

Ileana Vinja, dr. iur.*
 Dr. sc. Ivo Josipović,**

IZVIDNA MJERA PREGLEDA OSOBA I STVARI - Razgraničenje u odnosu na pretragu i neki problemi u teoriji i praksi s osvrtom na praksu Vrhovnog suda Republike Hrvatske -

1. USTAVNE OSNOVE UREĐENJA PREGLEDA I PRETRAGE I S NJIMA POVEZANIH POSTUPOVNIH RADNJI S KOMPARATIVNOPRAVNIM NAPOMENAMA

1.1. Ustavne osnove

Nesporno je da pregled i pretraga, kako su uređeni odredbama Zakona o kaznenom postupku i njima komplementarnim propisima zakonske i podzakonske razine,¹ pretpostavljaju kvalitativno i kvantitativno različite oblike zadiranja u određena ljudska prava. Međutim, izgleda i da postoji opća suglasnost da naše zakonodavstvo i praksa nisu ni približno riješili sve probleme koji se javljaju pri njihovu razgraničenju.² Vjerojatno je tome razlog i dugogodišnja neosvještenost problematike ljudskih prava koja je dovela do toga da ta problematika u domaćoj literaturi nije ozbiljnije razmatrana.³ I pregled i pretraga zadiru u temeljna ljudska prava i slobode. Primarno, riječ je o pravu na zaštitu osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (članak 35. Ustava⁴), te pravu na slobodu i osobnost (članak 22. stavak 1. Ustava), pravu na nepovredivost doma (članak 34. Ustava). Isto tako, pregled i pretraga mogu interferirati i s pravom na slobodu i tajnost dopisivanja (članak 36. Ustava), te pravo na sigurnost i tajnost osobnih podataka

* Ileana Vinja, viša sudska savjetnica u Vrhovnom sudu Republike Hrvatske.

** Dr. sc. Ivo Josipović, docent Pravnog fakulteta u Zagrebu.

¹ Posebno važan izvor prava je Privremeni službovnik Ministarstva unutarnjih poslova od 25. siječnja 1996. (dalje: Privremeni službovnik ili Službovnik). Navedeni je propis/podzakonski akt kontroliran i sadržajem i formom, posebice s obzirom na činjenicu da uopće nije objavljen u Narodnim novinama, o čemu se dosta pisalo u stručnoj literaturi. Usp. Krapac, Davor, *Sudska praksa: izdvajanje zapisnika o nezakonitoj pretrazi*, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu (Zagreb), vol.6., br. 1/1999, str. 276.

² Krapac, Davor, *op. cit.* str. 271-283.

³ O tome vjerojatno najbolje govori činjenica da u nekim od vrlo cijenjenih Komentara Zakona o krivičnom postupku, te u sistematskim djelima s područja kaznenog procesnog prava u biv. SFRJ, o navedenoj problematici nije bilo gotovo nikakvih razmatranja. Usp. Petrić, Branko, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Grafosrem, Šid, 1982.; Vasiljević, Tihomir-Grubač, Momčilo, *Komentar Zakona o krivičnom postupku*, Savremena administracija, Beograd, 1982, Bayer, Vladimir, *Kazneno procesno pravo – odabrana poglavlja*, knjiga I. Uvod u teoriju kaznenog procesnog prava (priredio D. Krapac), MUP, Zagreb, 1995. i dr.

⁴ *Ustav Republike Hrvatske od 22. prosinca 1990.-pročišćeni tekst*, Narodne novine br. 8/98.

(članak 37. Ustava). Iako Ustav eksplicite govori samo o nepovredivosti doma, te uvjetima i ograničenjima u pretrazi **doma ili drugog prostora**, očito je da hrvatsko zakonodavstvo zaštitu širi i na pokretne stvari (uključivši i specifično uređene poštanske pošiljke), podatke i komunikaciju.⁵

1.2. Europska konvencija o ljudskim pravima

Zaštita od zadiranja u prava i slobode građana na međunarodnom pravnom planu postavljena je uže nego što je to slučaj u hrvatskom pravu, te u nacionalnim pravima drugih država. Naime, Europska konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda⁶ u članku 8. štiteći pravo na poštivanje privatnog i obiteljskog života, doma i dopisivanja, postavlja granice pretrage s obzirom na mogući objekt. Ona se ograničava na dom, te one zahvate prilikom pretrage (i oduzimanja predmeta) koji bi se kosili s pravom na nesmetano dopisivanje. Upravo zbog uskog pojasa zaštite koju nudi članak 8., jer od pretrage štiti samo dom, a mogućnosti narušavanja nepovredivosti doma (pa i u svrhu kaznenog postupka) postavlja vrlo široko,⁷ u praksi Europske komisije i Suda za ljudska prava bio je relativno malen broj slučajeva koji su se odnosili na pretragu. Nije bilo niti jednog slučaja koji bi nudio kriterij razlikovanja pretrage i pregleda u smislu očekivanja koja postavljamo kada je riječ o hrvatskom pravu. Ipak, važne su odluke u predmetu *Niemietz v. Germany*,⁸ u kojoj je konstatirano da engleska verzija teksta članka 8. stavak 1. Konvencije koristeći termin "home" (dom) ima uže značenje od francuske (*domicile*) i njemačke verzije (*die Wohnung*), te da se zaštita ima odnositi i na one slučajeve kada se u kući odvijaju poslovne aktivnosti. Isto tako, važna je i odluka kojom je Europski sud ustvrdio da je pretraga stana moguća samo temeljem odgovarajućeg naloga sudbene vlasti, kojeg ona donosi nakon što je utvrdila

⁵ Usp. članke 219., 220. i 221. U članku 219. govori se o privremenom oduzimanju financijskih sredstava, što je, s obzirom da se ne radi o gotovom novcu, već "zamjeni" za gotov novac koji kola u platnom prometu, specifičnost.

⁶ Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Rim 4. studenog 1950., s jedanaest kasnijih Protokola, izdanje Odjela za ljudska prava Ministarstva vanjskih poslova Republike Hrvatske, Zagreb, 1996. (dalje: EKLJP).

⁷ Članak 8. EKLJP glasi:

"1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.

2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."

⁸ Odluka od 16.12.1992, Series A no. 251-B. Usp. Keempes, Peter, A Systematic Guide to the Case-law of the European Court of Human Rights 1960-1994, Martinus Nijhoff Publ., The Hague, 1995, str. 553-554. Slično i u predmetu *Funke and others v. France*, presuda od 25. veljače 1993, Series A, no. 256, Usp. i *Jacobs, Francis and White, Robin*, The European Convention on Human Rights, Clarendon Paperback, Oxford, 1996, str. 297.

osnovanost sumnje na počinjenje kaznenog djela, te odredila svrhu pretrage.⁹ Isto tako, pojam doma proširen je i na druge objekte u kojima prebiva neka osoba, poput karavan-automobila ili kamp-kućice.¹⁰ Dakako, treba primijetiti da je i ovakva, “proširena” zaštita, ispod razine koju pružaju nacionalna prava.

U literaturi se spominju i drugi izvori međunarodnog prava koji imaju utjecaja na uređenje režima pretrage, no oni, ili nemaju praktičnih implikacija na uređenje nacionalnog režima pregleda i pretrage, ili se odnose na vrlo specifičnu problematiku (imunitete, npr.), pa o njima ovdje neće biti riječi.¹¹

1.3. Angloamerička iskustva

U komparativnom pravu problematici zadiranja u privatnost i nepovredivost doma tradicionalno je veća pozornost posvećivana u državama koje imaju akuzatorni postupak, nego u zemljama europskog kontinentalnog kruga u kojima prevladava tzv. mješoviti postupak.¹² Pri tome ne pravi se razlika, barem u kaznenom postupku, između pretrage i pregleda. U europskim državama kazneni postupnici definiraju uvjete za pretragu i privremeno oduzimanje predmeta, pa iz toga možemo grubo zaključivati o granici zadiranja u pravo na privatnost koja dijeli kazneno-procesnu od upravno-pravne sfere.¹³ Za potrebe postavljanja granica u našem pravu, stoga su instruktivnija iskustva akuzatornih postupaka, no onih europskog kontinentalnog tipa.

