

*Dr Vanja Bajović**

NAČELO NEPOSREDNOSTI KAO PARADIGMA PRAVIČNOSTI RASPRAVNOG PROCESNOG MODELA**

Rad se bavi problematikom odstupanja od neposrednog i kontradiktornog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, što predstavlja poseban problem u raspravnom modelu postupka, budući da dovodi u pitanje princip jednakosti oružja a samim tim i pravičnost postupka u celini. Krivični postupak Republike Srbije pokazuje određen paradoks u tom pogledu, imajući u vidu da je načelo neposrednosti bilo doslednije sprovedeno u ranijem mešovito-istražnom modelu sudske istrage, nego u postojećem adverzijalnom modelu u kome je istraga u nadležnosti javnog tužioca. Pojam svedoka se u radu shvata šire od zakonske definicije i domaće prakse, te se u skladu sa tumačenjem Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava pod ovaj pojam podvode i iskazi veštaka i saokrivljenih koji svedoče protiv drugih okrivljenih u postupku. Nakon uvodnih razmatranja detaljno se analiziraju odstupanja od neposrednog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, predviđena članom 406 ZKP-a.

Ključne reči: Načelo neposrednosti. – Načelo kontradiktornosti. – Ispitivanje svedoka. – Pravičnost postupka.

1. UVOD

Načelo neposrednosti u izvođenju dokaza svrstava se u dokazna načela i podrazumeva „da između izvora saznanja i krivičnog suda nema posrednika i da sud odlučuje prvenstveno na osnovu onoga što u pogledu činjenica sam utvrdi“,¹ odnosno da se „radnje potrebne za

* Autorka je vanredni profesor Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu, *bajovic@ius.bg.ac.rs* (Republika Srbija)

** Rad je rezultat rada na projektu Pravnog fakulteta Univerziteta u Beogradu: „Identitetski preobražaj Srbije“.

1 M. Škulić, *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu, Beograd 2018, 65.

formiranje sudske odluke moraju izvesti pred sudom koji će doneti odluku.² Iz navedenih određenja proizilazi da se značaj ovog načela tradicionalno posmatra u interesu sudije odnosno veća koje odlučuje na glavnom pretresu, što je u mešovitom modelu postupka i logično imajući u vidu dominaciju suda u dokaznom postupku. Tako se navodi da sam sud treba da čuje iskaze okrivljenog, svedoka i veštaka, završne govore stranaka i ocenu njihovog dokaznog materijala, da opazi važne činjenice, da vidi optuženog,³ a pored toga stvara se mogućnost da se ceni i držanje onoga koji daje iskaz: odlučnost, nesigurnost, pokrete, intonaciju glasa i sl.⁴

U raspravnom modelu krivičnog postupka gde dokazna aktivnost nije na sudu već na strankama, načelo neposrednosti dobija veći značaj i smatra se sastavnim elementom koncepta „pravičnog postupka“ čija se „pravičnost“ posmatra prvenstveno iz vizure stranaka, a ne suda. Akcenat se naime, umesto interesa suda da pravilno utvrdi činjenično stanje neposrednim ispitivanjem svedoka, posmatranjem njihove mimike, gestikulacije i t. sl., stavlja na interese stranaka i njihovu procesnu ravnopravnost u dokaznom nadmetanju.⁵ Stoga se osnovano ističe da kontradiktorno, usmeno i neposredno izvođenje dokaza predstavlja paradigmu pravičnog postupka,⁶ a dosledno sprovedeno načelo neposrednosti jedan je od segmenata kojim se obezbeđuje jednakost oružja.⁷

Jedno od osnovnih prava okrivljenog zagarantovano ne samo Zakonikom o krivičnom postupku već i Ustavom RS⁸ kao i Evropskom konvencijom za zaštitu ljudskih prava (EKLP) jeste pravo na ispitivane svedoka, koje okrivljenom obezbeđuje aktivnu ulogu u dokaznom

2 M. Grubač, *Krivično procesno pravo – Uvod i opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd 2004, 241.

3 *Ibidem*

4 T. Vasiljević, *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd 1981, 248.

5 „Okrivljeni, kao i sud, mora posmatrati ponašanje svedoka tokom ispitivanja jer određeni fizički znaci poput mimike, gestova, načina govora i slično mogu uticati na ocenu istinitosti njegovog iskaza.“ A. Ashworth, *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London 2002, 34.

6 *Ibidem*, 35.

7 Više o tome: V. Bajović, *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet, Beograd 2015, 110–116.

8 Ustav Republike Srbije, *Službeni glasnik RS*, br. 98/2006.

postupku te samim tim predstavlja jedno od sredstava za postizanje stranačke ravnopravnosti.⁹ Pojam „pravičnog suđenja“ po tumačenju Evropskog suda za zaštitu ljudskih prava (ESLJP), zahteva da se svi dokazi moraju izvesti u prisustvu okrivljenog na javnoj raspravi, gde mu se mora ostaviti mogućnost da ih osporava u adverzijalnom postupku.¹⁰ Izuzetno, ESLJP dozvoljava odstupanja od načela neposrednosti, ali pod uslovom da je okrivljenom ostavljena adekvatna mogućnost da ispita svedoke, bilo u trenutku davanja iskaza, bilo u kasnijim fazama postupka.¹¹

