

Mirko BOŠKOVIĆ*

Advokat

Student doktorskih studija

Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu

Pregledni rad

Primljeno: 24. mart 2022.

Prihvaćeno: 4. maj 2022.

UDK: 343.14(497.16)

<https://doi.org/10.47152/rkkp.60.2.11>

IZUZECI OD NEPOSREDNOG IZVOĐENJA DOKAZA I PRIVILEGOVANI SVJEDOCI U KRIVIČNOM POSTUPKU CRNE GORE

U radu je predstavljena problematika izuzetaka od neposrednog izvođenja dokaza u kontekstu odredaba kojima je propisana mogućnost oslobađanja lica od dužnosti svjedočenja u krivičnom postupku Crne Gore. Nakon izmjena i dopuna Zakonika o krivičnom postupku iz 2015. godine, u zakonodavstvo je uvedena mogućnost korišćenja iskaza privilegovanih svjedoka iz prethodnog postupka, u situacijama kada oni, kasnije, na glavnom pretresu iskoriste svoje pravo i uskrate svjedočenje.

Biće riječi o standardima Evropskog suda za ljudska prava, karakteristikama normativnog okvira za izuzetke od načela neposrednosti u ZKP-u Crne Gore, ali i načinu na koji naša sudska praksa tretira ova pitanja. Konačno, izvedeni su odgovarajući zaključci u pogledu očigledne kolizije normi, nastale nakon pomenutih zakonskih novela, te potencijalnog kršenja prava okrivljenih na pravično suđenje usljed njihove (neadekvatne) primjene.

Ključne riječi: načelo neposrednosti; privilegovani svjedoci; čitanje iskaza svjedoka; pravo na pravično suđenje; pravno nevaljani dokazi.

* E-mail: mirko.b@t-com.me

1. Uvod

Načelo neposrednosti u izvođenju dokaza jedno je od temeljnih dokaznih načela u savremenim krivičnim procedurama. Ono podrazumijeva da “između izvora saznanja i krivičnog suda nema posrednika i da sud odlučuje prvenstveno na osnovu onoga što u pogledu činjenica sam utvrdi” (Škulić, 2020: 65). Načelo neposrednosti u službi je dobrog suđenja, jer neposredan kontakt sa izvorima dokaza pruža mogućnost sudu da sagleda ponašanje, držanje, pokrete, mimiku, intonaciju glasa i sl. lica koje iskazuje (Radulović, 2009: 70), što može biti od uticaja na ocjenu kvaliteta i vjerodostojnosti dokaza, u okviru načela slobodne ocjene dokaza i slobodnog sudijskog uvjerenja. To je u mješovitom modelu postupka, kakav je u Crnoj Gori i logično, imajući u vidu dominaciju suda u dokaznom postupku (Bajović, 2020: 18). U raspravnom (adverzijalnom) modelu krivičnog postupka, poput onog u SAD-u, gdje dokazna aktivnost nije na sudu, već na strankama, načelo neposrednosti dobija još veći značaj i smatra se sastavnim elementom koncepta “pravičnog postupanja”, čija se “pravičnost” posmatra prvenstveno iz vizure stranaka, a ne suda (Škulić, 2021: 271-272).

Sa druge strane, u svim savremenim evropsko-kontinentalnim krivičnim postupcima postoje određena razumna odstupanja od neposrednosti u objektivnom smislu,¹ pa se pod određenim uslovima i u nekim procesnim situacijama, mogu koristiti i dokazi koji su izvedeni u prethodnim fazama postupka ili prije glavnog pretresa ili van njega (Škulić, 2020: 65-66). Tako je i odredbama čl. 356 Zakonika o krivičnom postupku - ZKP² propisano da se zapisnici o iskazima svjedoka, saoptuženih ili već osuđenih učesnika u krivičnom djelu, kao i zapisnici ili druga pismena o nalazu i mišljenju vještaka mogu, po odluci vijeća, pročitati u određenim taksativno i limitativno nabrojanim situacijama.

Istovremeno, odredbama čl. 109 ZKP-a predviđen je krug tzv. “privilegovanih svjedoka”, odnosno lica koja su oslobođena od dužnosti svjedočenja. To su lica koja, ukoliko žele, mogu svjedočiti, ali oni nemaju takvu obavezu, što znači da ne mogu snositi posljedice u vidu sankcionisanja, ukoliko iskoriste svoje pravo da ne svjedoče (Škulić, 2009: 385-387). U krug ovih osoba spadaju prije svega srodnici okrivljenog, do propisanog stepena srodstva, kao i lica koja su u odgovarajućem pravnom ili faktičkom odnosu sa okrivljenim, poput bračnog ili vanbračnog druga.

1 Inače, u teoriji su poznate dvije vrste neposrednosti: subjektivna, koja se odnosi na sastav suda i objektivna, koja postoji u pogledu izvođenja dokaza.

2 “Sl. list CG” br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Odluka US CG, 2/2015 – Odluka USCG, 58/2015 – drugi zakon, 28/2018 – Odluka US CG, 116/20 – Odluka US CG i 145/2021.

