

Mr. sc. Bruno Moslavac¹

TRENUTAK REALIZACIJE KONFRONTACIJSKOG PRAVA U KONTINUUMU KAZNENOG POSTUPKA: PROCESNE STIGME

UDK: 343. 1

Primljeno: ožujak 2017.

Stručni rad

Pravičnost postupka za okrivljenika kao središnju točku postupanja organa kaznenog progona i postupka, jedno je od zahtjeva konvencijskog prava, utjelovljenom i u hrvatskom kaznenom procesnom pravu. Procesne stigme koje se povremeno pojavljuju u mjerodavnim odlukama kaznenih sudova, ukazuju na činjenicu da još uvijek nije uspostavljena pravna sigurnost po pitanju sudske prakse u pogledu vremena ostvarenja konfrontacijskog prava obrane, ali i na zabrinjavajuću arbitrarnost odluka, posebno u pogledu neusklađenosti s višim sudom. U ovome radu autor korištenjem case-study metode izučava recentne odluke hrvatskih kaznenih sudova po pitanju tumačenja trenutka kada, prema procesno-pravnim zahtjevima, nužno mora doći do realizacije prava obrane da ispita svjedoke optužbe. Zaključno se ukazuje na neujednačenost sudske prakse nižih sudova s onom najvišeg redovnog kaznenog suda hrvatske države, neodrživost pojedinih sudskih odluka i tumačenja na koje nije moguće uložiti (redovna) pravna sredstva i nametanja obveza tijelima kaznenog progona koje obveze ne postavlja kazneni procesni zakon.

Ključne riječi: *pravičnost postupka, konfrontacijsko pravo, privilegirani svjedok, apsolutno pravo, dokaz*

1. POJAM I IZRAŽAJ KONFRONTACIJSKOG PRAVA U KAZNENOM PRAVU

Konfrontacijsko pravo sadržano je i u čl. 29. st. 2. al. 6. Ustava Republike Hrvatske, prema kojem optuženik ima pravo „da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe i da zahtijeva da se osigura nazočnost i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe“. Rezultat je težnje da se spriječi, prvo, neutemeljen kazneni progon i drugo, moguća neosnovana osuda nedužnog

¹ Bruno Moslavac, zamjenik općinskog državnog odvjetnika u Virovitici, Kazneni odjel. Ovaj rad izrađen je sukladno odredbi čl. 120. st. 5. Zakona o državnom odvjetništvu (NN 76/09., 153/09., 116/10., 145/10., 57/11., 130/11., 72/13., 33/15. i 82/15.; u daljnjem tekstu: ZDO). Svi stavovi i mišljenja izneseni u radu isključivo su stavovi i mišljenja autora i niti na koji način ne predstavljaju niti jesu stavovi i mišljenja institucije u kojoj je autor zaposlen.

građanina. Vid je okrivljenikova privilegija da disponira u odgovarajućoj mjeri svojim pravom obrane. Izraženo je i u čl. 6. stavak 3 (d) Europske konvencije o ljudskim pravima. „Dakle, da bi se ispunili zahtjevi pravičnog postupka iz čl. 6. st. 1. i čl. 6. st. 3. t. d) Europske konvencije, okrivljenik barem u jednoj fazi kaznenog postupka mora biti u mogućnosti ostvariti svoje konfrontacijsko pravo te ispitati ili dati ispitivati svjedoka optužbe.“² Važno je pravilno razlučiti trenutak u kojemu okrivljenik, odnosno obrana konzumira konvencijsko pravo, jer samo konvencijsko pravo ne zahtijeva, niti postavlja uvjet da pravo mora biti realizirano kroz čitav tijek kaznenog postupka. Konvencijsko se pravo čak ne referira egzaktno niti na dio postupka u kojemu bi moralo doći do ostvarenja prava, nego samo govori o postupku kao cjelini. Takav stav osobito je bitan kod tumačenja mora li konfrontacijsko pravo biti realizirano već tijekom prethodnog kaznenog postupka, na čemu inzistiraju pojedini sudovi.³

2. PITANJE/PROBLEM PRAVIČNOSTI KAZNENOG POSTUPKA

Okrivljenik nije pravičan prema društvu u cjelini i dodatno niti prema pojedinom ili pojedinim članovima tog istog društva, jer narušava, krši, obezvređuje ili povređuje osnovne društvene postulate i vrijednosti, odnosno ljudska prava i slobode te prava građanina. Zauzvrat, daju mu se mnogobrojna procesna jamstva pravičnog suđenja. K tome, ne promišlja se dovoljno ili uopće o pravima žrtve i posebno o javnom interesu. Zabacujemo javni interes za progon i kažnjavanje počinitelja kaznenih djela, kao protupravnih ponašanja kojima se naročito grubo i teško vrijeđaju najznačajnije društvene vrijednosti, u korist privatnog, pojedinačnog, uskogrudnog interesa samo(g) okrivljenika da ne bude kažnjen. Pravedno kažnjen jer je počinio zlodjelo.

2. 1. Garant pravičnosti kaznenog postupka

Sud je garant pravičnog postupka. Nema logike upirati u druge sudionike kaznenog postupka, po pitanju realizacije, ali i trenutka, vremena ostvarenja konfrontacijskog prava, kao dijela načela pravičnosti kaznenog postupka. Na kaznenom je sudu da osigura pravičnost, odnosno jednakost oružja procesnih stranaka, samim time i aktivno ostvarenje konfrontacijskog prava. Objektivno je stoga nemoguće očekivati realizaciju tog prava u bilo kojoj fazi postupka prije rasprave, a poglavito u prethodnom kaznenom postupku. Zadaća je tužitelja da osigura dokaze za osudu, da progoni u javnom interesu počinitelja kaznenog djela za koje se kazneni progon poduzima po službenoj dužnosti sukladno načelu legaliteta

² Ivičević Karas, E., „Okrivljenikovo pravo da ispituje svjedoke optužbe u stadiju istrage kao važan aspekt načela jednakosti oružja stranaka u kaznenom postuku“ (U povodu presude Europskog suda za ljudska prava u predmetu Kovač protiv Hrvatske), *Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu* (Zagreb), vol. 14, broj 2/2007., str. 1012.

³ ŽsBj broj: Kž-249/2016-4 od 17. studenoga 2016.

i u tome nema ništa sporno. Misija tužitelja nije da osigura ravnopravnost stranaka u postupku. Time se ne tvrdi da ostvarenje konfrontacijskog prava nije moguće i prije stadija rasprave pred sudom, ali i ustavno jamstvo pravičnosti kaznenog postupka upire na objektivni i nepristrani sud, kao jamca pravičnog postupka, uz to i ekonomičnog, okončanog u najkraćem mogućem roku, što se učestalo zanemaruje upravo pred tim istim sudom. Izvan je standarda zdrave pameti tražiti od tužitelja, ovlaštenog progonitelja, da osigura ostvarenje konfrontacijskog prava, osobito znajući da mu takvu obvezu nije nametnuo niti zakonodavac. Zakonodavac koji je ovlaštenom tužitelju nametnuo nebrojene obveze, po pitanju konfrontacijskog prava, lopticu odgovornosti prebacio je na stranu suda. Razumno je očekivati od kaznenog suda da provede u život taj dio svoje funkcije pravičnog suca u sporu između javnog interesa, koji zastupa državno odvjetništvo, kao samostalno i neovisno pravosudno tijelo, ovlašteno i dužno progoniti počinitelja kaznenih djela, s privatnim interesom, osumnjičenog ili optuženog počinitelja, da ne bude kažnjen za djelo koje je počinio. Zadaća tužitelja kao progonitelja u tom smislu, iscrpljuje se kroz ili u prikupljanju dokaza da je počinjeno kazneno djelo i tko je počinitelj. Sud će prilikom utvrđivanja odgovornosti počinitelja ocijeniti svaki dokaz posebno i sve njih ukupno, po potrebi izvršiti usporedbe dokazne snage pojedinog dokaznog sredstva i zatim donijeti odluku u predmetu. Dužan je pri tome poštovati sve zahtjeve koji slijede iz procesne ravnopravnosti stranaka po pitanju jednakosti oružja kao i sve procesne pretpostavke vezane uz vrednovanje dokaza, vodeći pri tome računa o pravima obrane. Ovome treba dodati da bi kazneni sud prilikom prethodno opisanog misaonog procesa, morao skrbiti i o javnom interesu, da počinitelj optuženog kaznenog djela bude kažnjen, ukoliko je to pravično i ako to zahtijevaju interesi javnog probitka. Služenje interesu javnosti osnovna je zadaća svih javnih institucija, uključujući i sud. Nažalost, počesto i prečesto se zanemaruje taj javni interes i zabacuje u korist privatnog, onoga okrivljenika da ne bude kažnjen. Ne čudi stoga slabljenje povjerenja građana u javne institucije.

