

*Marija Ljubinković**

Student doktorskih studija na Kriminalističko-policijskom univerzitetu
ORCID: 0000-0002-4410-6953

ANGAŽOVANJE I POSTUPANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA Etički izazovi pravnih rešenja**

SAŽETAK: Iskušenje dokazivanju krivičnih dela 21. veka mnogome predstavlja konstantno napredovanje i usavršavanje metoda i načina delovanja izvršilaca, što je posebno karakteristično za najteže oblike kriminaliteta koji ugrožavaju bezbednost države, a i svih njenih građana. Stoga se javlja i potreba za specifičnim načinima delovanja države kako u prevenciji ovih krivičnih dela, tako i u njihovoj represiji. Njima je obuhvaćeno korišćenje posebnih dokaznih radnji predviđenih zakonom, a kao najkompleksnija od istih u srpskom zakonodavstvu prisutna je radnja angažovanja prikrivenog islednika. Ključna odlika postupanja prikrivenog islednika sadržana je u okviru čl. 185. st. 4. ZKP RS, a podrazumeva da je zabranjeno i kažnjivo da prikriveni islednik podstrekava na izvršenje krivičnog dela. Ipak, druga zakonodavstva, kakvo je zakonodavstvo SAD-a, poznaju i institut agenta provokatora. Pitanje koje se nameće odnosi se na etičnost, ali i efikasnost različitih zakonskih rešenja, a cilj istraživanja jeste svojevrsno naučno objašnjenje odnosa jednog i drugog zakonskog rešenja prema etičnosti uopšte, ali i prema brojnim pravnim institutima koji mogu doći u opasnost pri provokaciji na izvršenje krivičnog dela. Pri sprovođenju ovog istraživanja je, pored analitičko-sintetičkih i induktivno-deduktivnih metoda, važno

* m.ljubinkovic@yahoo.com

** Rad je primljen 1. 10. 2020, izmenjena verzija rada dostavljena je 9. 11. 2020, rad je prihvaćen za objavljivanje 18. 11. 2020. godine.

mesto zauzima i statistički metod jer je za sprovođenje istraživanja korišćen kratak anketni upitnik primenjen na ispitanom telu od 82 nasumična ispitanika.

Ključne reči: prikriveni islednik, agent provokator, posebne dokazne radnje, etika, komparativno zakonodavstvo, moralna odgovornost, pravna odgovornost

UVOD

Konstantna saradnja između zakonodavne i izvršne vlasti, ustrojena ka unapređenju zakonskih rešenja i praktičnih mogućnosti odgovora na savremene vidove kriminaliteta, ispostavlja se kao nužnost. Upravo iz tog razloga protekle godine obeležene su sve većom primenom posebnih dokaznih radnji koje postaju praktično jedini način efektivne borbe protiv organizovanog kriminaliteta, terorizma, korupcije. Među posebnim dokaznim radnjama prisutnim u većini zakonodavstava, dakako i u srpskom, posebno valja izdvojiti angažovanje prikrivenog islednika. U istorijskom smislu,

„...počeci policijske infiltracije vezuju se za ime francuskog detektiva Eugena Vidoka (1775–1857), koji je u periodu od 1810. do 1827. vodio Odeljenje za krivične istrage tajne policije Pariza“¹.

Drugim rečima, radi se o principu delovanja koji ima dugu tradiciju na osnovu čega je moguće zaključiti i da je u pitanju visokoefektivna metoda dokazivanja teških krivičnih dela.

Sve posebne dokazne radnje, a prikriveni islednik pogotovo, jesu za-pravo načini delovanja države koji se moraju definisati odveć precizno i restriktivno, s obzirom na to da je reč o postupanjima koja zadiru u brojna zaštićena prava i slobode građana. Naime, delovanje prikrivenog islednika može prouzrokovati i brojne etičke nedoumice koje su dakako dodatno relevantne imajući u vidu kontekst današnjice. Ta relevantnost odnosi se na odveć konkretan društveno-istorijski trenutak u kom se navedeni problem sagledava, a to je doba postmodernizma, Liotarovski rečeno *postmodernost stanje*.² Reč je o veoma specifičnom dobu u kom se „kao osnovni stav postmodernista izdvojio skepticizam prema bilo kojem uopštenom, totalizujućem objašnjenju“³, pri

¹ Ninčić, Ž. (2010). U: Delibašić, V. (2016). „Prikriveni islednik“, *Nauka, bezbednost, policija*. 15 (1), 81–99.

² Videti u: Liotar, Ž-F. (1988). *Postmodernost stanje*. Novi Sad: Bratstvo-jedinstvo.

³ Batler, K. (2012). *Postmodernizam – sasvim kratak uvod*. Beograd: Službeni glasnik, 25.

čemu se *objašnjenje* odnosi na praktično svaku istinu. Drugim rečima, ljudska civilizacija doživela je potpuni krah bilo kog vida ne samo gnoseološke, već i ontološke sigurnosti i jasnosti, odnosno, istina je postala relativna kategorija. Upravo iz tog razloga, Derida se, kao jedan od svakako najjemenitnijih mislilaca postmodernog doba, u većem delu svog proznog opusa bavi etikom, odnosno „problemom ispravne akcije u svetu bez utemeljujućih istina koje bi mogle da čine osnovu za izbor“⁴.

Opšta klima je, dakle, odveć nepovoljna kada je u pitanju pokušaj davanja *konačnog suda* o ma čemu, te tako i o ispravnom delovanju prikrivenih islednika s obzirom na to da bi se pri govoru o prekoračenju zakonskih ovlašćenja prikrivenog islednika iziskivao *konačni sud* o ideji *stvaranja* ili *učvršćivanja* volje drugog lica da izvrši krivično delo. Uprkos sasvim jasnoj zakonskoj regulativi koja iznosi eksplicitnu zabranu provokacije na izvršenje krivičnog dela od strane prikrivenog islednika, problematičnom se ispostavlja sama ideja nedvosmislenog dokazivanja takve vrste provokacije. Problem dodatno produbljuje i činjenica da neka druga zakonodavstva, poput američkog, u zakonskom smislu afirmišu ideju *agenta provokatora* nudeći unekoliko drugačije rešenje. Upravo ta distinkcija, kao i težnja za analizom pomenutih faktora koji dokazuju postojanje provokacije, predstavljaće polaznu osnovu daljeg teksta.

PRAVNI OKVIR ZA ANGAŽOVANJE I POSTUPANJE PRIKRIVENOG ISLEDNIKA I AGENTA PROVOKATORA

Za ovaj rad suštinska je odredba iz čl. 185, st. 4. Zakonika o krivičnom postupku Republike Srbije⁵ (u daljem tekstu ZKP RS) po kojoj je zabranjeno da prikriveni islednik tokom svog angažovanja provocira osumnjičenog na izvršenje nekog krivičnog dela. Naime,

„...ukoliko bi prikriveni islednik podsticao lice na izvršenje krivičnog dela, morao bi da krivično odgovara bez obzira na svoj status, jer je prekoračio ovlašćenja i prekršio izričitu zakonsku zabranu“⁶.

⁴ Belsi, K. (2010). *Poststrukturalizam – sasvim kratak uvod*. Beograd: Službeni glasnik, 91–92.

⁵ Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. i 35/2019.

⁶ Bošković, G. (2017). *Organizovani kriminal*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija, 258.

Konkretno

„...podstrekavanje bi postojalo ako bi prikriveni islednik verbalnom ili nekom drugom radnjom kod pripadnika kriminalne grupe stvorio ili učvrstio odluku da izvrši krivično delo“⁷, a

„...ako bi prikriveni islednik suprotno zakonskoj zabrani podstrekavao neko lice na vršenje krivičnog dela (...), njegova odgovornost bi se tada zasnivala na opštim pravilima krivičnog prava (čl. 34. KZ)⁸, a njegova uloga u krivičnom delu bi postojala u dva oblika: 1) mogao bi da odgovara kao izvršilac određenog krivičnog dela u situaciji kada samo po sebi podstrekavanje predstavlja posebno krivično delo, odnosno kada je njegova radnja podstrekavanja istovremeno radnja izvršenja određenog dela; 2) mogao bi da odgovara kao podstrekač i to u dva modaliteta: a) ako je delo na koje je podstrekavao izvršeno i b) ukoliko delo na koje je podstrekavao nije ni pokušano, a radi se o krivičnom delu čiji je pokušaj po zakonu kažnjiv, kad bi se kaznio kao za pokušaj krivičnog dela (čl. 34, st. 2. KZ)“⁹.

Takvo delovanje prikrivenog islednika, međutim, ne predstavlja pravno nepoznatu kategoriju. Naprotiv, u nekim državama, prevashodno u SAD, prisutan je institut *agenta provokatora*. Ovaj institut, dakako, ne podrazumeva potpunu slobodu u delovanju dotičnog vida prikrivenog islednika po principu „cilj ne bira sredstva“. Jedini problem jeste u tome što pravila koja ga definišu nisu dovoljno nedvosmislena te su moguće različite zloupotrebe. Američka krivičnopravna literatura

„...konstatuje da je policajcima dopuštena mogućnost da podstiču određenu osobu da učini krivično delo, onda kada je ona već za to na odgovarajući način predisponirana, ali je njima zabranjena „proizvodnja“ krivičnog dela, tako što bi implementirali „kriminalne ideje“ u „potpuno nedužnu volju“. Ako bi optužba dokazala da je osumnjičeni (optuženi) već ranije bio „spreman“ da u određenim okolnostima učini krivično delo (prilikom takvog dokazivanja važna je činjenica i da li se radi o recidivisti ili osobi koja je prvi put „u sukobu sa zakonom“), tada se takva odbrana ne prihvata“¹⁰.

⁷ Ilić, G., Matić Bošković, M. (2015). *Posebne mere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pregled iz pravosuđa*. Beograd: Beogradski centar za bezbednosnu politiku, 17.

⁸ Krivični zakonik, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005 – ispr. 107/2005 – ispr. 72/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. i 35/2019.

⁹ Škuljić, M. (2018). *Organizovani kriminalitet*. Beograd: Službeni glasnik, 597.

¹⁰ *Ibid.*, 594.

