

Postupovni okviri povlastice ne svjedočenja¹

1. Uvod

Pravo svjedoka da u kaznenom postupku ne svjedoči nije privilegij okrivljenika već predstavlja povlasticu upravo svjedoka na koga se takva mogućnost odnosi. Pri tome treba razlikovati normu ZKP-a koja propisuje katalog osoba koje ne mogu biti ispitane kao svjedoci² odnosno koja kao svjedok može odbiti odgovoriti na pojedina pitanja³.

2. Zakonski okvir

Na koje svjedoke se odnosi privilegij ne svjedočenja zakonodavac propisuje u čl. 285. st. 1. ZKP/08 i radi se o 1) osobama s kojom je okrivljenik u braku ili izvanbračnoj zajednici,; 2) srodnicima okrivljenika u ravnoj lozi, srodnicima u pobočnoj lozi do trećega stupnja zaključno te srodnicima po tzbini do drugoga stupnja zaključno,; 3) posvojeniku i posvojitelju okrivljenika,; 4) javnim bilježnicima, poreznim savjetnicima, u okviru zakonske obveze čuvanja tajne,; 5) odvjetnicima,

* sudac Vrhovnog suda Republike Hrvatske

¹ Novine u kaznenom zakonodavstvu; Zbornik radova – Opatija 2021

² čl. 284. ZKP/08 i čl. 285. st. 4. ZKP/08

³ čl. 286. st. 4. ZKP/08; za ispravno tumačenje ove odredbe treba pozornost obratiti na izričaj zakona na pravo ovih svjedoka da „nisu dužni odgovarati na pojedina pitanja“, što isključuje mogućnost njihovog potpunog otklanjanja svjedočenja. Naime, svaka osoba pozvana kao svjedok dužan je odazvati se tom pozivu i u granicama zakona dužna je svjedočiti. Ove osobe koje bi svojim odgovorima na pojedina pitanja izložile sebe ili bliskog srodnika kaznenom progonu, teškoj sramoti ili znatnoj materijalnoj šteti imaju pravo ne odgovoriti na pojedino pitanje. Naglasak je na pravu na ne odgovaranje na pojedino pitanje. U praksi pojedini suci u postupku, kada im se svjedok pozove na to svoje pravo znali su „otpuštati“ takvog svjedoka uz utvrđenje da bi svjedok svojim svjedočenjem izložio sebe ili bliskog srodnika kaznenom progonu, teškoj sramoti ili znatnoj materijalnoj šteti, zbog čega oni neće biti ispitani kao svjedoci. Ovakvim, pogrešnim, tumačenjem ove norme suci su mimo volje zakonodavca ustanovljavali novu kategoriju svjedoka koji uopće ne moraju iskazivati kao svjedoci, kojim pogrešnim tumačenjem i pogrešnom primjenom zakona su otvarali prostor stranci nezadovoljnoj presudom suda da takvu presudu pobijaju iz razloga navedenih u čl. 468. st. 3. ZKP/08 ttzv. relativno bitnom povredom koja je mogla utjecati na presudu.

liječnicima, zubarima, psiholozima, probacijskim službenicima i socijalnim radnicima o onome što su u obavljanju svoga zanimanja saznali od okrivljenika,; 6) novinarima i urednicima u sredstvima javnog priopćavanja o izvorima obavijesti i podacima za koje su saznali u obavljanju svoga zanimanja i koji su uporabljeni prilikom uređivanja sredstava javnog priopćavanja,; i 7) osobama na koju je prenesena imovinska korist, o načinu stjecanja imovinske koristi, kada se u odnosu na tu osobu primjenjuju odredbe Glave XXVIII. ZKP/08.

Ovo opće pravilo o pravu ovih osoba da ne moraju iskazivati kao svjedoci ima svoja ograničenja.

Prvo ograničenje ovoga prava propisano je u odnosu na novinare i urednike u sredstvima javnog priopćavanja u postupcima zbog kaznenih djela protiv časti i ugleda počinjenih putem sredstava javnog priopćavanja kao i u slučajevima propisanom posebnim zakonom.