2. 2. O “pravdaškom” društvu

Živimo u *pravdaškom* društvu. Svatko ima prava. Država, javna vlast mora odrediti čija prava imaju prioritet. Notorno je da opće blagostanje treba biti jednako takav interes, opći, javni. Nejasni su razlozi zbog čega uskom interesu pojedinca da ne bude pravedno kažnjen pretpostavljamo cjelokupan kazneni postupak, jamstvima koja objektivno nisu nužna da bi došlo do realizacije općeg interesa za utjerivanje pravde. Dodatno, restriktivna tumačenja ionako restriktivnih odredaba u pogledu prikupljanja dokaza o nečijoj krivici, dodatno ukalupljena u osnovni zahtjev da isključivo tužitelj mora dokazati apsolutno svaku točkicu i segment nečega za što je očigledno da predstavlja kazneno djelo, dovodi do nametanja pitanja svrhe kaznenog postupka i osobito potrebe i/ili svrhe kažnjavanja počinitelja kaznenog djela. Dodatno se kritizira pragmatičnost postupanja ovlaštenog progonitelja kaznenih djela u javnom interesu potpisivanjem sporazuma o priznanju krivnje i izricanju

blaže kazne počinitelju, odnosno primjene načela svrhovitosti kaznenog progona ili instituta beznačajnog kaznenog djela. Ako ne postoji javna sablazan zbog kršenja zakonskih normi, posljedične povrede prava odgovarajuće žrtve i (ne)sankcioniranja počinitelja, onda stremimo ka anarhiji, bezvlađu. To nije pitanje priznavanja i uživanja prava, nego objektivan problem s kojim se susrećemo u hrvatskom kaznenom pravosuđu. S dobrim vremenskim odmakom od ustanovljavanja standarda obrane okrivljenika, pristupamo utvrđivanju prava žrtava. Posebno pitanje je kada će doći do realizacije navedenih i ustanovljenih prava žrtava, za razliku od prava obrane okrivljenika, koja su ekspresno oživotvorena u praksi kaznenih sudova. Rijetke su iznimke kada se opći interes kažnjavanja počinitelja kaznenih djela stavlja ispred njihovog, privatnog, interesa da ne budu kažnjeni, kroz procesne stigme. Primjer za potonje su sudske rješidbe o neizdvajanju kao nezakonitih dokaza primjerice o snimanju okrivljenika bez njegova znanja.

3. USTAVNOSUDSKA OCJENA PRAVIČNOSTI POSTUPKA

„Sadržaj ustavnog prava zajamčenog člankom 29. stavkom 1. Ustava, ograničen je na postupovna jamstva pravičnog suđenja. Sukladno tome, ocjenjujući navode ustavne tužbe sa stajališta tog ustavnog prava, Ustavni sud ispituje eventualno postojanje povreda u postupcima pred sudovima i na temelju toga ocjenjuje je li postupak – razmatran kao jedinstvena cjelina – bio vođen na način koji je podnositelju osigurao pravično suđenje.“⁴ Razvidno je da ustavnosudska praksa također počiva na razmatranju pravičnosti kaznenog postupka isključivo kao jedinstvene cjeline. „Također, u okviru prava na pravično suđenje Ustavni sud ovlašten je ispitivati primjenu zakona i drugih propisa, radi ocjene je li nadležni sud, u konkretnom slučaju, u odnosu na podnositelja arbitrarno (samovoljno) primijenio mjerodavni zakon odnosno drugi propis, odnosno je li u tom konkretnom slučaju odstupio od svoje ustaljene i općeprihvaćene prakse.“⁵ Naglasak kod razmatranja procesnih jamstava pravičnog suđenja stavljen je na proces kao cjelinu, bez razdvajanja na pojedine faze ili elemente i bez razlikovanja vrsta ili podvrsta sudskih postupaka. Poznata su ustavna prava o kojima se odlučuje tijekom pojedinog sudske postupka, a razumljivo je da optužba za neko kažnjivo djelo, odnosno sumnja da je određena osoba počinila određeno kažnjivo djelo, predstavlja dobro od osobitog interesa za konkretnu, ali i svaku općenito, osobu. „Ustavni sud, sagledavajući provedeni postupak kao jedinstvenu cjelinu, ocjenjuje da podnositelju nije povrijeđeno ustavno pravo na pravično suđenje zajamčeno člankom 29. stavkom 1. Ustava niti u jednom od njegovih aspekata.“ Iznova se naglašava, zaključno, s ustavnopravnog aspekta, da se pravičnost kaznenog postupka promatra u cjelini, za kompletan postupak, u svakom pojedinom slučaju u odnosu na individualno određenog okrivljenika. Kao elemente pravičnog postupka, Ustavni sud uzima ukupnost provedenog

⁴ USRH broj: U-III-6021/2016 od 11. siječnja 2017. Isto: USRH broj: U-III-582/2016 od 16. ožujka 2017.

⁵ USRH broj: U-III-582/2016 od 16. ožujka 2017.

kaznenog postupka, proces kao funkcionalnu cjelinu te analizira postupanje, ne i odluke, redovnih sudova, radi zaključivanja jesu li moguće odstupili od svoje uobičajene prakse i pritom povrijedili neko od ustavnih prava okrivljenika. „Ustavni sud podsjeća da nije njegova zadaća preuzeti ulogu sudova, koji su prvi pozvani interpretirati zakone. Zadaća Ustavnog suda ograničena je na ispitivanje jesu li učinci takve interpretacije sudova suglasni s Ustavom s aspekta zaštite ljudskih prava i temeljnih sloboda.“⁶

4. APSOLUTNOST KONFRONTACIJSKOG PRAVA; DOPUŠTENE IZNIMKE OD OPĆEG PRAVILA KAO TEMELJA PRAVA

Konfrontacijsko pravo nikako nije apsolutno i dozvoljene su iznimke od njegove realizacije u praksi, ali one doista moraju biti izuzetak od općeg pravila na kojemu se temelji odnosno pravo u kaznenom postupku, kao mjerilo jamstva pravičnosti postupka za okrivljenika. „Okrivljenikovo konfrontacijsko pravo iz čl. 6. st. 3. t. d) Europske konvencije nije apsolutno. Ono može biti ograničeno radi zaštite interesa koji svojom važnošću konkuriraju temeljnim procesnim pravima okrivljenika, a to je u prvom redu zaštita interesa ugroženih i posebno osjetljivih svjedoka. Međutim, ograničenje tog minimalnog prava obrane okrivljeniku mora biti dostatno kompenzirano da bi i kazneni postupak kao cjelina naposljetku ipak bio pravičan. Tako posebno osjetljivi svjedoci mogu biti ispitani bez nazočnosti okrivljenika, ali pri tome njihov iskaz mora biti registriran tehničkom audiovizualnom snimkom koja će se moći reproducirati okrivljeniku te pred sudom na glavnoj raspravi. Na taj način okrivljenik može logički i psihološki ocijeniti iskaz svjedoka te pripremiti pitanja kojima će nastojati osporiti navode svjedoka optužbe, a koja će na sljedećem saslušanju postaviti svjedoku putem posrednika.“⁷ Svaka iznimka od ostvarenja konfrontacijskog prava mora biti opravdana, a ocjena njene opravdanosti obrazložena, kako bi mogla biti podvrgnuta kontroli. Ocjena o povredi tog načela, kao i povredi konfrontacijskog prava, ovisi o okolnostima konkretnog predmeta koje treba promatrati kao cjelinu, vodeći računa o cjelokupnom postupku i svim sastavnicama prava na pravično suđenje pri čemu izostanak ispitivanja određenog svjedoka mora biti štetan za okrivljenika. Izostanak izvođenja dokaza koje je predložio optuženik nije bilo štetno po njega u smislu povrede konfrontacijskog prava i načela pravičnosti. Ovo tim više kada se ima na umu da je optuženik aktivno sudjelovao u ispitivanju svih svjedoka oštećenika koji mogu biti označeni kao svjedoci optužbe. Za napomenuti je da je optuženik i prigovarao njihovim iskazima, ali i iskazima svjedoka koje je on predložio i koji su ispitani kao svjedoci obrane. Prema tome, aktivna uloga optuženika tijekom izvođenja dokaza jasno ukazuje na to da mu nije uskraćeno konfrontacijsko pravo niti je povrijeđeno načelo pravičnosti.⁸

⁶ USRH broj: U-III-159/2016 od 8. ožujka 2017.

⁷ Ivičević Karas, op. cit. (bilj. 1.), str. 1015.

⁸ UsRH broj: U-III-1884/2012 od 22. travnja 2015.