Američko pravo problematiku pretrage rješava polazeći od IV. Amandmana na Ustav SAD koji proklamira pravo na sigurnost građana da njihova privatnost neće biti narušena neosnovanim pretragama i oduzimanjem predmeta, već samo ako se pretraga i oduzimanje predmeta poduzimaju prema sudskom nalogu utemeljenom na osnovanoj sumnji da je počinjeno kazneno djelo, te ako je objekt tih radnji dovoljno određen.¹⁴ Pojam privatnosti američka je sudska praksa odredila kao

⁹ *Predmet Chapell v. Great Britain od 30. 3. 1989., Serie A, sv. 152, prema Krapac, Davor, op. cit. str. 279, te Clements, Luke, European Human Rights, Sweet and Maxwell, London, 1994, str. 162.*

¹⁰ *Clements, Luke, op. cit. str. 162.*

¹¹ *O navedenim međunarodnopravnim izvorima vidjeti Pavišić-Vučković-Veić-Radolović, Zakon o kaznenom postupku s komentarom, literaturom i sudskom praksom, MUP, Zagreb, 1998.*

¹² *Razloge tome možemo tražiti u povijesnim okolnostima, ali i u strukturi kaznenog postupka, razlici u osnovnim postavkama (“filozofiji”) ta dva tipa postupka, te različitim hjerarhijama vrijednosti koje prihvaćaju. Detaljnije razmatranje prelazi okvire ovoga rada.*

¹³ *Dakako, o tome bi se sa većom sigurnošću moglo zaključivati kada bi nam bili dostupni svi relevantni zakonski i podzakonski propisi i na njima utemeljena sudska praksa, što, na žalost, nije slučaj.*

¹⁴ *IV. Amandman glasi: “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized.” Dakako, u oblikovanju sustava zaštite prava na privatnost ogromnu je ulogu odigrala i američka sudska praksa. O tome detaljno u Cleary, Edward and others, McCormick one Evidence, West Publ. Co., St. Paul Minnesota, 1984, str.466. i dalje.*

pravo pojedinca da živi po vlastitom slobodnom izboru, osiguran od javnosti, uključujući i pravo da samostalno uspostavlja i razvija odnose s drugima.¹⁵ Američka praksa ima vrlo strogo shvaćanje pretrage, tako da praktično ne postoji razlikovanje pregleda i pretrage u našem smislu. U jednoj od svojih već davnih odluka Vrhovni sud SAD ustvrdio je da tzv. *stop and frisk*, zaustavljanje vozila i pregled vozača prelaskom ruku preko odjeće, ne može biti izvan dometa zaštite prema IV. Amandmanu, te da je i to oblik pretrage za koju je potreban sudski nalog ili postojanje okolnosti koje dozvoljavaju pretragu bez naloga.¹⁶ U američkoj se literaturi spominju izuzeci od obligatnosti sudskog naloga za pretragu, a neki se od njih približavaju pojmu našeg pregleda, ako se kombiniraju s kriterijima koje je sudska praksa postavila za potrebnu razinu zadiranja u osobna prava u konkretnim slučajevima. Tako se bez naloga mogu pretraživati vozila ("*automobile exception*"), jer je to nužno zbog njihove pokretljivosti koja uzrokuje teškoće u pribavljanju naloga. Pristanak osobe koja se treba pretražiti, ili čiji se stan treba pretražiti također se navodi kao izuzetak od načelne obvezatnosti sudskog naloga za pretragu i oduzimanje predmeta. Pri tome se u sudskoj praksi i stručnoj literaturi upozorava i na opasnosti konkludentnog pristanka. Daljnji izuzeci, pregled osoba i prtljage na granici, pregled iz zdravstvenih i sanitarnih razloga, pretraga osobe koja se uhićuje, pregled kontejnera "during otherwise appropriate law enforcement activity", te u slučaju kad je pretraga bez naloga nužna zbog opravdanih okolnosti (*exigent circumstances*), mogu opsegom svog zadiranja u privatnost imati karakteristike i pretrage i pregleda prema našem pravu. Oduzimanje predmeta bez naloga moguće je ako su dostupni pogledom (*plain view*).¹⁷ Za sve navedene slučajeve postoji zajednička pretpostavka: moraju se temeljiti na osnovanoj sumnji, a ta sumnja mora postojati prije započinjanja pretrage. Nije zakonita pretraga koja je započeta bez osnovane sumnje, ali su njeni rezultati naknadno doveli do uvjerenja ili sumnje da je počinjeno kazneno djelo (zabrana tzv. *fishing expeditions*).¹⁸

Englesko pravo polazi od sličnih premisa kao i američko. Ni ono ne poznaje razlikovanje pregleda i pretrage u smislu našeg zakonodavstva. Police and Criminal Evidence Act iz 1984. godine uređuje ovlasti policije da obavi pretragu i privremeno oduzimanje predmeta. Te se radnje u pravilu obavljaju temeljem sudskog

¹⁵ Predmet *United States v. Chadwick*, prema Krapac, D., op. cit. str. 277., gdje se poziva na djelo LaFave, W.R.-Israel, J.H., *Criminal Procedure*, West Publ. Co., Minnesota, 1985, str. 167.

¹⁶ *Terry v. Ohio*, 1968. godina. Prema Saltzburg, A. Stephen, *American Criminal Procedure*, West Publ. Co., St. Paul, Minnesota, 1988., str. 154. i sl. Ta je odluka bila važna prekretnica i uzor mnogim kasnijim presudama Vrhovnog suda SAD.

¹⁷ Usp. slučajeve *Carroll v. US*; *US v. Matlock*; *Frazier v. Cup*; *Vale v. Louisiana*; *US v. Chardwick*; *Texas v. White* i sl. Detaljni podaci i opisi navedenih i mnogih drugih slučajeva mogu se naći u djelima Saltzburg, A.A., op. cit. str. 154-394., Cleary, E.W., op. cit. str. 466- i dalje.

¹⁸ *Idem*. Na taj zahtjev upozorava i Krapac, D. op. cit. str. 278.-279, te Zupančić, Boštjan i dr., *Ustavno kaznensko procesno pravo*, Ljubljana, 1995, str. 279 i sl., pri čemu spominju slučajeve *US v. Watson* i *Arkansas v. Sanders*. Zupančić spominje četiri izuzetka od obvezatnosti sudbenog naloga, pri čemu izostavlja neke od prije navedenih, vjerojatno zbog toga što se, u pravilu, ne javljaju u kaznenom postupku.

naloga, određenog s obzirom na objekt, a utemeljenog na osnovanoj sumnji, pri čemu se razlikuju s obzirom na opseg i svrhu. U Velikoj Britaniji postoje brojni posebni propisi koji šire pravo na pretragu bez naloga, pa čak i na slučajeve u kojima se ne traži osnovana sumnja.¹⁹ Razlikuju se osnovna (vanjska) pretraga osobe koja obuhvaća pregled prelaskom ruku preko odjeće, uz pravo da se zatraži skidanje kaputa ili slične vanjske odjeće (*tzv. superficial or basic search*). Ta vrsta pretrage odgovara opsegom zadiranja u privatnost našem pregledu osoba. Puna pretraga (*full search*) pretpostavlja mogućnost da se od osobe zatraži svlačenje gornje odjeće. *Strip search* pretpostavlja mogućnost da se od pretraživane osobe zatraži svlačenje svog ili dijela donjeg rublja, dok *Intimate search* znači i pregled tjelesnih šupljina.²⁰ Pretraga uhićenika i pritvorenika moguća je bez naloga.²¹ U pogledu pretrage doma i prostorija, englesko se pravo ne razlikuje u osnovnim načelima od američkog, a posebna je pozornost posvećivana određenju pojmova doma i drugih prostora (“premises”),²² pri čemu su tumačenja bila vrlo široka i obuhvaćala su zemljišta, zgrade, vode i sl.

1.4. Kratke napomene o njemačkom i francuskom pravu

Europske države u svojim kaznenim postupnicima uređuju pretragu i (privremeno) oduzimanje predmeta, a radnju koju mi nazivamo pregledom ostavljaju upravno-pravnoj regulativi. Stoga će ovdje vrlo sumarno biti dane naznake uređenja pretrage u nekim državama iz kojih bi se mogli derivirati neki od nama primjenjivih kriterija za razlikovanje formalnih od neformalnih radnji, te granice njihove primjene. Tako u **Francuskoj**²³ pravo na pretragu bez naloga, te oduzimanje predmeta zatečenih na mjestu događaja postoji kod tzv. flagrantnih kaznenih djela. Od općeg režima pretrage (svjedoci, obavljanje danju i dr.) postoje izuzeci kod kaznenih djela terorizma i onih vezanih za zlouporabu opojnih droga. Pretraga odvjetničkog ureda može se obaviti samo u nazočnosti suca ili predsjednika lokalne odvjetničke komore.²⁴ U fazi prethodnog postupanja, policija, koja to postupanje obavlja pod nadzorom tužiteljstva, može obaviti pretragu stana i osobe i oduzimanje predmeta samo uz izričitu pisanu suglasnost osobe na koju se odnosi²⁵. O pregledu u našem smislu riječi francuski kazneni postupnik ne govori.

¹⁹ *Prevention of Terrorism Act 1989.*, npr. Taj je zakon bio česta “meta” Europskog suda za ljudska prava, posebice zbog odredbi o uhićenju i pritvoru.

²⁰ *Usp. Stone, Richard.: Entry, Search and Seizure: a Guide to Civil and Criminal Powers of Entry, Sweet and Maxwell, London, 1997., str. 132-135.*

²¹ *Idem, 139. i sl. Detalji osobne pretrage u engleskom pravu prelaze okvire ovoga rada. Cit.*

²² *Idem. str. 18. i dalje.*

²³ *Code de procédure pénale, pročišćeni tekst s posljednjim izmjenama iz 1993. godine, Dalloz, paris, 1993/1994., članci 56-59 i 96-99.*

²⁴ *Usp. Hatchard, J. i dr.: Comparative Criminal Procedure, The British Institute of International and Comparative Law, London, 1996, str. 79.*

²⁵ Članci 75-76. francuskog ZKP.