Iduće ograničenje odnosi se na osobe navedene u točkama 4. do 6. članka 285. st. 1. ZKP/08. Dakle, radi se o osobama kojima ovaj privilegij ne svjedočenja pripada na temelju samog posla kojeg obavljaju i potrebe zaštite odnose povjerenja osobe koja obavlja određenu djelatnost i korisnika njihovih usluga. U toj kategoriji svjedoka, ako ih je nadležno tijelo oslobodilo dužnosti čuvanja tajne⁴, izostaje i njihovo pravo ne svjedočenja pozivom na ovu zakonsku normu.

Ako se radi o kaznenom postupku za kaznena djela kaznenopravne zaštite djece, osobe navedene u čl. 285. st. 1. toč. 1 do 6. ZKP/08⁵ ne mogu uskratiti iskaz, osim ako bi ta osoba koja se kao svjedok poziva na privilegij ne svjedočenja bila branitelj⁶ okrivljenika.

Kako su svjedoci opisani svojstvom u čl. 285. st. 1. ZKŠ/08 u pravilu pravu nevične osobe, zakonodavac je propisao obavezu sudu, pod prijetnjom nezakonitog dokaza⁷, da ove osobe prije njihovog ispitivanja ili čim sazna za njihovo specifično svojstvo koje im daje pravo na ovu povlasticu, upozori da ne moraju svjedočiti te obavezu da ovo upozorenje upiše u zapisnik.

⁴ poslovne ili profesionalne

⁵ očito greškom zakonodavca, kada je vršena izmjena ovog članka dodavanjem svjedoka u kategoriji označenoj točkom 7., izostavljeno je i njih uvrstiti u kategoriju osoba koje nemaju ovu povlasticu kada bi se radilo o postupcima kaznenopravne zaštite djece.

⁶ Ova odredba je nejasna obzirom da su branitelji optuženika navedeni u članku 284. toč. 2. ZKP/08 kao osobe koje uopće ne mogu biti ispitane kao svjedoci, osim ako to ne bi zahtijevao sam okrivljenik. Očito je zakonodavac mislio na situacije kada okrivljenik zahtijeva da njegov branitelj svjedoči, te je tada isključio njegovo pravo kao svjedoka u kaznenim postupcima kaznenopravne zaštite djece da on odbije svjedočiti suprotno traženju njegovog branjenika. Iskreno, teško mi je i teoretski zamisliti takvu situaciju.

⁷ čl. 10. st. 2. toč. 3. u svezi s čl. 300. 1. toč. 2. ZKP/08

Posebno upozorenje sud je obavezan izreći i odgovor svjedoka upisati u zapisnik, a upozorenje i odgovor svjedoka poseban je u odnosu na svjedoke označene u točkama 1. do 3. članka 285. st. 1. ZKP/08. Radi se o osobama koje su sa okrivljenikom u bračnoj ili izvanbračnoj zajednici ili postoji odnos krvne ili tazbinske veze do određenog stupnja ili se radi o osobama koje su u odnosu posvojenja. Ove osobe osim općeg upozorenja na privilegij ne svjedočenja, koje mora biti upisano u zapisnik mora sadržavati i posebno upozorenje da će njihovi iskazi, ukoliko odluče ne prihvatiti ponuđenu blagodat i odluče iskazivati, u nastavku postupka, u slučaju da promijene svoju odluku i pri idućem dolasku na sud odluče ne svjedočiti, moći biti pročitano i korišteno kao zakoniti dokaz.

Za razumijevanje ove odredbe potrebno je znati razvoj same pravne norme. Naime, izmjenama ZKP/08 sadržanim u V Noveli objavljenoj u NN 145/13 dodan je ovaj stavak. Do tada privilegij ne svjedočenja pojedinih osoba bio je, kao i sada, kroz čitav postupak, ali su one ranije u svakoj fazi postupka, nakon što bi ih tijelo koje vodi postupak upozorilo na ovo njihovo pravo, mogle mijenjati svoju odluku žele li ili ne žele svjedočiti te ako bi kasnije odustale od svjedočenja, njihov raniji iskaz koji su iznijele bio bi izdvajan iz spisa predmeta kao nezakoniti dokaz. Ovom izmjenom to njihovo pravo nije ukinuto, ali jednom izneseno njihovo očitovanje da će iskazivati kao svjedok, kada se njihov iskaz zabilježi, više ne može biti opozvana na način da se raniji iskaz izdvoji kao nezakoniti dokaz. Njihov privilegij ne svjedočenja ostao je i kasnije kada bi se oni u tijeku postupka predomislili i više ne bi željeli iskazivati i sud ih u toj situaciji ne može prisiljavati na svjedočenje⁸, ali iskaz koji su ranije iznijeli, a radi se o svjedocima opisanim u označene u točkama 1. do 3. članka 285. st. 1. ZKP/08, pod uvjetom da su propisno upozoreni, može biti pročitani i pod zakonom predviđenim okolnostima korišten za donošenje presude.