U SAD-u, koji se danas najčešće uzima kao primer adverzijalnog postupka i model „za preslikavanje“, pravno su relevantni samo oni dokazi koje stranke izvedu pred porotom, što znači da radnje sprovedene u istrazi nemaju nikakav dokazni značaj. Šta više, zabranjeni su i „svedoci po čuvenju“ (tzv. *hearsay evidence*) već se svedok može ispitivati isključivo o onome što je neposredno video.¹² U italijanskom krivičnom postupku u spise predmeta ulaze samo dokazi izneti na usmenoj javnoj raspravi pred sudom, ne i zapisnici o radnjama preduzetim tokom istrage od strane tužioca. Štaviše izričito je zabranjeno čitanje zapisnika o izjavama svedoka datim javnom tužiocu ili sudu tokom istrage ili na prethodnom ročištu, osim ako su izjave svedoka na prethodnom ročištu date u prisustvu optuženog ili njegovog branioca (čl. 54 Italijanskog ZKP).¹³ Imajući to u vidu, ZKP RS sadrži jedan logičan paradoks iz perspektive raspravnog modela – ne samo dokazi pribavljeni tokom istrage, već i dokazi pribavljeni od strane policije u predistražnom postupku mogu biti korišćeni u

-
- 9 S. Trechsel, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford 2005, 293.
- 10 *Barbera Messegue i Jabardo protiv Španije*, Presuda ESLJP od 6. decembra 1988.
- 11 *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.
- 12 O tome: P. Roberts, A. Zuckerman, *Criminal Evidence*², Oxford University Press 2010, 364–442.
- 13 Izuzetak je jedino moguć u slučaju kada ponovno ispitivanje svedoka (koji su iskaz dali državnom tužiocu ili na prethodnom ročištu kome odbrana nije prisustvovala) nije moguće zbog nepredvidivih činjenica ili okolnosti (čl. 512) ali se na takvom iskazu ne može zasnivati osuđujuća presuda.

daljem toku dokaznog postupka, ako su dokazne radnje pribavljene u skladu sa zakonom (čl. 287, st. 2 ZKP).¹⁴ Omogućeno je da se na glavnom pretresu koristi kompletan materijal koji je prikupio javni tužilac, što se ne odnosi samo na materijalne dokaze, već i na saslušanje okrivljenog i ispitivanje svedoka i veštaka. Štaviše, u poređenju sa ranijim rešenjem, proširena je „lista“ mogućih odstupanja od neposrednog ispitivanja svedoka mogućnošću da se pročita iskaz saoptuženog prema kojem je krivični postupak razdvojen ili je već okončan pravnosnažnom osuđujućom presudom.¹⁵

2. OBJEKTIVNA NEMOGUĆNOST SVEDOKA DA PRISUSTVUJE GLAVNOM PRETRESU

Pod „objektivnom“ nemogućnošću podrazumevaju se slučajevi koji se ne mogu pripisati „u krivicu“ strankama ili samom svedoku kao što su smrt, teška bolest i tome slično. ZKP dozvoljava da se na glavnom pretresu izvrši uvid u zapisnik o ranije datom iskazu svedoka, ako su ispitana lica umrla, duševno obolela ili se ne mogu pronaći, ili je njihov dolazak pred sud nemoguć ili znatno otežan zbog starosti, bolesti ili drugih važnih razloga. Identičan osnov postojao je i u ZKP/2001 (čl. 337, st. 1, tač. 1),¹⁶ a karakterističan je za većinu savremenih zakonodavstava, bez obzira kom procesnom modelu pripadaju. Međutim, korišćenje ovakvog iskaza u raspravnom modelu može doći u koliziju sa pravom okrivljenog da ispita svedoke i može predstavljati problem sa aspekta „jednakosti oružja“, imajući u vidu da se ovde zapravo koristi iskaz svedoka dat jednoj strani u istrazi.

Evropski sud za ljudska prava dozvoljava da se koristi iskaz nedostupnog svedoka, ali pod uslovom da su prava odbrane bila u potpunosti zaštićena u fazama koje prethode suđenju, odnosno da je okri-

14 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni glasnik RS*, br. 72/2011, 101/2011, 12/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014 i 35/2019.

15 ZKP/2011 ne govori o „čitanju“ zapisnika o ranije datim iskazima, već o „upoznavanju sa njihovom sadržinom“ što se obrazlaže težnjom sprečavanja procesnih zloupotreba koje su se ogledale u zahtevu da predsednik veća detaljno čita takve zapisnike. O kritici ovog rešenja vidi: M. Grubač, „Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine“, *Pravni zapisi* 2/2011, 501.

16 Zakonik o krivičnom postupku, *Službeni list SRJ*, br. 40/01 i 68/02 i *Službeni glasnik RS*, br. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 72/2009 i 76/2010.

vljenom u tim ranijim fazama ili van glavnog pretresa omogućeno da postavlja pitanja svedoku i osporava njegov iskaz i verodostojnost.¹⁷

ZKP nalaže tužiocu da osumnjičenom i braniocu uputi poziv da prisustvuje ispitivanju svedoka ili veštaka (čl. 300, st. 1) a u slučaju nedostavljanja poziva, kao i u slučaju da se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca, ispitivanje se može preduzeti samo po pribavljenom odobrenju sudije za prethodni postupak (čl. 300, st. 6). Izuzetak je predviđen u postupcima u kojima postupa tužilaštvo posebne nadležnosti, gde se ispitivanje svedoka može obaviti i bez pozivanja osumnjičenog i njegovog branioca, ako javni tužilac oceni da njihovo prisustvo može uticati na svedoka, ali se u tom slučaju odluka ne može zasnivati isključivo ili u odlučujućoj meri na takvom iskazu (čl. 300, st. 2). Pored toga, ako je okrivljeni u pritvoru, a ispitivanje svedoka se preduzima van sedišta suda, javni tužilac će odluciti da li je potrebno prisustvo osumnjičenog. Identična odredba postojala je i u ZKP/2001 i propisivala je da će istražni sudija odlučiti da li je potrebno prisustvo okrivljenog ako je on u pritvoru a istražna radnja se preduzima van sedišta suda (čl. 251, st. 5), no ona nije predstavljala problem u sistemu sudske nestranačke istrage, ali može predstavljati problem u raspravnom modelu u kojoj je vođenje istrage povereno jednoj od stranaka, te je racionalno očekivati da će ta jedna strana koristeći diskreciju koju joj je zakonodavac ostavio, redovno „proceniti“ da prisustvo druge strane i nije neophodno.