ETIČKI IZAZOVI PRAVNIH REŠENJA – KOMPARATIVNI PRISTUP

Posebne dokazne radnje,

„...koje se primenjuju u borbi protiv organizovanog kriminala, nužno su ekskluzivnog karaktera i nikada ne dolazi u obzir njihova široka primena, jer bi to ne samo dovelo u pitanje njihov izuzetan karakter i učinilo ih manje efikasnim, već bi se svelo na neopravdano ograničavanje određenih prava i sloboda. Baš zbog toga, princip racionalne i celishodne upotrebe posebnih dokaznih radnji od najvećeg je značaja jer one, iako predstavljaju moćno oružje u suzbijanju organizovanog kriminala, ako se preterano koriste, mogu da budu izrazito štetne po stabilnost pravnog sistema. Država bi zato morala da spreči preterano širenje upotrebe posebnih dokaznih radnji u praksi, jer se ne sme zaboraviti uvek aktuelno pitanje – ko će nas čuvati od čuvara“¹¹?

Upravo takav način razmišljanja može navesti na brojne vidove etičkog razmatranja pravnih rešenja.

Ukoliko se u vidu imaju stavovi Evropskog suda za ljudska prava (u daljem tekstu: ESLJP) o adekvatnom postupanju prikrivenog islednika, u vidu treba imati da osim namere okrivljenog, prisutne pre dodira sa prikrivenim islednikom, ESLJP – u predmetu *Veselov and others v. Russia*¹² – ukazuje i na neke druge kriterijume za prihvatljivost dokaza koji su nastali kao posledica aktivnosti prikrivenog islednika. Kao prvo, nije prihvatljivo korišćenje dokaza pribavljenih podsticanjem na izvršenje krivičnog dela, jer se „ne može opravdati javnim interesom“.¹³ Drugo, vlasti bi morale da poseduju

„...konkretno i objektivne dokaze, koji ukazuju na to da su već bili preduzeti početni koraci radi izvršenja radnji koje predstavljaju krivično delo, a za koje je podnosilac predstavlja potom i sudski gonjen“.¹⁴

Treće, svaka tajna operacija mora biti usklađena sa zahtevom da se istraga odvija suštinski pasivno.¹⁵ Četvrto, u situaciji kada

„...vlasti tvrde da su postupale na osnovu informacije dobijene od nekog pojedinca, građanina, ESLJP pravi razliku između pojedinačnih pritužbi i informacije koja je dobijena od policijskog saradnika ili doušnika. Ukoliko je reč o ovom drugom slučaju, postoji značajna opasnost da takav doušnik ili saradnik pokuša da proširi svoju ulogu na ulogu agenta provokatora, pa je

¹¹ Delibašić, V. (2016). „Prikriveni islednik“. *Nauka, bezbednost, policija*, 15 (1), 82.

¹² *Veselov and others v. Russia*, (App. nos. 23200/10, 24009/07. and 556/10).

¹³ *Ibid.* Para. 89.

¹⁴ *Ibid.* Para. 90.

¹⁵ *Ibid.* Para. 92.

zato u svakom slučaju od presudne važnosti da se utvrdi da li je krivično delo u trenutku kada je izvor počeo da saraduje sa policijom već bilo u pripremi¹⁶.

Na kraju, neophodno je da domaćim pravom bude utvrđen jasan i predvidiv postupak za izdavanje ovlašćenja za preduzimanje tajnih operacija i za nadzor nad tim operacijama, kao i da svako isticanje odbrane da je u konkretnom slučaju bila postavljena *zamka* sudovi ispitaju na način koji je „usaglašen sa pravom na pravično suđenje“.¹⁷

Moguće je, dakle, primetiti da sve odredbe koje ESLJP iznosi kao nužne za delovanje prikrivenog islednika koje je usklađeno sa poštovanjem osnovnih prava i sloboda u najvećoj mogućoj meri, podrazumevaju i nužnost etički ispravnog delovanja. Takvo se delovanje u specifičnoj situaciji, kakva je pokušaj prikupljanja dokaznog materijala radi procesuiranja lica osumnjičenih za najteža krivična dela, ispostavlja odveć kompleksnim. Stoga, taksativno će se izneti mogući izvori etičkih nedoumica i to kako za institut prikrivenog islednika, tako i kroz komparaciju u odnosu na agenta provokatora, a kroz govor o *relativizaciji granice između prikrivenog islednika i okrivljenog saradnika*; potom *nameri i odgovornosti prikrivenog islednika i nameri i odgovornosti agenta provokatora*, zatim *mogućnostima korišćenja dokaznog materijala proisteklog iz angažovanja prikrivenog islednika*, te *mogućim zloupotrebama, pravu na pravično suđenje* i, konačno, o doktrini *hvatanja u zamku*.

Relativizacija granice između prikrivenog islednika i okrivljenog saradnika

Ukoliko bi bilo dozvoljeno delovanje prikrivenog islednika kao agenta provokatora suštinski bi se prekomerno relativizovala granica između prikrivenog islednika i okrivljenog saradnika koji

„...je prethodno delovao kriminalno, ali je potom ispunio potrebne uslove da umesto okrivljenog postane svedok u krivičnom postupku“¹⁸.

Drugim rečima, suštinska protivpravnost izvršenog dela bila bi skrajnuta i relativizovana kontekstom u kome se delo dogodilo. Takva vrsta delovanja problematična je u etičkom smislu jer se zamagljuje i granica između onih koji zakon krše i onih koji bi trebalo da ga štite. Upravo u tom smislu, institut agenta provokatora čini se nedovoljno određenim na lestvici moralnosti i nedovoljno usaglašen sa opštim načelima policijskog posla.

¹⁶ *Veselov and others v. Russia*, (App. nos. 23200/10, 24009/07. and 556/10). Para. 91.

¹⁷ *Primena specijalnih istražnih sredstava*, Priručnik Saveta Evrope, 2013, 41–42.

¹⁸ Škulić, M. (2014). „Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika“. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, 67). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Namera i odgovornost prikrivenog islednika u odnosu na nameru i odgovornost agenta provokatora

Ukoliko tokom angažovanja agenta provokatora dođe do izvršenja krivičnog dela za koje je on bio angažovan da prikuplja dokaze, te i za koje je vršio provokaciju

„...argument da agent provokator nije hteo da izvršilac prouzrokuje posledicu ne isključuje njegovu odgovornost kao podstrekača, naročito u slučaju ako dođe do dovršenja dela“¹⁹.

U pitanju su slučajevi posebno teških krivičnih dela poput recimo terorizma ili trgovine ljudima koje takođe treba imati u vidu. Upravo takva odgovornost dodatno pojačava i obrazloženost zabrane provokacije izvršenja krivičnog dela od strane prikrivenog islednika u domaćem zakonodavstvu. Naime, čini se da je dokazivanje krivičnog dela u određenom trenutku pogodnom za provokaciju njegovog izvršenja pozicionirano niže na skali prioriteta u odnosu na pokušaj zaštite potencijalnih žrtava. U tom smislu, ukoliko bi se u potencijalnoj situaciji prikriveni islednik našao u organizovanoj kriminalnoj grupi koja se bavi trgovinom ljudima ili terorizmom, bezbednije, a dakako i etički ispravnije, bilo bi da eventualnim uticajem na odlaganje izvršenja krivičnog dela prikriveni islednik prikupi dokaze potrebne za dalje procesuiranje osumnjičenih (na primer, tonskim snimanjem razgovora koji se nedvosmisleno odnosi na planiranje izvršenja krivičnog dela terorizma biće moguće dokazivanje s obzirom na to da i pretnja izvršenjem ovog krivičnog dela potpada pod radnje sankcionisane Krivičnim zakonikom – čl. 391, st. 2. KZ RS).

Mogućnosti korišćenja dokaznog materijala proisteklog iz angažovanja prikrivenog islednika

Upotrebna vrednost dokaznog materijala predstavlja etički izuzetno zanimljivu kategoriju pre svega zato što se, prema rečima autora Gorana Ilića

„...može reći da korišćenje dokaznog materijala prikupljenog uz pomoć provokacija na krivično delo [što se dakako ne odnosi na slučaj prikrivenog islednika kome je provokacija zakonom nedvosmisleno zabranjena, *prim. autora*] nije, uz ispunjenost određenih uslova, protivno standardima pravičnog suđenja. Prilikom ocene prihvatljivosti tako prikupljenih dokaza sud je obavezan da sagleda celinu konkretnog slučaja, što podrazumeva utvrđivanje

¹⁹ Škulić, M. (2014). „Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika“. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, 67). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu..

prirode policijske aktivnosti i njenog uticaja na određenog okrivljenog da izvrši krivično delo. 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.²⁰

U kontekstu sudske prakse ESLJP, uprkos tome što čl. 6. Evropske konvencije²¹ (u daljem tekstu EK) garantuje pravo na pravično suđenje, on se ne odnosi na pravila o zakonitosti dokaznog materijala. Podrazumeva se da ukoliko je određeni dokazni materijal prezentovan kao takav pred ESLJP postoji garancija nacionalnog zakonodavstva o njegovoj pravnoj upotrebljivosti u postupku.²² U etičkom smislu, ove činjenice interesantne su prevashodno zato što je moguće pretpostaviti da je određena krivična stvar izneta pred ESLJP upravo zato što domaće zakonodavstvo nije rezultovalo pravičnom sudskom odlukom, makar po mišljenju podnosioca predstavke. Sa druge strane, gorepomenuti navodi autora Gorana Ilića takođe sugerišu i da delovanje suda koji je obavezan da u obzir uzme celinu konkretnog slučaja zapravo omogućava posredni upliv instituta agenta provokatora u praksi, uprkos tome što je on inicijalno zakonski nedozvoljen.

Moguće zloupotrebe

Odveć zanimljivu tezu iznosi autor Geri T. Marks (Gary T. Marx) koji postavlja pitanje praktične (ne)mogućnosti agenta provokatora da provocira izvršenje krivičnih dela u određenim konkretnim situacijama. Naime, on navodi kako i najpripremljeniji agenti mogu da ne uspeju u pokušaju provokacije;

²⁰ Ilić, G. (2005). „Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi“. *Bilten okružnog suda u Beogradu*, 68 (5). Dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/30856>

²¹ Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005. i 7/2005. – ispr. i *Sužbeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010. i 10/2015.

²² Stariene, L. (2009). „The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights“. *Jurisprudence*, 117 (3), 272.