„Iako načelo jednakosti oružja podrazumijeva ispitivanje svjedoka optužbe i obrane „pod jednakim uvjetima“, moguća su određena ograničenja okrivljenikova prava na sudjelovanje u postupku, opravdana zaštitom određenih interesa koji svojom važnošću konkuriraju pravima obrane.“⁹ U vezi s odlučivanjem o izvođenju dokaza, treba napomenuti da je, prema Europskom sudu za ljudska prava, jednakost oružja pravo da se „osigura prisustvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe“. Pravo predlaganja dokaza ne znači i dužnost suda da te dokaze prihvati radi izvođenja, a moguće neprihvatanje dokaznih prijedloga ne dovodi odmah i do povrede konfrontacijskog prava kao sastavnice stožernog načela kaznenog postupka – načela pravičnosti.¹⁰

4. 1. Primjena konfrontacijskog prava na suoptuženika

Provođenje u život prilikom suđenja prakse da jedna te ista osoba utjelovljuje više procesnih uloga, načelno je zabranjeno. Razlog je prozaičan: okrivljenik se može braniti kako god želi, pa i lažima, neistinom, ali bude li pozvan da svjedoči u tom istom postupku, prisiljen je iskazivati istinito, u suprotnom, izlaže se dodatnom kaznenom progonu. Neovisno o činjenici da se lažno svjedočenje rijetko kazneno progoni i još rjeđe kažnjava, zakonom su propisani dužnost i obveza svakog građanina da potpuno i istinito svjedoči o činjenicama radi kojih je pozvan na svjedočenje. Ne zanemarujući pri tome privilegij od samooptuživanja, uvelike se odmah od starta postavlja pitanje vjerodostojnosti takvog svjedočkog iskaza, kao i sposobnosti kaznenog suda da objektivno ocijeni dokaznu snagu tako utvrđenih činjenica. Slijedom navedenoga, u praksi se, osim načelne zabrane, izbjegava kumulacija procesnih uloga, napose uloge okrivljenika i uloge svjedoka u istom procesu. U ustavnosudskoj praksi se, u pogledu prava na jednakost oružja, pojavilo i pitanje korištenja konfrontacijskog prava u pogledu korištenja iskaza suoptuženika prilikom osude drugog počinitelja kaznenog djela. Obrana okrivljenika inzistirala je kroz ustavnu tužbu na primjeni načela jednakosti oružja i u pogledu iskaza što ga je tijekom prethodnog kaznenog postupka dao suoptuženik.

„Nadalje, obrana I. – okrivljenika iznesena je u istražnoj fazi kaznenog postupka kada suokrivljenici i njihovi branitelji nemaju zakonsko pravo na postavljanje pitanja jer je istraga tajna, već im to pravo pripada u fazi glavne rasprave gdje se u dokaznom postupku svi prethodno izvedeni dokazi ponovno neposredno izvode; okrivljenici ponovno iznose obranu, a svjedoci daju iskaze ili se iskazi uz suglasnost stranaka, čitaju. U toj fazi kaznenog postupka zakonodavac je osigurao pravo na kontradiktornost i konfrontaciju stranaka prilikom ispitivanja svjedoka (članak 417.a – 441. ZKP-a/08). Međutim, sadržaj prava na obranu koje ima okrivljenik razlikuje se od sadržaja prava i obveza koje ima svjedok; naime, okrivljenik ima pravo slobodno iznositi obranu, uskratiti iskaz u cijelosti ili uskratiti odgovor na postavljeno pitanje, ali i ne priznati krivnju te priznati krivnju i sporazumjeti

⁹ Ivičević Karas, op cit. (bilj. 1), str. 1012.

¹⁰ UsRH broj: U-III-1884/2012 od 22. travnja 2015.

se o sankciji (članak 64. stavak 1. točke 2., 3. i 15. ZKP-a/08). Sukladno članku 305. KZ-a/11, okrivljenika se ne može kazneno goniti za davanje lažnog iskaza. Pouka o pravima koja se u pisanom obliku daje okrivljeniku sadrži sva njegova prava, sukladno članku 239. stavku 1. ZKP-a/08 pa i prava da nije dužan iznijeti svoju obranu niti odgovarati na pitanja. Svjedoka će, s druge strane, tijelo koje vodi postupak prije ispitivanja (članak 286. stavak 1. ZKP-a/08) poučiti da nije obvezan odgovarati na pojedina pitanja ako je vjerojatno da bi time izložio sebe ili bliskog rođaka kaznenom progonu, teškoj sramoti ili znatnoj materijalnoj šteti. Sukladno članku 284. točki 3. ZKP-a/08, ne može se kao svjedok ispitati okrivljenik u postupku u kojem su primijenjene odredbe o jedinstvenom kaznenom postupku prema članku 25. ZKP-a/08 što je u konkretnom kaznenom postupku bio slučaj. Stoga I. – optuženik u konkretnom slučaju nije ispitivan kao svjedok te se konfrontacijsko pravo podnositelja ne odnosi na suoptuženika.“¹¹

Procesna uloga pojedinog sudionika kaznenog postupka determinira i njegova procesna ovlaštenja. Osumnjičenici se u fazi prethodnog postupka ispituju zasebno i nikada ispitivanju jednog osumnjičenika, bez obzira na njihov ukupan broj u okviru jednog postupka, branitelj ili sam drugi osumnjičenik, nisu nazočni ispitivanju preostalih osumnjičenika. Jasno, niti procesni položaj osumnjičenika nije istovjetan procesnom položaju svjedoka, tako da su potpuno promašeni prigovori o navodnoj nepravičnosti postupka jer obrana nije prisustvovala dokaznoj radnji ispitivanja u svojstvu osumnjičenika supočinitelja ili drugog suoptuženika u istom kaznenom predmetu.

5. ČITANJE ISKAZA PRIVILEGIRANIH SVJEDOKA KOJI ODBIJU SVJEDOČITI NA RASPRAVI

Odbijanje svjedočenja privilegiranih svjedoka odvajkada je predstavljalo problem i ozbiljnu zapreku funkcionalnosti kaznenog postupka. „Samo čitanje iskaza nije čin koji je u suprotnosti s načelom pravičnosti i pravom iz članka 6. stavak 3 (d), ali način njihova korištenja mora biti u skladu s pravima obrane.“¹² Prava obrane i prava okrivljenika postala su polazišna i odredišna točka hrvatskog kaznenog postupka. Pribavljanje iskaza privilegiranih svjedoka, o kojima najčešće ovisi iniciranje kaznenog postupka kod brojnih kaznenih djela, posebno prijetnje, nasilja u obitelji, tjelesne ozljede i slično, povezano je s ocjenom nadležnog progonitelja o mogućnosti naknadne kontaminacije iskaza takvog svjedoka, odnosno o realnoj opasnosti da dotični svjedok, zbog brzine kojom se odvija kazneni postupak, do stadija rasprave promijeni mišljenje o korištenju blagodatni nesvjedočenja. Pravila po kojima se odvija prikupljanje navedenog dokaza detaljno su regulirana procesnim pravom, a prognoza budućeg ponašanja privilegiranog svjedoka, u stadiju rasprave,

¹¹ USRH broj: U-III-159/2016 od 8. ožujka 2017.

¹² Mrčela, M., „Svjedoci u kaznenom postupku“, Narodne novine, Zagreb, 2012., str. 146.

predmet je ocjene pojedinog državnog odvjetnika, iznova sukladno procesnim pravilima.

5. 1. Zadovoljenje pravila o „ne jednom dokazu“

„U konkretnom slučaju od odlučnog je značaja činjenica da je jedini dokaz koji tereti okrivljenika upravo iskaz svjedoka D. D. dan pred istražnim sucem dana 28. 12. 2010. Uvidom u spis predmeta proizlazi da o tom ročištu okrivljenik nije bio obaviješten niti je na njemu prisustvovao. Na raspravi održanoj dana 21. svibnja 2015. G. svjedok D. D. izmijenio je iskaz i otklonio odgovornost od okrivljenika, tako da je u navedenoj situaciji jedini dokaz koji tereti okrivljenika iskaz svjedoka D. D. pred istražnim sucem, na kojem ročištu okrivljenik nije mogao iskoristiti svoje konfrontacijsko pravo, a zakonodavac izrijeком propisuje da se na takvom iskazu koji je pročitan ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.“ (ŽsVž broj 7 Kž-431/15-4 od 7. prosinca 2015.) Praksa ESLJP-a pokazuje da nema povrede prava na pravično suđenje ako je zadovoljeno pravilo da dokaz u vidu pročitanog iskaza privilegiranog svjedoka, koji odbije svjedočiti na raspravi, ukoliko nije jedini dokaz optužbe, predstavlja dovoljan temelj za osudu.¹³ Nužno je, stoga, da tužitelj pribavi dostatan broj ili skup dokaza o krivnji, kako bi bilo zadovoljeno pravilo o više dokaza koji terete okrivljenika, radi njegove osude. U tom smislu, ne bi bilo zгорега razmisliti o potrebi da kazneni sud posveti dužnu pažnju ispitivanju takvog svjedoka koji mijenja iskaz i da valjano obrazloži svoju odluku, bez jednostavnog prihvaćanja dijametralno suprotnog iskaza i izostanka obrazloženja o toj okolnosti u presudi.