Iz navedenih odredbi proizilazi da okrivljeni po pravilu ne prisustvuju ispitivanju svedoka u istrazi u najtežim predmetima odnosno pritvorskim predmetima i predmetima u kojima postupa tužilaštvo posebne nadležnosti, ali je i u ostalim slučajevima njihovo prisustvo pod znakom pitanja. Zakonodavac naime od javnog tužioca zahteva samo „upućivanje“ ne i dostavljanje poziva okrivljenom i njegovom braniocu, te uz odobrenje sudije za prethodni postupak može ispitati svedoka bez obzira na prisustvo druge strane. Ako se istraga vodi protiv nepoznatog učinioca logično je da druga strana ne može prisustvovati ovakvom ispitivanju. Čak i u slučaju da prisustvuje ispitivanju svedoka, okrivljeni i njegov branilac, kao uostalom i sva druga lica koja prisustvuju ispitivanju, mogu postavljati pitanja preko javnog tužioca, a neposredno samo po njegovom odobrenju (čl. 300, st. 8) te u takvoj situaciji ne može biti ni govora o unakrsnom ispitivanju, što

17 *Unterpertinger protiv Austrije*, presuda od 24. novembra 1986; *Kovač protiv Hrvatske*, presuda od 12. jula 2007.

je u skladu sa EKLJP, ali je protivno Ustavu Republike Srbije. Evropska konvencija naime optuženom garantuje pravo da sam ispituje ili zahteva ispitivanje svedoka optužbe i da zahteva da se prisustvo i ispitivanje svedocima odbrane odobri pod uslovima koji važe za svedoke optužbe (čl. 6, st. 3, t. d), dok Ustav RS sužava ovu garanciju predviđajući da svako kome se sudi za krivično delo ima pravo da sam ili preko branioca iznosi dokaze u svoju korist, ispituje svedoke optužbe i da zahteva da se, pod istim uslovima kao svedoci optužbe u njegovom prisustvu ispituju i svedoci odbrane (čl. 33, st. 5). Verovatno kao posledica lošeg prevoda ili lošeg razumevanja Konvencije, Ustav okrivljenom izricito daje pravo da sam (ili preko branioca) ispita svedoke optužbe, izostavljajući pravo da zahteva njihovo ispitivanje, iz čega prozilazi da je svako uskraćivanje okrivljenom prava da neposredno postavi pitanja svedoku potencijalno neustavno.

Imajući to u vidu, daleko adekvatnije rešenje u slučaju kada postoji opasnost da svedok iz nekog razloga neće moći da prisustvuje glavnom pretresu, je njegovo ispitivanje od strane suda, na posebnom ročištu, što je mahom i predviđeno „adverzijalizovanim“ evropskim zakonicima. Primera radi u Hrvatskoj, uprkos tome što javni tužilac takođe ima dužnost prikupljanja dokaza kako na štetu tako i u prilog okrivljenog (čl. 4 st. 2 i 3 ZKP RH), u slučajevima kada postoji opasnost da svedok neće biti dostupan na glavnom pretresu usled smrti, bolesti ili drugog razloga, zakazuje se posebno dokazno ročište pred istražnim sudijom, na kome se ovaj svedok ispituje (čl. 235–238 ZKP RH).¹⁸ Po ZKP BiH ako postoji mogućnost da svedok neće biti dostupan za vreme suđenja, da će doći do nestanka određenog dokaza ili do nemogućnosti njegovog izvođenja na glavnom pretresu, sudija za prethodni postupak će na posebnom saslušanju uzeti izjavu tog svedoka, odnosno preuzeće neophodne radnje u cilju obezbeđenja dokaza (čl. 238 ZKP BiH).¹⁹ Čak i u pretežno adverzijalnom postupku pred Međunarodnim krivičnim Tribunalima „vanpretresne iskaze svedoka“ ne uzima tužilaštvo, već Pretresno veće u tu svrhu imenuje određenog sudiju (pravilo 71 Pravila o postupku i dokazima).

18 Zakon o kaznenom postupku Republike Hrvatske, *Narodne novine*, br. 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13, 152/14, 70/17, 126/19.

19 Zakon o krivičnom postupku Bosne i Hercegovine, *Službeni glasnik BiH*, br. 3/2002, 32/2003 – ispr. 36/2003, 26/2004, 63/2004, 13/2005, 48/2005, 46/2006, 29/2007, 53/2007, 58/2008, 12/2009, 53/2009 – dr. zakon, 93/2009, 72/2013 i 65/2018.