štaviše, da se njihov pokušaj može dočekati sa podsmehom, ako ne i sumnjom od strane osumnjičenih lica.²³ Reakcija osumnjičenog ili osumnjičenih, naravno, variraće u svakom konkretnom slučaju i zavisice od nivoa njihove profesionalnosti i obazrivosti, ali eventualna sumnja predstavljala bi veliki rizik po samog agenta provokatora. Pomenuti autor, međutim, argumentuje i da se angažovanje agenta provokatora često može koristiti u političke svrhe, pogotovo imajući u vidu kompleksnost održavanja balansa između slobode i reda koji se ispostavlja kao gradivni u kontekstu savremenog društva. Kao primer Geri T. Marks navodi višegodišnje neuspele pokušaje Tomija Putnika (eng. Tommy the Traveler) da prouzrokuje eskalaciju nasilja i agresivnog delovanja određenih grupa studenata u vezi s antiratnim kampanjama u kontekstu rata u Vijetnamu.²⁴ Cilj je očigledno bio da se provokacijama Tomija Putnika među studentima stvori prethodno nepostojeća volja za vršenjem dela kojima bi se remetio javni red i mir, čak i za vršenjem nasilja koje bi rezultovalo krivičnim delima, a kako bi se dobilo opravdanje za oštrije i restriktivnije postupanje prema tim istim studentima i njihovim antiratnim skupovima koji nisu bili u skladu sa dominantnom politikom.

Pravo na pravično suđenje

„Uprkos tome što porast prisutnosti organizovanog kriminaliteta iziskuje primenu adekvatnih mera, pravo na pravično suđenje iz koga pravilno sprovođenje pravde proizlazi, primenjuje se bez izuzetka u svim slučajevima krivičnih dela, od onih najjednostavnijih do najkompleksnijih.“²⁵

U tom smislu, a kako bi se pravično suđenje omogućilo, praksa ESLJP podrazumeva sagledavanje sledećih potencijalno spornih tačaka:

1. granice delovanja prikrivenog islednika,
2. korišćenje dokaznog materijala prikupljenog od strane prikrivenog islednika,
3. mogućnost korišćenja argumenta *zamke*,
4. zaštita principa jednakosti oružja tokom krivičnog postupka.

²³ Marx, G. (1974). „Thoughts on a Neglected Category of Social Movement Participant: The Agent Provocateur and the Informant“. *American Journal of Sociology*, 80 (2), 440

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Stariene, L. (2009). „The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights“. *Jurisprudence*, 117 (3), 266.

Kako je o većini tačaka već bilo reči, treba pažnju posvetiti granicama delovanja prikrivenog islednika. Autorka Lijana Štariene naglašava da je u praksi ESLJP prisutno obraćanje pažnje na tri važna aspekta, a to su:

1. obrazloživi razlog sumnje da je osumnjičeni uključen u slične kriminalne aktivnosti ili da je bio izvršilac krivičnih dela u prošlosti,
2. legalnost načina i metoda delovanja prikrivenog islednika,
3. obim delovanja prikrivenog islednika.

Od navedenih aspekata autorka posebno naglašava slučaj u kom je osumnjičeni prethodno vršio krivična dela. Ona smatra da je odveć teško i subjektivno govoriti o *volji* lica da izvrši krivično delo,²⁶ ali da je prethodna umešanost u kriminalne aktivnosti važan indikator. U etičkom smislu, međutim, donekle je nezahvalno govoriti o recidivu kao valjanom razlogu za eventualno tolerisanje izvršene provokacije od strane prikrivenog islednika, pogotovo u graničnim slučajevima u kojima je prevashodno potrebno utvrditi da li je određeno ponašanje doista predstavljalo provokaciju. Moguće je, naime, posumnjati na zloupotrebu izvršenu tako što je lice koje je prethodni izvršilac krivičnih dela iskorišćeno kao odgovarajuće, pogotovo ukoliko se u praksi dešava da sud toleriše provokacije prikrivenih islednika u slučaju povratnika. Povratništvo, dakle, ni na koji način ne predstavlja garanciju činjenice da će lice izvršiti krivično delo koje je vršilo u prošlosti, kao ni neko drugo krivično delo. U najboljem slučaju u pitanju je indicija, a na organima pravde je, kao i uvek, da je dokažu na zakonom predviđen način.

Doktrina hvatanja u zamku

Ovaj koncept suštinski predstavlja način identifikacije u onim slučajevima gde je prekoračena granica između dozvoljenog i nedozvoljenog ohrabrivanja na izvršenje krivičnog dela od strane policije. Osnovni cilj je, dakako, izbegavanje svakog vida zloupotreba – kako se inače nevina lica, odbačena po nečijem nahođenju, ne bi našla u situaciji izvršenja krivičnog dela zbog pritiska koji je na njih vršen.²⁷ Ono što autorka Elizabet Džos u vezi sa navedenim smatra problematičnim jeste činjenica da u većini slučajeva neće biti nikakvih sankcija za policijske službenike, tj. agente provokatore koji su provocirali osumnjičenog na krivično delo ukoliko je osumnjičeni već rani-

²⁶ Stariene, L. (2009). „The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights“. *Jurisprudence*, 117 (3), 269.

²⁷ Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 172.

je bio poznat po svom kriminalnom delovanju. Naime, autorka daje osvrt i na tzv. *objektivni i subjektivni kriterijum* u kontekstu odgovornosti agenata provokatora. *Objektivni kriterijum* podrazumeva da se od osumnjičenog iziskuje da dokaže da bi policijska provokacija navela prosečno lice na izvršenje krivičnog dela,²⁸ dok *subjektivni kriterijum* (čija je primena zastupljenija) ne dozvoljava akte provokacije ukoliko lice na koje se ona primenjuje ni na koji način ne deluje kao mogući izvršilac krivičnog dela.²⁹ U etičkom smislu ovakvo stanovište dakako je problematično jer bi se, kako je bilo reči i u analizi prethodne stavke, u teoriji mogli izabrati upravo ljudi koji su bivši osuđenici te njima podmetnuti krivica za izvršenje nekog krivičnog dela, pri čemu bi se nedovoljno pažnje usmerilo na konkretan slučaj. Pored toga, zloupotreba bi se mogla odnositi i na slučaj u kom bi, potencijalno, agent provokator namerno postupao tako da kada dođe do krivičnog postupka, odbrana ne može da se pozove na tzv. *defence of entrapment*³⁰ – *hvatanje u zamku*.³¹

Osvrt na navedene izvore etičkih nedoumica

Iz svega navedenog i analiziranog moguće je zaključiti da etičke nedoumice pri angažovanju prikrivenih islednika mogu biti tumačene kako u kontekstu različitosti ovog pravnog instituta u odnosu na institut agenta provokatora, tako i u odnosu na sličnosti koje ih ponekad karakterišu, pogotovo u praksi. U dosadašnjem tekstu dakako nisu navedene sve potencijalne etičke poteškoće koje se mogu pronaći, ali je važno naglasiti i da cilj ovog rada ni u kom trenutku nije jalova moralna kritika, već eventualno ukazivanje na prostor za unapređivanje ove posebne dokazne radnje kao pretpostavljeno presudne za buduće efikasno delovanje policije i tužilaštva u dokazivanju krivičnih dela najopasnijih za bezbednost građana i države. Iz tog razloga, dalji tekst odnosiće se na analizu okolnosti konkretnog slučaja iz prakse ESLJP, kao i na empirijske rezultate istraživanja javnog mnjenja u pitanju etičkih izazova angažovanja prikrivenog islednika i agenta provokatora.

²⁸ Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 172.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*, 173.

³¹ *Hvatanje u zamku* ili *entrapment* (eng.) predstavlja vid afirmativne, odnosno potvrđujuće odbrane – okrivljeni uglavnom priznaje činjenje krivičnog dela, ali ipak pokušava da izbegne zakonski predviđenu sankciju. Ovaj vid odbrane zasniva se na ideji da je državni službenik koji je delovao u tajnosti (prikriveni islednik/agent provokator) naveo okrivljenog na izvršenje krivičnog dela koje on bez navođenja tj. samoinicijativno ne bi učinio. Više u: Bacigal, R. J. (2009). *Criminal Law and Procedure – An Overview*, Delmar: Cengage Learning, 107.

EMPIRIJSKI PRISTUP U TUMAČENJU ETIČKIH IZAZOVA PRAVNIH REŠENJA

Studija slučaja – slučaj *Toran i Šimik protiv Rumunije*³²

Podnosioci predstavke br. 43873/10 bili su nemački državljani Adrian Toran (Adrian Toran) i Albert Ernst Šimik (Albert Ernst Schymik), osuđeni za trgovinu narkoticima koji su Republiku Rumuniju tužili pred ESLJP 20. jula 2010. godine. Okolnosti slučaja bile su sledeće:

Treće lice, S. R. B., koje je poznanik jednog od podnosilaca predstavke, uhapšeno je zbog trgovine drogom neposredno pre događaja koji su okosnica ovog slučaja. Zarad smanjenja zatvorske kazne, S. R. B. je pristao da deluje kao okrivljeni saradnik i ugovori kupovinu 6.000 tableta metilendioksimetamfetamina, poznatijeg kao „ekstazi“, a koja je trebalo da se odvije na teritoriji Temišvara. Tužilac pod čijim rukovođenjem je bio slučaj lica S. R. B. odobrio je operaciju, kao i delovanje tri prikriivena islednika tokom njenog sprovođenja. Štaviše, odobrio je i da se suma od 35.000 evra preuzme iz policijskih sredstava kako bi se droga platila. Podnosioci predstavke stigli su u Rumuniju vozilom u kojem su, u tajnoj pregradi ispod prednjeg sedišta, bile skrivene pilule. Preuzimanje tableta iz tajne pregrade vozila bilo je snimljeno od strane prikriivenih islednika, a prethodno odobreno kao vid prikupljanja dokaza od strane suda. Nakon transakcije koja je usledila, a tokom koje su podnosioci predstavke bili uhvaćeni *in flagrante delicto*, oni su bili uhapšeni i odvedeni u pritvor.

Podnosioci predstavke pokušali su da se brane pozivanjem na doktrinu *hvatanja u zamku*, odnosno činjenicu da su prikriiveni islednici delovali kao agenti provokatori. Sud je, međutim, zaključio da je način obavljanja prenosa pilula, a potom i njihove prodaje implicirao iskusnost podnosioca predstavke u poslovima ilegalne trgovine drogom, te da policijsku operaciju ne treba smatrati *hvatanjem u zamku*. Suština sudske odluke Apelacionog suda bila je sadržana u činjenici da su podnosioci predstavke *dobrovoljno* odlučili da dođu u Rumuniju sa drogom i prodaju je iako ih ništa nije sprečavalo da odbiju predlog lica S. R. B.