Pri ocjeni mogućnosti korištenja kao zakonitih dokaza zapisnika o ranije provedenim ispitivanjima svjedoka značajan je zakonski okvir kako ga propisuje odredba čl. 300. ZKP/08. Njome zakonodavac propisuje procesne situacije kada se zabilježeni iskaz svjedoka ne može upotrijebiti kao dokaz u kaznenom postupku, pa samim time ulazi u kategoriju nezakonitih dokaza iz čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08.

Radi se o procesnim situacijama u kojima je 1) kao svjedok ispitana osoba koja se ne može ispitati kao svjedok (članak 284.); 2) kao svjedok ispitana osoba koja ne mora svjedočiti (članak 285.), a nije na to upozorena ili se nije izričito odrekla toga prava; 3) upozorenje iz članka 285. stavka 3. ovog Zakona i odricanje nije ubilježeno u zapisnik; 4) je kao svjedok ispitano dijete koje ne može shvatiti značenje prava da ne mora svjedočiti (članak 285. stavak 4.); 5) upozorenja iz članka 288. stavka 3. ovog Zakona nisu ubilježena u zapisnik; 6) je povrijeđeno

⁸ čl. 291. st. 2. ZKP/08

pravo na uskratu odgovora iz članka 44. stavka 4. točke 4. i članka 44. stavka 5. točke 3. ovog Zakona,; i 7) u slučaju iz članka 6. stavka 3. ovog Zakona. Utvrdi li sud da je u postupku pri ispitivanju i bilježenju iskaza pojedinog svjedoka došlo do neke od označenih povreda, zapisnik o takvom ispitivanju ne može se koristiti kao zakoniti dokaz i prvostupanjski sud prepozna li neku od ovih povreda morati će da bi raspolagao sa zakonitim dokazima, svjedoka u odnosu na kojeg je učinjen propust, ponovno pozvati i nakon propisnih upozorenja i njihovog valjanog bilježenja, ponovno ispitati. Pri tom ispitivanju, odstupi li svjedok od ranijeg iskaza prepoznatog kao nezakonito, nije mu dopušteno ukazivati na ove razlike, niti je taj raniji iskaz moguće osnažiti njegovim čitanjem⁹.

Značajne legislativne novine su se dogodile u odnosu mogućnost i pravo suda da pročita zapisnike o ranijem ispitivanju svjedoka, a osobito u odnosu na kategoriju svjedoka koje uživaju pravo ne svjedočenja iz čl. 285. ZKP/08.

Opći zakonski okvir za mogućnost čitanja/reproduciranja zapisnika kojim su zabilježena ranija ispitivanja pojedinih osoba u kaznenom postupku zakonodavac normira u članku 431. ZKP/08. Opći okvir predviđa mogućnost čitanja /reproduciranja ranije sastavljenih zapisnika 1) ako se odnose na činjenicu koju stranka nije osporavala,; 2) ako su ispitane osobe umrle, duševno oboljele ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili znatno otežan zbog starosti, bolesti ili drugih važnih uzroka,; 3) ako svjedoci ili vještaci bez zakonskih razloga neće iskazivati na raspravi,; 4) ako se osoba koja je prethodno upozorena da nije dužna svjedočiti (članak 285. stavak 1. točka 1. do 3.) odrekla tog prava i iskazivala na dokaznom ročištu ili raspravi, a kasnije tijekom postupka je odlučila uskratiti svoj iskaz,; 5) ako je svjedok ili vještak ispitan prema članku 402. stavku 2. ZKP (izvanraspravno ispitivanje),; 6) ako su stranke suglasne da se umjesto neposrednog ispitivanja svjedoka, odnosno vještaka koji nije prisutan, bez obzira je li bio pozvan ili ne, pročita zapisnik o njegovu prijašnjem ispitivanju,; 7) ako je svjedok ili vještak ispitan na raspravi pred istim predsjednikom vijeća,; i 8) ako je svjedok ili vještak ispitan na raspravi u prisutnosti stranaka.