Navedena rešenja su logična i opravdana, budući da je iz perspektive „pravičnog postupka“ i „jednakosti oružja“ nedopustivo koristiti iskaze svedoka date jednoj strani u postupku, bez mogućnosti druge strane da postavljanjem pitanja ospori kredibilitet i verodostojnost takvog iskaza. U tom smislu se u stranačkom modelu postupka osnovano ističe da je zadatak tužioca, kao stranke u postupku, da obezbedi prisustvo svedoka optužbe na suđenju, te ako u tome ne uspe, druga strana ne bi smela da snosi negativne posledice njegovog propusta.²⁰

3. SAGLASNOST STRANAKA U POGLEDU UVIDA U ISKAZ ODSUTNOG SVEDOKA

Lice pozvano kao svedok dužno je da se odazove pozivu i da svedoči, a u slučaju nedolaska sud ga može kazniti novčanom kaznom i narediti prinudno dovođenje. U tom slučaju glavni pretres se po pravilu odlaže kako bi se obezbedilo prisustvo svedoka na sledećem ročištu. Međutim, ako su stranke sa tim saglasne, samo će se izvršiti uvid u ranije dati iskaz svedoka, umesto njegovog neposrednog ispitivanja na glavnom pretresu, bez obzira da li je svedok uredno pozvan ili ne. Ovaj osnov nije karakterističan za tipične adverzijalne modele u kojima se ne vodi službena istraga i ne postoje istražni spisi u evrokontinentalnom smislu te reči, pa je samim tim i nemoguće da se čitaju ranije dati iskazi, ali ne predstavlja opasnost za interese odbrane, budući da je uslovljen stranačkom saglasnošću.

4. SUDSKO ISPITIVANJE SVEDOKA VAN GLAVNOG PRETRESA

Ako svedok ili veštak ne može da dođe pred sud ili mu je dolazak znatno otežan, veće može narediti da ga van glavnog pretresa ispita predsednik veća ili sudija član veća neposredno ili putem tehničkih sredstava za prenos slike i zvuka. Razlozi zbog kojih svedok ne može da dođe pred sud delimično se poklapaju sa prvim osnovom za odstupanje od načela neposrednosti tj. sa objektivnom nemogućnošću svedoka da prisustvuje glavnom pretresu i svode se na starost, bolest ili drugi sličan razlog. Međutim dok se u prvom slučaju vrši uvid u iskaz

20 S. Trechsel, *op. cit.*, 310–315.

svedoka dat tužiocu tokom istrage, ovde dolazi do sudskog ispitivanja svedoka van glavnog pretresa. Dodatni uslov da sud ispita svedoka van glavnog pretresa umesto da samo izvrši uvid u njegov raniji iskaz je procena veća da se radi o važnom iskazu, što opet nameće pitanje zašto bi sud uopšte vršio uvid u iskaz svedoka ako takav iskaz ne smatra važnim? Isto tako može se desiti da drugostepeno veće, za razliku od prvostepenog, taj iskaz smatra važnim, što može dovesti do ukidanja presude.²¹

U poređenju sa korišćenjem iskaza datim u istrazi, ovakav način izvođenja dokaza daleko je adekvatniji iz ugla odbrane, budući da se okrivljeni i branilac obaveštavaju o vremenu i mestu preduzimanja dokazne radnje a samo ispitivanje se obavlja kao i ispitivanje na glavnom pretresu – neposrednim i unakrsnim ispitivanjem svedoka. Zbog toga bi u okviru prvog osnova za odstupanje od načela neposrednosti trebalo napraviti razliku između apsolutne nemogućnosti svedoka da prisustvuje glavnom pretresu koja bi podrazumevala smrt, tešku duševnu bolest ili nemogućnost pronalaska svedoka i relativne nemogućnosti koja bi podrazumevala starost, bolest ili sličan razlog, te bi u ovom drugom slučaju prednost trebalo dati sudskom ispitivanju svedoka van glavnog pretresa. Na taj način se eliminiše mogućnost različite procene „važnosti iskaza“ od strane prvostepenog i drugostepenog veća i daleko adekvatnije se štite interesi odbrane.

5. ODBIJANJE SVEDOKA DA SVEDOČI NA GLAVNOM PRETRESU

Uvid u ranije dati iskaz svedoka je moguć i kada svedok ili veštak bez zakonskog razloga odbija da svedoči na glavnom pretresu. Zakon obavezuje svako lice koje je pozvano kao svedok da se odazove pozivu i da svedoči (čl. 92 ZKP), a u slučaju da bez zakonskog razloga odbija da iskaz na glavnom pretresu, može biti kažnjen novčanom kaznom (čl. 101, st. 2). Uprkos tome, zakon ostavlja mogućnost da svedok odbija da svedoči pred sudom, omogućavajući u tom slučaju korišćenje njegovog ranije datog iskaza. Identična odredba postojala je u ranijem modelu sudske istrage (čl. 337, st. 1, tač. 2, ZKP/2001) gde nije pred-

21 Tako i G. P. Ilić, M. Majić, S. Beljanski, A. Trešnjev, *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd 2012, 798.

stavljala problem budući da je iskaz svedoka posmatran „u kontinuitetu“, a „raniji iskaz“ podrazumevao je iskaz dat sudu tj. istražnom sudiji, ali u stranački orijentisanom modelu ona gubi svaki smisao stavljajući jasnu prevagu na stranu tužioca koji ispituje svedoke tokom istrage. U porotnom adverzijalnom modelu nemoguće je zamisliti da svedok odbije da svedoči na suđenju, budući da su svedoci stranački te stranka ne bi predlagala da poziva svedoka koji je faktički „neupotrebljiv“. Raspravni model po logici stvari podrazumeva da su relevantni samo oni iskazi dati na suđenju na kome je drugoj strani ostavljena mogućnost da unakrsno ispita svedoka, proveravajući na taj način njegov kredibilitet i verodostojnost datog iskaza, no kako vidimo zakonodavac ipak ostavlja mogućnost korišćenja iskaza iz istrage čak iako je svedok prisutan na glavnom pretresu.