Kada je reč o nacionalnom zakonodavstvu Rumunije koje je bilo primenjeno u ovom slučaju, činjenica je da je sa jedne strane delovanje prikriivenih islednika kao agenata provokatora zabranjeno, ali i da je policijskim službenicima koji deluju u svojstvu prikriivenih islednika dozvoljeno da nabave drogu ili druga hemijska jedinjenja uz prethodno odobrenje javnog tužioca, a sa ci-

³² *Toran and Schymik v. Romania*, (App. No. 43873/10), Judgement of 14 April 2015.

ljem identifikacije lica koja vrše takve aktivnosti (čl. 68. i čl. 22. Zakonika o krivičnom postupku Republike Rumunije).

Nakon što je slučaj iznet pred ESLJP, odbrana Rumunije zasnivala se na činjenici da, uprkos tome što podnosioci predstavke nisu imali prethodnih problema sa zakonom, oni jesu pokazali da su upoznati sa načinom preduzimanja kriminalne aktivnosti kakva je prodaja opojnih droga i to kroz mogućnost nabavljanja velike količine pilula, kao i način njihovog unošenja u državu pri čemu je bilo nužno preći više graničnih prelaza. Presuda ESLJP zasnivala se na sledećim principima:

1. Zadatak ESLJP nije u odlučivanju da li je određeni dokazni materijal *plod otrovnog drveta*, već ustanovljavanje činjenice da li je njegova *otrovanost* rezultirala povređivanjem neke od sloboda ili prava zaštićenih EK.

2. Javni interes ne podrazumeva opravdanost pribavljanja dokaza uz pomoć policijske provokacije.

3. Podstrekavanje policije se dešava kada se uključeni službenici – bilo pripadnici snaga bezbednosti ili lica koja postupaju po njihovim uputstvima – ne ograniče na pasivno vršenje istrage kriminalnih radnji, već utiču na subjekta tako da ga navedu na izvršenje krivičnog dela koje inače ne bi bilo izvršeno, a sve to u cilju utvrđivanja krivičnog dela, odnosno pružanja dokaza i pokretanja krivičnog gonjenja.

4. Kako ne bi došlo do povrede prava na pravično suđenje zaštićenog članom 6 EK, sav dokazni materijal prikupljen uz pomoć policijske provokacije i *hvatanja u zamku* mora se izuzeti iz spisa.

Nakon primene pomenutih principa na konkretan slučaj, ESLJP je zaključio da je ponašanje podnosilaca predstavke bilo indikativno u smislu ranije kriminalne aktivnosti. Naime, ESLJP je zaključio da je način na koji su se oni poneli prilikom izvršenja transakcije ukazivao na to da su upoznati sa ovom vrstom kriminalne aktivnosti, uprkos tome što se eksplicitno navodi da oni nisu bili prethodno osuđivani niti poznati policiji. Pitanje koje je trebalo razmotriti bio je stepen policijskog učešća u operaciji. ESLJP primećuje da je licu S. R. B. bilo dozvoljeno da kontaktira podnosioc predstave telefonom kada je bio uhapšen, kao i da je novac za transakciju obezbedila policija, nakon ovlašćenja datog od strane tužioca. Čitavu operaciju, uključujući upotrebu tajnih agenata, odobrio je tužilac obrazloženom odlukom (*ordonanță*), koja je bila u skladu sa odredbama domaćeg zakona. Iako takva aktivnost može sugerisati da je policija uticala na tok događaja, ESLJP smatra da je najrelevantnija činjenica koju je trebalo utvrditi bila zapravo to da li se može reći da se policija pridružila krivičnoj radnji, a ne to da li ju je pokrenula. Konačno, ESLJP je smatrao kako je čitava operacija, uključujući korišćenje prikrivenih islednika, bila odobrena od strane javnog tužioca te i da je njihovo postupanje u vezi sa

odnosom prema licu S. R. B., traženjem uspostavljanja komunikacije sa podnosiocima predstave, kao i izdvajanjem sredstava za sprovođenje transakcije bilo u okvirima zakonskih ovlašćenja prikrivenih islednika, a ne agenata provokatora. Samim time, ESLJP je zaključio da nije bilo povrede čl. 6. EK.

Navedeni slučaj potvrđuje činjenicu da ESLJP postupa uz sagledavanje svih pojedinosti konkretne predstave s obzirom na to da je jedina etička nedoumica činjenica da su njeni predstavnici pomislili da postoji mogućnost donošenja odluke koja bi išla u njihovu korist, uprkos tome što su, bez obzira na postupanje policije, svojevolumno odlučili da pređu više državnih granica sa 6.000 tableta metilendioksimetamfetamina i upuste se u njihovu prodaju na teritoriji strane zemlje. Navedeni slučaj takođe potvrđuje da je većina teorijski analiziranih principa, kao što je *volja* za izvršenje krivičnog dela, sadržana upravo u odluci da sprovedu kupoprodaju, zatim u pokušaju korišćenja doktrine *hvatanja u zamku* u svojoj odbrani, te konačno i u važnosti prethodne umešanosti lica u kriminalne aktivnosti. Iako bi se moglo govoriti o tome da nije bilo neophodno da do same transakcije zapravo dođe imajući u vidu dokazni materijal koji su prikriveni islednici prikupili snimanjem samog vađenja droge iz vozila, treba naglasiti i da je kupoprodaja verovatno služila zarad osiguravanja prikupljanja dokaznog materijala. Konačno, moguće je konstatovati da ograničenje delovanja prikrivenih islednika zabranom provokacije na izvršenje krivičnog dela ne predstavlja hendikep pri efikasnom dokazivanju upravo zahvaljujući činjenici da se svaki slučaj sagledava zasebno kao i da se njegove okolnosti analiziraju u celosti. Navedena zabrana ne služi otežavanju rada prikrivenih islednika, već osiguranju pravičnosti postupka i onemogućavanju zloupotreba.

Anketno istraživanje

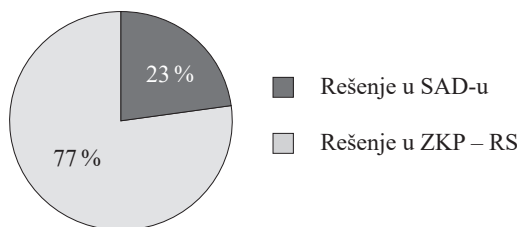
Za validnost i naučnu relevantnost bilo kog istraživanja od velikog je značaja i praktično sagledavanje predmeta interesovanja u kontekstu realne svakodnevice. U tu svrhu bio je sastavljen i kratki upitnik čiji je cilj bila analiza javnog mnjenja u vezi sa pitanjem angažovanja i delovanja prikrivenog islednika kao zakonskog rešenja ZKP-a Republike Srbije, koji je potom kontrastiran agentu provokatoru kao institutu iz prakse američkog zakonodavstva. Anketni upitnik primenjen je na ispitanom telu od 82 lica. Prosečna starost ispitanika bila je 33,1 godina.

Anketni upitnik bio je sastavljen od uvodnog objašnjenja koje je trebalo da pojasni razlike između dva upoređena zakonska rešenja, kao i četiri pitanja koja su se odnosila na etičnost, efikasnost i mogućnosti zloupotrebe u okvi-

ru praktične primene instituta prikrivenog islednika i agenta provokatora. Na samom kraju, ispitanici su mogli da ostave komentar problematike. U daljem tekstu biće prikazani obrađeni rezultati istraživanja.

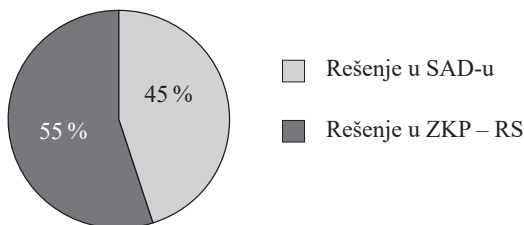
Dijagram 1 – Odgovori na pitanje br. 1: *Da li mislite da je etički ispravnije rešenje sadržano u Zakoniku o krivičnom postupku Republike Srbije, a koje zabranjuje provokaciju na izvršenje krivičnog dela, ili pak zakonsko rešenje u SAD-u?*

Udeo odgovora ispitanika na pitanje br. 1



Dijagram 2 – Odgovori na pitanje br. 2: *Koje rešenje smatrate boljim u pogledu efikasnosti u dokazivanju najtežih krivičnih dela (što je i inicijalni cilj angažovanja prikrivenog islednika)?*

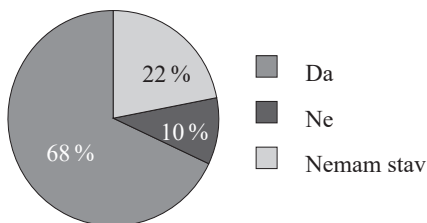
Udeo odgovora ispitanika na pitanje br. 2



Iz prikazanih dijagrama moguće je primetiti da većina ispitanika smatra da je rešenje iz ZKP-a Republike Srbije etički ispravnije – čak 77 % ispitanika smatra da je anžovanje prikrivenog islednika, kome je provokacija na izvršenje krivičnih dela zabranjena, moralnija i ispravnija u odnosu na američko rešenje koje omogućava angažovanje agenta provokatora. Ipak, moguće je primetiti i da su dobijeni umnogome drugačiji rezultati kada je u pitanju pretpostavka o efikasnosti dva zakonska rešenja. Odnos je 55 % prema 45 % u korist rešenja ZKP-a RS, što predstavlja značajnu promenu u odnosu na prethodnih 77 % prema 23 %.

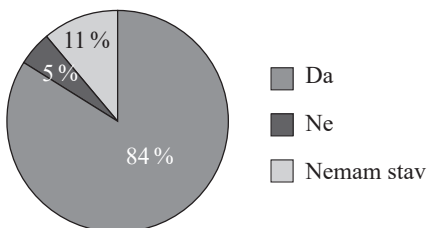
Dijagram 3 – Odgovori na pitanje br. 3: *Mislite li da se rešenje koje omogućava navođenje na izvršenje krivičnog dela zloupotrebljava u SAD-u?*

Udeo odgovora ispitanika na pitanje br. 3



Dijagram 4 – Odgovori na pitanje br. 4: *Mislite li da bi se takvo rešenje zloupotrebljavalo ukoliko bi bilo uvedeno u zakonodavstvo Republike Srbije?*

Udeo odgovora ispitanika na pitanje br. 4



Kada je reč o pitanjima koja su se odnosila na potencijalne zloupotrebe, primetno je da ispitanici pretpostavljaju kako se mogućnost angažovanja agenta provokatora zloupotrebljava u SAD-u. Štaviše, to smatra čak 68% ispitanika, dok 22% nema stav, a samo 8% smatra da zloupotrebi nema. Sa druge strane, ukoliko bi se ovakvo rešenje uvelo u legislativu Republike Srbije, čak 84% ispitanika veruje da bi se mogućnosti i ovlašćenja agenta provokatora zloupotrebljavala. Bez stava je po ovom pitanju 11% ispitanika, a tek njih 5% smatra da zloupotrebi ne bi bilo. Iz navedenih rezultata moguće je zaključiti i da je u javnom mnjenju izuzetno prisutno nepoverenje u raspolaganje autoritetom i povlašćenom pozicijom kakva bi, teorijski, mogla biti dozvola za angažovanje agenta provokatora. Uprkos tome što je jedan od ciljeva čitavog rada bila afirmacija srpskog zakonskog rešenja, ovom prilikom treba skrenuti pažnju i na problematičnost činjenice da u domaćoj javnosti vlada visok stepen nepoverenja u državne institucije i način na koji sprovode sopstvena ovlašćenja.

