

ПРИВИЛЕГИРАНИТЕ СВЕДОЦИ И НИВНОТО НЕПРЕЧЕНО ПРАВО НА ПРЕМИСЛУВАЊЕ

1.02 Прегледна научна статија
УДК 343.14:316.812(497.7)
343.14:316.812]:341.645.5(44)

Апстракт

Авторот во трудот критички ги анализира одредбите од Законот за кривичната постапка што се однесуваат на лицата ослободени од должноста да сведочат. Законското решение во однос на сопружничката и семејната привилегија е анахроно, не ги штити малолетните жртви, ниту жртвите на кривичните дела поврзани со семејно насилство. Овозможува привилегираниот сведок повеќе пати непречено, по своја лична волја, да го менува изборот. Ова е непотребна пречка за утврдување на вистината и е подобно да ја доведе нашата држава во судир со европското конвенциско право и со практиката на Европскиот суд за човекови права. Идејата не е да се доведе во прашање натамошното опстојување на привилегијата што е непроменета повеќе од 70 години, туку таа да се подобри и да се приспособи на новите правни текови.

Клучни зборови: сведоци, привилегија за несведочење, право на премислување, Европски суд за човекови права, Закон за кривичната постапка.

1. Вовед

Кривичната постапка е реактивна постапка. Нејзината цел не е да дејствува превентивно и да го штити општеството од тоа да не дојде до некакво кривично дело, туку стапува на сцената кога некој ќе го изврши забранетото дело. Тогаш органите на прогонот треба да откријат што се случило, да обезбедат докази со кои случајот успешно ќе го презентираат на суд, како услов одговорниот сторител да одговара за направеното. Докажувањето значи судско утврдување на вистината за одреден настан преку извори или средства што ги содржат точните информации за анализираната појава. Доказни средства што се користат во кривичната постапка се сведоците, вештаците, материјалните докази (исправи, документи, предмети, електронски докази и сл.), обвинетиот и увидот, а доказна основа е сето она што како информација го добиваме од нив. Така, ако сведокот е изворот, она што тој го зборува во процесот на сведочење (содржината на исказот) е доказната основа или доказната информација, ако документот е изворот, тоа што е напишано е некаков факт или информација од која носиме заклучоци за нови факти.

Сведоците се едни од најчесто користените и најважни доказни средства.² Ако се откажеме од нив, практично би се откажале од гонење многу кривични дела, што, секако,

¹ Адвокат во Адвокатско друштво ТРПЕНОСКИ Скопје.

не е од интерес на никого, а најмалку на граѓаните што од државата очекуваат да ги штити нивните уставни и законски слободи и права.

Меѓутоа, државите се откажуваат од информациите што може да ги добијат од некои сведоци. Благодатот за несведочење претставува право доделено од државата на одредени групи сведоци врз основа на кое тие може целосно да одбијат да сведочат и да одговараат на прашања. Познати се семејните привилегии и професионалните привилегии (пр. адвокат, лекар, психијатар, свештеник, даночен советник, новинар).

Кај овие привилегии се огледа судирот помеѓу двата силни, а спротивставени интереси, едниот за гонење на сторителите на кривични дела, и другиот за заштита на семејниот живот и професионалните односи. Самото постоење на привилегијата укажува на предноста што му се дава на правото на почитување на приватните, семејните или професионалните врски наспроти обврската на државата за утврдување на вистината и санкционирање на сторителите. Зашто колку повеќе има привилегирани што може да одлучат да не сведочат, толку помали ќе бидат можностите државата во конкретен случај да допре до сржта на она што се случило.

Постоењето на семејните привилегии се објаснува со психичката растргнатост што постои кај сведокот што е во блиски односи со обвинетиот поради трилемата од изборот што треба да го направи: 1) да сведочи вистинито и со тоа да го наруши личниот однос со него, 2) да сведочи неvistинито со цел да го заштити таквиот однос, но со можност самиот да одговара за лажно сведочење или 3) да не сведочи, за што може да биде казнет за непочитување на судот.³

Според мислењето на Дамашка, привилегијата да не сведочат блиските сродници може да се следи наназад до изворите на Римското право, со тоа што за разлика од сега, причината тогаш била поинаква, имено, нивниот исказ се сметал како опасност за дознавање на вистината.⁴ Старото правило „common law“, пак, поаѓало од 4 причини за ваквата привилегија: сопружниците имале заеднички правен идентитет, избегнување непомирлив раздор и неслога помеѓу мажот и жената, суровоста да се принуди едниот брачен другар да сведочи против другиот и јавниот интерес во одржувањето стабилни бракови.⁵

² Pavišić, Berislav, Novi hrvatski Zakon o kaznenom postupku, HLJKPP broj 2/2008, Zagreb, стр. 565; Uputstva za krivični postupak i postupak kažnjavanja novčanom kaznom, IRZ Nemačka fondacija za međunarodnu pravnu saradnju, Beograd, 2013, стр. 224.