5. 2. Smisao konfrontacijskog prava

Smisao konfrontacijskog prava prvenstveno je u tome da okrivljenik svjedoku optužbe može postavljati pitanja kojima će moći provjeriti ili staviti na kušnju pouzdanost i istinitost njegova iskaza i kao takvo ono čini srž načela kontradiktornosti. Dodatni smisao konfrontacijskog prava je i u tome da okrivljenik može promatrati ponašanje svjedoka tijekom ispitivanja, jer određeni fizički znakovi, poput mimike lica, gesta, načina govora i slično, mogu utjecati na ocjenu istinitosti ili neistinitosti sadržaja iskaza svjedoka. Riječ je ujedno o smislu načela neposrednosti čija je svrha pouzdanije utvrđivanje suda činjenica u kaznenom postupku. Dakle, pravo okrivljenika na ispitivanje svjedoka optužbe prirodno je povezano s primjenom načela neposrednosti i usmenosti u izvođenju dokaza na javnoj raspravi. Premda načelo neposrednosti nije izrijeком proklamirano u okviru čl. 6. Europske konvencije, poput načela javnosti, niti se do sada jasno afirmiralo u judikaturi Europskog suda za ljudska prava, poput načela kontradiktornosti nedvojbeno je njegova važnost. Upravo izvođenje dokaza i raspravljanje o dokazima na raspravi,

¹³ Prema: *ibid*, str. 147.

sukladno načelu neposrednosti, nalaže „institucionalna koncepcija pravičnosti“ pa bi mogućnosti iznimki od načela neposrednosti trebalo tumačiti vrlo restriktivno.¹⁴

5. 3. (Ne)izdvajanje zapisnika o ispitivanju svjedoka bez nazočnosti obrane

Branitelji učestalo od najranijih faza sudskog postupka traže izdvajanje zapisnika o ispitivanju svjedoka, koji u pravilu terete ili nisu povoljni za okrivljenike, tvrdeći da su nezakoniti jer obrana nije nazočila dokaznoj radnji. U pravilu traže i posebno sudsko rješenje o zahtjevu, kako bi na isto mogli uložiti žalbu i na taj način iznuditi odluku višeg suda. „Nisu u pravu okrivljenici kada upiru u nezakonitost zapisnika o ispitivanju svjedoka navedenih u popisu dokaza, jer su ti svjedoci ispitani bez nazočnosti obrane. Naime, niti jedna odredba ZKP/08 ne propisuje obvezu državnog odvjetnika da u tijeku tzv. državnoodvjetničke istrage obavještava branitelja o održavanju ročišta na kojem se ispituju svjedoci, zbog čega okrivljenicima nije povrijeđeno konvencijsko i ustavno pravo na pošteno suđenje, konfrontacijsko načelo i načelo jednakosti oružja, sadržano u članku 29. stavku 2. točki 6. Ustava i članku 6. stavku 1. točki d Konvencije, kao ni pravo iz članka 64. stavka 1. točke 10. ZKP/08. Naime, ovdje se radi o dokazima koje je državni odvjetnik proveo u svrhu utvrđivanja postojanja osnovane sumnje da su počinjena kaznena djela dostatne za podizanje optužnice, dok će okrivljenicima u stadiju rasprave pred prvostupanjskim sudom biti omogućeno ostvarivanje konfrontacijskog prava uz poštivanje načela pravičnog suđenja i jednakosti oružja. Budući da su zapisnici o ispitivanju svjedoka pred državnim odvjetnikom sastavljeni sukladno odredbama ZKP/08, pri čemu su svjedoci propisno upozoreni prema zakonskim odredbama (članka 286. i 288. ZKP/08), kao i da nisu imali primjedaba na sadržaj zapisnika koji su uredno potpisali, nisu osnovani žalbeni navodi oba žalitelja da se je državni odvjetnik služio sugestivnim pitanjima, a da je iskaze svih ispitanih svjedoka trebalo snimiti audio-video uređajem, što je po mišljenju žalitelja utjecalo na zakonitost njihovih iskaza.“ (VSRH broj: I Kž-Us 3/17-4 od 26. siječnja 2017.)¹⁵

6. KARAKTER I SVRHA PRETHODNOG KAZNENOG POSTUPKA

Prethodni postupak ima svoje posebnosti, izražene i uređene kroz pravila postupanja sudionika te faze kaznenog postupka. Ukupnost tih obilježja odaje njegov karakter, kao načelno jednostranog postupanja tijela kaznenog progona prije svega, uz odgovarajuću sudsku kontrolu pojedinih faza ili djelovanja određenih sudionika tog postupka. Temeljna svrha mu je pribavljanje dokaza potrebnih za

¹⁴ Ivičević Karas, op. cit. (bilj. 1.), str. 1000.

¹⁵ Isto stajalište Vrhovni sud Republike Hrvatske zauzeo je i u odluci broj: I Kž 654/16-4 od 12. siječnja 2017.

utvrđivanje ili ocjenu postojanja osnovane sumnje na počinjenje kaznenog djela i počinitelja, s ciljem podizanja optužnice pred nadležnim sudom.

„U prethodnom postupku, zbog njegovog karaktera i svrhe, nije moguće postići ravnotežu i jednakost stranaka pri sudjelovanju u pojedinim procesnim radnjama. Međutim, postupak pred sudom, zbog svoje kontradiktornosti, neposrednosti i usmenosti ustanovljen je na način da osigura pravičnost suđenja, a time i poštivanje prava obrane, odraženo kroz načelo jednakosti oružja i konfrontacijsko načelo. Stoga se ocjena o povredi prava obrane povredom načela jednakosti oružja i konfrontacijskog načela ne može ograničiti samo na fazu prethodnog postupka već na postupak u cjelini. Ovo tim više imaju li se u vidu odredbe čl. 411. st. 4. i čl. 431. st. 2. ZKP/08.“ (VSRH broj: I Kž-604/16-4 od 20. prosinca 2016.)

Postizanje cilja prethodnog postupka nije odlučivanje o krivnji osumnjičenika za određeno kazneno djelo. Obilježava ga nastojanje ovlaštenog tužitelja da prikupi odgovarajući broj dokaza, najmanje dva, nužnih za osudu počinitelja kaznenog djela, jer to zahtijeva javni interes i predmnijeva položaj državnog odvjetništva u hrvatskom pravnom sustavu. Postojanje osnovane sumnje da je određena osoba ostvarila zakonska obilježja određenog kaznenog djela, u smislu načela legaliteta kaznenog progona, trebao bi za državnog odvjetnika predstavljati dostatnu osnovu za iniciranje kaznenog postupka.

6. 1. Teret dokazivanja kao „forte“ tužitelja u prethodnom postupku

Tužitelj mora dokazati svoje tvrdnje u svakom postupku, a državni odvjetnik kao ovlaštení progonitelj počinitelja kaznenih djela u javnom interesu, mora naznačiti sudu činjenice iz kojih nedvojbeno proizlazi da točno određene radnje konkretne osobe predstavljaju kazneno djelo. Materijalni teret dokaza u pogledu činjenica koje tvore obilježja općeg i posebnog bića kaznenog djela leži na tužitelju. Državni odvjetnik je po načelu legaliteta dužan progoniti svaku osobu za koju postoji osnovana sumnja da je počinila kazneno djelo za koje se kazneni progon poduzima po službenoj dužnosti, a ne postoje zakonske smetnje za progon te osobe (čl. 2. st. 3. Zakona o kaznenom postupku, NN 152/08, 76/09, 80/11, 121/11, 91/12, 143/12, 56/13, 145/13 i 152/14; u daljnjem tekstu: ZKP). Kao i svaki tužitelj, dužan je dokazati odlučne činjenice u postupku. Dokazivanje se odnosi na utvrđivanje postojanja odlučnih činjenica koje tvore obilježja određenog kaznenog djela. Uvjetno rečeno, obveza prikupljanja, nabave dokaza tijekom i u okviru prethodnog kaznenog postupka, povjerena je državnom odvjetniku. Obrana i okrivljenik sam, u toj fazi postupanja, zasigurno bi svim silama opstruirali prikupljanje dokaza za osudu, čak i za optuženje, slijedom čega je prethodnom postupku pridodan određeni inkvizitorni element, iako daleko od ranijeg normativnog uređenja istog instituta kaznenog procesnog prava. Posebna pravila o teretu dokazivanja nisu propisana u hrvatskom kaznenom procesnom pravu, niti zakonodavstvu. Jednako tako, nije predviđeno niti specijalno pravilo o prijelazu tereta dokazivanja sa tužitelja na tuženika, kako to postoji u građanskom procesnom pravu, primjerice kod sporova oko postojanja

diskriminacije. Dakle, ne postoji nikakva obveza okrivljenika da pribavlja dokaze kojima bi ukazivao na svoju nedužnost, jer niti ispitivanje osumnjičenika prilikom provođenja dokazne radnje prvog ispitivanja u tom svojstvu ne predstavlja ništa drugo izuzev mogućnosti osumnjičenika da se izjasni o navodima optužbe, s tim da ima apsolutnu slobodu izbora načina iskazivanja. Odnosna radnja tijekom prethodnog kaznenog postupka predstavlja puko zadovoljavanje forme i ispunjenje zakonske obveze da osumnjičenik mora biti ispitan prije podizanja optužnice.