U vezi sa tim sporna je i situacija do koje dolazi u slučaju odstupanja svedoka od ranije datog iskaza. Tako se u teoriji osnovano ističe da je u istražnom modelu korišćenje ranije datog iskaza svedoka bilo moguće jer se radilo o sudskom dokazu, dok sada to više nije moguće već se može koristiti samo iskaz svedoka dat na glavnom pretresu.²² Međutim striktno tumačenje zakonskih odredbi navodi na drugačiji zaključak, budući da član 402, st. 7 koji se odnosi na ispitivanje svedoka upućuje na čl. 397, st. 4 i 5 koji se odnosi na ispitivanje optuženog i po kome se čita ranije dati iskaz ako optuženi (a po upućujućim normama i svedok) na glavnom pretresu odstupi od tog iskaza. Nejasno je da li se ovde radilo o propustu ili o nameri zakonodavca, ali je ova mogućnost u potpunosti nekompatibilna sa raspravnim modelom postupka.

6. UVID U ISKAZ SAOPTUŽENOG

Zakonik o krivičnom postupku dozvoljava da se na glavnom pretresu izvrši uvid u iskaz saoptuženog u pogledu koga je krivični postupak razdvojen ili već okončan pravnosnažnom osuđujućom presudom. Mogućnost da se ovakav iskaz koristi kao dokaz u postupku problematična je iz više razloga.

22 Tako M. Škulić ističe da se „onda kada svedok drugačije iskazuje na glavnom pretresu u odnosu na svoj iskaz dat u istrazi – ili može koristiti onaj iskaz koji je svedok dao na glavnom pretresu (kada je njegov iskaz iz istrage praktično „bezvredan“ u procesnom smislu), ili se naravno ne mora procesno koristiti uopšte ni iskaz tog svedoka dat na glavnom pretresu ako sud oceni da on nije dokazno kredibilan...“ M. Škulić, *op. cit.*, 401, fn. 397.

Najpre se postavlja načelno pitanje dokaznog kredibiliteta ova-
krog iskaza. U vezi sa tim različiti procesni modeli daju različite
odgovore. Za evrokontinentalna zakonodavstva je karakteristično da
okrivljeni nema status svedoka u postupku koji se vodi protiv njega.
Polazi se od toga da je okrivljeni po logici stvari pristrasan u sopstve-
nom postupku te samim tim njegov iskaz ni na koji način ne doprinosi
utvrđivanju istine u postupku, već je saslušanje okrivljenog primarno
namenjeno iznošenju odbrane a tek mu se sekundarno može dati izve-
stan dokazni značaj.²³ Za razliku od svedoka koji je dužan da svedoči i
da govori istinu, okrivljeni ne polaže zakletvu i ne može odgovarati za
davanje lažnog iskaza, pa je samim tim i laž sasvim legitimno sredstvo
odbrane.²⁴

Položaj okrivljenog u anglosaksonskom pravu je drugačiji. Tamo
naime, saslušanje okrivljenog uopšte nije predviđeno kao posebna do-
kazna radnja, budući da se radi o „ravnopravnoj stranci“ u postupku, a
ne o objektu istrage. Šta više, pravilo je da se okrivljeni retko „izjašnja-
vaju“ na sopstvenom suđenju, već sve dokaze umesto njih izvodi bran-
nilac. Ako okrivljeni ipak „insistira“ na davanju iskaza, ispituje se kao
svedok u sopstvenom predmetu što znači da je dužan da položi zakle-
tvu i govori istinu jer u suprotnom može odgovarati za davanje lažnog
iskaza. Ove „aktivne“ odbrane su retke, imajući u vidu da je tužilac,
jedino u tom slučaju, ovlašćen da upozna porotu sa ranijim osudama
okrivljenog, kako bi ga diskreditovala kao svedoka.²⁵

Imajući u vidu navedene razlike, još je uočljiviji „paradoks“ re-
šenja koje dozvoljava da se, u postupku protiv drugih lica, samo izvrši
uvid u iskaz saoptuženog u pogledu koga je krivični postupak razdvo-

23 S. Trechsel, *op. cit.*, 301.

24 Više o tome: V. Bajović, „Iskaz saokrivljenog kao dokaz u krivičnom postupku“, *Pravni život* 9/2017, 715–730.

25 Porota naime, pre odlučivanja nema pravo uvida u kaznenu evidenciju, a tuži-
ocu je zabranjeno da porotnicima iznosi podatke o ranijoj osuđivanosti okri-
vljenog. Njegova ranija osuđivanost redovno se uzima u obzir u sledećoj fazi
postupka, pri određivanju sankcije, ali se polazi od toga da je irelevantna za
odlučivanje o krivici jer može da navede porotnike na pogrešan zaključak da
je lice koje je ranije vršilo krivična dela izvršilo krivično delo i u konkretnom
slučaju. Međutim, ako okrivljeni odluči da svedoči u sopstvenom postupku
ima status običnog svedoka i tužilac je ovlašćen da porotu upozna sa njegovim
ranijim osudama, što je legitiman način za diskreditaciju svakog „suparnič-
kog“ svedoka u očima porotnika. Više o tome: V. Bajović „Pravo na odbranu
čutanjem“, *Pravni život* 10/2008, 5–17.