ZAKLJUČNA RAZMATRANJA

Sprovedeno istraživanje predstavlja pokušaj simultane analize prethodnih srodnih teorijskih radova i empirijski dobijenih saznanja na osnovu ispitivanja javnog mnjenja. U tom smislu valja zaključiti kako pravno rešenje ZKP-a Republike Srbije u potpunosti zavređuje poverenje kada je reč o efikasnosti dokazivanja najtežih krivičnih dela. Iako je nesumnjiva činjenica da i rešenje koje prepoznaje institut agenta provokatora daje izuzetne rezultate, može se s pravom pretpostaviti i da je pravičnost tog rešenja direktno zavisna od ljudskog faktora sadržanog u eventualnoj zloupotrebi široko postavljenih ovlašćenja. Takođe, iako se može činiti da doktrina *hvatanja u zamku* koju prepoznaje i legislativa SAD-a predstavlja svojevrstan garant pravičnosti i relativizuje različitost kompariranih zakonskih rešenja, na umu treba uvek imati i suštinsku razliku koja ostaje određujuća kada je reč o navedenim zakonskim rešenjima – prikriveni islednik u određenom smislu predstavlja izvršnu vlast koja treba da deluje u interesu bezbednosti građana i države, a ona po sebi ne sme nikada biti u praksi izjednačena sa metodama i načinima delovanja pojedinačnih kriminalaca ili kriminalnih grupa. Samim time, zabrana provokacije na izvršenje krivičnog dela podrazumeva i očuvanje časti, ugleda, ali i doslednosti poštovanja zakonskih propisa od strane države i njenih službenika. U moralnom smislu, upravo takva garancija od suštinske je važnosti za očuvanje poverenja građana u pravni sistem.

Konačno, ovo istraživanje nijednog trenutka ne pretenduje na apsolutnost i konačnost ostvarenih i tumačenih saznanja. Štaviše, ono predstavlja tek minimalni doprinos razumevanju i analizi kompleksnosti odluka zakonodavca pri određivanju zakonskih ovlašćenja za delovanje prikrivenih islednika kao poslednjeg uporišta u kontekstu efektivne borbe protiv organizovanog kriminaliteta. Iz tog se razloga autor ovog rada nada da će se još pažnje posvetiti analizama i sugestijama za unapređenje zakonskih rešenja presudnih u borbi protiv najtežih krivičnih dela, jer jedino na taj način teorija ne ostaje jalova pred iskušenjima prakse.

LITERATURA

- Bacigal, R. J. (2009). *Criminal Law and Procedure – An Overview*, Delmar: Cengage Learning.
- Batler, K. (2012). *Postmodernizam – sasvim kratak uvod*. Beograd: Službeni glasnik.
- Bejatović, S. (2019). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Službeni glasnik.
- Belsi, K. (2010). *Poststrukturalizam – sasvim kratak uvod*. Beograd: Službeni glasnik.

- Bošković, A., Kesić, T. (2015). *Krivično procesno pravo*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.
- Bošković, G. (2017). *Organizovani kriminal*. Beograd: Kriminalističko-policijska akademija.
- Bronitt, S. (2004). „The Law in Undercover Policing: A Comparative Study of Entrapment and Covert Interviewing in Australia, Canada and Europe“. *Common Law World Review*, 33 (1), 35–80.
- Delibašić, V. (2016). „Prikriveni islednik“. *Nauka, bezbednost, policija*, 15 (1), 81–99.
- Ilić, G. (2005). „Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi“. *Bilten okružnog suda u Beogradu*, 68 (5). Dostupno na: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/30856>
- Ilić, G. i Matić Bošković, M. (2015). *Posebne mere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pregled iz pravosuđa*. Beograd: Beogradski centar za bezbednosnu politiku.
- Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 155–199.
- Liotar, Ž-F. (1988). *Postmoderno stanje*. Novi Sad: Bratstvo-jedinstvo.
- Marx, G. (1974). „Thoughts on a Neglected Category of Social Movement Participant: The Agent Provocateur and the Informant“. *American Journal of Sociology*, 80 (2), 402–442.
- Marinković, D. (2004). „Prikrivene operacije navođenja na krivično delo“. *Nauka, bezbednost, policija*, 2 (2), 157–171.
- Radisavljević, M. (2011). „Posebne dokazne radnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku“. *Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – teoretski i praktični aspekt*, Zlatibor: Intermex.
- Stariene, L. (2009). „The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights“. *Jurisprudence*, 117 (3), 263–284.
- Škulić, M. (2014). „Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika“. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, 38–69). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.
- Škulić, M. (2018). *Organizovani kriminalitet*. Beograd: Službeni glasnik.

Propisi

- Zakonik o krivičnom postupku Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. i 35/2019.
- Krivični zakonik Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 85/2005, 88/2005. – ispr. 107/2005. – ispr. 72/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. i 35/2019.
- Zakon o ratifikaciji Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, izmenjene u skladu sa Protokolom broj 11, Protokola uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 4 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda kojim se obezbeđuju izvesna prava i slobode koji

nisu uključeni u Konvenciju i prvi protokol uz nju, Protokola broj 6 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne, Protokola broj 7 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Protokola broj 12 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda i Protokola broj 13 uz Konvenciju za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda o ukidanju smrtne kazne u svim okolnostima, *Službeni list SCG – Međunarodni ugovori*, br. 9/2003, 5/2005. i 7/2005. – ispr. i *Službeni glasnik RS – Međunarodni ugovori*, br. 12/2010. i 10/2015).

Sudska praksa

Toran and Schymik v. Romania, (App. No. 43873/10), Judgement of 14 April 2015.

*Marija Ljubinković**

Ph.D. student University of Criminal Investigation and Police Studies

ORC id: 0000-0002-4410-6953

THE EMPLOYMENT AND CONDUCT OF UNDERCOVER AGENTS** Ethical challenges of legal solutions

ABSTRACT: The challenge of proving the crimes of the 21st century lies largely with the constant progress and improvement of the methods and ways of action of the perpetrators, which is especially characteristic of the most serious forms of crime that threaten the security of the state and all its citizens. Therefore, there is a need for specific state action both in the prevention of these crimes and in their suppression. This includes the use of special evidentiary actions provided by law. As the most complex one, Serbian legislation provides for the action of employing an undercover agent. The key feature of the undercover agent's actions is contained in Art. 185, para. 4 of the Criminal Procedure Code, which prescribes that it is prohibited and punishable for an undercover agent to incite the commission of a criminal offense. However, other legislatures, such as the U.S. one, are familiar with the institute of the agent provocateur. The question that arises is related to ethics, but also the efficiency of various legal solutions, and the aim of this research is a type of scientific explanation of the relationship of both legal solu-

* m.ljubinkovic@yahoo.com

** The paper was received on October 1, 2020, the revised version was delivered on November 9, 2020, and it was accepted for publishing on November 18, 2020. The translation of the original article into English is provided by the *Glasnik* of the Bar Association of Vojvodina.

tions with ethics in general, but also with numerous legal institutes that may be in danger in case of provocation. In conducting this research, in addition to analytical-synthetic and inductive-deductive methods, the statistical method also had an important role, as a short survey was conducted with 82 random respondents.

Keywords: undercover agent, agent provocateur, special evidence-gathering actions, ethics, comparative legislation, moral responsibility, legal responsibility

INTRODUCTION

Constant cooperation between the legislative and executive branches of government, with the aim of improving legislative solutions and practical responses to modern forms of criminality, is necessary. Precisely for this reason, the previous few years have been marked by increased implementation of special evidence-gathering processes, which are becoming the only effective means of fighting organized crime, terrorism, and corruption. From among the special evidence-gathering processes found in most legislatures, including the legislature of the Republic of Serbia, employing an undercover investigator should be singled out. Historically,

“...the genesis of police infiltration is tied to the French detective Eugène Vidocq (1775–1857), who was head of the *Sûreté National* in Paris, in the period between 1810 to 1827.”¹

In other words, it is an act with a long tradition, based upon which it can be concluded that it is a highly effective method of proving severe criminal offenses.

All evidence-gathering processes, and especially utilizing an undercover agent, are state actions that must be defined precisely and restrictively, as these are actions that intrude into numerous protected rights and freedoms of citizens. Namely, the actions of an undercover agent can also cause multiple ethical dilemmas, which are certainly relevant given the current context. The relevancy is found in the concrete socio-historical moment in which the problem is framed, and that is the postmodern era; in the words of Lyotard, the *postmodern condition*.² It is a very specific era, wherein

¹ Ninčić, Ž. (2010). In: Delibašić, V. (2016). “Prikriveni islednik“, *Nauka, bezbednost, policija*. 15 (1), 81–99.

² See: Lyotard, J-F. (1988). *Postmodern Condition*. Novi Sad: Bratstvo-jedinstvo.

“...the basic attitude of postmodernists was a scepticism about the claims of any kind of overall, totalizing explanation”³,

and *explanation* practically refers to truth of any kind. In other words, human civilization had suffered a total collapse of not only gnoseological but also ontological security and clarity, that is, truth had become a relative category. Precisely for this reason, Derrida, as one of the preeminent thinkers of the postmodern era, deals with issues of ethics in most of his works of prose, i.e. “the problem of right action in a world without foundational truths to constitute a ground for choice”⁴.

Thus, the general climate is unfavourable to making a *definitive judgement* on anything, including the correct actions of an undercover agent, as, when discussing an undercover agent exceeding their legal authority, that would entail making a *definitive judgement* on the *fashioning* and *strengthening* the intention of another person to commit a criminal act by the agent. Despite clear legal rules that explicitly proscribe inciting another person to commit a criminal act by the undercover agent, the very idea of undoubtedly proving such incitement becomes problematic. The problem is exacerbated by the fact that some other legislatures, like the U.S. legislature, legally affirm the idea of an *agent provocateur*, providing somewhat different solutions. This distinction, as well as a desire to analyse the aforementioned factors that prove incitement, will provide the starting point for the rest of the text.