6. 2. Restrikcije građanskih prava zbog učinkovitosti kaznenog postupka

Uz nekada naglašavano načelo efikasnosti kaznenog postupka, jedan od dominantnih zahtjeva u pogledu normativnog uređenja i posljedične provedbe kaznenog postupka jest učinkovitost. Paralelu je moguće povući s dokaznom radnjom pretrage, gdje postoji znatan nesrazmjer između broja odobrenih, odnosno naloženih pretraga s brojem prikupljenih dokaza tijekom provedbe pretraga. Sve prisilne mjere tijekom prethodnog kaznenog postupka usmjerene su ka ispunjenju zahtjeva za efikasnom istragom i jednako takvim prikupljanjem dokaznog materijala, za potrebe sudskog kaznenog postupka. Uzročno-posljedično, navedena ograničenja prava građana, iziskuju i sudsku kontrolu, koja se provodi tijekom istrage, odnosno istraživanja kod blažih kaznenih djela. Dominantna figura u tom pogledu postao je sudac istrage, s kolopletom ovlasti koje mu omogućavaju aktivno ostvarenje nadzornika, nad tijelima kaznenog progona. Istodobno, u suvremenim kaznenim postupcima i procesnim zakonima, naglašena je težnja za zaštitom prava građana, nad kojim se nadvila sumnja ili optužba za počinjenje kaznenog djela. Zakonodavac se prilikom regulative kaznenopravnog postupanja tijela državne vlasti odlučio skrbiti o pravima građana, tada u ulozi okrivljenika, nauštrb djelotvornosti, učinkovitosti, efikasnosti kaznenog postupka. Dominantno načelo kaznenog postupka kao cjeline jedinstvenog postupanja svih tijela, organa i svih sudionika, postalo je načelo pravednosti, odnosno načelo pravičnog postupka. Danas se bilo kojem uplivu, ne samo zadiranju, u ljudska prava i prava građana pristupa s naročitim oprezom, pa opet smo svjedocima manipulacijama tijekom sudskog postupka, po obrani okrivljenika, kada se tvrdi da ni legitimne restrikcije, čak i one sudbene vlasti poput naloga suca istrage za provođenje posebnih dokaznih radnji, ne predstavljaju zakonit dokaz. Učinkovitost kaznenog postupka zbog toga potpuno je pala u drugi plan i nitko joj više ne posvećuje dužnu pažnju, što upućuje na (r)evoluciju kaznenog postupka.

6. 3. Dokazi prikupljeni u stadiju stranačkog postupanja – državnoodvjetnička istraga

Državno odvjetništvo jest „samo“ stranka u kaznenom postupku, ali stranka *sui generis*. Dosađuje ponavljanje notornoga, o samostalnosti i neovisnosti državnog

odvjetništva, ako isključivog, ovlaštenog i legitimnog progonitelja počinitelja kaznenih djela u javnom interesu. Dominantnost javnog interesa nad privatnim, onoga okrivljenika da ne bude kažnjen zbog počinjenog kaznenog djela, nakon provedenog pravičnog postupka, mora biti jasno istaknuta u svakom slučaju. Upravo legitimitet i ovlasti pridane državnom odvjetništvu u sklopu istraživanja i istrage kaznenog djela, daju mu pravo da i kasnije tijekom formalnog kaznenog postupka bude *sui generis* stranka. Državnom odvjetniku pripadaju specifična prava, posebno imajući u vidu obvezu da prikuplja, kao tužitelj, dokaze kojima opravdava svoje tvrdnje pred sudom. „*Naravno da se zaključak o postojanju krivnje određene osobe za počinjenje određenog kaznenog djela ne bi mogao izvesti jedino iz dokaza koji je izvela samo jedna stranka u postupku i u odnosu na koji druga stranka nije imala mogućnost ispitivanja, no to vrijedi samo za onaj stadij kaznenog postupka u kojem je došlo do kontradiktorne rasprave. Budući da su zapisnici o ispitivanju svih svjedoka u odnosu na koje je stavljen prijedlog okrivljenika za izdvajanje iz spisa predmeta sastavljeni u okviru tzv. državnoodvjetničke istrage, dakle u stadiju stranačkog postupanja, s ciljem da se u stadiju postupka pred sudom opravda tvrdnja o postojanju osnovane sumnje da je okrivljenik počinio kazneno djelo za koje se tereti, pri čemu je u cijelosti postupljeno sukladno odredbama ZKP/08 o ispitivanju svjedoka, okolnost da okrivljenik i njegov branitelj nisu bili obaviješteni o provođenju tih radnji ne predstavlja povredu konfrontacijskog prava obrane zajamčenog člankom 29. stavkom 2. podstavkom 6. Ustava i člankom 6. stavkom 3. točkom d) Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda od 4. studenog 1950. Naime, nijednom odredbom ZKP/08. nije propisana obveza državnog odvjetnika da u okviru tzv. državnoodvjetničke istrage obavještava okrivljenika i njegovog branitelja o ročištu na kojem se ispituju svjedoci, pa čak ni onda kada to obrana zatraži.*“ (VSRH broj: I Kž-665/16-4 od 19. prosinca 2016.)

Obranamama činjenica prikupljanja dokaza po drugoj stranci u istom kaznenom postupku, iako tako normirana u sadašnjem kaznenom procesnom pravu, nikako ne sjeda. Nebrojani su zahtjevi za izdvajanjem iz sudske spisa dokaza prikupljenih na taj način, ali za pretpostaviti je da bi branitelji jednako postupali i u slučaju da je istraga ostala u isključivoj nadležnosti suda. Argument bi tada bio da isto tijelo prikuplja dokaze i sudi, pretpostavljano. Postupanje stranke u kaznenom postupku posebne vrste, što je državno odvjetništvo, ne predstavlja povredu pravičnosti postupka, kako to ispravno zaključuje i najviši redovni sud hrvatske države.

7. ODBIJANJE IZDVAJANJA KAO NEZAKONITIH DOKAZA NALAZA VJEŠTAČENJA ZBOG NEDOSTAVLJANJA NALOGA ZA VJEŠTAČENJE OBRANI

Zahtjevi za izdvajanjem dokaza kao nezakonitih, postali su *forte* gotovo svake obrane u kaznenom postupku. Ne čudi stoga što se izdvajanje iz sudskog spisa kao nezakonitih dokaza odnosi ili pojavljuje kao sporno kod svih vrsta dokaznih radnji, uključujući i vještačenja. „*Provodeći prethodni postupak u konkretnom predmetu, u okviru kojega je naložio provođenje kombiniranog sudsko-medicinskog i prometno-tehničkog vještačenja, državni odvjetnik je u svemu postupio sukladno ustavnim i zakonskim odredbama o položaju te ovlastima i dužnostima državnog odvjetnika u hrvatskom kaznenom postupku, dok okolnost da okrivljeniku i njegovoj braniteljici nije bio dostavljen nalog o provođenju te radnje niti su bili obaviješteni o provođenju iste ne predstavlja povredu konfrontacijskog prava obrane zajamčenog člankom 6. stavkom 3. točkom d) Konvencije i člankom 29. stavkom 2. podstavkom 6. Ustava. Naime, takva obveza državnog odvjetnika nije propisana niti jednom odredbom ZKP/08. Naravno da se zaključak o postojanju krivnje određene osobe za počinjenje određenog kaznenog djela ne bi mogao izvesti jedino iz dokaza koji je izvela samo jedna stranka u postupku i u odnosu na koji druga stranka nije imala mogućnost ispitivanja no to vrijedi za onaj stadij kaznenog postupka u kojem je došlo do kontradiktorne rasprave. Budući da se konfrontacijska klauzula odnosi na cjelokupni kazneni postupak u cilju ostvarenja načela prava na pravično suđenje, a da se ono u cijelosti ostvaruje u stadiju rasprave pred prvostupanjskim sudom u kontradiktornom postupku uz poštivanje načela pravičnog suđenja i jednakosti oružja, nema govora o povredi prava zajamčenog člankom 6. stavkom 3. točkom d) Konvencije i člankom 29. stavkom 2. podstavkom 6. Ustava. Premda postojanje nekog od razloga za izuzeće vještaka nijednom odredbom ZKP/08 nije propisano kao razlog za nezakonitost samog nalaza i mišljenja vještaka, u konkretnom slučaju ne postoji nijedan od razloga za izuzeće od obavljanja te dužnosti propisanih čl. 311. ZKP/08.“ (VSRH broj: I Kž-61/17-4 od 7. veljače 2017.)*

Realizacija konfrontacijskog prava u ovom slučaju leži u rukama obrane, jer njena pasivnost dovodi do toga da se u stadiju rasprave, ukoliko ne predloži neposredno saslušanje vještaka, gubi konfrontacijsko pravo. Dokaz vještačenjem je dokaz optužbe, u pravilu, posebice kod prometnih delikata, utaja poreza i općenito gospodarskih kaznenih djela, gdje nalog za provođenje odgovarajuće dokazne radnje daje ovlaštenu progonitelj u javnom interesu. Okrivljenik biva obaviješten, u pravilu, o tome što je naloženo, koja dokazna radnja, ali niti eventualni propust tužitelja po tom pitanju ne predstavlja povredu načela jednakosti oružja, niti se time narušava konfrontacijsko pravo, s obzirom na fazu postupka u kojoj dolazi do provedbe vještačenja. Konfrontacijsko pravo moguće je realizirati na raspravi, ukoliko postoji volja obrane za tim, u suprotnome, dolazi do prekluzije prava.