jen ili pravnosnažno okončan. Stiče se utisak da je navedeno rešenje posledica pogrešnog razumevanja i pogrešne „transplatacije“ adverzijalnog modela. U adverzijalnom modelu videli smo, iskaz okrivljenog koji se odluči da se „izjasni“ na sopstvenom suđenju, izjednačava se sa iskazom svedoka u smislu da okrivljeni polaže zakletvu i snosi rizik pokretanja krivičnog postupka za lažno svedočenje. U našem pravu za razliku od toga, zadržan je dosadašnji položaj okrivljenog karakterističan za mešoviti model po kome su saslušanje okrivljenog i ispitivanje svedoka dve različite i odvojene dokazne radnje, te okrivljeni za razliku od svedoka nikada ne može krivično odgovarati za davanje lažnog iskaza i u praksi je sasvim očekivano i legitimno da on na sve načine nastoji da „ublaži“ svoju krivicu i to najčešće prebacivanjem odgovornosti na druga lica. I zakonodavac je svestan da su interesi saokrivljenih po logici stvari konfliktni, pa saokrivljenima dozvoljava zajedničkog branioca samo „ako to ne ometa stručno, savesno i blagovremeno pružanje pravne pomoći u odbrani“ (čl. 78 ZKP).

Shodno tome u adverzijalnom modelu bi eventualno i imalo smisla da se iskazu okrivljenog da „proširen“ dokazni značaj u postupku protiv drugih saoptuženih, ali kako bi se to kršilo sa načelom neposrednosti i pravom okrivljenih da ispitaju svedoke optužbe, tako nešto nije dozvoljeno. Za razliku od toga, mešoviti model zasnovan na načelu utvrđivanja materijalne istine ne insistira toliko striktno na načelu neposrednosti budući da „spisi predmeta“ predstavljaju okosnicu čitavog postupka, ali sa druge strane iskazu okrivljenog negira dokazni kredibilitet, što je posebno vidljivo u zahtevu da se utvrđuju sve činjenice pa i one koje okrivljeni priznaje, budući da priznanje može biti lažno pa kao takvo ne doprinosi utvrđivanju istine. Ovde se dakle „sumnja“ u iskaz okrivljenog čak iako on prizna krivično delo.

Imajući u vidu navedeno, važeće zakonsko rešenje faktički preuzima samo „najslabije karike“ oba modela, izostavljajući onaj drugi aspekt koji u svakom od modela predstavlja protivtežu i zaštitu interesa odbrane – okrivljenom ne daje status svedoka ali njegovom iskazu ne samo da daje dokazni značaj već mu daje i prošireni dokazni značaj u postupcima protiv drugih lica i bez njegovog neposrednog ispitivanja na glavnom pretresu u postupku protiv tih lica?! Na taj način iskaz saoptuženog faktički „poprima“ veći značaj nego iskaz svedoka, budući da je optuženom zagarantovano pravo na ispitivanje svedoka ali ne i na ispitivanje saoptuženog u pogledu koga je krivični postupak razdvojen!

Iskaz okrivljenog može imati dokazni značaj u postupcima protiv drugih saokrivljenih jedino u slučaju kada okrivljeni dobije status okrivljenog saradnika, te poput svakog drugog svedoka polaže zakletvu, obavezuje se da govori istinu i može odgovarati za davanje lažnog iskaza. Međutim, okrivljeni može dobiti ovaj status samo u postupcima u kojima postupa tužilaštvo posebne nadležnosti što je u neku ruku i opravdano imajući u vidu da se ova krivična dela na drugi način teško mogu otkriti i dokazati, pa je davanje „privilegija“ jednom od okrivljenih faktički krajnje sredstvo za dokazivanje najtežih krivičnih dela gde spada organizovani kriminal i krivična dela protiv čovečnosti i drugih dobara zaštićenih međunarodnim pravom.

U drugim slučajevima, ista činjenična pozadina slučaja nalaže da se optuženima „zajednički sudi“ po pravilima koneksiteta, a u slučaju razmimoilaženja njihovih iskaza jedini zakonski izlaz je suočenje saoptuženih (čl. 89 ZKP). Ako dođe do razdvajanja postupka u pogledu jednog od saoptuženih, ili njegovog okončanja pravosnažnom presudom, iskaz tog saoptuženog ne bi smeo da ima nikakav dokazni značaj u postupcima protiv drugih lica. Ovo ne samo iz razloga što okrivljeni nikada nije dužan da govori istinu, već i iz razloga što se uvidom u njegov iskaz saoptuženi lišavaju jednog od osnovnih ustavnih prava na ispitivanje svedoka optužbe, čime se dovodi u pitanje i pravičnost postupka u celini. Ako je njegov iskaz pravno relevantan u drugim postupcima jedino legitimno rešenje je pozvati ga i ispitati kao svedoka u tom drugom postupku, uz polaganje zakletve, dužnost da govori istinu i mogućnost kasnijeg krivičnog gonjenja zbog davanja lažnog iskaza.

I ranija sudska praksa, stajala je na istom stanovištu pa je isticano da se „iskaz svedoka može pročitati samo pod uslovom da je on prethodno saslušan u postupku u kome se iskaz čita. Suprotno tome, čitanje iskaza iz predmeta u kome je svedoku suđeno predstavlja povredu načela neposrednosti i bitnu povredu odredaba krivičnog postupka... Optuženi ili već osuđeni učesnici u krivičnom postupku takođe, moraju da su saslušani u krivičnom postupku koji je u toku ili u vezi sa njim, a ne u nekom drugom krivičnom postupku. Ako je saučesnik osuđen ne može se čitati njegov iskaz iz predmeta u kome je njemu suđeno, već samo iskaz dat u postupku u kome se taj iskaz i čita. Isti je slučaj i sa optuženima, odnosno svedocima“ (Rešenje Vrhovnog suda Srbije, KŽ. I 351/07 od 25.12.2007).