Njemački Strafprozessordnung²⁶ poznaje preglede gledanjem, slušanjem, mirisanjem ili dodirivanjem. Oni nisu zamišljeni (samo) kao policijske radnje, već kao opažanje izvansudskih osoba koje se u postupku saslušavaju kao svjedoci, što te preglede razlikuje od naših policijskih izvida. Pretraga i oduzimanje predmeta u pravilu se obavljaju temeljem sudskog naloga koji se temelji na osnovanoj sumnji da je počinjeno kazneno djelo i u kojemu je specificiran objekt radnje. Nalog mora biti obrazložen. U slučaju hitnosti, pretragu naređuje državni odvjetnik ili policija (par. 105/1 StPO). Posebnu pozornost njemačka teorija posvećuje usputnim nalazima (*Zufallsfunde*), dokazima koji ukazuju na drugo kazneno djelo, a ne ono radi kojega je pretraga određena. Pri tome je upotrebljivost usputnog nalaza ovisna o tome bi li u tom drugom slučaju bili ispunjeni uvjeti za pretragu. Par. 96. StPO omogućava da državna tijela uskrate dokumentaciju kada je to nalažu državni interesi.²⁷

Kao što se vidi, ni njemačko ni francusko kazneno postupovno pravo ne rješava pitanje granične razine zadiranja u privatnost, tj. prelaska iz pregleda (inspekcije) kao upravne radnje u pretragu, kao kaznenoprocenu radnju.

2. PREGLED KAO IZVIDNA MJERA I NJEN ODNOS PREMA PRETRAZI

2.1. Općeniti kriteriji za usporedbu i razlikovanje pregleda i pretrage

Mogući kriteriji, o čijoj će aplikaciji u sudskoj i policijskoj praksi biti riječi kasnije, za usporedbu i razlikovanje pregleda i pretrage su:

2.1.1. Različita razina zadiranja u privatnost građana

Pretragom (stana, drugih prostora, nekretnina i pokretnina) u privatnost, osobnost, te u ostala prava koja interferiraju s navedenima zadire se više nego kod pregleda. Pregled je “vanjskog” karaktera i u opsegu koji je dostupan osjetilima vida, opipa, sluha, mirisa. Zatvoreni prostori se ne otvaraju, niti se objekti (pokretnine, dijelovi nekretnina) demontiraju (nasilno ili nenasilno, sa ili bez posebnog alata) i sl. Dopušteno je korištenje tehničkih pomagala za vanjski pregled, poput detektora za metal, ili uporaba dresiranih pasa koji njuhom otkrivaju pojedine tvari (drogu, eksploziv i sl.). Nasuprot tome, u pretrazi se mogu zatvoreni prostori otvarati (i silom!), predmeti demontirati.²⁸ Poduzimanje takvih radnji, te otvaranje zatvorenih prostora ili prtljage isključuje pregled i indicira postupanje po propisima o pretrazi. Pretraga osoba obuhvaća, po potrebi, svlačenje odjeće, te kontrolu nekih ili svih

²⁶ *Strafprozessordnung (sa stanjem na dan 1.1.1991.)*, R. Oldenburg Verlag, Muenchen, 1992., dalje: *StPO*.

²⁷ *Detalji uređenja pretrage u njemačkom pravu prelaze okvire ovog rada. Vidjeti Kleinknecht, T.-Meyer, K: *Stafprozessordnung*, C.H. Beck Verlag, Muenchen, 1977, par. 121.*

²⁸ *Usp. i članak 279. Privremenog službovnika.*

tjelesnih šupljina. Postoje slučajevi u kojima, po prirodi slučaja, treba kontrolirati i unutrašnjost tijela putem medicinsko-tehničkih sredstava.

Protivno je intenciji ZKP, te naravi pretrage i pregleda gotovo potpuno izjednačavanje pregleda i pretrage prijevoznih sredstava, putnika i prtljage učinjeno u člancima 274.-279. Privremenog službovnika MUP-a.

2.1.2. Cilj pregleda i pretrage

Pretraga može imati za cilj:

1. pronalaženje predmeta ili tragova od važnosti za kazneni postupak, pribavljanje određenih podataka, odnosno pronalaženje određenih osoba (počinitelj, sudionik kaznenog djela);²⁹ te
2. preventivna pretraga namijenjena sprječavanju otpora, destrukcije dokaza, te pružanju pomoći ili otklanjanju ozbiljne opasnosti po život i zdravlje ljudi, te imovinu većeg opsega.³⁰

Dakako, ima pretraga u kojima se navedeni ciljevi kombiniraju.

ZKP ne navodi posebne ciljeve pregleda, no oni se mogu derivirati iz općih ciljeva koje ZKP predviđa u članku 177. stavak 1. za izvide:

1. pronalaženje počinitelja kaznenog djela i osiguranje da ne pobjegne,
2. otkrivanje i osiguravanje tragova kaznenog djela i predmeta, te
3. prikupljanje obavijesti za uspješno vođenje postupka.

Naravi pregleda primjeren je cilj naveden pod 2.

Privremeni službovnik upustio se u posebno definiranje ciljeva pregleda i pretrage osoba, na način različit od ZKP-a. To je učinio zbog i što ne spominje ciljeve pregleda ili pretrage prijevoznih sredstava, putnika i prtljage. Pregled osoba prema članku 268. stavak 1. Privremenog službovnika ima za svrhu “ pronalaženje i oduzimanje predmeta pogodnih za napad”, a pretraga osoba (članak 268. stavak 2.) pronalaženje tragova i predmeta važnih za postupak. Iz toga se u literaturi zaključuje o postojanju pregleda u kriminalističke i pregleda u preventivne svrhe.³¹

2.1.3. Objekt pregleda i pretrage

Mogući objekti pregleda i pretrage načelno su isti: osobe, zgrade, stanovi, poslovni prostori, otvoreni prostori, vozila, pokretne stvari. Iznimka je dom, koji se može samo pretražiti, ali ne i pregledati. Navedena razlika učinjena je u našem Ustavu, gdje se u članku 34. stavak 1. pruža posebna zaštita nepovredivosti doma, te u

²⁹ Zakon o kaznenom postupku, Narodne novine, br. 110/1997, 27/1998, 58/1999 i 112/1999 (dalje: ZKP), članak 211. stavak 1. i 2., članak 212., te u slučaju hitne ulaza u stan i pretrage prema članku 216. stavak 1. točka 2. ZKP.

³⁰ Članak 213. stavak 4.; Članak 216. stavak 1. točka 1. i 3. te stavak 3.

³¹ Usp. Krapac, D. op. cit. str. 280.

ZKP-u koji u članku 177. ne omogućava da se obavi pregled doma. O zaštiti doma u Europskoj konvenciji o ljudskim pravima bilo je riječi u prethodnom tijelu ovog rada.

2.1.4. Materijalno-pravni uvjet za obavljanje pretrage i pregleda

I pregled i pretraga moraju kao osnovu za zadiranje u temeljna ljudska prava imati određeni stupanj vjerojatnosti da je počinjeno kazneno djelo. Postojanjem te činjenice i ciljevi pregleda i pretrage postaju legitimni. Načelo razmjernosti, koje se u slučaju pretrage i pregleda interpretira kao zahtjev da je za manje posizanje u prava i slobode građana potreban niži stupanj vjerojatnosti da je počinjeno kazneno djelo. Pri tome je vrlo važan zahtjev da odgovarajući stupanj vjerojatnosti (sumnje) postoji prije poduzimanja pretrage ili pregleda, a ne da tek njihovi rezultati *ex post* opravdavaju njihovo poduzimanje.³² U literaturi se susreće teza da se pregledi u kriminalističke svrhe “smiju poduzeti samo na temelju postojanja prethodne sumnje (doduše nižeg stupnja, tj. onog koji se u praksi označava izrazom ‘osnove sumnje’) da je počinjeno konkretno kazneno djelo (po analogiji sa zahtjevom da se pretraga smije poduzeti samo na temelju postojanja prethodne i konkretne sumnje odnosno vjerojatnosti da je počinjeno kazneno djelo), a nikako u cilju naknadnog opravdanja subjektivnog uvjerenja policijskih službenika da je netko počinio kakvo kazneno djelo, ma koliko god to uvjerenje počivalo na dobroj vjeri.”³³ ZKP u članku 177. stavak 1. izričito navodi da je za obavljanje izvida, pa i za pregled, potrebno postojanje osnova sumnje da je počinjeno kazneno djelo koje se goni po službenoj dužnosti. Teza kako je i za pretragu potrebno postojanje “osnove sumnje”, ali nešto više razine, teško se može pomiriti s prirodom pretrage kao istražne radnje. Naime, pretraga stana i osobe je istražna radnja koja se kao takva načelno obavlja kada već postoji osnovana sumnja da je počinjeno kazneno djelo (što je uvjet za započinjanje istrage). S obzirom na to, bilo bi dobro i na zakonodavnoj razini jasno definirati kriterije za poduzimanje pretrage, odnosno pregleda.