Poslije 2011. godine, otkad je u Crnoj Gori aktuelan državno-tužilački koncept istrage, u praksi su se javili određeni problemi u vezi sa primjenom odredaba o privilegovanim svjedocima. Naime, vrlo često se dešavalo da određeno lice, koje spada u red privilegovanih svjedoka, najprije pred državnim tužiocem, bez obzira na pravo da ne svjedoči, da svoj iskaz i detaljno opiše okolnosti konkretnog slučaja, što kasnije dominantno ili u dobroj mjeri opredijeli dalje postupanje tužioca i predstavlja dokazni osnov optužnog akta. Međutim, nakon što bi postupak ušao u fazu glavnog pretresa, ovi svjedoci (inače najvećim dijelom oštećeni krivičnim djelom) su često koristili svoje pravo da ne svjedoče, pa sud, slijedom odredaba čl. 356 st. 4 ZKP-a, zapisnike o njihovom saslušanju nije smio pročitati, već ih je izdvajao iz spisao kao nezakonite dokaze. To je u konačnom, dovodilo do situacija da državni tužioci, zbog nedostatka dokaza, odustaju od daljeg gonjenja, odnosno da sudovi, kada tužioci tako ne postupe, donose oslobađajuće presude. Takva praksa podrazumijevala je uzaludno angažovanje kompletnog aparata krivičnog progona.

Ovi problemi naveli su zakonodavca da Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP-a³ u odredbi čl. 109 st. 3 propiše da će se privilegovani svjedoci upozoriti da će se njihov iskaz, ako odluče da svjedoče, bez obzira na njihovu kasniju odluku, moći koristiti kao dokaz, te da se upozorenje i odgovor unose u zapisnik. Međutim, kako ova novela nije usklađena sa ostalim odredbama ZKP-a, prije svega iz čl. 356 ZKP-a, kojima su regulisani izuzeci od načela neposrednosti u objektivnom smislu, ovakva zakonodavna intervencija dovela je do potencijalno još većih problema i nezakonitosti u praksi.

2. Privilegovani svjedoci u ZKP-u Crne Gore

Postojanje privilegovanih svjedoka, odnosno lica oslobođenih od dužnosti svjedočenja danas je manje više nesporno u svim evropsko-kontinentalnim sistemima. Nešto je drugačija situacija u krivičnim procedurama anglosaksonskog tipa, imajući u vidu adverzijalne karakteristike ovih procedura, pa je uvođenje određenih kategorija privilegovanih svjedoka znalo biti kritikovano, te (pregrubo) nazivano “anahronizmom u pravnoj teoriji i neodbranljivom opstrukcijom istine u praksi” (Wallace, 1981: 125). I pored toga, danas je mogućnost oslobođenja od dužnosti svjedočenja bračnog druga okrivljenog predviđena u federalnom zakonu SAD-a, kao tipičnog predstavnika anglosaksonskog modela krivičnog postupka.

Institut oslobođenja od svjedočenja nastao je kao rezultat djelovanja dvije grupe motiva. Prva se tiče potrebe za očuvanjem opšte humanosti, jer bi bilo

3 “Sl. list CG” br. 25/2015-10.

nečovječno zahtijevati od određene kategorije lica veoma bliskih okrivljenom da nepristrasno iskazuju i time ga eventualno terete (Škulić, 2009: 386). Istovremeno, obavezivanje ovih lica na davanje iskaza moglo bi predstavljati svojevrstan pritisak, koji bi najvjerojatnije rezultirao davanjem lažnog iskaza (Vasiljević, 1981: 359), što bi ih moglo izložiti krivičnom gonjenju od strane državnog tužioca. Sa druge strane, time što ih oslobađa od obaveze svjedočenja, zakonodavac ne isključuje mogućnost da oni ipak mogu svjedočiti, te da njihov iskaz može biti dokazno upotrebljiv, što bez ograničenja zavisi od njihove slobodne volje.

U crnogorskom zakonodavstvu propisano je da su oslobođeni od dužnosti svjedočenja bračni drug okrivljenog i lice sa kojim okrivljeni živi u vanbračnoj zajednici;⁴ srodnici okrivljenog po krvi u pravoj liniji, srodnici u pobočnoj liniji zaključno do trećeg stepena, kao i srodnici po tazbini zaključno do drugog stepena; usvojenik i usvojilac okrivljenog, odnosno hranilac i hranjenik okrivljenog (čl. 109 st. 1 ZKP), s tim da se oslobađanje od dužnosti svjedočenja ne odnosi se na lica koja su pozvana da svjedoče u postupku za krivično djelo zapuštanje i zlostavljanje maloljetnog lica, nasilje u porodici ili u porodičnoj zajednici i rodoskrvnjenje, kad je oštećeno maloljetno lice (čl. 109 st. 2 ZKP). Takođe, organ koji vodi postupak dužan je da privilegovane svjedoke, prije njihovog saslušanja ili čim sazna za njihov odnos sa okrivljenim, upozori da ne moraju svjedočiti, pri čemu, koliko god da se puta ta lica saslušavaju u svojstvu svjedoka, organ koji ih saslušava, dužan je da im ukaže na njihovo pravo (Grubač, Vučković, 2005: 273). Ukoliko organ postupka to propusti da učini, svjedok koji lažno iskazuje, ne čini krivično djelo davanja lažnog iskaza, bez obzira što je bilo upozoreno na dužnost da govori istinu (Grubač, Vučković, 2005: 273). Ovo iz razloga što takav se takav iskaz ne može koristiti kao dokaz, pa samim tim procesno i ne postoji, zbog čega otpada bitan element pomenutog krivičnog djela (Škulić, 2009: 387).