THE LEGAL FRAMEWORK FOR THE EMPLOYMENT AND ACTIONS OF AN UNDERCOVER AGENT AND AN AGENT PROVOCATEUR

Article 185, paragraph 4 of the Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia⁵ (hereinafter: CPC) is key to this paper. Pursuant to it, it is prohibited for an undercover agent to incite a suspect to commit a criminal act during their engagement. Namely,

“...if an undercover agent were to incite a person to commit a criminal act, they would bear criminal responsibility regardless of their status, as they

³ Butler, C. (2012). *Postmodernism: A Very Short Introduction*. Belgrade: Službeni glasnik, 25.

⁴ Belsey, C. (2010). *Poststructuralism: A Very Short Introduction*. Belgrade: Službeni glasnik, 91–92.

⁵ Criminal Procedure Code, *Official Gazette of the RS*, no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. and 35/2019.

would have overstepped the limits of their authority and violated an explicit legal prohibition”.⁶

In concrete terms,

“...incitement would occur if an undercover agent, by verbal or any other action, were to fashion or strengthen a decision by a criminal group to commit a criminal act”⁷, and

“...if the undercover agent were to, contrary to the legal prohibition, incite a person to commit a criminal act (...) then his culpability would be based on the general rules of criminal law (art. 34 of the Criminal Code⁸), and his role in the criminal act would exist in two forms: 1) he could be held culpable as a person committing a criminal act if in the given situation the incitement itself constitutes a separate criminal act, i.e. when the action done in order to incite is simultaneously a specific criminal act; 2) he could be held culpable as the instigator in two modalities: a) if the act he incited was committed and b) if the criminal act he incited was not attempted, but is a criminal act whose attempt to commit is punishable by law, wherein he would be punished as for the attempt of the criminal act. (art. 34, para. 2 of the Criminal Code).”⁹

Such actions by an undercover agent, however, are not a legally unfamiliar category. Quite the opposite, in some countries, primarily in the U.S., the legal institute of the *agent provocateur* is present. This institute, certainly, does not provide absolute freedom of action under the “ends justify the means” principle to this type of undercover agent. The only issue is that the rules that define it are not unambiguously clear, allowing for potential misuse. U.S. legal literature

“...stipulates that it is allowed for police officers to incite a certain person to commit a criminal act, when that person is appropriately predisposed to do it, but they are prohibited from “creating” a criminal act by inserting “criminal ideas” into a “fully innocent will”. If the prosecution were to prove that the suspect (defendant) was already “prepared” to commit a criminal act under certain circumstances (while proving such a fact it is important whether the person is a repeat offender or a person that is, for the first time, “in conflict with the law”), such a defence is ungrounded.”¹⁰

⁶ Bošković, G. (2017). *Organizovani kriminal*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies, 258

⁷ Ilić, G., Matić Bošković, M. (2015). *Posebne mere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pregled iz pravosuđa*. Belgrade: The Belgrade Centre for Security Policy, 17.

⁸ Criminal Code, *Official Gazette of the RS*, no. 85/2005, 88/2005 – amd. 107/2005 – amd. 72/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016 and 35/2019.

⁹ Škulić, M. (2018). *Organizovani kriminalitet*. Belgrade: Službeni Glasnik, 597.

¹⁰ *Ibid.*, 594.

ETHICAL CHALLENGES OF LEGAL SOLUTIONS – A COMPARATIVE APPROACH

Special evidence-gathering procedures,

“...which are employed in fighting organized crime, are necessarily exclusive in their use and their wide application is out of the question, as that would not only bring into question their exceptional character and make them less effective, but would place unfounded limitations to certain rights and freedoms. Precisely for this reason, the principle of rational and purposeful use of special evidence-gathering procedures is of the utmost importance, as if they were to be overused, even though they are a powerful tool in fighting organized crime, it could be exceptionally detrimental to the stability of a legal system. Consequently, the state needs to prevent the undue widening of the scope of such actions in practice, as the perpetually relevant question must not be forgotten – who watches the watchers”¹¹?

Such a train of thought can lead to contemplating many ethical issues of legal solutions.

When the stance of the European Court of Human Rights (hereinafter: ECHR) regarding the appropriate actions of an undercover agent is considered, it should be noted that besides the intention of the accused, present before contact with an undercover investigator, the ECHR – in *Veselov and others v. Russia*¹² – presents some other criteria for the admissibility of evidence gathered as a result of the actions of an undercover agent. First, it is not admissible to use evidence obtained by incitement to a crime, as “the public interest cannot justify”¹³ the use of such evidence. Second, the authorities must have possession of

“...concrete and objective evidence showing that initial steps have been taken to commit the acts constituting the offence for which the applicant is subsequently prosecuted”¹⁴.

Third, every covert operation must be in compliance with the requirement that the investigation be conducted in an essentially passive manner.¹⁵ Fourth, in situations

¹¹ Delibašić, V. (2016). “Prikriveni islednik.” *Nauka, bezbednost, policija*, 15 (1), 82.

¹² Judgement of 02 October 2012, *Veselov and others v. Russia*, C-23200/10, 24009/07 and 556/10, EU:CE:ECHR:2012:1002JUD002320010.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ *Ibid.*

“...(w)here the authorities claim that they acted upon information received from a private individual, the Court draws a distinction between an individual complaint and information coming from the police collaborator or informant ... The latter would run a significant risk of extending their role to that of agents provocateurs, ... if they were to take part in a police-controlled operation. It is therefore crucial in each case to establish if the criminal act was already under way at the time when the source began collaboration with the police (...)”¹⁶

Finally, it is necessary for domestic law to establish a clear and foreseeable procedure for authorizing covert operations and their supervision, as well as for courts to examine any claims of *entrapment* by the defence, in a “manner compatible with the right to a fair hearing”¹⁷.

Thus, it can be noticed that all the stipulation of the ECHR necessary for an undercover investigator to act in compliance with fundamental rights and freedoms to the greatest extent possible, necessitate ethically correct actions. This makes such actions in specific situations, as when obtaining evidence to process persons suspected of committing the most serious criminal offences, highly complex. Consequently, this paper will list possible sources of ethical dilemmas, both regarding the institute of the undercover agent and in comparison to an agent provocateur, by discussing the *relativization of the distinction between an undercover agent and accomplice witness*; then, the *intent and culpability of an undercover agent and intent and culpability of an agent provocateur*; further, *the possibility of using evidence obtained by the engagement of an undercover agent*; *potential abuses, the right to a fair hearing* and, finally, the doctrine of *entrapment*.

Relativization of the border between an undercover agent and accomplice witness

If it were allowed for an undercover agent to act as an agent provocateur, it would overly relativize the distinction between an undercover agent and accomplice witness, who

“...previously acted in a criminal manner, but then later met the conditions to become a witness instead of a defendant in a criminal proceeding”¹⁸.

¹⁶ Judgement of 02 October 2012, *Veselov and others v. Russia*, C-23200/10, 24009/07 and 556/10, EU:CE:ECHR:2012:1002JUD002320010.

¹⁷ *Deployment of Special Investigative Means*, Council of Europe, 2013, 41–42.

¹⁸ Škulić, M. (2014). “Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika”. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, p. 67). Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

In other words, the essential unlawfulness of the act would be marginalized and relativized by the context in which the act was committed. Such actions also have ethical issues, as they blur the line between those who break the law and those who are meant to enforce it. In that sense, the institute of the agent provocateur seems insufficiently defined on a moral scale and insufficiently in compliance with the general principles of police work.

The intent and culpability of an undercover agent in comparison to the intent and culpability of an agent provocateur

If during the engagement of an agent provocateur a criminal act for which he was engaged to obtain evidence is committed, as well as an act which they incited,

“...the argument that the agent provocateur did not want the subject’s actions to have consequences does not exempt the agent from culpability as an instigator, especially if the act is committed to completion”¹⁹.

Cases of severe criminal acts, like terrorism and human trafficking, should also be considered. Precisely this responsibility reinforces the reasons for prohibiting incitement to a criminal act by an undercover agent in Serbian legislature. Namely, it appears as if proving a criminal act in a given moment suitable for incitement is placed lower on the scale of priorities in relation to protecting potential victims. In that sense, in a potential situation where an undercover agent was placed in a criminal organization that deals in human trafficking or terrorism, it would be safer, and certainly more ethically just, for the agent to employ their potential influence towards delaying the criminal act and obtain evidence for further processing of the subjects (e.g. recording audio of a conversations which doubtlessly refers to plans to commit the criminal act of terrorism will enable prosecution, as even threatening to commit this act constitutes an action sanctioned by the Criminal Code – art. 391, para. 2 of the CC).

¹⁹ Škulić, M. (2014). “Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika”. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, p. 67). Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

The possibility of using evidence obtained by the engagement of an undercover agent

The utilization value of evidence is an exceptionally interesting category ethics-wise, primarily because, according to author Goran Ilić,

“...it could be said that utilizing evidence obtained via incitement to a criminal act [which certainly does not refer to cases wherein incitement by an undercover agent is expressly prohibited by law, author’s note] is not, when certain conditions are met, in opposition to the standards of a fair trial. When evaluating the admissibility of evidence obtained in such a manner, the court is required to view the case in its entirety, which necessitates establishing the nature of the given police activity and its effect on the relevant subject to commit a criminal act. Thus, the emphasis is on the willing process that immediately preceded the criminal act and evaluating whether the defendant’s decision to commit the act was created or affirmed by police activity”²⁰.

As it regards the case law of the ECHR, despite art. 6 of the European Convention on Human Rights²¹ (hereinafter: EC) guaranteeing the right to a fair trial, it does not refer to the rules on the legality of evidentiary material. It is presupposed that if certain evidence is presented before the ECHR, the national legislature guarantees its lawfulness in the proceedings.²² In an ethical sense, these facts are interesting primarily because it can be assumed that if a certain criminal matter is brought before the ECHR, it was done because the national courts did not make a fair decision, at least in the eyes of the plaintiff. Conversely, the previously mentioned assertions of author Goran Ilić suggest

²⁰ Ilić, G. (2005). “Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi”. *Newsletter of the District Court in Belgrade*, 68 (5). Available at: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/30856>

²¹ Law on the Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11, Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, Protocol no. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on the abolition of the death penalty, Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and Protocol No.13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on the abolition of the death penalty in all circumstances, *Official Gazette of Serbian and Montenegro – International Treaties*, no. 9/2003, 5/2005 and 7/2005 – amd. and *Official Gazette of the RS – International Treaties*, no. 12/2010 and 10/2015.