8. OPREČNA PRAKSA ŽUPANIJSKIH SUDOVA NASPRAM PRAKSE VRHOVNOG SUDA REPUBLIKE HRVATSKE

8. 1. Arbitrarno stipuliranje o irelevantnosti prihvatljivosti razloga odstupanja od svjedočkog iskaza i zahtjev za nazočnost obrane dokaznoj radnji u prethodnom postupku

„Pogrešno upire državni odvjetnik da dokazanost djela proizlazi iz iskaza koje su I. S., A. Š. i M. L. kao svjedoci dali pred policijskim istražiteljem, obzirom da su oni na raspravi u cijelosti odstupili od svojih prvotnih iskaza kojima su u suštini teretili optuženika, tako da su sva trojica izjavili da im optuženik nikada nije davao marihuanu da ju troše. Navedeno stoga što su I. S., A. Š. i M. L. ispitani suprotno člancima 234. i 235. ZKP/08 kada su pred policijskim istražiteljem kome je temeljem naloga državnog odvjetnika povjereno provođenje ove dokazne radnje i u kojem je nalogu optuženik označen kao okrivljenik, iskazivali bez nazočnosti optuženika (i njegovog branitelja), čime je optuženiku onemogućeno postavljanje im kontrolnih pitanja u svezi s njihovim iskazima u kojima su ga teretili, što je njegovo zakonsko, ustavno i konvencijsko pravo (pravo okrivljenika da ispita svjedoka optužbe), dok su na raspravi, kako je navedeno, odstupili od svojih iskaza koje su dali pred policijskim istražiteljem, za što su sva trojica dali obrazloženje, pri čemu je irrelevantno da li je to obrazloženje prihvatljivo ili ne. Bitno je da optuženiku tada tijekom provođenja dokazne radnje ispitivanja svjedoka nije pružena mogućnost da ispita te svjedoke optužbe u odnosu na one dijelove njihovih iskaza kojima su ga teretili, što takve iskaze čini nedostatnim za osudu obzirom da se na njima sukladno članku 411. stavku 4. ZKP/08 ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda.“ (ŽsPu broj: Kž-337/15 od 15. veljače 2016.)

Najmanje dvije stvari su sporne u ovoj sudskoj odluci: kako može biti „irelevantno“ da li je opravdano obrazloženje odstupanja svjedoka od prethodno danog iskaza i iz kojeg razloga se inzistira da je obrana morala biti nazočna ispitivanju svjedoka kao dokaznoj radnji, kada za to ne postoje procesni zahtjevi, niti uvriježena pravila. Dodatno je arbitrarno kod ove odluke što je pravomoćna danom donošenja, s obzirom na donositelja, a nedvojbeno stvara pravnu nesigurnost, jer tumači referentne procesne odredbe o konfrontacijskom pravu izravno suprotno odlukama najvišeg redovnog suda hrvatske države, suprotno konvencijskom pravu i potpuno suprotno ustavnosudskim rješidbama u sličnim slučajevima. U odluci ŽsPu broj: Kž-337/15 od 15. veljače 2016. doslovno se stipulira da niti sudske odluke ne moraju nužno biti obrazložene, jer kako drukčije protumačiti navod da se ne mora obrazlagati prihvatljivost, razumnost odstupanja svjedoka od ranijeg iskaza, jer je to, po drugostupanjskom sudu, irelevantno?! Takvo obrazloženje izravno je suprotno odredbi čl. 435. st. 1. ZKP-a i općim pravilima te zahtjevima o potrebi obrazlaganja sudskih odluka. Dostatnog i prihvatljivog obrazloženja, napomenimo. Jednako tako, ako dokaznu radnju ispitivanja određene osobe u svojstvu svjedoka,

tijekom prethodnog kaznenog postupka, nije predložio okrivljenik ili branitelj, ne postoji zahtjev procesnog prava, niti obveza tužitelja, da o ispitivanju svjedoka obavijesti obranu. U svakom slučaju treba jasno istaknuti da na raspravi svakog svjedoka obrana ima pravo i mogućnost ispitati, u kontradiktornom postupku i uvjetima stranačkog sučeljavanja pred raspravnim sudom.

8. 2. (Ne)mogućnost čitanja nekonfrontiranog iskaza i inzistiranje na provedbi dokaznog ročišta

„U prethodnom postupku ispitivanje privilegiranih svjedoka iz čl. 285. st. 1. toč. 1. do 3. ZKP-a može izvršiti državni odvjetnik ili, ako postoji bojazan da takvi svjedoci neće iskazivati, sudac istrage na dokaznom ročištu provedenom na prijedlog državnog odvjetnika (čl. 235. u vezi čl. 236. st. 1. toč. 2. ZKP-a). Od načina ispitivanja privilegiranih svjedoka u prethodnom postupku zavisi i način njihova ispitivanja na raspravi (čl. 411. st. 3. i 4. ZKP-a), naravno pod uvjetom da svjedok otkloni blagodat i svjedoči, kao i mogućnost korištenja zapisnika o njegovom ranijem ispitivanju kao dokaza (čl. 431. st. 1. toč. 4. i st. 2. ZKP-a) u situaciji kada svjedok na raspravi prihvati blagodat i odluči uskratiti svoj iskaz. Odredba čl. 431. st. 1. toč. 4. ZKP-a predstavlja sustavnu cjelinu sa odredbama čl. 235. i čl. 411. st. 3. ZKP-a, dok se odredba čl. 431. st. 2. ZKP-a odnosi jedino i isključivo na procesnu situaciju vezanu za odredbu čl. 411. st. 3. i 4. ZKP-a (mogućnost čitanja tzv. nekonfrontiranog iskaza). Zapisnik o ispitivanju privilegiranog svjedoka (čl. 285. st. 1. toč. 1. do do 3. ZKP-a) može se pročitati na raspravi u smislu odredbe čl. 431. st. 1. toč. 4. ZKP-a jedino ako se radilo o ispitivanju na dokaznom ročištu, dakle ako je ispitan od suca istrage. To ispitivanje obavlja se pod uvjetima iz čl. 237. i čl. 238. ZKP-a, uz ostalo, pozivanjem okrivljenika i njegovog branitelja koji mogu prisustvovati dokaznom ročištu (ako je obrana obavezna dokazno ročište se ne može provesti bez branitelja), te mogu, uz dopuštenje suca istrage, postavljati pitanja svjedoku i neposredno. Upravo zbog omogućavanja prisustvovanja okrivljeniku i njegovom branitelju dokaznom ročištu, zapisnik o iskazu privilegiranog svjedoka, koji kasnije prihvati blagodat nesvjedočenja, može se na raspravi pročitati, jer u tom slučaju ne postoji povreda konfrontacijskog prava okrivljenika. Ispitivanje privilegiranog svjedoka, koji nije ispitan na način propisan odredbom čl. 235. ZKP-a (vezano za čl. 236. st. 1. toč. 2. ZKP-a), na raspravi mora biti neposredno i sukladno izričitoj odredbi čl. 411. st. 4. ZKP-a – u zapisnik se unosi iskaz tako da se prikaže njegov bitan sadržaj (za razliku od ispitivanja u smislu čl. 411. st. 3. ZKP-a, kada se u zapisnik unose samo odstupanja ili dopune ranijeg iskaza danog u smislu čl. 235. ZKP-a). Zapisnik o ispitivanju privilegiranog svjedoka pred državnim odvjetnikom, i uz upozorenje iz čl. 285. st. 3. ZKP-a, ako svjedok na raspravi, prihvaćajući blagodat nesvjedočenja, uskrati svoj iskaz i stoga ne može biti ispitan u smislu čl. 411. st. 4. ZKP-a, ne može se pročitati na temelju odredbe čl. 431. st. 1. toč. 4. ZKP-a, ali ni odredbe čl. 431. st. 2. ZKP-a. To iz razloga što o ispitivanju privilegiranog svjedoka pred državnim odvjetnikom ne moraju biti

obaviješteni okrivljenik i njegov branitelj, niti se na to ispitivanje pozivaju, čime je okrivljeniku onemogućeno da se sučeli sa svjedokom i da mu postavlja pitanja – povreda konfrontacijskog prava okrivljenika. Zapisnik o ispitivanju privilegiranog svjedoka pred državnim odvjetnikom, uz upozorenje iz čl. 285. st. 3. ZKP-a, nije nezakonit dokaz i ne izdvaja se iz spisa predmeta, ali se u postupku rasprave, ako privilegirani svjedok prihvati blagodat nesvjedočenja, ne može koristiti kao dokaz čitanjem. (ŽsBj broj: Kž-249/2016 od 17. studenoga 2016.)