Pomenutim Zakonom o izmenama i dopunama ZKP iz 2015. godine, zakonodavac je promovisao novo rješenje, po kome će se privilegovani svjedok upozoriti da će se njegov iskaz, ako odluči da svjedoči, bez obzira na njihovu kasniju odluku, moći koristiti kao dokaz (čl. 109 st. 3 ZKP). Ova izmjena posljedica je praktičnih problema, koji su se javljali u situacijama kada privilegovani svjedok (veoma često oštećeni krivičnim djelom nasilja u porodici, ugrožavanja sigurnosti i sl.), nakon što podnošenjem krivične prijave inicira postupak i pred državnim tužiocem da svoj iskaz, na kome ovaj kasnije temelji optužni akt, na glavnom pretresu iskoristi svoje pravo da ne svjedoči. To je dovodilo do situacija da je

4 Da bi u kategoriju privilegovanih svjedoka spadao i bračni drug, potrebno je da brak efektivno traje, tako da bivši bračni drug okrivljenog nije privilegovani svjedok (presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. br. 1077/04 od 20. 04. 2004. godine).

državni tužilac često bio prinuđen da, mimo svoje “krivice” ili propusta tokom pripremnog postupka, odustaje od krivičnog gonjenja, odnosno da, ukoliko to ne učini, sud donosi oslobađajuće presude zbog nedostatka dokaza, jer raniji iskaz, slijedom odredbe čl. 356 st. 4 ZKP-a, nije smio pročitati. U ovakvim slučajevima, dolazilo je do uzaludnog, lančanog angažovanja svih organa krivičnog postupka (policija, tužilaštvo, sud), te stvaranja troškova, koji su padali na teret budžetskih sredstava suda, odnosno države.

Rukovođen iznijetim razlozima, zakonodavac u čl. 109 st. 3 ZKP-a uvodi odredbu da se iskaz privilegovanog svjedoka, ukoliko je on propisno upozoren, može koristiti kao dokaz u daljem toku postupka, bez obzira na fazu u kojoj je iskaz dat.

Ovakvo rješenje, predstavlja uvođenje “na mala vrata” još jednog od mogućih osnova za odstupanje od načela neposrednosti u objektivnom smislu, a svakako predstavlja inovaciju u odnosu na krivično-procesnu tradiciju ovih prostora, što prema našem stanovištu nije dobro i to iz dva razloga. Prvo, postojeći koncept tužilačke istrage ima niz prednosti u odnosu na sudsku, ali i određene nedostatke. Osnovna mana ogleda se u tome što bi dokaze iz istrage trebalo veoma restriktivno koristiti na glavnom pretresu, već je njihova osnovna funkcija da posluže kao utemeljenje optužnice, a onda se kasnije, svi dokazi po pravilu, moraju ponovi izvoditi na glavnom pretresu (Škulić, 2015: 199). Drugi problem tiče se samog duha odredaba kojima se propisuje mogućnost oslobođenja od svjedočenja, čiji je smisao da se svjedoku, prilikom svakog pojavljivanja pred organom postupka ili pred sudom, ukaže i omogući da koristi svoje pravo da ne svjedoči, pa se to njegovo pravo obesmišljava uvođenjem odredaba o mogućnosti korišćenja na glavnom pretresu iskaza privilegovanog svjedoka koji je dao u prethodnom postupku bez obzira na njegovu kasniju odluku da koristi svoje pravo i ne svjedoči.

U svakom slučaju, slijedom zakonskih izmjena iz čl. 109 st. 3 ZKP-a, sudovi u Crnoj Gori, u situacijama kada privilegovani svjedok, nakon što da iskaz pred državnim tužiocem, a kasnije na glavnom pretresu iskoristi svoje pravo da ne svjedoči, takav iskaz bez izuzetka čitaju i na njemu kasnije zasivaju odluku.

Kako slijedi iz rješenja Višeg suda u Podgorici Kž. br. 745/17 od 12. 09. 2017. godine: “*Naime, iz spisa predmeta proizilazi da je rješenjem Osnovnog suda u Baru K.br. 99/17 od 18.07.2017. godine, prvostepeni sud odbio predlog branioca okrivljenog K. B., adv Đ.Đ., da se zapisnik o saslušanju oštećene K. N. dat pred Osnovnim državnim tužilaštvom u Baru dana 25.05.2017. godine izdvoji iz spisa predmeta kao dokaz na kojem se ne može zasnivati presuda, jer se isti može koristiti kao dokaz u postupku u smislu odredbe čl. 109 st. 3 ZKP-a, iz koje proizilazi da ukoliko lice koje je u prethodnom postupku poučeno da je kao privilegovani svjedok oslobođeno dužnosti svjedočenja i ukoliko je upozoreno da*

će se iskaz, ako odluči da ne svjedoči, bez obzira na kasniju odluku moći koristiti kao dokaz, sud iskaz tog lica može pročitati na glavnom pretresu i koristiti kao dokaz u postupku”.⁵

U presudama Osnovnog suda u Podgorici K.br. 593/15 od 22. 10. 2015. godine i K. br. 430/16 od 07. 10. 2016. godine, te Osnovnog suda u Nikšiću K. br. 171/16 od 15. 05. 2017. godine⁶ navodi se: “*Saslušana na glavnom pretresu, svjedok - oštećena ..., kao privilegovani svjedok, koristila je svoje zakonsko pravo i nije željela da svjedoči u predmetnoj pravnoj stvari, pa je sud pročitao njen iskaz iz prethodnog postupka, u skladu sa odredbom čl. 109 st. 3 Zakonika o krivičnom postupku*”.