2.1.5. Dobrovoljnost

Dobrovoljnost sama po sebi nije odlučna karakteristika za razlikovanje pregleda i pretrage. I pregled i pretraga mogu se provesti prisilnim putem, dakako, uz poštovanje načela razmjernosti. Dobrovoljnost kod formalnih radnji (pretraga, privremeno oduzimanje predmeta) može dovesti do reduciranja forme (potreba sudskog naloga³⁴). Delikatna je, međutim, procjena o dobrovoljnosti (vidjeti francusko rješenje) temeljem konkludentnih radnji (otvaranje prtljage, puštanje u stan i sl.).

³² *Usp. Krapac, op. cit. str. 279-280. U tom smislu ide i bogata američka praksa. Vidjeti dio ovoga rada koji se odnosi na američko pravo.*

³³ *Idem, str. 280.*

³⁴ *Usp. članak 216. st. 1. točka 1. Nejasno je zašto je dobrovoljnost kao osnova redukcije forme predviđena izričito samo kod hitnih istražnih radnji, a ne i kod redovitog postupanja.*

Iako nisu od primarnog interesa za kazneni postupak, teorijski su zanimljivi pregledi prilikom prelaska državne granice ili prilikom korištenja aviona, odnosno drugih sličnih pregleda (kontrola prilikom ulaska u određene objekte i sl.). U tim se slučajevima presumira suglasnost (pristanak, dobrovoljnost) na pregled, jer je on općepoznati dio postupka “korištenja” određenih usluga ili ovlasti, pa “korisnik” dolaženjem u poziciju da koristi te usluge ili ovlasti implicate pristaje i na pregled kao njegov preduvjet.

2.1.6. Sukcesija procesnih radnji

I na pregled i na pretragu mogu se nadovezati druge formalne procesne radnje: privremeno oduzimanje predmeta, očevid i vještačenje. Rezultati tih radnji mogu biti upotrebljivi u postupku samo pod pretpostavkom da su osnovne radnje (pretraga, pregled) obavljene zakonito.³⁵

2.2. Pregled kao izvidna mjera: određenje pojma i opsega

Odredbe Zakona o kaznenom postupku ne sadrže definiciju pregleda, a time je izostalo i zakonsko određenje opsega te radnje. U čl. 177. st. 1. ZKP, kao preduvjet izvida kaznenog djela, navodi se prethodno postojanje osnova sumnje da je počinjeno kazneno djelo za koje se progoni po službenoj dužnosti, tj. sumnje blažeg stupnja vjerojatnosti o učinu djela. U st. 2. tog članka se, međutim, nabrajaju samo mogući objekti pregleda, pa tako: pregled prijevoznih sredstava, osoba, prtljage, kao i pregled određenih objekata i prostorija državnih tijela, pravnih osoba i drugih poslovnih prostora, te pregled dokumentacije i podataka s tim u vezi. Od nabrojanih objekata, ovdje nas zanimaju samo pregled prijevoznih sredstava, osoba i prtljage.

U nedostatku zakonske definicije, pregled u psihološkom smislu možemo definirati kao opažanje (percepciju) tj. svjesno doživljavanje okoline na bazi osjetilnih utisaka, sjećanja i asocijacija. U kaznenopravnom smislu, pak, pregled je neformalna radnja usmjerenog opažanja svim osjetilima i pomagalima tih osjetila u cilju otkrivanja tragova kaznenog djela i predmeta važnih za postupak. Kao pomagala osjetila možemo navesti povećalo, naočale, slušne naprave, reflektor, detektor metala, dresiranog psa tragača i sl.

Pregled kao radnja može egzistirati samostalno ili kao sastavni dio pretrage, očevida i vještačenja³⁶. Međutim, predmet ovog referata je samo razgraničenje između pregleda i pretrage, iako i u odnosu na druge dvije spomenute istražne radnje postoje veliki problemi u praksi. Uzgred se napominje da je osnovna razlika između pregleda, kao neformalne radnje, i nabrojanih formalnih istražnih radnji, u tome što se pregledom ne prikupljaju dokazi niti utvrđuju činjenice, nego samo otkrivaju okolnosti koje kasnije

³⁵ I u ovom je slučaju prihvatljiva doktrina “plodova otrovne vočke” prihvaćene u članku 29. stavak 3. Ustava Republike Hrvatske i članku 9. ZKP.

³⁶ Vidi o tome više Pavišić, B. i suradnici, *Komentar ZKP, Zagreb, 1998.*, str. 148

moгу biti predmetom istražnih radnji (pretrage, privremenog oduzimanja predmeta, postupanja sa sumnjivim stvarima i sl.).

2.3. Razlikovanje pregleda u kaznenom smislu od pregleda u drugim postupcima

Od pregleda u kaznenopravnom smislu, koji su ovdje predmetom referata, svakako treba razlikovati preglede kao mjere posebnog carinskog postupka pri prijelasku državne granice (carinski pregled), nadalje, tehničko-sigurnosne preglede u cestovnom prometu, sanitarne preglede, kao i sigurnosne preglede prilikom ulaska u zračnu luku ili pregled posjetitelja određenih objekata (državnih institucija, kulturnih ustanova i sl.). Ovi pregledi, za razliku od izvida kaznenih djela, temelje se na propisima upravnog i prekršajnog postupka i kao takovi nisu od interesa za ovaj referat jer u svojoj suštini nemaju za cilj otkrivanje i prikupljanje podataka u svezi s kaznenim djelom i počiniteljem. Stoga i opseg takovih pregleda, iako često znatno širi od opsega pregleda u kaznenom smislu, ne može biti, osim kao informacija, od koristi za utvrđivanje opsega postupanja policije prilikom otkrivanja kaznenih djela. Međutim, iako se ovi pregledi inicijalno ne temelje na postojanju "osnova sumnje" o učinu kaznenog djela, ipak je u praksi čest slučaj da se upravo tijekom takovih pregleda otkriju tragovi i predmeti važni za kazneni postupak. U takovoj situaciji, neovisno o tome što sam pregled nije započeo na bazi sumnje iz čl. 177. st. 1. ZKP, treba uzeti da je ta sumnja objektivno nastala tijekom samog pregleda i da se takova radnja pregleda, iako započeta po upravnim propisima i s drugim ciljem, u stvari, pretvara u pregled kao izvidnu mjeru kaznenog djela, a time je moguća i kao polazište istražne radnje pretrage.³⁷ Iako odredbe ZKP ponovno o tome ništa ne govore, smatramo da je ovo razmišljanje životno prihvatljivo i opravdano. To konkretno znači da, kada npr. djelatnik carine prilikom pregleda na granici otkrije opojnu drogu sakrivenu u braniku vozila, tada on treba zastati i obavijestiti o tome redarstvene vlasti koje će ishodom odgovarajućeg sudskog naloga provesti formalnu istražnu radnju pretrage vozila i na taj način osigurati valjani dokaz. Naravno, slične su situacije česte i kod postupanja prometne policije prilikom rutinskih kontrola vozila, ali i u tom slučaju, ako se otkriju predmeti važni za kazneni postupak, prometna policija mora poštivati odredbe koje vrijede za postupanje u kaznenopravnom smislu, jer će u protivnom biti upitna valjanost oduzetih predmeta, kao dokaza u kaznenom postupku.

Odgovor na pitanje zbog čega su ovlasti redarstvenih vlasti i drugih ovlaštenih osoba kod obavljanja pregleda po upravnim i prekršajnim propisima znatno šire od ovlasti pri pregledu u kaznenopravnom smislu, vjerojatno treba tražiti u tome što građani prilikom prijelaza državne granice ili prilikom upravljanja motornim vozilom i sl., u stvari, unaprijed pristaju na djelomično ograničenje svojih prava radi ostvarenja nekog osobnog cilja (odlazak u inozemstvo, sudjelovanje u javnom prometu, odlazak na

³⁷Usp. Pavišić, B. i suradnici, *Komentar ZKP, Zagreb, 1998., str. 188. Slično, ali detaljnije, Pavišić i u neobjavljenom tekstu novog proširenog komentara ZKP.*

kazališnu predstavu i sl.), a za ostvarenje kojeg cilja država predviđa zabranu nekog ponašanja (npr. "šverc robe") ili ispunjenje nekog uvjeta (npr. ispravnost motornog vozila i posjedovanje rezervnog alata).

2.4. Zašto je važno razlučiti opseg pregleda od istražne radnje pretrage

Ovo prvenstveno zato jer od toga zavisi valjanost kasnije izvedenih dokaza, prvenstveno istražne radnje privremenog oduzimanja predmeta. Ako ne odredimo barem približne granice postupanja policije u okviru izvida kaznenog djela, dakle, njezinog postupanja bez sudske kontrole u vidu ocjene opravdanosti izdavanja sudske naloga, tada ne znamo da li je policija otkrila neki trag ili pronašla predmet u okviru ili izvan svojih ovlasti, odnosno da li je neki dokaz pribavljen na zakonit ili nezakonit način u smislu čl. 9. ZKP. Zbog toga, određivanjem opsega izvidnih mjera istodobno određujemo i opseg istražne radnje pretrage, budući da sve ono što prelazi granice opsega pregleda, postaje pretraga i traži ispunjenje uvjeta prema čl. 211. do 217. ZKP. U okviru tako utvrđenih granica pregleda i pretrage osiguravamo valjanost pribavljenih dokaza, a u konačnosti i uspješno suđenje u cilju sprečavanja vršenja kaznenih djela i pravednosti kažnjavanja njihovih počinitelja.