Međutim, uprkos upozorenjima na problematičnost ovakve odredbe,²⁶ sudska praksa je, sledeći smernice Vrhovnog kasacionog suda, još više širila domašaje njene primene. Tako je krivično odeljenje VKS zauzelo stav da se saoptuženi, odnosno osuđeni prema kome je krivični postupak već okončan pravnosnažnom presudom donetom po osnovu Sporazuma o priznanju krivičnog dela ne može pozivati na pretres i saslušavati niti ispitivati u svojstvu svedoka, nego treba primeniti odredbu člana 406 stav 1 tačka 5 ZKP-a, u pogledu upoznavanja sa sadržinom zapisnika o ranijim iskazima.²⁷

Postojeće zakonsko rešenje direktno je suprotno strazburškoj praksi imajući u vidu da naša praksa stoji na stanovištu da saslušanju okrivljenog ne mogu prisustvovati ni branioci saslušanih saokrivljenih, iako je to bilo moguće po odredbama ZKP iz 2001. godine. ESLJP je u predmetu Luka protiv Italije istakao da „kada se na određenim iskazima zasniva presuda, to predstavlja dokaz optužbe na koji se primenjuju garancije iz člana 6, st. 1 i 3, t. d Konvencije, bez obzira na to da li je reč o iskazima svedoka u užem smislu te reči ili o iskazima saokrivljenog“;²⁸ a takođe je zauzeo stanovište da se presuda ne sme zasnivati na iskazu saoptuženog koga drugi saoptuženi ili njegov branilac ni u jednoj fazi postupka nisu mogli ispitati.²⁹

7. ZAKLJUČAK

Načela neposrednosti i raspravnosti su od posebnog značaja u raspravnom modelu postupka, imajući u vidu da se njihovim doslednim sprovođenjem jača položaj odbrane što doprinosi stranačkoj ravnopravnosti i pravičnosti postupka u celini. Čuvena „jednakost oružja“ koja stoji u srži adverzijalnog modela, ne postiže se teorijskim i proklamatornim floskulama o načelnoj jednakosti stranaka, već konkretnim

- 26 M. Grubač, „Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26 septembra 2011. godine“, *Pravni zapisi* 2/2011; M. Škulić, „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“ u: M. Škulić, G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije – Reforma u stilu jedan korak napred – dva koraka nazad*, Beograd 2012.
- 27 Utvrđeno na sednici Krivičnog odeljenja Vrhovnog kasacionog suda 31. marta 2014. godine.
- 28 *Luca protiv Italije*, presuda od 27. februara 2001.
- 29 *Kaste & Mathisen protiv Norveške*, presuda od 9. novembra 2006.

odredbama koje otežavaju tužiočev dokazni teret, gde između ostalog spada i dosledno sprovedeno načelo neposrednosti. Transparentnost u radu državnih organa prilikom krivičnog gonjenja i sprečavanje mogućih uticaja na svedoke, obezbeđuje se između ostalog pravom okrivljenog da ispituje svedoke optužbe. Zbog toga su u SAD upravo relevantni samo dokazi izvedeni na suđenju, pred porotom, pa ako svedok nije u mogućnosti da prisustvuje suđenju, stranka koja ga je predložila snosi posledice tog „gubitka“. Evropski sud za ljudska prava ne stoji na tako striktnom stanovištu, dozvoljavajući korišćenje iskaza svedoka datih i mimo glavnog pretresa ali pod uslovom da je okrivljenom makar u jednom procesnom momentu omogućeno da ispita svedoka ili da se oni ispituju u njegovom prisustvu. Navedeno stanovište je razumljivo, imajući u vidu da Evropska konvencija obuhvata veliki broj zemalja predstavnica različitih procesnih modela, među kojima su neke poput Francuske i dalje zadržale sudsku istragu, te navedena formulacija pokriva i ispitivanje svedoka u prisustvu okrivljenog, a ne samo njihovo unakrsno ispitivanje.

Krivični postupak Republike Srbije pokazuje dosta kontradiktornosti u tom pogledu. Ustav RS je predvideo užu formulaciju u poređenju sa Konvencijom, garantujući okrivljenom pravo na neposredno ispitivanje svedoka, iako je Ustav stupio na snagu pet godina ranije od Zakonika o krivičnom postupku iz 2011. godine, kojim je po prvi put unakrsno ispitivanje uopšte i predviđeno.