Ono što sudovi u ovakvim situacijama previđaju, a to je činjenica da se zapisnici o iskazima svjedoka mogu, po odluci vijeća (odnosno sudije pojedinca u skraćenom postupku), čitati samo u određenim taksativno i limitativno utvrđenim slučajevima mogućih izuzetaka od neposrednog izvođenja dokaza, propisanih odredbom čl. 356 ZKP-a. Kako ovakvi slučajevi predstavljaju krupna odstupanja od fundamentalnog dokaznog načela neposrednosti, to se prilikom njihove primjene mora voditi računa da takva odstupanja budu u skladu sa zakonom i striktno propisanim uslovima. U kontekstu zakonske novele koja omogućava da se iskazi privilegovanih svjedoka iz prethodnog postupka mogu čitati na glavnom pretresu, ukazujemo da to rješenje u našem ZKP-u nije usklađeno sa odredbama čl. 356, koji reguliše moguće izuzetke od neposrednog izvođenja dokaza, što čitanje iskaza privilegovanog svjedoka iz prethodnog postupka svakako jeste. Ova kolizija dovodi do potencijalne bitne povrede odredaba krivičnog postupka na štetu okrivljenog, o čemu će biti riječi u daljem izlaganju.

3. Izuzeci od neposrednog izvođenja dokaza

Jedan od osnovnih elemenata prava na pravično suđenje, propisanog kako Ustavom Crne Gore⁷ (čl. 32) i ZKP-om (čl. 1 i 16), tako i odredbom čl. 6 Evropske konvencije za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda - EKLJP,⁸ jeste pravo na ispitivanje svjedoka, koje okrivljenom omogućava aktivnu ulogu u dokaznom postupku, te samim tim predstavlja jedno od sredstava za postizanje stranačke ravnopravnosti (Trechel, 2005: 293). Iako u tekstu Konvencije nijesu propisani izuzeci od primjene ovog prava, kako je to učinjeno sa, primjera radi, pravom na

5 Dostupno na: www.pravosudje.me, stranici pristupljeno 14. 03. 2022.

6 Dostupno na: www.pravosudje.me, stranici pristupljeno 14. 03. 2022.

7 “Sl. list CG” br. 1/2007 od 25. 10. 2007. godine, amandmani I – XI br. 38/2013-1.

8 Rim, 04. 11. 1950. godine.

javno suđenje ili pravom na privatnost, Evropski sud za ljudska prava - ESLJP je zauzeo stanovište da su dozvoljena odstupanja od načela neposrednosti (Ashworth, 2002: 34), pod uslovom da je okrivljenom ostavljena adekvatna mogućnost da ispita svedoke, bilo u trenutku davanja iskaza, bilo u kasnijim fazama postupka (Bajović, 2020: 19).⁹

3.1. Izuzeci od načela neposrednosti u praksi ESLJP

Pojam „pravičnog suđenja“ po tumačenju Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava (ESLJP), zahtijeva da se svi dokazi moraju izvesti u prisustvu okrivljenog na javnoj raspravi, na kojoj mu se mora ostaviti mogućnost da ih osporava,¹⁰ u skladu sa tzv. adverzijalnim načelom (Vitkauskas, Dikov, 2012: 53). Kao što je rečeno, ESLJP, pod određenim uslovima dozvoljava odstupanje od načela neposrednosti u izvođenju dokaza. U kontekstu teme koju obrađujemo, Sud je zauzeo stav da čitanje izjave svjedoka koji nije unakrsno ispitan, ne znači automatski i povredu čl. 6 EKLJP.¹¹ Potrebno je ispitati pravičnost postupka nakon razmatranja svih procesnih aspekata slučaja,¹² tako da procesni nedostatak koji predstavlja kršenje procedure pred domaćim sudovima – makar taj prekršaj bio sasvim flagrantan – sam po sebi ne mora imati za posledicu „nepravično” suđenje.¹³ Jedan od elemenata ove procjene tiče se i prava svjedoka, kada je to potrebno.¹⁴ U svakom slučaju, pitanje dopuštenosti dokaza je materija uređena nacionalnim pravom i prepuštena je praksi nacionalnih sudova, tako da je jedina briga ESLJP da ispita da li je postupak sproveden pravično (Ilić i dr., 2014: 902).

U predmetu *Gani protiv Španije*¹⁵ branilac okrivljenog nije prisustvovao saslušanju oštećene tokom israge, da bi kasnije njeno ispitivanje na glavnom pretresu moralo biti prekinuto iz zdravstvenih razloga. Nacionalni sud pročitao je iskaz oštećene na glavnom pretresu, pa je ESLJP stao na stanovište da prihvatanje ovakvog iskaza kao dokaza, bez neposrednog unakrsnog ispitivanja, nije lišilo podnosioca predstavke prava na pravično suđenje.