Osim toga, odgovor na ovo pitanje ima i svoj društveno-politički značaj. Naime, svakim postupkom policije prema građaninu, bilo da se radi o legitimiranju, obavljanju informativnog razgovora ili pak pretrazi doma, u određenoj se mjeri narušavaju osobna prava građana. Kada se takovim postupcima zadire u nepovrediva prava zagwarantirana Ustavom, kao što je to ovdje pravo na osobnost i privatnost (čl. 22., čl. 34. i čl. 35. Ustava RH), tada je od velike važnosti odgovoriti na pitanje u kojem času je djelovanje policije potrebno podvrći sudskoj kontroli kako bi se izbjegla eventualna samovolja i zloupotreba ovlaštenja djelatnika policije. U odgovoru na pitanje koliko policija, a u stvari izvršna vlast u državi, može samostalno zadirati u osobna prava građana, treba, s jedne strane, poći od općeg interesa društva da se što uspješnije preveniraju, otkrivaju i progone počinitelji kaznenih djela, do, s druge strane, proklamirane potrebe zaštite osobnih ljudskih prava. Upravo u pravoj mjeri u kojoj neka država dovodi u korelaciju interese društva, kao cjeline, s osobnim pravima čovjeka, kao pojedinca, očituje se stupanj njezine demokratičnosti. Time je i odgovor na pitanje o opsegu policijskih izvidnih mjera na neki način "lakmus papir" za ocjenu stupnja poštivanja ljudskih prava u nekoj državi. Ovo iz razloga jer, ako se veći akcent daje interesu društva da prevenira i kazni kriminalno ponašanje, tada to svakako dovodi do umanjenog poštivanja osobnih prava pojedinca tog društva. Naravno, vrijedi i obrnuto, tj. kada poštivanje prava pojedinca bude u većoj mjeri naglašeno, tada se to u pravilu reflektira na smanjenje efikasnosti rada policije što objektivno otežava vršenje njezine preventivno-sigurnosne funkcije.

Zbog toga, imajući u vidu, s jedne strane, opravdani interes društva da policija obavlja svoj zadatak efikasno i učinkovito, a s druge strane, neospornu potrebu očuvanja oso-

bnih prava pojedinaca, što je i aktualni trend u svim modernim državama, potrebno je s puno pažnje pristupiti utvrđivanju opsega djelovanja policije poštujući pritom, kako zahtjeve društva, tako i prava pojedinca. Time je i određivanje opsega pregleda ujedno i određivanje početne zone zahvata društva u nepovredivost osobe i stvari pojedinca, do mjere kada zakon, za slučaj dubljeg zadiranja u prava pojedinca, propisuje posebnu proceduru radi bolje zaštite tih prava.

2.5. Privremeni službovnik Ministarstva unutarnjih poslova kao izvor prava o pregledu

Nažalost, jedini aktualni propis koji sadrži pobliže odredbe o opsegu postupanja redarstvenih vlasti prilikom vršenja izvidnih mjera je Privremeni službovnik Ministarstva unutarnjih poslova od 25. siječnja 1996. godine. Taj propis je u primjeni, iako službeno nije objavljen, a opravdana je i primjedba da se radi o aktu podzakonskog ranga kojim se, sukladno Ustavu, ne mogu ograničavati slobode i prava građana. Međutim, u nedostatku zakonskih rješenja, za sada³⁸, dobro se informirati i o tom propisu.

Polazeći od prije navedenih općenitih kriterija za usporedbu i razlikovanje pregleda i pretrage, potrebno je ukazati i na određene detalje. Odredbe Službovnika polaze od izjednačavanja pregleda i pretrage prijevoznih sredstava, osoba i prtljage s odredbama koje vrijede za pretragu doma i drugih prostorija, što u samom začetku ukazuje da redarstvene vlasti poklanjaju visok stupanj pažnje pravu čovjeka na privatnost štiteći njegovu osobu i pokretne stvari (vozilo i prtljaga) na jednak način kao i njegov dom (čl. 278. Službovnika). Osim toga, znakovito je da se uvjeti za pretragu doma i drugih prostorija sukladno primjenjuju i na pretragu prijevoznih sredstava (vozila, plovila i zrakoplova), jer je u odredbi čl. 241. st. 3. Službovnika izričito navedeno da se pod "drugom prostorijom" imaju smatrati i prijevozna sredstva. Takovom regulativom Službovnik je na tragu razmišljanja ovog referata, jer polazi od tumačenja da se nepovredivost "doma i drugog prostora" zaštićena u odredbi čl. 34. st. 2. Ustava RH, odnosi i na prijevozna sredstva.

Što se tiče razgraničenja pregleda i pretrage prijevoznih sredstava, Službovnik u odredbi čl. 279. određuje samo opseg pretrage navodeći da službene osobe mogu prilikom pretrage skidati pojedine dijelove prijevoznog sredstva i pregledati sva mjesta za koja postoji vjerojatnost da će se u njima pronaći predmeti kaznenog djela ili u vezi s kaznenim djelom i počiniteljem. S obzirom da je u Službovniku izostalo definiranje opsega pregleda, proizlazi da ga je moguće odrediti samo u negativnom

³⁸Prema saznanju autora u pripremi je novi Zakon o redarstvenim ovlastima koji je u fazi izrade nacrtu prijedloga. Taj nacrt predviđa da pregled osobe obuhvaća pregled odjeće i obuće, te pregled samo onih tjelesnih šupljina koje su dostupne izravnom pogledu. Pod pregledom prometnog sredstva smatra se pregled svih otvorenih i zatvorenih prostora prometnog sredstva i predmeta koji se prevoze. Nemamo saznanja da li je u međuvremenu izrađen konačni prijedlog Zakona, te da li je pokrenuta zakonska procedura.

smislu, tj. polazeći od pretpostavke da je pregled sve ono što nije pretraga, a to nam, s obzirom na općenitost odredbe čl. 279. Službovnika, nije dovoljno za željeni odgovor.

U odnosu na osobe i prtljagu, Službovnik u odredbi čl. 268. daje mnogo jasniju liniju razgraničenja pregleda i pretrage, pa kaže da pregled osoba u preventivno-sigurnosnom smislu obuhvaća **vanjski** pregled odjeće i ostalih predmeta (torbe, omoti i sl.), dok pretraga obuhvaća pretraživanje odjeće, obuće, tijela i osobne prtljage kada je vjerojatno da će se tako pronaći tragovi i predmeti važni za postupak. Iz izloženog proizlazi da redarstvene vlasti nikakve dvojbe nemaju da se prilikom pregleda osobe i stvari (što je svakako osobna prtljaga), opažanje ovlaštene osobe mora zadržati na vanjskim dijelovima odjeće, odnosno vanjskim površinama predmeta. Ovakav decidan stav Službovnika relevantan je i za kasnija razmišljanja ovog referata u odnosu na pregled prijevoznih sredstava, posebno u nedostatku drugih propisa koji bi obrađivali tu temu.

3. SUDSKA PRAKSA VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

3.1. O opsegu pregleda prijevoznih sredstava i prtljage

Načelno treba reći da su prijevozna sredstva i prtljaga pokretne stvari izvan doma počinitelja, zbog čega kod njih vrijedi režim pregleda i pretrage pokretnih stvari. Naravno, ako vozilo ujedno služi za stanovanje (kabina teretnog vozila, kamp-prikolica, kamper), tada, iako se radi o prijevoznom sredstvu, treba u potpunosti primijeniti odredbe koje vrijede za pretragu doma. Pojam prtljage (prvenstveno ručne) obuhvaća stvari koje putnik ima u vozilu ili na njemu ili koje čuva, odnosno nadzire prilikom početka i završetka putovanja.

S obzirom na već istaknutu manjkavost odredbi Zakona o kaznenom postupku, ali i objavljenih komentara tog zakona, u pogledu opsega izvidne mjere pregleda prijevoznih sredstava, osoba i prtljage, praksa hrvatskih sudova prepuštena je sama sebi i kreće se od slučaja do slučaja. To je posebno uočljivo u pitanju zakonitosti dokaza pribavljenih tijekom pregleda vozila i prtljage gdje i u Vrhovnom sudu postoje oprečna mišljenja.