Nalazim potrebnim na ovom mjestu istaknuti odredbu čl. 431. st. 2. ZKP koja govori o zakonitom postupanju suda pri čitanju iskaza svjedoka ispitanog u ne konfrontiranoj formi, koje čitanje zapisnika može biti po bilo kojoj od ranije istaknutih osnova. Naime, pravo na čitanje tog zapisnika, pa i po suglasnom prijedlogu stranaka, ne znači istovremeno odricanje okrivljenika od prava da svjedoka koji ga tereti posebno ispita. Stoga utvrđenje okolnosti da se radi o nekonfrontiranom iskazu ne dovodi do njegove nezakonitosti već samo ograničenja može li se i pod kojim uvjetima presuda utemeljiti na takvom iskazu.

⁹ O tome u odluci Vrhovni sud Republike Hrvatske broj I Kž-120/14 od 10. lipnja 2014.

3. Problemi u sudskoj praksi

3.1. Tzv. privilegirani svjedoci ispitani prije V Novele ZKP/08

Kako je već istaknuto u odnosu na tzv. privilegirane svjedoke¹⁰ i prije V Novele ZKP-a postojala je obaveza suda da se te svjedoke upozori na njihovo pravo ne svjedočenja, koje upozorenje kao i njihov odgovor je morao biti upisan u zapisnik. Također, istaknuto je da zabilježeni iskazi ovih svjedoka, ako bi kasnije tijekom postupka odlučili koristiti se ovim svojim pravom, bi bili izdvajani iz spisa predmeta kao nezakoniti dokaz. Za uočiti je da u slučaju ponovnog predomišljanja jednom izdvojeni zapisnik kao nezakoniti dokaz nikada više ne bi mogao biti osnažen i ne bi mogao biti korišten kao zakoniti dokaz, pa niti u smislu predočavanja u slučaju sada, nakon što bi se svjedok opet predomislio, drugačijeg iskazivanja.

Međutim, zapisnik o ispitivanju takvog svjedoka, ako bi bio uredno pozvan a na poziv se ne bi odazvao mogao je biti pročitani i korišten kao zakoniti dokaz. Čitanje tih zapisnika je bilo isključeno samo ako takav svjedok ne bi bio pozvan na raspravu, pa mu time ne bi bila data niti mogućnost promijene odluke o tome želi li svjedočiti ili ne odnosno kada bi došavši na raspravu izjavio da želi koristiti ovu privilegiju. U time slučajevima, izričitom voljom zakonodavca, zapisnik o ranijem ispitivanju privilegiranog svjedoka bio bi izdvajan kao nezakoniti dokaz.

Nakon V Novele ZKP odredbe o mogućnosti korištenja zapisnika sa iskazom ovakvih svjedoka značajno se mijenja, a kazneni postupci primjeno odredbe čl. 257. st. 5.¹¹ Zakona o izmjenama i dopunama ZKP-a (NN 145/13) u nastavku bivaju vođeni sukladno normama ZKP izmijenjenim V Novelom. Tim izmjenama mijenja se opseg upozorenja ovih svjedoka propisujući uz opća upozorenja koja ima svaki svjedok oni dobivaju specifična upozorenja u dvije razine. Prva, da tzv. privilegirani svjedok nije dužan iskazivati i druga, za svjedoke iz prve tri točke članka 285. st. 1. ZKP/08, da ukoliko se odluči iskazivati, taj njegov iskaz u kasnijoj fazi postupka u kojoj se on predomislio i više ne bi želio iskazivati može biti pročitani i kao takav može biti korišten kao dokaz. Važno je naglasiti da i upozorenje ovim svjedocima kao i njihovi odgovori moraju biti upisani u zapisnik.