Pored toga, navedena analiza pokazuje da je načelo neposrednosti bilo doslednije sprovedeno u ranijem istražno-mešovitom modelu sudske istrage, nego u postojećem raspravnom modelu u kome je istraga u rukama javnog tužioca. Ne samo da su zadržani svi osnovi za odstupanje od neposrednog ispitivanja svedoka na glavnom pretresu, nego su oni i prošireni mogućnošću da se izvrši uvid u iskaz saoptuženog u pogledu koga je krivični postupak razdvojen ili pravnosnažno okončan. Na taj način je „jednakost oružja“ dovedena u pitanje budući da se kao dokaz koriste iskazi dati jednoj strani tj. javnom tužiocu i to često bez prisustva okrivljenog i njegovog branioca. Dok je istraga bila u rukama istražnog sudije to nije predstavljalo problem, budući da se radilo o sudskom dokazu, da se iskaz svedoka cenio u „kontinuitetu“ te akcenat nije bio na tome u kom je procesnom momentu iskaz dat, već na tome u kojoj meri takav iskaz doprinosi utvrđivanju materijalne istine. Tužilačka istraga i raspravni model za razliku od toga bi po logici

stvari podrazumevali da je pravno relevantan samo iskaz na glavnom pretresu, gde je odbrani ostavljena mogućnost da neposredno i unakrsno ispita svedoke, a da se iskazi pribavljeni van glavnog pretresa mogu koristiti pod uslovom da ih je pribavio sud a ne tužilaštvo. Upravo iz tog razloga adverzijalizovani evropski zakonici predviđaju posebno dokazno ročište pred istražnim sudijom u slučaju da postoji opasnost da svedok iz nekog razloga neće moći da prisustvuje glavnom pretresu. Naš ZKP tako nešto ne predviđa već se kao dokaz koristi iskaz koji je tužilaštvo pribavilo tokom istrage, bez obzira na to da li je druga strana uopšte prisustvovala takvom ispitivanju. Posebno je problematičan novousvojeni osnov koji dozvoljava da se kao dokaz koristi iskaz saokrivljenog kome se odvojeno sudi ili mu se sudilo, kako iz ugla opšteg dokaznog kredibiliteta takvog iskaza, tako i sa aspekta osnovnih prava odbrane i strazburške prakse koja je zauzela stav da se presuda ne sme zasnivati na iskazu saoptuženog koga drugi saoptuženi ili njegov branilac ni u jednoj fazi postupka nisu mogli ispitati.

Vanja Bajović, PhD

Associate Professor at the University of Belgrade Faculty of Law

THE PRINCIPLE OF IMMEDIACY AS A PARADIGM OF FAIRNESS OF THE ADVERSARIAL PROCEDURAL MODEL

Summary

The principle of immediacy in the presentation of evidence means that all witnesses must be examined and all other evidence produced at the trial. In the inquisitorial or mixed model of criminal procedure, the significance of this principle is traditionally observed in the interest of the judge or the judicial panel, which is logical, having in mind the dominance and the active role of the judge in the production of evidence during the trial. In the adversarial model of procedure, where the production of evidence is not on the court but on the parties, the immediacy principle has greater importance and is considered as integral part of the “fair trial”. Instead of the judge’s interest in correctly determining the factual situation by direct examination of witnesses, observing their facial expressions, gestures etc., the focus

is on the parties and their equality of arms in the evidentiary competition. The Serbian criminal proceeding shows a certain paradox in that regard, having in mind that the principle of immediacy was more consistently implemented in the earlier mixed model of procedure, characterized by judicial investigation, than in the adversarial model introduced by the CPC of 2011, where the investigation is in the hands of the public prosecutor. According to Serbian CPC of 2011, not only the evidence obtained during the investigation, but also the evidence obtained by the police in the pre-investigation procedure may be used in the trial, if the evidentiary actions were obtained in accordance with the law.

In the paper, exceptions are analyzed of the immediacy principle that is situations in which is allowed to read the statements of the witnesses given to the public prosecutor during the investigation, instead of their direct examination at the trial, stipulated by the article 406 of CPC. It includes the following situations that are particularly analyzed in separated chapters: 1) the witness is unavailable (ill, dead, etc.); 2) the parties agreed to read previously given statement of witness who is not present at the trial; 3) trial judge examined the witness out of the trial; 4) the witness refuses to testify at the trial; 5) statement of a co-defendant according to which the criminal proceedings have been separated or have already concluded by a final conviction.

Key words: *Immediacy principle. – Adversarial principle. – Examination of witnesses. – Fairness of the trial.*

LITERATURA

- Ashworth A., *Human Rights, Serious Crime and Criminal Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2002.
- Bajović V., *O činjenicama i istini u krivičnom postupku*, Pravni fakultet, Beograd, 2015.
- Bajović V., „Pravo na odbranu ćutanjem“, *Pravni život* 10/2008, 5–17.
- Bajović V., „Iskaz saokrivljenog kao dokaz u krivičnom postupku“, *Pravni život* 9/2017, 715–730.
- Vasiljević T., *Sistem krivičnog procesnog prava SFRJ*, Savremena administracija, Beograd, 1981.

- Grubač M., *Krivično procesno pravo-Uvod i opšti deo*, Službeni glasnik, Beograd, 2004.
- Grubač Momčilo, „Nove ustanove i nova rešenja Zakonika o krivičnom postupku Srbije od 26. septembra 2011. godine“, *Pravni zapisi* 2/2011.
- Ilić P. G., Majić M., Beljanski S., Trešnjev A., *Komentar Zakonika o krivičnom postupku*, Službeni glasnik, Beograd, 2012.
- Roberts P., Zuckerman A., *Criminal Evidence*, 2nd ed., Oxford University Press, 2010, 364–442.
- Trechsel S., *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford University Press, Oxford, 2005.
- Škulić M., *Krivično procesno pravo*, Pravni fakultet, Beograd, 2018.
- Škulić M., „Kritička analiza nekih odredbi novog Zakonika o krivičnom postupku Srbije iz 2011. godine“ u: M. Škulić, G. Ilić, *Novi Zakonik o krivičnom postupku Srbije– Reforma u stilu jedan korak napred– dva koraka nazad*, Beograd, 2012.