9 Vid. odluke *Unterpertinger protiv Austrije*, presuda od 24. novembra 1986; *Kostovski protiv Holandije*, presuda od 20. novembra 1989; *Isgro protiv Italije*, presuda od 19. februara 1991; *Van Mechelen i drugi protiv Holandije*, presuda od 23. aprila 1997.

10 *Barbera, Messegue i Jabardo protiv Španije*, presuda od 06. decembra 1988.

11 *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 15. decembra 2011.

12 *Taxquet protiv Belgije*, presuda od 16. novembra 2010.

13 *Gafgen protiv Njemačke*, presuda od 01. juna 2010.

14 *Doorson protiv Holandije*, presuda od 26. marta 1996.

15 Presuda od 19. februara 2013.

Zahtjev za „adverzijalnim postupkom“ po članu 6 EKLKP podrazumijeva pružanje mogućnosti svakoj strani da se upozna i na suđenju prokomentariše sve dokaze koje na suđenju predočava druga strana, dakle u kontradiktornom postupku, u kome je zastupljena jednakost oružja (Vitkauskas, Dikov, 2012: 53). Tako, u predmetu u kome optuženom za krivično djelo silovanja nije omogućeno ispitivanje oštećene, čiji je iskaz bio odlučujući za njegovu osudu, jer se ona nije odazivala na pozive suda, a u istrazi je ispitana bez obavještenja okrivljenog i njegovog branioca, Sud je našao povredu prava na pravično suđenje.¹⁶

3.2. Izuzeci od načela neposrednosti u kontekstu prava privilegovanog svjedoka u ZKP-u Crne Gore

Odredbama čl. 356 st. 1 ZKP-a propisani su slučajevi najkrupnijih i procesno najdalekosežnijih odstupanja od objektivnog aspekta načela neposrednosti u krivičnom postupku (Škulić, 2020: 400). U pitanju je korišćenje dokaza koji su izvedeni u nekim prethodnim fazama istog krivičnog postupka, ili je u pitanju dokaz izveden na drugom suđenju, odnosno u potpuno drugom krivičnom postupku. S tim u vezi, zapisnici o iskazima svjedoka, saoptuženih ili već osuđenih učesnika u krivičnom djelu, kao i zapisnici ili druga pismena o nalazu i mišljenju vještaka mogu se, po odluci vijeća, pročitati ako:

- 1) je saslušano lice umrlo, duševno oboljelo ili se ne može pronaći ili je njegov dolazak pred sud nemoguć ili znatno otežan zbog starosti, bolesti i drugih važnih razloga;
- 2) svjedoci ili vještaci, bez zakonskih razloga, odbiju da daju iskaz na glavnom pretresu;
- 3) se stranke saglase da se pročita zapisnik o iskazima već saslušanih svjedoka, odnosno zapisnik o nalazu i mišljenju vještaka;
- 4) se u toku glavnog pretresa okrivljeni koristi pravom da ne iznosi svoju odbranu ili da odgovara na postavljena pitanja, zapisnik o iskazu okrivljenog koji je dat u istrazi može se po odluci vijeća pročitati i koristiti kao dokaz na glavnom pretresu samo ako je okrivljeni prilikom saslušanja u istrazi bio upozoren u skladu sa članom 100 stav 2 ZKP-a, ali se presuda ne može zasnivati samo na tom dokazu.

Takođe, izuzetno, bez saglasnosti stranaka, ali po njihovom saslušanju, vijeće može odlučiti da se pročita zapisnik o saslušanju svjedoka ili vještaka na ranijem glavnom pretresu, koji je održan pred istim predsjednikom vijeća, ako je svjedok ili

16 *Lučić protiv Hrvatske*, presuda od 27. februara 2014.

vještak na ranijem glavnom pretresu saslušan na sve okolnosti i ako bi njihovo ponovno pozivanje vodilo samo odugovlačenju krivičnog postupka (čl. 356 st. 2 ZKP)

Nadalje, kada su u pitanju privilegovani svjedoci iz čl. 109 ZKP-a, odredbama čl. 356 st. 4 ZKP-a i dalje je normirano da se zapisnici o njihovom ranijem saslušanju (onda kada su u prethodnom postupku pristali da svjedoče) ne smije pročitati ukoliko ta lica: 1) nijesu uopšte pozvana na glavni pretres; 2) na glavnom pretresu, prije prvog saslušanja, izjave da neće da svjedoče. U ovakvim situacijama, postoji obaveza suda da, po završenom dokaznom postupku, ove zapisnike izdvoji iz spisa i čuva odvojeno u skladu sa čl. 211 ZKP.

3.3. Kolizija normi i potencijalno kršenje prava okrivljenih u praksi

Kao što je već rečeno, pomenutim Zakonom o izmjenama i dopunama ZKP-a iz 2015. godine zakonodavac je, normirajući prava privilegovanih svjedoka u čl. 109 ZKP, predvidio jedno novo i do sada neuobičajeno rješenje, koje podrazumijeva da se iskaz lica oslobođenih od dužnosti svjedočenja, ukoliko su ona na to propisno upozorena, bez obzira na njihovu kasniju odluku, može koristiti kao dokaz. To se odnosi na iskaz svjedoka dat pred državnim tužiocem u prethodnom postupku, koji se kasnije, ukoliko se on “predomisli” i na glavnom pretresu iskoristi svoje pravo da ne svjedoči, od strane suda čita u dokaznom postupku i koristi kao osnov za donošenje presude. Kako smo vidjeli, naši sudovi su bez rezerve prihvatili ovakvu mogućnost, pa u praksi bez izuzetka čitaju iskaze privilegovanih svjedoka iz prethodnog postupka, koji na glavnom pretresu odbiju svjedočenje i na takvom iskazu zasnivaju svoju odluku.