²² Stariene, L. (2009). “The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights”. *Jurisprudence*, 117 (3), 272.

that the actions of the court which is required to consider the specific case in its entirety, in practice enable an indirect insertion of the institute of the agent provocateur, despite it being initially unlawful.

Potential misuse

Author Gary T. Marx presents a very interesting thesis. He questions the practical (in)ability of an agent provocateur to instigate a criminal act in specific situations. Namely, he claims that even the best-prepared agents may fail in their incitement; furthermore, their attempts may be met with amusement by the suspected persons, if not with suspicion.²³ The reaction from the suspect or suspects will, naturally, vary in each specific case and depend on their degree of professionalism and cautiousness, but potential suspicion would pose a significant threat to the agent provocateur. Marx, however, also asserts that the engagement of an agent provocateur can often be done for political purposes, especially considering the complexity of keeping the balance between freedom and order, which is a constitutional element of modern society. As an example, Marx presents the repeated unsuccessful attempts of Tommy the Traveler to cause an escalation in violent and aggressive actions by certain student groups regarding the anti-war campaigns during the war in Vietnam.²⁴ The obvious aim of the provocations by Tommy the Traveler was to foment a, previously non-existent, will to commit acts which would endanger public order and safety, and even cause violence that would result in criminal acts, in order to justify applying harsher and more restrictive measures towards the students and their anti-war gatherings, which were not in alignment with the dominant political current at the time.

The right to a fair trial

“The right to a fair trial, from which a correct administration of justice is inferred, applies without exception to all criminal acts, from the simplest to the most complex, regardless of the rise in organized crime.”²⁵

²³ Marx, G. (1974). “Thoughts on a Neglected Category of Social Movement Participant: The Agent Provocateur and the Informant”. *American Journal of Sociology*, 80 (2), 440

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Stariene, L. (2009). “The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights”. *Jurisprudence*, 117 (3), 266.

In that context and with the aim of ensuring a fair trial, ECHR praxis necessitates inspection of the following, potentially problematic, issues:

1. the limits of the involvement of undercover agents
2. using evidence obtained by undercover agents
3. the possibility to argue *entrapment*
4. protection of the equality of arms principle in criminal proceedings

As most of these points have been previously discussed, the limits of the involvement of undercover agents should receive special consideration. Author Lijana Stariene stresses that in ECHR praxis, three important aspects are considered:

1. articulable grounds to suspect that the person is involved in a similar criminal activity or has committed a similar criminal act previously
2. legality of the undercover agents' activity
3. the scope of the undercover agents' involvement

From the listed aspects, Stariene stresses the situation where the person had committed criminal acts previously. She asserts that it is exceedingly difficult and subjective to discuss the *intent* of the subject to commit a criminal act,²⁶ but that previous involvement in criminal activity is an important indicator. In an ethical sense, however, it is somewhat difficult to discuss recidivism as valid grounds for potentially tolerating incitement from an undercover agent, especially in regards to border cases wherein it first needs to be established whether certain conduct was truly incitement. Namely, it is possible to suspect abuse by an undercover agent in the manner of using a person who had previously committed a criminal act as a suitable means, especially if the court tolerates the incitement of recidivists by undercover agents in practice. Thus, recidivism in no way guarantees that a person who had committed a criminal act in the past will do so again, nor any other criminal act. To be generous, it is only an indicator, and it is left to the authorities, as always, to prove it in accordance with the law.

The entrapment doctrine

This concept is essential to identifying cases wherein the border between permissible and prohibited encouragement to commit a criminal act was crossed by law enforcement. Thus, the primary aim is to avoid any type of misuse – so that otherwise innocent persons, selected for some reason, would

²⁶ Stariene, L. (2009). “The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights”. *Jurisprudence*, 117 (3), 269.

not commit a criminal act because of the pressure put on them.²⁷ Author Elizabeth Joh finds it problematic that in such cases law enforcement officials, i.e. agent provocateurs who encouraged the suspect to commit a criminal act if they were already known to the police, will almost never face any sanctions. Namely, the author provides a review of the, so-called, *objective and subjective approach* in the context of the culpability of agents provocateurs. The *objective approach* requires the suspect to prove that the police provocation would have led a reasonable person to commit the criminal act,²⁸ while the *subjective approach* (which is more common in judicial practice) prohibits acts of provocation if the person that is being provoked in no way appears to be a potential criminal offender.²⁹ In an ethical sense, this stance is definitely problematic because, as was discussed in the preceding section, in theory, persons with a criminal record could be selected and framed for committing a criminal act and not enough attention would be paid to the specific case. Besides these cases, abuse could refer to a situation wherein an agent provocateur could intentionally act in such a manner so that during criminal proceedings the defence could not utilize the so-called *defence of entrapment*³⁰ – *entrapment defence*³¹.

An overview of the sources of ethical issues

From the discussion above, it can be concluded that ethical issues during the engagement of undercover agents can be interpreted in the context of the difference between this legal institute and that of an agent provocateur, as well as in the context of their similar characteristics, especially in practice. Up until now, all of the possible ethical issues have not been presented in this paper, but it should be noted that at no point is the aim of this paper to give a futile moral critique, but to potentially indicate to areas for improvement of this evidence-gathering procedure, as it is assumed to be a crucial one for enabling effective actions of the police and prosecution in proving criminal acts

²⁷ Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 172.

²⁸ Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 172.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid*, 173.

³¹ *Entrapment* is a type of affirmative defence – the defendant usually admits to committing a criminal act, but still tries to avoid the sanction prescribed by law. This type of defence is based on the idea that the state official which acted in secret (the undercover agent/agent provocateur) incited the defendant to commit the act, which without the incitement, i.e. with self-initiative, they would not have done. More in: Bacigal, R. J. (2009). *Criminal Law and Procedure – An Overview*. Delmar: Cengage Learning, 107.

that are the most dangerous to the safety of citizens and their country. For this reason, the rest of the paper will deal with the analysis of the circumstances of a specific case from the ECHR, as well as with the empirical results of a research into public opinion regarding the ethical issues of utilizing private agents and agent provocateurs.

AN EMPIRICAL APPROACH TO INTERPRETING THE ETHICAL CHALLENGES OF LEGAL SOLUTIONS

Case study – *Toran and Schymik v. Romania*³²

The applicants of appeal no. 43873/10 were German citizens Adrian Toran and Albert Ernst Schymik, convicted of drug trafficking, who sued the Republic of Romania before the ECHR on July 20, 2010. The circumstances of the case were as follows:

A third party, S.R.B., an acquaintance of one of the applicants, was arrested for drug trafficking immediately preceding the events which are the focus of the case. In order to get a reduced sentence, S.R.B. agreed to act as an informant and organized the purchasing of 6 000 tablets of methylenedioxy methamphetamine, better known as “Ecstasy”, which was supposed to happen in the Timisoara area. The prosecutor in charge of S.R.B.’s case authorized the operation, as well as the engagement of three undercover agents during its execution. Furthermore, the prosecutor approved that 35 000 euro was to be taken from special police funds to pay for the drugs. The applicants arrived in Romania in a vehicle which contained, in a hidden compartment underneath the front passenger seat, the pills. The undercover agents video recorded the pills being removed from the hidden compartment, which was previously approved as an evidence-gathering measure by a court. After the transaction which followed, and during which the applicants were caught *in flagrante delicto*, they were arrested and brought into police custody.

The applicants attempted to use the *entrapment defence*, i.e. the fact that the undercover agents acted as agent provocateurs. However, the courts ruled that the manner in which the pills were transported and later sold implied that the applicants had experience with illegal drug trafficking, thus the police actions should not be considered *entrapment*. The essence of the decision by

³² *Toran and Schymik v. Romania*, (App. No. 43873/10), Judgement of 14 April 2015.

the Court of Appeal rested on the fact that the applicants *willingly* decided to come to Romania with the drugs and sell them, even though nothing prevented them from refusing S.R.B.'s offer.

Regarding Romanian law which was relevant to this case, it is a fact that it is prohibited for undercover agents to act as agent provocateurs, but that it is allowed for police officials acting as undercover agents to procure drugs and other base and compound chemical substances with a prosecutor's prior authorization, with the aim of identifying persons involved in such activities (art. 68 and art. 22 of the Romanian Code of Criminal Procedure).

After the case was brought before the ECHR, the Romanian defence was based on the fact that even though the applicants had no previous criminal record, they had shown familiarity with criminal activity such as drug trafficking, specifically by being able to obtain a large number of pills and in the manner in which they had brought them into the country, in the course of which they had to travel through multiple border crossings point. The decision of the ECHR was based on the following principles:

1. The ECHR is not tasked with assessing whether certain evidence is *fruit of the poisonous tree*, but ascertaining whether the process of obtaining evidence resulted in the infringement of other rights or freedoms protected by the EC.

2. The public interest does not justify obtaining evidence by police incitement.

3. Police incitement occurs where the officers involved – whether members of the security forces or persons acting on their instructions – do not confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner, but exert such an influence on the subject as to incite the commission of an offence that would otherwise not have been committed, in order to make it possible to establish the offence, that is, to provide evidence and institute a prosecution.

4. In order for the right to a fair trial, as protected by art. 6 of the EC, to be upheld, all evidence obtained as a result of police incitement and *entrapment* must be excluded.

After applying these principles to the case, the ECHR found that the behaviour of the applicants was indicative of prior criminal activity. Namely, the ECHR concluded that the manner in which they acted during the transaction indicated familiarity with this type of criminal activity, despite the applicants' explicit claims that they had no prior convictions nor were known to the police. The issue that had to be considered was the degree of police involvement in the operation. The ECHR noted that S.R.B. was allowed to contact the applicants via phone call while under arrest, as well as that the funds for the

transaction were provided by the police, after authorization by the prosecutor. The entire operation, including the engagement of undercover agents, was authorized by the prosecutor in a reasoned decision (*ordonanță*), which was in compliance with the domestic law. Even though such activity could have suggested that the police influenced the course of events, the ECHR considered that the most important fact to be determined was whether it could be said that police had joined the criminal activity, not whether they had initiated it. Finally, the ECHR considered that the entire operation, including the engagement of undercover agents, was authorized by the public prosecutor and that their actions in relation to S.R.B., requesting to establish communication with the applicants, as well as using police funds for the transactions, was within the legal limits of undercover work, rather than that of agents provocateurs. Consequently, the ECHR concluded that art. 6 of the EC had not been violated.