Tako je u odluci VSRH br. I KŽ-65/99 od 9. veljače 1999. godine zauzeto stajalište da pregled prijevoznih sredstava, kao neformalna radnja izvida kaznenog djela, **"obuhvaća pregled svih prostora u vozilu, osim onih za čije je otvaranje nužno primijeniti posebnu tehniku (primjerice rastavljati pojedine dijelove vozila, specijalnom tehnikom odlemljivanja ili rezanja otvarati zalemljene kutije i sl.)"** (podcrtala I. V.). Naime, radi se o slučaju kada su djelatnici policije, pri uobičajenoj rutinskoj kontroli vozila, zatražili od vozača, kasnije okrivljenika, da im otvori prtljažnik vozila, a kada je on to učinio, primijetili su u prtljažniku nezavezanu jutenu vreću i u njoj, također nezavezanu, plastičnu vreću. Kada je djelatnik policije sam raširio otvor tih vreća, uočio je opojnu drogu marihuanu. Vrhovni sud je stao na

stajalište da je opojna droga, privremeno oduzeta na ovakav način, valjan i zakonit dokaz u kaznenom postupku, jer je predmet pronađen u nezavezanoj jutenoj vreći u prtljažniku vozila, pa s obzirom da za otkrivanje tog predmeta nije bilo nužno primijeniti nikakvu posebnu tehniku, do istražne radnje pretrage vozila, u stvari, nije niti došlo.

Slično mišljenje izraženo je i u odluci VSRH br. I Kž-547/99 od 7. rujna 1999. godine kada su djelatnici policije ušli u nezaključano terensko vozilo "Jeep Cherokee", te su pomicanjem sjedala vozača i stražnje djeljive klupe u kabini vozila, ispod nje pronašli PVC vrećicu s praškastom materijom sumnjivu na opojnu drogu heroin. Sud je stao na stajalište da ovako privremeno oduzeti predmet - opojna droga, s obzirom na način ulaska u vozilo i mjesto pronalaska droge - unutar zatvorene stražnje klupe (sica), predstavlja pregled vozila u smislu izvida kaznenog djela u okviru ovlasti redarstvenih vlasti iz čl. 177. st. 2. ZKP, a time je i privremeno oduzeti predmet (droga), zakonito pribavljen dokaz. Obrazloženje za tu odluku sud je našao u tome što pomicanje sjedala i podizanje stražnje djeljive klupe ne predstavlja primjenu nikakve posebne tehnike u postupku kontrole prostora u vozilu.

Odluka VSRH br. I Kž-65/99 od 9. veljače 1999. godine podvrgnuta je ozbiljnoj stručnoj kritici u stručnoj literaturi.³⁹

Naime, iako se autor kritičkog osvrtu (prof. Davor Krapac) slaže s mišljenjem Vrhovnog suda o valjanosti obavljenog pregleda prtljažnika vozila, smatra da je za to trebalo dati sasvim drugo obrazloženje, jer stav suda o opsegu pregleda vozila do mjere kada to zahtijeva primjenu posebne tehnike u vidu rastavljanja pojedinih dijelova vozila i sl., smatra preširokom i neprihvatljivom sa stajališta zaštite prava privatnosti. Opravdanost pregleda unutrašnjosti prtljažnika vozila prof. Krapac konkretno nalazi u dobrovoljnosti postupanja vlasnika vozila koji je na poziv policije prtljažnik otvorio sam. Ovakvo dobrovoljno postupanje vlasnika vozila znači ujedno i njegov pristanak na ograničenje osobnih prava, a to djelatnicima policije daje ovlaštenje da obave pregled vozila, pa čak i kada se radi o zatvorenom prostoru (prtljažniku) koji inače nije dostupan "na prvi pogled". U suprotnom, tj. kada vozač odbije mogućnost da djelatnici policije ili on sam otvore prtljažnik, prof. Krapac smatra da bi trebalo poduzeti istražnu radnju pretrage vozila. Oslanjajući se na rješenja stranih zakonodavstava, a poglavito anglo-saksonskog pravnog sustava, prof. Krapac smatra da je zbog očekivanog većeg stupnja privatnosti u zatvorenim prostorima vozila (pretinac, prtljažnik), tim prostorima potrebno osigurati i veću zaštitu kroz obaveznu sudsku kontrolu putem izdavanja naloga za pretragu. Zbog toga veći stupanj zaštite temeljnog prava na tajnost osobnog i obiteljskog života moraju imati *svi oni dijelovi vozila koji predstavljaju zatvorene cjeline i policijskim službe-*

³⁹ D. Krapac, *op. cit.* Cijeli je rad zapravo opsežna i argumentirana kritika navedene odluke Vrhovnog suda utemeljena na interpretaciji domaćeg zakonodavstva te međunarodnopravnim i komparativnopravnim iskustvima.

nicima nisu dostupni "na prvi pogled". Također, što se tiče otvaranja vreća pronađenih u prtljažniku vozila, prof. Krapac smatra da se radi o predmetima veće privatnosti od one koju zatičemo u unutrašnjosti vozila (kabini), pa se i pregled prtljage, kao osobnih stvari, smije zadržati samo "na površini", tj. na istraživanju **osjetom vida, opipa, njuha i sluha** i to u onoj mjeri koja je nužna za ispunjenje osnovne zadaće policije u prevenciji i otkrivanju kaznenih djela. Za svako dublje istraživanje prtljage, a u nedostatku privole držatelja stvari, potrebna je, smatra prof. Krapac, istražna radnja pretrage pokretnih stvari.

Nasuprot ovim odlukama Vrhovnog suda, donesena je odluka VSRH br. I KŽ-808/99 od 24. veljače 2000. godine u kojoj se razgraničenje pregleda od pretrage vozila i prtljage ocjenjuje bitno drugačije i, u stvari, slijedi linija izloženog razmišljanja prof. Krapca. Naime, u toj odluci zauzet je stav da pregled prijevoznog sredstva i prtljage obuhvaća **"samo pregled onih dijelova vozila (prtljage) koji su vizualno dostupni osobi koja vrši pregled"**, dok svako daljnje pretraživanje, poglavito u slučaju otvaranja zatvorenih prostora (prtljažnika i prtljage), predstavlja dublje zadiranje u privatnost osobe čije se vozilo pretražuje, zbog čega je takovu radnju moguće valjano provesti samo u zakonom propisanoj formi, tj. kao istražnu radnju pretrage" (podcrtala I.V.). Prema podacima policijske zabilješke, u konkretnom slučaju radilo se o tome da su djelatnici prometne policije, nakon zaustavljanja vozila i legitimiranja vozača, "pristupili" provjeri prtljažnog prostora osobnog automobila u kojem je pronađena crna putna torba, a potom se "pristupilo" i pregledu te torbe na način da je vlasnik vadio stvari osobne garderobe i stavljao u prtljažni prostor, kojom prilikom je otkrivena i prozirna najlonska vrećica s opojnom drogom marihuanom. Iz ove odluke proizlazi da su djelatnici policije samostalno "pristupili" otvaranju prtljažnika u cilju njegove provjere, a također i da su sami "pristupili" otvaranju putne torbe, nakon čega je vlasnik vozila, kasnije okrivljenik, sudjelovao na način da je iz otvorene torbe vadio stvari i izlagao ih pogledu djelatnika policije. Ovakav postupak vlasnika vozila ukazivao bi na stanoviti stupanj dobrovoljnosti u njegovom postupanju, barem u dijelu utvrđivanja sadržaja putne torbe. Međutim, kako iz postojećih podataka u spisu nije proizlazila i njegova dobrovoljnost u pogledu otvaranja prtljažnika i putne torbe, sud je smatrao da je policija u tom dijelu premašila svoja ovlaštenja koja ima prilikom pregleda kao izvidne mjere, jer je otvaranjem dva zatvorena prostora - prtljažnika i putne torbe, u stvari, započela radnju pretrage, za što nije imala odgovarajući sudski nalog. Slijedom ovakvih razloga, sud je zaključio da su privremeno oduzeti predmeti - vrećica s opojnom drogom marihuanom - nezakonito pribavljeni dokazi na kojima nije moguće zasnovati sudsku presudu, zbog čega je i odbijena žalba državnog odvjetnika protiv rješenja suda prvog stupnja kojim je iz spisa izdvojena potvrda o privremenom oduzimanju predmeta, kao i drugi dokazi koji su iz toga potekli (fotodokumentacija, izvješća i nalaz toksikološkog vještaka).

Konačno, i odluka VSRH br. I KŽ -435/98 od 8. rujna 1998. godine na neki se način bavi režimom pregleda i pretrage vozila ukazujući da, u situaciji **"kada je pronađeni**

predmet u vozilu bio vidljiv djelatnicima policije" (podcrtala I.V.), tada su ga oni valjano oduzeli u okviru svojih ovlaštenja pregleda vozila. Naime, u konkretnoj situaciji vozač osobnog automobila je, nakon zaustavljanja od strane djelatnika policije, ispustio na pod vozila jedan paketić s opojnom drogom, kojeg mu je prethodno dodala osoba izvan vozila. Kako je vozač taj paketić ispustio na pod vozila, što je bilo dostupno pogledu djelatnika policije, sud smatra da je izvidna mjera pregleda vozila bila dovoljna da se predmet pronađe i osigura, pa stoga pretraga prijevoznog sredstva, kao istražna radnja, nije bila potrebna niti je poduzeta.