Vrhovni sud Republike Hrvatske tumačeći odredbu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 zauzeo je jasna stav da takvi zapisnici sa iskazima tzv. privilegiranih svjedoka ranije pribavljeni na zakonit način, danas obzirom da se postupak vodi po sada važećim odredbama ZKP/08 ne mogu biti korišteni kao dokaz. To ne znači da bi

¹⁰ ovo se odnosilo na sve kategorije svjedoka označene u čl. 285. st. 1. tada važećeg ZKP-a

¹¹ „Provođenje dokaznih radnji, te istrage i kazneni postupak koji su započeli prije stupanja na snagu ovog Zakona nastavit će se po odredbama ovog Zakona, osim ako je prijelaznim i završnim odredbama ovog Zakona drukčije propisano.“

te zapisnike trebalo izdvajati kao nezakoniti dokaz, ali više nema mogućnosti njihovog čitanja, jer na tu mogućnost svjedok kada je provođena radnja njegovog ispitivanja nije bio posebno upozoren, a odredba o čitanju tog iskaza u situacijama kada je on uredno pozva, a na pozivu se nije odazvao više ne egzistira u sada važećem tekstu ZKP/08.

Zaključno u odnosu na ovo pitanje, zapisnici o ranijem ispitivanju tzv. privilegiranih svjedoka, ispitanih ranije na zakoniti način, danas njihovim čitanjem nikako ne mogu biti korišteni kao dokaz u kaznenom postupku, ali ako bi takav svjedok bio prisutan i ponovno iskazivao, bilo bi moguće ukazivati mu na eventualne razlike u njegovom iskazu. Međutim, ako bi takav zapisnik bio pročitana, pa i po suglasnom prijedlogu stranaka, presuda bi bila utemeljena na nezakonitom dokazu zbog propusta u upozoravanju (članak 300. st. 1. toč. 3. u svezi s čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08)

3.2. Propust u upisivanju u sudski zapisnik upozorenja svjedoku i njegovih odgovora

U praksi se pojavilo pitanje treba li upozorenja svjedoku upisivati tekstualno ili je dostatno da ona budu upisana samo zakonskim člancima.

Valja istaći da bi idealno bilo da se procesna upozorenja upisuju u zapisnike na kojima se provodi radnja ispitivanja svjedoka i tekstualno i zakonskim člancima. Međutim, samo upisivanje samo na jedan način, a iz kojeg se jasno može utvrditi opseg upozorenja ne dovodi do propusta koji bi mogao biti označen kao postupanje protivno odredbi čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08.

Ono što može dovesti do nezakonitosti takvog dokaza u smislu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 je propust tijela koje provodi radnju ispitivanja ovih svjedoka da nakon upisanih zakonskih upozorenja ne upiše kako je na ta upozorenja odgovorio svjedok kome su ona upućena. Točno je u situacijama kada nakon tako manjkavo upisanih upozorenja slijedi tekst iskaza privilegiranog svjedoka može navoditi na zaključak da je svjedok uz upozorenja koja je primio i koja su upisana u zapisnik odlučio svjedočiti, dakle dao potvrđan odgovor, koji odgovor sud nije upisao u zapisnik.

Međutim, Vrhovni sud Republike Hrvatske je u ovom pitanju zauzeo jasna i nepodijeljen stav da odredbu čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 valja tumačiti upravo na način kako je ona voljom zakonodavca upisana, a što podrazumijeva i obavezu upisivanja odgovora svjedoka želi li iznositi svoj iskaz nakon što je upoznat sa pravom da to ne mora činiti bez posljedica za njega te sa činjenicom da će u slučaju da se kasnije tijekom postupka predomisli, ono što je rekao moći biti korišteno kao dokaz.

Ovakvo restriktivno tumačenje Vrhovni sud je zauzeo i u predmetima u kojima je učinjen propust pri upozoravanju tzv. privilegiranog svjedoka ispitivanih na raspravi na kojoj je i donesena prvostupanjska presuda. Propust je učinjen time što je na toj raspravi na kojoj je on bio nazočan i na kojoj je i ispitan, sud propustio upozoriti ga, kada je odlučio iskazivati, na drugi dio upozorenja tj. kasniju mogućnost korištenja njegovog iskaza koji sada daje kao zakonitog dokaza, a na istoj raspravi je donesena prvostupanjska presuda.

