dokazivanje krivičnih dela u odnosu na koja se primenjuju simulovani poslovi*.

Takođe, kada je reč o krugu lica koja su ovlašćena za izvršavanje posebne dokazne radnje simulovani poslovi, odrednicu *drugo ovlašćeno lice* treba tumačiti tako da se ona ne odnosi na nekog subjekta iz državnih organa koji su eksplicitno navedeni: policija, Bezbednosno-informativna agencija ili Vojnobezbednosna agencija. Naprotiv, tu odrednicu treba tumačiti ekstenzivno i shvatiti da pod nju potpada svako lice koje na sprovođenje simulovanih radnji sudija za prethodni postupak. U tom smislu, drugo ovlašćeno lice može biti primera radi strani državljanin pripadnik policijskih ili bezbednosnih službi, ali i svaki domaći državljanin koji ne poseduje status ovlašćenog lica policije, odnosno bezbednosnih agencija. Jedini uslov jeste da konačnu odluku o određivanju konkretnog „drugog lica“ ima sudija za prethodni postupak. Dakle, radi izbegavanja različitih tumačenja, a sve s ciljem težnje za postizanjem pravne sigurnosti u primeni, postojeći čl. 176, st. 1 ZKP-a koji se tiče subjekata koji su ovlašćeni da izvršavaju simulovane radnje treba dopuniti tako da on glasi: naredbu o sprovođenju simulovanih radnji izvršava, po pravilu, ovlašćeno lice policije, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojnobezbednosne agencije, *a ako to zahtevaju posebne okolnosti slučaja i drugo ovlašćeno lice koje na predlog javnog tužioca, a po prijemu obaveštenja od organa unutrašnjih poslova, Bezbednosno-informativne agencije ili Vojnobezbednosne agencije, odredi sudija za prethodni postupak.*

Iako je *ratio legis* odredbe koja se tiče zabrane podstrekavanja na izvršenje krivičnog dela jasan, budući da se njome želi izbeći bilo kakva mogućnost angažovanja agenta provokatora, može se primetiti da čl. 176, st. 3 nije s legislativno tehničke strane adekvatno formulisan, s obzirom na to da sadrži izvesne kontradiktornosti, a obiluje i propisivanjem notornih činjenica, zbog čega je neophodno ovu normu osloboditi nepotrebnih viškova oblikujući je na način da može da ostvari punu i adekvatnu primenu u praksi. U tom smislu, najpre treba iz odredbe čl. 176, st. 3 ZKP-a izostaviti odrednicu da je podstrekavanje kažnjivo jer ako se kaže da je radnja podstrekavanja zabranjena onda je sasvim jasno da se za nju kažnjava, a tim pre to proizlazi i iz opšte odredbe KZ, čl. 34. Dodatno, zakonodavac ide korak dalje i nepotrebno naglašava da je zabranjeno podstrekavati *drugog*. Ovde se možemo zapitati da li to postoji neka vrsta podstrekavanja *samog sebe* koju domaća ali i uporedna krivičnopravna teorija još uvek ne prepoznaje ili je formulacija zabranjeno je podstrekavanje drugog iz čl. 176, st. 3 ZKP-a preuzeta iz KZ koji se u čl. 34 služi rečima *ko drugog s umišljajem podstrekne*. Iako se može naći opravdanje zbog čega je u KZ kao *lex generalis* upotrebljena formulacija *ko drugog*, budući da se time želelo da se napravi razlika između podstrekača koji preduzima radnje navođenja i podstreknutog kao drugog lica kod koga se stvara ili učvršćuje odluka u vezi sa izvršenjem krivičnog dela, čini se da je suvišno

to naglašavati u ZKP-u. Iz svega navedenog odredba 176, stav 3 ZKP-a koja je bila predmet razmatranja nakon predloženih izmena treba da glasi: *zabranjeno je da ovlašćeno lice za sprovođenje simulovanih radnji podstrekava na izvršenje krivičnog dela.*

Konačno, imajući u vidu neprocenjiv značaj preduzimanja simulovanih radnji u otkrivanju i dokazivanju krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela neophodno je *de lege ferenda* izmeniti i dopuniti zakonska pravila koja se odnose na ovu posebnu dokaznu radnju u skladu s predloženim rešenjima iznetim u ovom radu jer ne treba zaboraviti da pravilna primena zakona zavisi pre svega od kvaliteta i preciznosti zakonskog teksta. Pored toga, budući da reaktivno postupanje nadležnih organa u borbi protiv krivičnih dela organizovanog kriminala, korupcije i drugih teških krivičnih dela ne pruža garancije za njihovo delotvorno suzbijanje, radi šire primene ove posebne dokazne radnje u praksi, zadatak policije i javnih tužilaštava treba da bude unapređenje proaktivnog pristupa.

LITERATURA (REFERENCES)

- Abadinsky, H., *Organized crime*, Belmont, USA 2012.
- Bejatović, S. et al., *Priručnik za primenu Zakonika o krivičnom postupku*, Misija OEBS u Srbiji, Beograd 2013.
- Bošković, G., Dmitrašinović, S., „Primena indicijalnog metoda u dokazivanju krivičnih dela organizovanog kriminaliteta“, *Suprotstavljanje savremenom organizovanom kriminalitetu i terorizmu* (ur. S. Mijalković, D. Subošić, Z. Vukašinović-Radojičić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2011.
- Bošković, M., *Kriminalistička metodika 1*, Policijska akademija, Beograd 1998.
- Bošković, M., *Kriminalistička metodika 2*, Policijska akademija, Beograd 2000.
- Gluščić, S., „Posebne dokazne radnje“, *Policija i sigurnost* 3/2012.
- Ilić, G., Bošković, M. M., *Posebne dokazne radnje u odlukama Vrhovnog kasacionog suda i Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd 2015.
- Ilić, G., „Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi“, *Bilten Okružnog suda u Beogradu* 68/2005.
- Ilić, G., „Krivičnoprocesni aspekti korupcije“, *Korupcija osnovni pojmovi i mehanizmi za borbu* (ur. Goran Ilić), Beograd 2007.
- Ilić, G., et al., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, 2013.