Slijedom navedenih odluka Vrhovnog suda RH proizlazi da u pitanju utvrđenja opsega izvidnih mjera kaznenog djela, kao neformalne radnje redarstvenih vlasti, postoje u bitnom dvije linije razmišljanja. Jedna, izrađena u odlukama br. I KŽ-65/99 i br. I KŽ-547/99, polazi od većih ovlaštenja djelatnika policije prilikom pregleda vozila, putnika i prtljage, jer bez sudskog naloga i svjedoka omogućava djelatnicima policije pregledavanje svih otvorenih i zatvorenih prostora u vozilu, ali do mjere koja ne traži primjenu neke posebne tehnike (rastavljanje i skidanje pojedinih dijelova vozila). To ujedno znači i da je svako otvaranje zatvorenih prostora u vozilu (prtljažnik, pretinac, prostor ispod stražnjeg sjedala), dostupno djelatnicima policije prilikom pregleda vozila, a svi predmeti pronađeni na tim mjestima imaju snagu valjanih dokaza u kaznenom postupku⁴⁰. Takvo stajalište očito daje veći značaj zaštiti društvenih interesa u preveniranju i gonjenju kaznenih djela, jer omogućava djelatnicima policije efikasnije i operativnije djelovanje. Međutim, istovremeno se takovom mišljenju može prigovoriti da ne poklanja dovoljno pažnje osobnom pravu građana na zaštitu privatnosti, jer omogućava kršenje tog prava u mjeri koja obezvrjeđuje ustavno načelo nepovredivosti "drugih prostora" iz čl. 34. st. 2. Ustava RH, za koji pojam je već ranije rečeno da obuhvaća i prostor prijevoznih sredstava. Ovakvo stajalište koje onemogućava policiju da bez sudskog naloga rastavi i ošteti vozilo, u stvari, pruža zaštitu prava vlasništva na tom vozilu, a istovremeno ignorira distinkciju pojedinih prostora s obzirom na stupanj očekivane privatnosti. Naravno, prihvaćanjem ovog mišljenja, ocjena valjanosti dokaza u kaznenom postupku bi se s aspekta rada policije znatno pojednostavnila, s obzirom da bi svi predmeti, osim onih izuzetih iz npr. dijelova motora, mjenjačke kutije vozila, branika ili gume na vozilu, bili valjanom osnovom za donošenje sudske odluke.

Nasuprot ovom mišljenju, stajalište izraženo u odlukama VSRH br. I KŽ-808/99 i I KŽ-435/98 unose u ovu problematiku drugačiji pristup koji se prvenstveno bazira na procjeni pretpostavljenog stupnja privatnosti pojedinih dijelova vozila i s tim u vezi pruža odgovarajući stupanj zaštite tih prostora prema trećim osobama, ovdje djelatnicima policije. Mišljenje suda prema kojem zatvoreni (skriveni) prostori u vozilu ne mogu, bez dobrovoljnog pristanka građana, biti pregledani od strane

⁴⁰*Iz toga bi proizlazilo da, ako se radi o zatvorenom prostoru koji je ujedno i zaključan, treba poduzeti radnju pretrage, budući da otvaranje zaključanih prostora, kada izostane pristanak vlasnika vozila predajom ključa, u stvari, zahtijeva primjenu posebne tehnike (razvaljivanja brave).*

redarstvenih vlasti, u većoj mjeri naglašava potrebu zaštite interesa pojedinca naspram interesa društva, pa čak i ako se time objektivno otežava uspješnost otkrivanja kaznenih djela i njihovih počinitelja. Iako spomenute sudske odluke, pa tako niti ovaj referat, nemaju pretenzije poimence nabrojati koje sve prostore u vozilu treba smatrati zatvorenima, odnosno koji sve prostori uživaju povećani stupanj zaštite privatnosti (o tome će se izjasniti buduća sudska praksa), ipak ostaje važnim zaključiti da je ocjenu zaštićenosti prostora potrebno tražiti u njegovoj zatvorenosti, tj. skrivenosti od pogleda drugih, što bi upućivalo da se radi o mjestima gdje se mogu očekivati predmeti većeg privatnog značaja (npr. osobni dnevnik, obiteljske fotografije, ljubavna pisma i sl.). Sadržaj takovih prostora, zbog dosljednog poštivanja ustavnog načela o nepovredivosti ljudske osobnosti (čl. 22. Ustava) i štovanja čovjekovog osobnog i obiteljskog života, dostojanstva, ugleda i časti (čl. 35. Ustava), moguće je utvrditi po djelatnicima policije samo pribavljanjem sudske naloga, odnosno uz prethodnu ocjenu suda ima li dovoljno osnova sumnji o učinu kaznenog djela, jer samo kada tako utvrđena sumnja postoji, osobna prava građana trebaju ustuknuti pred interesima društva. Naravno, "osnovi sumnje" su preduvjet i za poduzimanje izvidnih mjera, ali kada se u osobna prava građana poseže u većoj mjeri, kao npr. otvaranjem pretinca u kabini vozila, tada te "osnove sumnje" mora utvrditi sud, kao Ustavom određeni garant zakonitog i pravednog postupanja.

Stoga, dakle, svaki pregled prijevoznog sredstva i prtljage koji nadilazi opažanje djelatnika policije "na prvi pogled" osjetilom vida, sluha, njuha, opipa i pomagala tih osjetila, odnosno koji se ne zadržava na površini, već osim istraživanja osjetilima zahtijeva dublje posezanje u strukturu zatvorenih prostora, treba, u nedostatku privole držatelja stvari, na odgovarajući način "pretvoriti" u istražnu radnju pregleda, uz ispunjenje zakonom propisanih uvjeta. Ovakvom načinu razmišljanja Vrhovnog suda RH priklanja se i ovaj referat, o čemu se zaključno biti riječi.

3.2. Opseg pregleda osoba

U pitanju osobnog pregleda građana, praksa Vrhovnog suda RH, do sada, ne iskazuje odstupanja u mišljenjima pojedinih sudskih vijeća. To se posebno odnosi na novije odluke donesene u razdoblju nakon stupanja na snagu Zakona o kaznenom postupku. Osim suglasne prakse Vrhovnog suda RH, treba ponoviti i da odredba čl. 268. Privremenog službovnika Ministarstva unutarnjih poslova sadrži relativno jasno određen pojam pregleda osobe koji obuhvaća vanjski pregled odjeće, za razliku od osobne pretrage koja obuhvaća pretraživanje te odjeće, obuće i tijela osobe⁴¹.

Na sličan način opseg pregleda osoba definiraju i neki pravni teoretičari⁴², pa kažu da pregled osoba seže samo do vanjskih površina koje postoje u konkretnom slučaju, odnosno odjeće i obuće, ali i proteza tjelesnih osjetila, kao što su slušni aparat, štap,

⁴¹Vidi ranija razmatranja u poglavlju "Privremeni službovnik MUP-a".

⁴²Tako Pavišić, B. u još neobjavljenom tekstu novog proširenog Komentara ZKP-a.

naočale i dr. Osim toga, pregled osoba obuhvaća i vanjski pregled stvari u neposrednoj fizičkoj detenciji osobe, a iznimno i druge osobe u takvoj detenciji (dojenče u naručju) ili životinje (pas vodič na uzici). Pod stvarima u neposrednoj fizičkoj detenciji osobe još smatramo da treba obuhvatiti i sve one predmete koje ljudi obično nose sa sobom, a nisu prtljaga, kao što je osobna torbica, vrećica, omot, novine pod rukom, cvijeće i sl. Također, pregled treba obuhvatiti sve otkrivene dijelove tijela kao što je lice, kosa, šake, tjelesne otvore (uho, nos).

U odluci Vrhovnog suda RH br. I KŽ-15/00 od 26. siječnja 2000. godine, taj sud je odredio izdavanje iz spisa potvrde o privremenom oduzimanju predmeta - paketića s opojnom drogom heroin, kao i svih dokaza koji su ih tog potekli, zato jer je utvrđeno da je policija taj paketić pronašla u čarapi osumnjičenice, a pritom nisu bile ispunjene zakonske pretpostavke iz čl. 213. i čl. 216. st. 3. ZKP. U konkretnom slučaju, policija je zaustavila i legitimirala osumnjičenicu, a potom je odvela u policijsku postaju, zato što na terenu nije bilo moguće osigurati osobu istog spola (ženskog), koja će obaviti pregled, odnosno pretragu. Nakon što je u čarapi osumnjičenice pronađen paketić s drogom, s njom je obavljen informativni razgovor, te je puštena kući. Upravo s obzirom na utvrđenu svrhu dovodenja osumnjičenice u policijsku postaju, te činjenicu da do lišenja slobode nije došlo, Vrhovni sud nije prihvatio argumentaciju suda prvog stupnja prema kojoj bi se ovdje radilo o dozvoljenoj hitnoj pretrazi osobe u smislu čl. 269. Službovnika u vezi s čl. 216. st. 3. ZKP, budući da se očito nije radilo o njezinom uhićenju, preprati, niti o izvršavanju naloga za privođenje. U obrazloženju svoje odluke Vrhovni sud je rekao da osobni pregled, kao izvid kaznenog djela, **"obuhvaća samo pregled vanjskih dijelova odjeće i obuće, a svako daljnje pretraživanje te odjeće (kao što je ovdje čarapa), obuće ili tijela osobe predstavlja dublje zadiranje u njezinu privatnost, zbog čega je tu radnju moguće valjano provesti samo kao formalnu istražnu radnju pretrage osobe"** (podcrtala I.V.). Zaključno, sud je rekao da se radilo o nezakonitom postupku policije, jer je pretraga osobe obavljena bez sudskog naloga i svjedoka, iako nije bilo uvjeta za hitnu pretragu, zbog čega na tako pribavljenom dokazu nije moguće zasnovati sudsku presudu.