Kako se radi o postupku koji je vođen po sada važećim odredbama ZKP/08 koje u čl. 300. st. 1. toč. 3. ZKP/08 za zakonitost ovog dokaza zahtijevaju cjelovito upozorenje, a utvrđeno je da ono nije cjelovito, ovaj dokaz ne može biti upotrijebljen kao dokaz i u smislu čl. 10. sr. 2. toč. 3. ZKP/08 je nezakonit, iako nije došlo do stvarnog čitanja takvog zapisnika sa iskazom privilegiranog svjedoka, već su svjedoka članovi vijeća neposredno slušali.

Razlog ovakvom tumačenju je pravo tzv. privilegiranog svjedoka da i nakon prvotne odluke da svjedoči iako ne bi morao, nakon što bi mu bilo dato cjelovito upozorenje, a što je sud propustio učiniti, ipak odluči ne svjedočiti.

3.3. Dopuštenost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanju privilegiranog svjedoka iz čl. 285. st. 1. toč. 1. do 3. ZKP/08

Raniji tekst ZKP-a prije V Novele dopuštao je čitanje zakonitih zapisnika o ispitivanju tzv. privilegiranih svjedoka (svih kategorija) samo u situaciji kada bi taj svjedok bio uredno pozvan na raspravu, a pozivu se ne bi odazvao. U to vrijeme bili su isključeni svi drugi slučajevi kada je moglo doći do čitanja zapisnika sa ranije pribavljenim zakonitim iskaza svjedoka.

Odredbe ZKP/08 nakon V Novele u odredbi čl. 431. st. 1. toč. 4. ZKP/08 propisuje mogućnost čitanja iskaza ovih svjedoka samo pod propisanim uvjetima da su ti svjedoci (a) kasnije tijekom postupka odlučila uskratiti svoj iskaz, (b) a prethodno kada su ranije iskazivali su bili upozoreni da nisu dužni svjedočiti (članak 285. stavak 1. točka 1. do 3.) i (c) kada su se odrekli tog prava te (c) da je taj raniji iskaz čije čitanje se traži bio na dokaznom ročištu ili raspravi.

Već na prvi pogled vidljivo je da za mogućnost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanju ovih svjedoka, ako su oni sastavljeni na zakoniti način, više nije odlučno utvrđenje jesu li oni na raspravu uredno pozvani. Odlučno postaje utvrđenje zakonitosti samog zapisnika sa iskazom privilegiranog svjedoka kako je on zabilježen te okolnost da je taj raniji iskaz bio iznesen i zabilježen od strane sudbene vlasti (na dokaznom ročištu ili raspravi).

Pod uplivom ranijeg teksta zakona koji je za čitanje iskaza ovih svjedoka, neovisno o drugim okolnostima za mogućnost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanu svjedoka, postavljao kao samostalni uvjet činjenicu urednog poziva na koji se ovi svjedoci nisu odazvali, zauzet je stav Vrhovnog suda Republike Hrvatske u više odluka¹² da takav iskaz ne bi uopće mogao biti pročitani (pa ni po suglasnom prijedlogu stranaka) ako bi on bio rezultat ispitivanja tog svjedoka pred državnim odvjetnikom tijekom istrage.

Da li je ovaj stav ispravan ?

Ako pođemo od prihvaćene prakse u postupanju sudova da zapisnik sa iskazom privilegiranog svjedoka koji je odlučio svjedočiti i čiji iskaz je zabilježen bez propusta u odnosu na uvjete njegove zakonitosti (valjano upisana upozorenja i odgovori svjedoka), u nastavku postupka smatramo sadržajno izjednačenim sa zapisnicima o ispitivanju drugih, ne privilegiranih, svjedoka, tada dosita ne bi bilo razloga za isključenje mogućnosti čitanja iskaza ovog svjedoka na raspravi na kojoj on nije prisutan (neovisno o urednosti njegovog pozivanja), pa makar taj iskaz bio zabilježen od državnog odvjetnika.