Procjena o potrebi postavljanja prijedloga sucu istrage radi ispitivanja privilegiranog svjedoka, leži na državnom odvjetniku. Ovisno o pojedinačnoj situaciji, državni odvjetnik kao ovlaštenu tužitelj mora procijeniti postoji li objektivna, realna opasnost od naknadnog predomišljanja dotičnog svjedoka i postoji li objektivna opasnost od kontaminacije njegova iskaza od trenutka zapisničkog konstatiranja u okviru prethodnog kaznenog postupka do stadija rasprave, kada će svjedok biti iznova poučen o mogućnosti korištenja blagodati nesvjedočenja. Držimo da zakonske norme ne nameću obvezu državnom odvjetniku da obavezno mora, jer to nije stipulacija, niti smisao odredbe čl. 236. st. 2. ZKP-a, jednako kao ni odredbe čl. 235. ZKP-a. U pogledu privilegiranih svjedoka, riječ je samo o prognozi budućeg ponašanja svjedoka, kada je obligatorno provođenje dokaznog ročišta, ali u situaciji kada privilegirani svjedok neposredno nakon počinjenja kaznenog djela o kojem ima saznanja otklanja blagodat, objektivno je nemoguće precizno prognozirati da će kasnije istu privilegiju prihvatiti. Detaljan i okolnosan iskaz takvog svjedoka, koji naknadno isti povlači, treba biti jasan signal sudu da je došlo do kontaminacije iskaza, neovisno o vrsti utjecaja na svjedoka. Nastavno se krši i načelo ekonomičnosti postupka, čak i na štetu okrivljenika, ako se nameće obveza provođenja dokaznog ročišta za ispitivanje ponašanja svakog privilegiranog svjedoka, neselektivno po pitanju prognoze budućeg odbijanja iskazivanja na raspravi, nakon prvotno uredno danog svjedočkog iskaza. Uz nemale troškove, opet ponavljajući da nema razloga, ni zakonskog zahtjeva da se konfrontacijsko pravo mora realizirati već u toj, objektivno vrlo ranoj fazi postupka, odugovlači se s pokretanjem kaznenog postupka, posljedično i sa završetkom istoga u realnom roku. Čitanje iskaza privilegiranog svjedoka koji u fazi rasprave, nakon prvotno danog iskaza, uz propisana upozorenja, prihvati blagodat nesvjedočenja, ograničeno je odlukom vijeća, koje odlučuje o dopustivosti čitanja iskaza u svakom pojedinom slučaju, ali i odredbom čl. 431. st. 2. ZKP-a, da se samo na tim zapisnicima ne može isključivo ili u odlučujućoj mjeri temeljiti osuđujuća presuda. Okrivljenikovo pravo obrane u cjelini time nije povrijeđeno ni na koji način, upravo suprotno, dodatno je zaštićeno. Pravo ispitivanja svjedoka optužbe ne mora biti realizirano u fazi prethodnog postupka. Obrana vrlo jednostavno može realizirati konfrontacijsko pravo na raspravi, a ukoliko privilegirani svjedok tada prihvati blagodat i ne želi odgovarati na pitanja obrane, to ne može ići na štetu javnog interesa, da se po službenoj dužnosti progone počinitelji kaznenih djela i ne predstavlja povredu načela pravičnosti. Na sudu je da procijeni učinak promjene stava privilegiranog svjedoka o uskrati (daljnjeg) iskazivanja i odgovaranja na pitanja bilo koje stranke u postupku, sam iskaz kao nekonfrontirani dokaz može se pročitati, uz uvažavanje

odredbe čl. 431. st. 2. ZKP-a, o isključivosti ili prevladavajućem utjecaju takvog dokaza na osuđujuću presudu. Ništa nepravično u tome nema, jer sve proizlazi iz ustavnog i konvencijskog jamstva o pravu na pristup neovisnom i nepristranom sudu, prema pravilima postavljenim zakonskim putem, odrednicama kaznenog procesnog zakona određene države, a suglasno je i praksi Europskog suda za ljudska prava. Tumačenje iz rješenja ŽsBj broj: KŽ-249/2016-4 od 17. studenoga 2016. da odredba čl. 431. st. 2. ZKP-a priječi čitanje zapisnika o ispitivanju privilegiranog svjedoka apsolutno je neodrživo.

9. ODUSTANAK OD KAZNENOG PROGONA ZBOG ODBIJANJA PRIVILEGIRANOG SVJEDOKA DA ISKAZUJE

Privilegirani svjedoci nerijetko iniciraju kazneni progon i zatim nakon relativno kraćeg ili dužeg vremena od prijavljivanja, pred nadležnim tijelom kaznenog progona izjavljuju da više nisu zainteresirani za kazneni progon. Izjava da je logično da državno odvjetništvo nakon toga odustane od daljnjeg progona višestruko je problematična i ukazuje na nepoznavanje elementarnih načela kaznenog progona i postupka te nepoznavanje propisa koji uređuju pitanje progona *ex officio*. Odmah treba istaknuti da je svaki slučaj nasilja u obitelji hitan, da je stupanjem na snagu KZ/11 kao posebna kvalifikatorna okolnost uvedeno počinjenje pojedinih kaznenih djela poput prijetnje ili tjelesne ozljede na štetu bliskih osoba i da se upravo stoga kazneni postupak pokreće po službenoj dužnosti. Apsolutno je nejasno o kakvom odustajanju onda govorimo, jer se prijavitelj i žrtva predomisli. O utjecajima na svjedoke po obrani i samom okrivljeniku u vremenu od prijave do davanja iskaza ili svjedočenja na sudu da i ne govorimo. Nastavno, državno odvjetništvo kao ovlašteno progonitelj vezano je načelom legaliteta, koje mu nalaže da progoni počinitelja kaznenog djela u javnom interesu, sve dok postoji osnovana sumnja (čl. 2. st. 3. ZKP-a i čl. 206. st. 1. t. 4. ZKP-a) da je počinjeno kazneno djelo za koje se kazneni progon poduzima *ex officio*. Dodatno znajući da se isključivo na iskazu privilegiranog svjedoka koji bi bio pročitan na raspravi ne može isključivo ili u prevladavajućoj mjeri temeljiti osuđujuća sudska presuda (čl. 431. st. 2. ZKP-a). U prijevodu, državni odvjetnik će vrlo rijetko temeljiti optužnicu samo na jednom dokazu i to upravo privilegiranog svjedoka, tako da bi mu, kako se pogrešno tumači i iznosi u javnosti, optužba „morala pasti“ ukoliko privilegirani svjedok povuče svoj iskaz ili prihvati blagodat nesvjedočenja. Suštinski, žrtve koje traže pomoć represivnog aparata i isti angažiraju bespotrebno, jer se već sljedećega dana ponovno vole i mire sa zlostavljačem, zaslužuju najoštriju osudu, a ne naklonost javnosti. Treba se priuipitati, ta ista javnost, na što se troši novac poreznih obveznika i ima li ikakvog smisla alarmirati policiju, hitnu pomoć i druge službe, samo da bi netko par dana potom jednostavno povukao svoj iskaz i pravio se kao da se ništa nije dogodilo. U uređenom pravnom sustavu, takvog nesavjesnog prijavitelja stigla bi odgovarajuća sankcija, makar u vidu naplate troškova službi, čije je uzaludno djelovanje prouzročio. Zbog toga ne pokazujemo manji senzibilitet za žrtve, upravo

suprotno, apeliramo na odgovorno ponašanje svakog člana društva, bez zloupotreba prava koja pripadaju svakom građaninu slovom zakonskog propisa. Ne bi zbog naplate troška hitnog djelovanja nadležnih službi koje skrbe o žrtvama nasilja došlo do inflacije tragičnih slučajeva kakve uostalom imamo i danas, kada takav sustav ne funkcionira. Jednostavno bi se ojačala društvena svijest i od strane društva pokazalo nesavjesnim i neodgovornim pojedincima da nema igre s represivnim aparatom te nedopuštenih disponiranja pripadajućim pravima tijekom kaznenog postupka.