Slično pitanje o ovlaštenjima redarstvenih vlasti prilikom lišenja slobode osumnjičenika bilo je predmetom odluke VSRH br. I KŽ-486/97 od 11. ožujka 1998. godine. Naime, tijekom postavljene zasjede i opservacije stana osumnjičenika, djelatnici policije su zaključili da se u tom stanu prodaje opojna droga. Uz pristanak majke osumnjičenika, redarstvenici su ušli u stan osumnjičenika i legitimirali tamo zatečene osobe, nakon čega je izvršen osobni pregled osumnjičenika u cilju njegovog lišenja slobode, kojom prilikom je od njega oduzeta opojna droga. Sud je zaključio da se radi o rutinskom pregledu osobe prilikom lišenja slobode, što je uobičajeno i dužno postupanje policije radi eventualnog razoružavanja ili sprečavanja odbacivanja predmeta važnih za postupak. Zbog toga, takav osobni pregled nema značaj istražne, već operativno-kriminalističke radnje. Predmeti koji su prilikom ovog sigurnosno-preventivnog pregleda slučajno pronađeni i privremeno oduzeti mogu poslužiti kao dokaz u kaznenom postupku.

Posebno zanimljivo pitanje, čemu svakako i ubuduće treba posvetiti više pažnje, razmatra se u odluci VSRH br. I KŽ-244/99 od 17. studenog 1999. godine. Naime, radilo se o slučaju kada je osumnjičenik, na poziv policije, sam isprazio svoje džepove kojom prilikom je pronađena i od njega oduzeta stanovita količina opojne droge marihuane. Sud je pošao od stajališta da, u odgovoru na pitanje radi li se o pregledu ili pretrazi osobe, prvenstveno treba utvrditi u kojoj je mjeri posegnuto u privatnost te osobe, tj. da li su pregledani samo vanjski dijelovi odjeće, u kojem se slučaju radi o pregledu kao izvidu kaznenog djela, ili je došlo do pretraživanja odjeće, obuće i tijela osobe, kada je stupanj zadiranja u privatnost osobe tako naglašen da je tu radnju moguće valjano provesti samo u zakonom propisanoj formi pretrage. Sukladno takvom stajalištu, mjesto pronalaska droge - unutarnji džep (nažalost, iz odluke nije vidljivo o kojem se odjevnom predmetu radi), zahtijevao bi provođenje istražnje radnje pretrage osobe. Međutim, s obzirom na to da je osumnjičenik sam isprazio svoje džepove, sud je zaključio da do pretrage unutarnjih dijelova njegove odjeće nije niti došlo, budući da je osumnjičenik to sam dragovoljno učinio. U takvoj situaciji, tj. kad osoba sama izruči predmete, do formalne istražnje radnje pretrage osobe nije niti došlo, jer **"element dobrovoljnosti u postupanju osobe isključuje potrebu pribavljanja sudskog naloga i osiguranja nazočnosti svjedoka"** (podcitala I.V.). Osumnjičenik je, surađujući na taj način s policijom, u stvari, sam pristao na ograničenje svojih osobnih prava, što postupcima policije daje zakonit značaj, a tako oduzeti predmeti mogu poslužiti kao valjan dokaz u postupku.

3.3. Pristanak osobe ili držatelja stvari (dobrovoljnost)

Pitanje dobrovoljnosti, odnosno pristanka osobe da se podvrgne zahtjevima policije prilikom pregleda odnosno pretrage osoba i stvari, u praksi, a na žalost niti u pravnoj teoriji, do sada nije dovoljno obrađeno. To prvenstveno zato jer je i sam zakonodavac propustio u tom pravcu dati rješenje. Taj pojam navodi se samo u odredbi čl. 216. st. 1. toč. 1. ZKP, tj. kada je hitnu pretragu stana i druge prostorije moguće obaviti bez sudskog naloga i nazočnosti svjedoka ako držatelj stana ili stanar to sam želi. Takvim postupkom stanar se, u stvari, iz osobnih razloga odriče zaštite nepovredivosti svog doma, pri čemu motivi koji ga rukovode nisu od interesa za sud. Međutim, kad je u pitanju pretraga doma počinitelja kaznenog djela radi pronalaznja ili osiguranja dokaza, pristanak na pretragu ipak ne isključuje obavezu nazočnosti dva svjedoka, kako to izričito propisuje čl. 216. st. 2. ZKP. Disponiranje vlastitim pravom na nepovredivost doma zakonodavac je u ovom slučaju ograničio vjerojatno radi izbje-gavanja bilo kakove mogućnosti zlorporabe ovlaštenja od strane djelatnika policije.

Kako se odredbe o pretrazi doma i drugih prostorija na odgovarajući način primjenjuju i kod pretrage pokretnih stvari - prijevoznih sredstava i prtljage, te kod pretrage osoba, pojam dobrovoljnosti je od interesa i za ovaj referat, posebno u situaciji kada je to već našlo odjeka u aktualnoj sudskoj praksi (vidi prethodno poglavlje).

Mišljenje pravnih teoretičara⁴³ polazi od toga da pristanak, dakako, mora biti dan slobodnom voljom, a time stvorena šira ovlaštenja policije prilikom pregleda moraju se kretati samo u okviru danog pristanka, tj. pristanak osobe određuje sadržaj i granice pregleda. Pregled se u tim situacijama, zapravo, pretvara u osobno predočavanje predmeta koji su objekt pregleda. Takvu mogućnost predviđa odredba čl. 213. st. 3. ZKP jer kaže da će se prije početka pretrage osoba pozvati da dobrovoljno izruči osobu odnosno predmet koji se traži.

Pojam dobrovoljnosti, odnosno pristanka osobe na ograničenje osobnih prava u vidu suradnje s djelatnicima policije, otvara brojna pitanja pravne i etičke prirode. Prije svega, odgovore na ta pitanja trebalo bi dati kroz buduća zakonska rješenja, jer kada se, kao ovdje, radi o ograničenju sloboda i prava građana osiguranih Ustavom, tada je zakonska forma jedino opravdana. U međuvremenu, s obzirom da se život odvija neovisno o sporosti zakonodavca, potrebno je da sudovi u svojoj praksi, ali i pravni teoretičari, pokušaju odgovoriti na pitanje o potrebnoj kvaliteti tog pristanka, tj. da li mora biti izričit ili, pak, može biti prešutan (za što se nikako ne zalažemo), da li osoba prije pristanka mora biti upoznata, tj. svjesna svog prava da može uskratiti pristanak, te da li jednom dani pristanak obavezuje ili se može od njega odustati, a naročito da li pristanak na ograničenje jednog prava obuhvaća i pristanak na ograničenje drugih prava (npr. da li pristanak na pregled prtljažnika obuhvaća i pristanak na pregled tamo zatečene prtljage). U svakom slučaju, pristanak osobe ne smije biti rezultat otvorene niti prikrivene prisile od strane djelatnika policije, niti može biti dan u zabludi.

Svakako, problematika dragovoljnosti u postupanju osoba nad kojima ili kod kojih se vrši pregled, odnosno pretraga, takvog je značaja i opsega da zaslužuje pažnju posebnog referata.

4. UMJESTO ZAKLJUČKA: TEZE ZA PRIMJENU U PRAKSI

Zaključno, aplicirajući kriterije na pregled/pretragu vozila, putnika i prtljage, te kritički sumirajući praksu Vrhovnog suda, za primjenu u praksi čine se prihvatljivima sljedeće teze:

1. I pregled i pretraga vozila, putnika i prtljage može se obaviti kad za to postoji materijalnopravna osnova (osnove sumnje na počinjenje kaznenog djela), pri čemu je potrebna sumnja za pretragu više razine. Odgovarajući stupanj sumnje mora postojati prije započinjanja pregleda ili pretrage.
2. Pregled vozila obuhvaća vanjski pregled koji je ograničen dostupnošću pojedinih prostora osjetilima (u pravilu vidu) onoga koji obavlja pretragu.
3. Pregled se “zaustavlja” pred zatvorenim prostorima, bez obzira je li za njihovo otvaranje potreban poseban alat ili nije, i jesu li zaključani ili nisu. Svako otvaranje zatvorenih prostora traži pretragu.

⁴³Vidi Pavišić, B., *Komentar ZKP, Zagreb, 1998. i Krapac, D., op. cit.*

4. Dragovoljnost/pristanak na pregled vozila obuhvaća i pristanak na pregled predmeta (najčešće prtljage) koja se nalazi u tom vozilu. Međutim, pristanak na pregled ne pretpostavlja i pristanak na pretragu ili privremeno oduzimanje predmeta.
5. Sukcesija postupovnih radnji moguća je pod pretpostavkom valjanosti pregleda ili pretrage koji su im prethodili.