Restriktivnim, a moguće i pogrešnim, tumačenjem da se ovi iskazi mogu pročitati samo ako su zabilježeni od sudbene vlasti izostaje odgovor na daljnji uvjet za čitanje tog iskaza, a to je okolnost da taj svjedok je odlučio u nastavku „... uskratiti svoj iskaz.“, što sudu ne bi bilo poznato ako svjedok nije i na samoj raspravi na kojoj bi se očitovao o uskrati svjedočenja.

Sudovi međutim iskaze ovih svjedoka koriste kao dokaz čitajući ih i kada nemaju saznanje je li on „uskratio svoj iskaz“. Naime, iskazi ovih svjedoka bivaju čitani i u situacijama kada tzv. privilegirani svjedoci uopće nisu bili pozivani na raspravu, a sve polazeći od pretpostavke izmijenjenih uvjeta za čitanje tih zapisnika kako je to bilo propisano odredbama ZKP-a prije V Novele.

Zaključno, mišljenja sam da bi trebalo kritički propitati dosada izražene stavove u odlukama VSRH o isključenju mogućnosti čitanja zapisnika sa iskazima privilegiranih svjedoka iz čl. 285. st. 1. toč. 3. ZKP, ako ti iskazi ne bi bili iznošeni pred sudbenom vlašću. Mišljenja sam da bi logičan odgovor u odnosu na mogućnost čitanja zapisnika o ranijem ispitivanju svjedoka bio tumačenjem odredbe čl. 431. st. 1. toč. 1. do 8. ZKP-a na način da svaku od njih treba promatrati samostalno,, ne povezujući ih ne uvjetujući jednu točku drugom.

3.4. Privilegirani svjedok i stjecaj dvaju kaznenih djela pri čemu je jedno kazneno djelo kaznenopravne zaštite djece

¹² I Kž-168/17 od 8.5.2020.

Čest je slučaj da u postupcima za kaznena djela počinjena u krugu obitelji, istovremeno uz ovo kazneno djelo istim radnjama bude optuženo/počinjeno i kazneno djelo kaznenopravne zaštite djece, a da se kao svjedoci u odnosu na oba kaznena djela pojavljuju osobe koje imaju pravo uskrate svjedočkog iskaza u smislu čl. 285. ZKP-a.

Zakonodavac je u tome dijelu dao jasnu odrednicu u čl. 285. st. 6. ZKP/08 kada je propisao da „Osobe navedene u stavku 1. točki 1. do 6. ovog članka, osim branitelja, ne mogu uskratiti iskaz ako se radi o kaznenom djelu kaznenopravne zaštite djece¹³“.

Problem se pojavljuje kada se radi o dva kaznena djela počinjena istim radnjama¹⁴ na štetu dvaju žrtava od kojih je jedno dijete. U tim predmetima žrtva kaznenog djela npr. teške tjelesne ozljede na štetu punoljetne osobe, ako je u odnosu srodstva sa okrivljenikom koje joj u smislu čl. 285. st. 1. daje privilegij ne svjedočenja, taj privilegij ima, ali samo u odnosu na kazneno djelo počinjeno na njenu štetu. Ako su takvim postupanjem okrivljenika ostvarena obilježja i kaznenog djela na štetu djeteta (povreda djetetovih prava), čime je dijete postala druga žrtva isgog postupanja okrivljenika, punoljetna žrtva koja je uživala privilegij ne svjedočenja, taj privilegij u odnosu na kazneno djelo počinjeno na štetu djeteta nema i obavezna je iskazivati.

Što to praktično znači obzirom da se radi o jednom događaju i o identičnim radnjama kojima se ostvaruju obilježja dvaju kaznenih djela?

To znači da tijelo koje ispituje svjedoke je takvim svjedocima dužno dati diferencirano upozorenje u odnosu na različita kaznena djela i različit opseg prava ne svjedočenja. Međutim, iskaz svjedoka, obzirom na ne blagodat ne svjedočenja u odnosu na kazneno djelo zaštite djece, obuhvaća potpuni opis događanja, pa tako i onih radnji kojima se ostvaruju obilježja kaznenog djela počinjenog na štetu punoljetne žrtve, za koje kazneno djelo su svjedoci (punoljetna žrtva i dijete) moguće prihvatili blagodat ne svjedočenja.