9. 1. Prijavljivanje „žrtve“ za kazneno djelo lažne uzbune

Prethodno je istaknuto da je prijava nasilja u obitelji, sa svim svojim popratnim sadržajem, uz puno uvažavanje činjenice da rijetko sam nasilni čin ostane isključivo u domeni prekršajnog prava i isključivo istoimenog prekršaja, prema Zakonu o zaštiti od nasilja u obitelji. Vrlo često, gotovo u pravilu, nasilje je garnirano prijetnjama, tjelesnim ozljeđivanjem i drugim nezakonitim radnjama na štetu žrtve. Postupanje nadležnih tijela u tim je slučajevima **hitno**. Radi izbjegavanja prozivki od strane bilo koje osobe ili tijela, u situaciji kada žrtva naknadno jednostavno odustane od prijave, logično bi bilo istu teretiti za počinjenje kaznenog djela lažne uzbune iz čl. 316. KZ/11. Nema drugog „lijeka“ za navodnu žrtvu koja je u jednom trenutku životno ugrožena i vapajima doziva pomoć policije ili druge javne službe koja pruža pomoć, da bi drugi dan jednostavno prihvatila zakonsku blagodati i pravila se kao da se ništa nije dogodilo. U praksi je bilo slučajeva gdje navodna žrtva nasilja u obitelji traži zaštitu do mjere da inzistira na smještaju u sigurnu kuću udaljenu stotinjak kilometara od mjesta prebivališta, da bi nakon dva dana svojevóljno napustila sklonište i vratila se nasilniku kojega se toliko silno bojala i koji joj je preuredio lični opis do neprepoznatljivosti. Teško da ljubav ima takvu moć i nešto posebno s tim, dublji interesi su u pitanju, ali svejedno, ništa ne opravdava angažiranje cjelokupnog represivnog aparata, samo da bi navodna žrtva odbila dati iskaz poslije prijave. Osobito zabrinjavajuće u tom dijelu jest i praksa sudova koji inzistiraju na realizaciji konfrontacijskog prava u prethodnom kaznenom postupku,¹⁶ unatoč nepostojanju zakonske obveze i činjenici da je to svakako tlapnja. *Argumentum a contrario* tada jest i činjenica da je uveden progon po službenoj dužnosti upravo radi posebne zaštite žrtava, koje tu istu navodnu zaštitu odbacuju kao poderanu čarapu i na štetu svih poreznih obveznika rješavaju svoje međusobne odnose s bračnim drugom, izvanbračnim drugom, ljubavnikom, poznanikom ili s kim već ne.

10. KRITIČNI TRENUTAK OŽIVOTVORENJA KONFRONTACIJSKOG PRAVA

Konfrontacijsko pravo optuženika jest njegovo pravo da u kaznenom postupku u svezi s djelom za koje se tereti ima pravo ravnopravno s državnim odvjetnikom

¹⁶ ŽsBj broj: Kž-249/2016-4 od 17. studenoga 2016.

sudjelovati u izvođenju dokaza, ako već ne na dokaznom ročištu prije pokretanja postupka, onda svakako na raspravi u kontradiktornom postupku u kojemu se na okolnosti inkriminiranog kaznenog djela izvode svi materijalni i personalni dokazi.¹⁷ „Razmatranje je li u odnosu na okrivljenika povrijeđeno načelo pravičnosti, uključuje ocjenu poštivanja prava i davanja mogućnosti obrani u cjelokupno provedenom postupku, a ovdje je od posebnog značaja raspravni dio postupka jer se kontradiktornost i konfrontacijsko pravo okrivljenika najbolje provodi na raspravi.“ (ŽsZg broj: K-786/16-3 od 11. listopada 2016.).

Pravičnost postupka u odnosu na okrivljenika gleda se kroz cijeli tijek i sadržaj postupka. Pravna regulativa koja uređuje mogućnosti uskrate odgovarajućih prava obrane mora biti jasna. Strogo pridržavanje mjerodavnog prava, neovisno o okolnostima pojedinačnog slučaja, u pravilu neizbježno dovodi do poštenog postupka. Suđenje unutar suđenja, po pitanju ispitivanja zakonitosti određenog dokaza, pribavljenog u fazi kaznenog postupka kada nije nužno ili nije obvezno sudjelovanje branitelja, niti okrivljenika, kao što je slučaj ispitivanja svjedoka u okviru hrvatskog kaznenog postupka, po državnom odvjetniku ili policijskom istražitelju temeljem naloga državnog odvjetnika, podrazumijeva pisanu odluku tijela sudbene vlasti. Potonja je u pravilu posljedica žalbe nezadovoljne stranke u okviru kaznenog postupka, temeljem prejudicijalne odluke nadležnog suda o zakonitosti dokaza pribavljenih bez sudjelovanja okrivljenika ili njegova branitelja u provedbi odgovarajuće dokazne radnje, ali u okvirima procesnih pravila, postavljenih kaznenim procesnim zakonom. Pisana odluka u pravilu ili beziznimno sadrži obrazloženje, koje je korektiv sudske odluke i smjernica za eventualno kasnije osporavanje dotične odluke, zbog sumnje na kršenja ljudska prava. Opetovano, sama činjenica da u jednoj ili nekoj fazi postupka okrivljeniku ili obrani u cjelini nije omogućeno aktivno sudjelovanje u postupku, ne znači nepoštenost suđenja u cjelini, kao postupka protiv okrivljenika, zbog osnovane sumnje da je počinitelj precizno određenog kaznenog djela, sukladno važećim postulatima mjerodavnog kaznenog procesnog prava i zakonodavstva. Način pribavljanja dokaza potrebnih za donošenje sudske presude u konkretnom postupku mora u cjelini biti pošten.¹⁸

ZAKLJUČAK

Proces razvoja sudske prakse, kao i svaki drugi proces, zahtijeva protek određene jedinice vremena, kako bi postao spojiv s načelom pravne sigurnosti i vladavine prava. Prilikom navedene evolucije, praksa sudova ne smije biti proizvoljna i oprečna osnovnim postulatima vladavine prava. Nemoguće je uskladiti sudsku praksu od prve odluke o određenom pravnom pitanju, ali jednako tako nedopustivo je da sudišta niže razine tumače mjerodavne odrednice kaznenog prava i kaznenog postupka, kao situacija kada se osobito oprezno pristupa preispitivanju odgovornosti

¹⁷ ŽsZg broj: 1 Kž-24/16-6 od 22. veljače 2016.

¹⁸ Presuda ESLJP-a od 15. rujna 2016., u predmetu Trevisnato protiv Italije, zahtjev br. 32610/07.

građanina te ograničava njegova prava, na način dijametralno suprotan praksi najvišeg redovnog suda hrvatske države, koje kao jednu od primarnih zadaća ima usklađivanje sudske prakse. Jasni i argumentirani, dobro obrazloženi razlozi za postupanje izravno suprotno stavovima i tumačenjima višeg suda, ne mogu se promatrati na drugi način nego kao arbitrarni i proizvoljni, samim time i nezakoniti.

Osiguranje ravnopravnosti svih sudionika kaznenog postupka, osobito po pitanju konzumacije pripadajućih im procesnih prava i ovlaštenja, leži na kaznenom sudu. Od temeljnog postulata da o krivnji i nedužnosti u slučaju kaznene optužbe odlučuje sud, preko jamstva prava i pravičnosti postupka, do konačne presude, promatramo proces kao kontinuum, cjelinu. Nužno je odbaciti stigme koje nameću pojedini sudovi svojim arbitrarnim odlukama, na koje ne postoji mogućnost ulaganja pravnih sredstava, slijedom čega predstavljaju izvornu opasnost po pravičnost postupka i jednakost svih pred zakonom, same za sebe. Za vjerovati je kako će najviši redovni sud hrvatske države uspješno izvršiti svoju zadaću usklađivanja sudske prakse i utvrditi pravilo da se konfrontacijsko pravo, kao dio jamstva pravičnosti postupka za okrivljenika, najkvalitetnije ostvaruje isključivo u raspravnoj fazi kaznenog postupka, slijedom čega nema mjesta inzistiranju na provođenju u život zamisli o realizaciji dotičnog prava obrana tijekom prethodnog kaznenog postupka, dok se još istražuje postojanje osnovane sumnje na počinjenje kaznenog djela za koje se kazneni progon poduzima po službenoj dužnosti.

MOMENT OF REALIZATION OF CONFLICT RIGHT IN THE CONTINUITY OF CRIMINAL PROCEDURE: STIGMA IN PROCESS

The fairness of the proceedings for the defendant as the central point of the prosecution of the criminal prosecution and prosecution body is one of the requirements of the convention law, embodied in the Croatian criminal procedural law.

The process of stigma occasionally appearing in relevant criminal justice decisions points to the fact that legal certainty has not yet been established regarding judicial practice in terms of the time of the conflicting rights of defense, but also of the worrying arbitrariness of the decisions, particularly as regards non-compliance with a higher court. In this paper, the author uses a case-study method to study the recent decisions of Croatian criminal courts regarding the interpretation of the moment when, according to procedural legal requirements, the realization of the right of defense must necessarily be examined by prosecution witnesses.

Finally, it points to the inequality of the court practice of the lower courts with the highest court in Croatia, the unenforceability of certain court decisions and interpretations for which it is not possible to invest (regular) legal remedies and imposing obligations on criminal prosecution bodies that are not subject to a criminal procedural law.