Međutim, osim činjenice da se ovakvo normativno rješenje samo po sebi može ocijeniti kao sporno, zakonodavac, a i naši sudovi previđaju činjenicu da u stvari, čitanje iskaza svjedoka na glavnom pretresu, predstavlja jedan od vidova odstupanja od načela neposrednosti u objektivnom smislu. S obzirom na značaj ovog fundamentalnog dokaznog načela, odstupanja od njegove primjene moraju biti primjenjivana restriktivno, samo u slučajevima i pod uslovima propisanim zakonom. U tom pravcu, prilikom izmjena i dopuna ZKP-a iz 2015. godine, zakonodavac je propustio da novu odredbu iz čl. 109 st. 3 ZKP-a, kojom se dozvoljava korišćenje iskaza privilegovanog svjedoka, bez obzira na njegovu kasniju odluku, uskladi sa normom iz čl. 356 ZKP-a, kojom su u stvari regulisani izuzeci od neposrednog izvođenja dokaza u krivičnom postupku.

Tako je došlo do jedne paradoksalne situacije da u zakonu postoji norma (čl. 109 st. 3 ZKP) koja omogućava da se iskaz privilegovanih svjedoka, bez obzira na

njihovu kasniju odluku, *može koristiti kao dokaz*, što praktično znači da se zapisnik o njihovom saslušanju može čitati, dok je istovremeno ostala neizmijenjena odredba (čl. 356 st. 4 ZKP), po kojoj se zapisnici o ranijem saslušanju lica oslobođenih od dužnosti svjedočenja *ne smiju pročitati*, ako ta lica nijesu uopšte pozvana na glavni pretres ili su na glavnom pretresu, prije prvog saslušanja, izjavila da neće da svjedoče.

Radi se o očiglednoj koliziji i veoma krupnom propustu zakonodavca, pa bi u takvoj situaciji, prema našem mišljenju, nasuprot stavu sudske prakse, trebalo primjenjivati normu iz čl. 356 st. 4 ZKP-a i u slučajevima kada privilegovani svjedoci iskoriste svoje pravo da ne svjedoče na glavnom pretresu, zapisnike o njihovom saslušanju izdvajati iz spisa i čuvati odvojeno u skladu sa odredbama čl. 211 ZKP-a. Naime, kada lice oslobođeno od dužnosti svjedočenja da iskaz u prethodnom postupku, a kasnije na glavnom pretresu iskoristi svoje pravo da ne svjedoči, uglavnom je takav raniji iskaz “na teret” okrivljenog. Obično su u pitanju svjedoci oštećeni krivičnim djelom, koji se nakon samog događaja i početne namjere da iniciraju krivični postupak i svojim iskazom doprinesu njegovom rasvjetljenju, kasnije upravo zbog određenih bliskih srodničkih ili pravnih odnosa sa okrivljenim i proteka vremena “predomisle”, pa na glavnom pretresu odlučuju da koriste svoje pravo i time faktički “olakšaju” položaj okrivljenog. Motivi za ovakvu “promjenu stava” u odnosu na svjedočenje privilegovanih svjedoka mogu biti različiti i ne uvijek opravdani i legitimni, ali u procesno-pravnom smislu to nije ni relevantno, ukoliko se ocijeni da je raniji iskaz išao u prilog tezi optužbe, odnosno bio “na štetu” okrivljenog. To je *questio facti* i stvar je procjene u svakom konkretnom slučaju. U krajnjem, ne djeluje logično da lice koje je u bliskom odnosu sa okrivljenim, a u prethodnom postupku je svjedočilo u njegovu korist, kasnije odustane od iskaza na glavnom pretresu (mada je hipotetički moguće zamisliti i takve situacije) i time oslabi njegov procesni položaj. Ovo iz razloga što je njegovo pravo na oslobođenje od dužnosti svjedočenja ustanovljeno upravo zbog obzira prema bliskim odnosima sa okrivljenim, koje bi svjedok po logici stvari koristio onda kada bi svojim iskazom mogao štetiti interesima svog bračnog druga, roditelja i sl.

Dakle, kada su dvije pravne norme u koliziji, a praksa se koleba u pogledu toga koju bi trebalo primijeniti u konkretnom slučaju, trebalo bi primijeniti ono tumačenje koje je povoljnije za učinioca krivičnog djela (Škulić, 2011: 317). Ovo posebno ukoliko se uzme u obzir važnost načela neposrednosti u našem krivičnom postupku, te potrebu za restriktivnom tumačenjem izuzetaka od njegove primjene (koji su u našem zakonodavstvu i inače preširoko postavljeni), pa bi kršenje tih pravila na štetu okrivljenog moglo predstavljati i povredu prava na pravično suđenje, zagarantivanog čl. 6 EKLJP.