Iako djeluje kontradiktorno, posljedica ovakvog diferenciranog iskaza svjedoka je okolnost da se iskazi svjedoka koji objektivno postoje u spisima iako su prihvatili blagodat ne svjedočenja na štetu punoljetne žrtve, ne mogu koristiti kao dokaz pri donošenju presude. Isti ti iskazi, međutim zakoniti su i dopušteni pri utvrđivanju krivnje okrivljeniku za kazneno djelo počinjeno na štetu djeteta.

¹³ već istaknut propust zakonodavca koji pri izmjeni teksta ZKP/08 kada je u stavak 1. ovog članka uvrstio i točku 8. a istom prilikom tu točku je propustio uvrstiti u stavku 6.

¹⁴ npr. otac djeteta pred djetetom tuče svoju suprugu i nanese joj teške tjelesne ozljede nakon čega biva optužen za kazneno djelo teške tjelesne ozljede i kazneno djelo povrede djetetovih prava.

O ovoj distinkciji opsega upozorenja svjedoku sudovi moraju voditi računa kako pri ispitivanju privilegiranih svjedoka u ovim postupcima tako i pri utvrđivanju krivnje za svako od kaznenih dijela.

3.5. Svjedok na koga je prenesena imovinska korist, čije oduzimanje se predlaže

Odredba čl. 285. st. 1. toč. 8. ZKP/08 o pravu na uskratu iskaza svjedoka na koga je prenesena imovinska korist, da ne mora iskazivati o načinu stjecanja imovinske koristi, kada se u odnosu na tu osobu primjenjuju odredbe Glave XXVIII. ZKP/08 relativno je nova. Naime, ovu odredbu i nužnost pod prijetnjom zakonitosti tog iskaza uvodi tek VII Novela ZKP/08 (NN 70/17 od 19.7.2017.)

Pitanje je mogu li se čitati iskazi ovih svjedoka ispitani prije stupanja na snagu VII Novele ZKP/08 kada im ovo upozorenje nije bilo propisano kao uvjet zakonitosti tog iskaza u smislu čl. 300. st. 1. toč. 2. u svezi s čl. 10. st. 2. toč. 3. ZKP/08?

Ponovno se valja podsjetiti da se rasprava danas, sukladno odredbi čl. 257. st. 5. Zakona o izmjenama i dopunama ZKP-a (NN 145/13) vodi prema odredbama trenutno, sada važećeg teksta ZKP-a, pa prema tome i u odnosu na ove iskaze, kao uvjet zakonitosti njihovog korištenja postoji potreba njihovog upozoravanja i upisivanja takvog upozorenja i odgovora svjedoka u zapisnik. Ako je taj svjedok ispitao prije nego li je ova obaveza iz čl. 285. st. 1. toč. 8. ZKP/08 postojala u zakonu, taj iskaz sam po sebi ne može biti smatran nezakonitim, ali njegovo izvođenje danas čitanjem na raspravi, kada je stupila na snagu VII Novela ZKP/08, bilo bi nedopušteno zbog nedostataka u upozorenju ovom svjedoku koje njegov iskaz čine nezakonitim.

4. Zaključno

Povlastica ne svjedočenja određenim kategorijama svjedoka izrijekom je propisana zakonom. Sudska praksa j tumačenju ovih normi prihvatila je restriktivan stav u njihovom tumačenju. Ova restriktivnost ogleda se primarno u doslovnom tumačenju zakonskih izričaja koji su propisani kao uvjet za zakonitost čitavog iskaza, a zatim i nedopuštenim proširivanjem ovih privilegija na osobe koje ne bi izrijekom bile spomenute u samoj normi čl. 285. st. 1. ZKP/08¹⁵.

Da li takvo restriktivno tumačenje norme ima svoj smisao je pitanje o kojem sudska praksa u budućnosti mora promišljati pri odlučivanju u svakom pojedinom, svjesna da je sadašnji pravni standard prihvaćen u odlukama Vrhovnog suda

¹⁵ tazbinsko „srodstvo“ u odnosu na izvanbračnu zajednicu

Republike Hrvatske konstanta i za njegovu izmjenu bila bi potrebna vrlo jaka argumetacija.