This case confirms the fact that the ECHR considers all of the details of a specific case, given that the only ethical issue was that the applicants thought that there is a possibility of a ruling in their favour, despite the fact that they, regardless of actions by the police, freely decided to cross multiple state borders with 6 000 pills of methylenedioxymethamphetamine and sell them in a foreign country. This case also confirms a majority of the theoretically analysed principles, such as the *intent* to commit a criminal act, found in their decision to carry out the transaction; then, in the attempt to utilize the *entrapment defence*; and finally the importance of prior involvement in criminal activity. Even though it could be said that it was not necessary for the transaction itself to occur, given the evidence the undercover agents obtained by video recording the removal of the drugs from the vehicle, it should be noted that the transaction probably served to obtain additional evidence. Finally, it can be concluded that placing limits on the actions of undercover agents by prohibiting incitement to commit a criminal act does not present a handicap for efficiently proving a case, precisely because of the fact that each case is considered separately, as well as the details being analysed in their entirety. This prohibition is not intended to make the job of undercover investigators more difficult, but to ensure just proceedings and prevent abuse.

Survey research

A practical examination of the subject of interest in the context of everyday life is necessary for the validity and scientific relevancy of any important research. For this purpose, a short survey was created, with the aim of analysing the public opinion regarding the engagement and actions of undercover

agents as a legal solution of the CPC of the Republic of Serbia, which was then contrasted with the institute of the agent provocateur from U.S. law. The survey included 82 research participants. The average age of the participants was 33.1 years of age.

The survey contained an introductory explanation of the differences between the two legal solutions, as well as four questions relating to the ethics, efficiency, and the possibility of abuse in the practical application of the institutes of the undercover agent and agent provocateur. At the end, the participants were given the chance to leave a comment. The following text will present the analysed research results.

Chart 1 – Answers to the question no. 1: *Which solution do you think is more ethically just – the one contained in the Serbian Criminal Procedure Code and which prohibits incitement to commit a criminal act, or the one from U.S. law?*

Participants' answers to question no. 1 in percentages

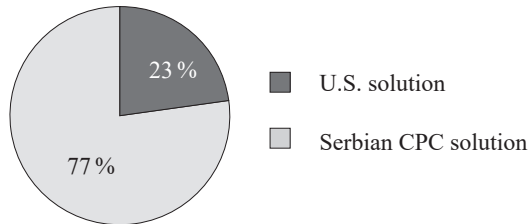
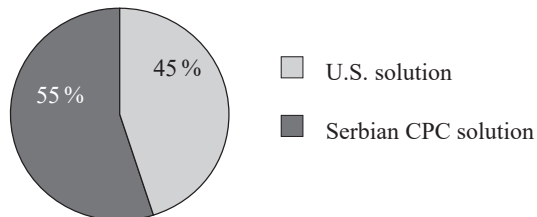


Chart 2 – Answers to the question no. 2: *Which solution do you believe is better regarding the efficiency in proving the most severe criminal acts (which is the initial aim of employing an undercover agent)?*

Participants' answers to question no. 2 in percentages



From the responses, it can be observed that the majority of participants find the solution from the CPC of the Republic of Serbia more ethically just – 77 % of participants believe that the employment of an undercover investigator who is prohibited from inciting criminal acts is more moral and justified than

the U.S. solution which enables the engagement of an agent provocateur. Yet, it can be observed that the results regarding the presumption of the efficiency of the two solutions presented are significantly different – the ratio is 55 % to 45 % in favour of the CPC of the RS, which is a notable change from the previous 77 % to 23 %.

Chart 3 – Answers to the question no. 3: *Do you believe that the solution that enables incitement to a criminal act is misused in the U.S.?*

Participants' answers to question no. 3 in percentages

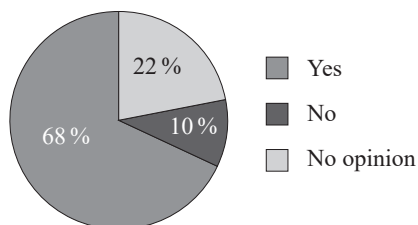
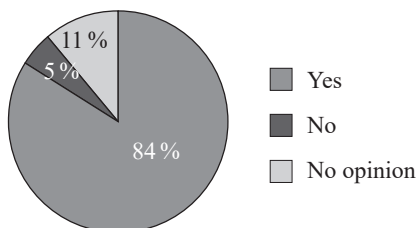


Chart 4 – Answers to the question no. 4: *Do you believe such a solution would be misused if it were introduced into the law of the Republic of Serbia?*

Participants' answers to question no. 4 in percentages



As it regards the questions of potential misuse, it is evident that the participants assume that the possibility to employ agents provocateurs is misused in the U.S. Furthermore, that is the position of 68 % of the responders, while 22 % has no opinion, and only 10 % believe there is no misuse. On the other hand, if such a solution was introduced into Serbian legislature, a full 84 % of participants believe that the authorizations of the agent provocateur would be misused. Despite one of the aims of the paper being the affirmation of the Serbian legal solution, the problematic facts that there is such a high degree of mistrust in the state institutions among the Serbian public and the manner in which they utilize their authorizations should be noted.

CONCLUDING REMARKS

This research attempts to simultaneously analyse related, past theoretical papers and the empirical data obtained by examining public opinion. In that sense, it can be concluded that the solution from the CPC of the RS should be fully trusted as it regards the efficiency of proving the most severe criminal acts. Even though it is indisputable that the solution which provides for the existence of the institute of the agent provocateur achieves exceptional results, it can rightly be assumed that the justness of the solution is directly dependent on the human factor in potentially misusing the wide-ranging authorizations. Furthermore, even if it may seem that the doctrine of *entrapment*, which is recognized in U.S. law, is a type of guarantee and relativizes the difference between the compared legal solutions, the essential difference which is the defining characteristic of the discussed legal solutions should be kept in mind – the undercover agent, in a certain sense, represents the executive branch which should act in the best interest of the citizens and the state, and it should never be equated in practice with the methods and ways that individual criminals or criminal groups act. Consequently, the prohibition on incitement of a criminal act leads to a preservation of honour and reputation, but also to a consistency of honouring legal provisions by the state and its officials. In a moral sense, that specific guarantee is essential to preserving the trust of the citizen in the legal system.

Finally, at no point does this research pretend to the absoluteness or finality of the information obtained and analysed. Moreover, it is but a minimal contribution to the understanding and analysis of the complexity of the decisions of lawmakers while determining the authorizations of undercover agents as the final bastion in the effective battle against organized crime. For this reason, the author hopes that more attention will be given to analyses and suggestions for improving legal solutions crucial to the fight against the most severe criminal offences, as that is the only way for theory not to be barren when tested by praxis.

BIBLIOGRAPHY

- Bacigal, R. J. (2009). *Criminal Law and Procedure – An Overview*, Delmar: Cengage Learning.
- Batler, C. (2012). *Postmodernism: A Very Short Introduction*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Bejatović, S. (2019). *Krivično procesno pravo*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Poststructuralism: A Very Short Introduction*. Belgrade: Službeni glasnik.

- Bošković, A., Kesić, T. (2015). *Krivično procesno pravo*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies.
- Bošković, G. (2017). *Organizovani kriminal*. Belgrade: Academy of Criminalistic and Police Studies.
- Bronitt, S. (2004). “The Law in Undercover Policing: A Comparative Study of Entrapment and Covert Interviewing in Australia, Canada and Europe”. *Common Law World Review*, 33, (1), 35–80.
- Delibašić, V. (2016). “Prikriveni islednik”. *Nauka, bezbednost, policija*, 15 (1), 81–99.
- Ilić, G. (2005). “Dokazna vrednost provociranih krivičnih dela u sudskoj praksi”. *Newsletter of the District Court in Belgrade*, 68 (5). Available at: <http://www.propisionline.com/Practice/Decision/30856>
- Ilić, G., Matić Bošković, M. (2015). *Posebne mere tajnog prikupljanja podataka u krivičnom postupku: pregled iz pravosuđa*. Belgrade: The Belgrade Centre for Security Policy.
- Joh, E. (2009). „Breaking the Law to Enforce it: Undercover Police Participation in Crime“. *Stanford Law Review*, 62 (1), 155–199.
- Lyotard, J-F. (1988). *Postmodern condition*. Novi Sad: Bratstvo-jedinstvo.
- Marx, G. (1974). “Thoughts on a Neglected Category of Social Movement Participant: The Agent Provocateur and the Informant”. *American Journal of Sociology*, 80 (2), 402–442.
- Marinković, D. (2004). “Prikrivene operacije navođenja na krivično delo.” *Nauka, bezbednost, policija*, 2 (2), 157–171.
- Radisavljević, M. (2011). “Posebne dokazne radnje u novom Zakoniku o krivičnom postupku.” *Nova rešenja u krivičnom procesnom zakonodavstvu – teoretski i praktični aspekt*. Zlatibor: Intermex.
- Stariene, L. (2009). “The limits of the use of undercover agents and the right to a fair trial under Article 6 (1) of the European Convention of Human Rights“. *Jurisprudence*, 117 (3), 263–284.
- Škulić, M. (2018). *Organizovani kriminalitet*. Belgrade: Službeni glasnik.
- Škulić, M. (2014). “Osnovni kriminalistički i neki krivičnopravni/krivičnoprocesni aspekti angažovanja prikrivenog islednika”. *Kaznena reakcija u Srbiji*, (Vol. IV, 38–69). Belgrade: Faculty of Law, University of Belgrade.

Legal texts

- Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014. and 35/2019.
- Criminal Code of the Republic of Serbia, *Official Gazette of the RS*, no. 85/2005, 88/2005. – amd. 107/2005. – amd. 72/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014, 94/2016. and 35/2019.
- Law on the Ratification of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, as amended by Protocol No. 11, Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms,

Protocol No. 4 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms securing certain rights and freedoms other than those already included in the Convention and in the First Protocol thereto, Protocol no. 6 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on the abolition of the death penalty, Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Protocol No. 12 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and Protocol No.13 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on the abolition of the death penalty in all circumstances, *Official Gazette of Serbian and Montenegro – International Treaties*, no. 9/2003, 5/2005. and 7/2005. – amd. and *Official Gazette of the RS – International Treaties*, no. 12/2010. and 10/2015.

Analysed case law from the European Court of Human Rights

Toran and Schymik v. Romania, (App. No. 43873/10), Judgement of 14 April 2015.