U pogledu navedenog problema, javlja se u praksi još jedna nelogičnost. Naime, odredbama čl. 356 st. 1 ZKP-a propisani su slučajevi u kojima je *moguće*

čitanje zapisnika o iskazima svjedoka. Sve i da nema odredbe iz st. 4 istog člana, koja apsolutno isključuje mogućnost čitanja zapisnika o saslušanju privilegovanih svjedoka, ukoliko nijesu pozvani na glavni pretres ili su na glavnom pretresu izjavili da neće svjedočiti, postavlja se pitanje po kom od osnova iz čl. 356 st. 1 sud čita zapisnik o saslušanju privilegovanog svjedoka iz prethodnog postupka, imajući u vidu da su ti slučajevi *taksativno* i *limitativno* nabrojani. Ni u jednom od analiziranih slučajeva iz sudske prakse nije se radilo o slučajevima bolesti, starosti ili nemogućnosti privilegovanog svjedoka da dođe pred sud, saglasnosti stranaka za čitanje zapisnika o iskazu ili sl. Mogućnost iz čl. 356 st.1 tač. 2 ZKP da se zapisnik o saslušanju svjedoka pročita, ukoliko on bez zakonskih razloga odbije da da iskaz na glavnom pretresu takođe otpada, s obzirom da privilegovani svjedok uvijek *ima pravo* da uskrati davanje iskaza na glavnom pretresu, tako da odbijanje svjedočenja nije “bez zakonskih razloga”, već upravo u skladu sa zakonom propisanim pravom o kome je sud dužan da ga pouči.

S tim u vezi, smatramo da bi zapisnike o saslušanju privilegovanih svjedoka, koji uskrate svjedočenje na glavnom pretresu, trebalo po završenom dokaznom postupku izdvajati iz spisa kao *pravno nevaljane dokaze*, slijedom odredaba čl. 356 st. 4 ZKP-a. Međutim, kako smo naveli, to nije slučaj u našoj sudskoj praksi, već se ovi zapisnici na glavnom pretresu čitaju, sa prostim pozivanjem na odredbu čl. 109 st. 3 ZKP-a, potpuno nezavisno od uslova za izuzetke od neposrednog izvođenja dokaza, što je neprihvatljivo i, zbog iznijetih razloga, potencijalno vodi povredi prava na pravično suđenje okrivljenih.

4. Zaključak

Načelo neposrednosti jedno je od fundamentalnih dokaznih načela. Naravno, u svim savremenim krivičnim procedurama, postoje određena prihvatljiva odstupanja od stroge materijalne neposrednosti, odnosno neposrednosti u objektivnom smislu, a tako je i u krivičnom zakonodavstvu Crne Gore. To, između ostalog, podrazumijeva da se u određenim situacijama, odnosno pod odgovarajućim uslovima, mogu koristiti dokazi koji su izvedeni u prethodnim fazama postupka. Izuzeci od načela neposrednosti u objektivnom smislu moraju biti restriktivno propisani, odnosno zakon mora precizno i limitativno normirati uslove pod kojima se oni mogu primjenjivati na glavnom pretresu, što je kod nas (možda i preširoko) učinjeno odredbama čl. 356 Zakonika o krivičnom postupku.

Istovremeno, sva zakonodavstva evropsko-kontinentalnog tipa, pa tako i naše, predviđaju određene kategorije lica, koja su zbog određenih bliskih pravnih ili rodbinskih veza izuzeta od obaveze svjedočenja i spadaju u krug tzv. privilegovanih

svjedoka. Ono što je novina u odnosu na postojeća rješenja u našem okruženju, koja pripadaju istoj krivičnopravnoj tradiciji, jeste propisivanje mogućnosti da se iskazi privilegovanih svjedoka iz prethodnog postupka, ukoliko su na to propisno upozoreni, mogu koristiti kao dokaz, bez obzira na njihovu kasniju odluku. Od 2015. godine, kada su pomenute izmjene i dopune ZKP-a stupile na snagu, naši sudovi nedvosmisleno i bez izuzetka, ovakvu mogućnost koriste na način što iskaz privilegovanog svjedoka, koji iskoristi svoje pravo i uskrati svjedočenje na glavnom pretresu, čitaju u dokaznom postupku i na njemu kasnije zasnivaju svoju odluku.

Ono što se, međutim, previđa, jeste činjenica da su odredbe čl. 356 ZKP-a, koje taksativno i limitativno propisuju moguća odstupanja od načela neposrednosti u objektivnom smislu, ostale neizmijenjene, uključujući i normu iz st. 4, koja predviđa *zabranu* čitanja zapisnika o ranijem saslušanju privilegovanih svjedoka, ukoliko su na glavnom pretresu, prije prvog saslušanja, izjavila da neće da svjedoče.

Dakle, u ovoj situaciji očigledne kolizije dvije pravne norme, a nasuprot stavu zastupljenom u sudskoj praksi, prednost bi trebalo dati rješenju iz čl. 356 st. 4 ZKP i zapisnike o saslušanju privilegovanih svjedoka koji odbiju da iskazuju na glavnom pretresu izdajati iz spisa kao nezakonite dokaze. Takvo tumačenje bi u najvećem broju slučajeva bilo povoljnije za okrivljenog, što je *questio facti* i koji bi se, u suprotnoj situaciji, mogao pozivati na kršenje pravila o poštovanju načela neposrednosti na njegovu štetu i u širem smislu, povredu prava na pravično suđenje iz čl. 6 EKLJP.