- Joh E. E., „Breaking the law to enforce it: undercover police participation in crime“, *Stanford Law Review* 1/2009.
- Marinković, D., „Prikrivene operacije navođenja na krivično delo“, *Nauka–bezbednost–policija*, Policijska akademija, Beograd, br. 2–3, 2004.
- Marinković, D., „Teorijski i praktični aspekti provokacije na krivično delo“, *Bezbednost* 2/2005.
- Marinković, D., „Informatori kao kriminalističko-taktički institut“, *Bezbednost* 3/2007.
- Marinković, D., *Suzbijanje organizovanog kriminala: specijalne istražne metode*, Prometej, Novi Sad, 2010.
- Marinkovic, D., Boskovic, G., „Criminal investigation of corruption and bribery cases“, *International Scientific Conference Archibald Reiss Days* (ed. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015.
- Moonen, T., „Special Investigation Techniques, Data Processing and Privacy Protection in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights“, *International Law Review Online Companion* 9/2010.
- Ninčić, Ž., „Specijalne istražne metode – odgovor savremenom kriminalu“, *Suprotstavljanje savremenim oblicima kriminaliteta* (ur. Dragana Kolarić), Kriminalističko-policijska akademija, Beograd 2015.
- Ninčić, Ž., Simulovani poslovi kao specijalna istražna metoda i deo savremenog koncepta suprotstavljanja kriminalu (ur. Biljana Simunović Patić), *Policijska i pravosudni organi kao garanti slobode i bezbednosti u pravnoj državi*, Tara 2017.
- Shafer, J., Sheridan, J.W., „The Defence of Entrapment“, *Osgoode hall law journal* 2/1970.
- Simonović, B., „Osnovi sumnje u predistražnom i istražnom postupku“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 2–3/2011.
- Stariene, L., „The Limits Of The Use Of Undercover Agents And The Right To A Fair Trial Under Article 6(1) Of The European Convention On Human Rights“, *Jurisprudence* 3/2009.
- Stojanović, Z., *Krivično pravo opšti deo*, Pravna knjiga, Beograd 2017.
- Škulić, M., „Posebne dokazne radnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku“, *Revija za bezbednost* 7/2008.
- Škulić, M., „Osnovna fenomenološka obeležja organizovanog kriminaliteta“, *Revija za bezbednost* 10/2008.
- Škulić, M., „Posebne dokazne radnje kao metod suzbijanja organizovanog kriminaliteta“ (ur. Mile Matijević), *Korupcija i pranje novca (uzroci, otkrivanje i prevencija)*, Sarajevo 2009.

- Škulić, M., „Specijalne istražne tehnike u funkciji suzbijanja organizovanog kriminaliteta“, *Društveni aspekti organizovanog kriminala* (ur. Aleksandar Fatić, Božidar Banović), Beograd 2011.
- Škulić, M., *Osnovne novine u krivičnom pravu Srbije*, Pravni fakultet Univerziteta, Beograd 2013.
- Škulić, M., „Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravno/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika“, *Kaznena reakcija u Srbiji IV deo* (ur. Đorđe Ignjatović), Beograd 2014.
- Škulić, M., „Odnos organizovanog kriminaliteta u krivičnom pravu smislu i saučesništva“, *Nauka–bezbednost–policija*, Policijska akademija, Beograd, 3/2014.
- Škulić, M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2015.
- Škulić, M., *Organizovani kriminalitet*, Službeni glasnik, Beograd 2015.
- Vasiljević, T., Grubač, M., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2011.
- Vervaele, A. E. J., „Special procedural measures and the protection of human rights“, *Utrecht Law Review*, 2/2009.
- Vuković, I., „Podstrekavanje i javno pozivanje na vršenje krivičnog dela“, *Revija za kriminologiju i krivično pravo* 3/2016.

Nikola Paunović, LL.M.

PhD candidate

University of Belgrade, Faculty of Law

SIMULATED DEALS AS A SPECIAL EVIDENTIARY ACTION IN THE SERBIAN LAW OF CRIMINAL PROCEDURE – LEGAL SOLUTION AND SOME CONTROVERSIAL ISSUES

Summary

Starting from the covert manifestation of organized crime offenses, the subject of analysis was special evidentiary action – simulated deals. The author, firstly, deals with the terminological inappropriateness of this term which creates confusion in applying, bearing in mind that concerning simulated deals is not a matter of deals in terms of civil law. Furthermore, the conditions for carrying out the simulated deal are considered, with a review of the special basis for the exclusion of the unlawfulness of the authorized person. Particular attention has been paid to delineation

between provocation and the prohibition for an authorized person to incite another to commit a criminal offense. Finally, the probative value of the testimony of an authorized person as a witness is analyzed summarily. The author concludes that there is a space for making proposals *de lege ferenda* with the aim of the normative adjustment of simulated deals to its *ratio legis*.

Key words: *Simulated deals. – Simulated acts. – Special evidentiary actions. – Provocation. – Instigation.*

Article history:

Received: 29. 5. 2018.

Accepted: 10. 9. 2018.