Literatura

- Ashworth, A. (2002) *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*. London: Sweet & Maxwell;
- Bajović, V. (2020) Načelo neposrednosti kao paradigm pravičnosti raspravnog procesnog modela, *HARMONIUS – Journal of Legal and Social Studies in South East Europe*, 17, str. 17-33.
- Grubač, M., Vučković, B. (2005) *Komentar Zakonika o krivičnom postupku Crne Gore*. Cetinje: Štamparija “Obod” AD Cetinje.
- Ilić, G. P. et al. (2014). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Beograd: Službeni glasnik.
- Radulović, D. (2009) *Krivično procesno parvo*. Podgorica: Univerzitet Crne Gore – Pravni fakultet.
- Škulić, M. (2009). *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*. Podgorica: Misija OSCE u Crnoj Gori.
- Škulić, M. (2011) *Maloletničko krivično parvo*. Beograd: Službeni glasnik.

- Škulić, M. (2015). Dokazi i dokazni postupak na glavnom pretresu. U: Bejatović, S., Jovanović, I. (ur.) *Glavni pretres i suđenje u razumnom roku – regionalna krivičnoprocesna zakonodavstva i iskustva u primeni*, Beograd: Misija OEBS-a u Srbiji, str. 193-215
- Škulić, M. (2020). *Krivično procesno parvo*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Škulić, M. (2021). *Osnovi krivičnog prava Sjedinjenih američkih država*. Beograd: Univerzitet u Beogradu – Pravni fakultet.
- Trechel, S. (1995) *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford: Oxford University Press.
- Vasiljević, T. (1981) *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*. Beograd: Savremena Administracija.
- Vitkauskas, D., Dikov, G. (2012) *Zaštita prava na pravično suđenje prema Evropskoj konvenciji o ljudskim pravima*. Strasbourg: Council of Europe.
- Wallace III, J. Q. (1981) Federal Criminal Procedure - Privilege for Adverse Spousal Testimony Vested in Witness Spouse, *Campbell Law Review*, 3(1), 125.

Propisi

- Evropska konvencija za zaštitu ljudskih prava i osnovnih sloboda, Rim 04. novembar 1950. godine;
- Ustav Crne Gore, “Sl. list CG” br. 1/2007 od 25. 10. 2007. godine, amandmani I – XI br. 38/2013-1;
- Zakonik o krivičnom postupku – ZKP, “Sl. list CG” br. 57/2009, 49/2010, 47/2014 – Odluka US CG, 2/2015 – Odluka USCG, 58/2015 – drugi zakon, 28/2018 – Odluka US CG, 116/20 – Odluka US CG i 145/2021;

Sudska praksa

Odluke nacionalnih sudova:

- presuda Osnovnog suda u Nikšiću K. br. 171/16 od 15. 05. 2017. godine;
- presuda Osnovnog suda u Podgorici K.br. 593/15 od 22. 10. 2015. godine;
- presuda Osnovnog suda u Podgorici K. br. 430/16 od 07. 10. 2016. godine;
- rješenje Višeg suda u Podgorici Kž. br. 745/17 od 12. 09. 2017. godine;
- (sve odluke dostupne na www.pravosudje.me, stranici pristupljeno 14. 03. 2022.)
- presuda Okružnog suda u Beogradu Kž. br. 1077/04 od 20. 04. 2004. godine;

Odluke Evropskog suda za ljudska prava – ESLJP:

- *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, presuda od 15. decembra 2011;

- *Barbera, Messegue i Jabardo protiv Španije*, presuda od 06. decembra 1988;
- *Doorson protiv Holandije*, presuda od 26. marta 1996;
- *Gafgen protiv Njemačke*, presuda od 01. juna 2010;
- *Gani protiv Španije*, presuda od 19. februar 2013;
- *Isgro protiv Italije*, presuda od 19. februara 1991;
- *Kostovski protiv Holandije*, presuda od 20. novembra 1989;
- *Lučić protiv Hrvatske*, presuda od 27. februara 2014;
- *Taxquet protiv Belgije*, presuda od 16. novembra 2010;
- *Unterpertinger protiv Austrije*, presuda od 24. novembra 1986;
- *Van Mechelen i drugi protiv Holandije*, presuda od 23. aprila 1997;

Mirko Bošković, LL.M
Lawyer and PhD student
Faculty of law, University of Belgrade

EXCEPTIONS TO THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY AND WITNESS WITH TESTIMONIAL PRIVILEGE IN THE CRIMINAL PROCEDURE IN MONTENEGRO

This paper analyses practical issues when applying legal provisions dealing with the exemptions from direct presentation of evidence in the context of provisions on persons released from the duty to testify in criminal proceedings in Montenegro. After the amendments to the Criminal Procedure Code from 2015, the possibility of using the testimony of privileged witnesses from the investigation was introduced into the legislation, in situations when they exercise their right and refuse to testify at the main hearing.

There will be explanation of standards of the European Court of Human Rights, the characteristics of the normative framework for exceptions to the principle of immediacy in the CPC of Montenegro, and the way in which our case law treats these issues. Finally, appropriate conclusions were drawn regarding the obvious conflict of norms, which arose after the mentioned legal amendments, and the potential violation of the rights of defendants to a fair trial due to their (inadequate) application.

Keywords: *principle of immediacy; privileged witnesses; use of witness statements; the right to a fair trial; illegal evidence.*