³ И Баер смета дека привилегиите за несведочење (мисли на блиските роднини и верскиот исповедник) се дадени заради заштита на човековите права на лицата од чии искази се состои доказот. Овие лица се ослободени од должноста за сведочење од хумани причини, да се заштитат од тешката морална дилема да зборуваат вистинито и со својот исказ да наштетат на блиска личност (обвинетиот) или лажно да сведочат, со што би ја повредиле општествената обврска и би се изложиле на опасност од казна – Bayer, Vladimir, Jugoslavensko krivično procesno pravo, Knjiga druga, Četvrto izdanje, Pravo o činjenicama i njihovom utvrđivanju u krivičnom postupku, Pravni fakultet u Zagrebu, Zagreb, 1986, стр. 111–112; Слично и Матовски, Никола/Бужаровска-Лажетик, Гордана/Калајџиџев, Гордан, Казнено процесно право, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, 2009, стр. 212.

⁴ Damaška, Mirjan, Problemi povezani s izricanjem smrtne kazne osobi na uvjetnom otpustu. - Може ли се presuda djelomično ukinuti samo u odluci o kazni. - Iskaz sedmogodišnjeg sina okrivljenika kako dokaz i problem izdvajanja zapisnika iz krivičnog spisa. - Problem promjene u ulogama procesnik učesnika, JRKK, god. IX br. 1, Beograd, 1971, стр. 62.

⁵ Allen, Christopher, Evidence, Routledge, London and New York, 2011, стр. 43–45. Според Ален, Цереми Бентам бил против ова правило, кое на брачниот однос му дало специјален третман во споредба со другите меѓучовечки односи, вклучително и на аргументот за суровоста, кој всушност сопругот требало да го има предвид пред да стори кривично дело.

2. ЕСЧП и семејните привилегии за несведочење

ЕКЧП го штити правото на почитување на приватниот и семејниот живот (чл. 8), но и правото на правична судска постапка (чл. 6). Да видиме дали има конфликт помеѓу овие две права, согледан низ призмата на привилегиите за несведочење.

ЕСЧП е на ставот дека правото на блиските членови од семејството на обвинетиот да не сведочат пред суд не е некомпатибилно со чл. 6 ст. 1 и ст. 3 г. од ЕКЧП.⁶ Во државите вообичаено ваква привилегија им се дава на брачниот или вонбрачниот другар, неограничено на роднините во права линија, односно во странична или по сватовство до одреден степен. Некои држави бараат вонбрачната заедница барем да биде регистрирана за да важи привилегијата, а некои не. Заклучно со 18.5.2011 г., состојбата по ова прашање во 46 држави членки на Советот на Европа била таква што: а) во 44 држави, сопружниците не биле обврзани да сведочат во кривична постапка во која другиот брачен другар е осомничен, б) регистрираниот партнер на осомничениот бил ослободен во 13 држави, в) лицето што е верено (свршено) со осомничениот во 16 држави, г) додека, пак, вонбрачните другари (кои живеат заедно, но не се во брак, свршени или во регистрирано партнерство) во 23 држави.⁷

Бидејќи е исклучок од општата граѓанска должност за сведочење, привилегијата треба да биде ограничена за да не опфаќа преголем круг лица и условена да не може да се користи безрезервно. Зошто сметам вака?

Користењето со неа, во суштина, присутниот сведок го прави недостапен за прашањата од судот, обвинителството или одбраната. Едноставно, ако сака, тој нема да даде информации за расветлување на кривичноправниот настан.

Честопати се случува такво лице спонтано да им даде изјава на членови на итната служба (полиција, пожарна, брза помош), но не со цел да снабди некого со докази за нечие гонење, туку за да отстрани итна, непосредна опасност од себе или други лица, потоа на медицински лица во болница (лекар, сестра), на советници во заштитни центри (психолог, педагог, социјален работник) и сл.⁸ Многу често се случува вакво лице доброволно да даде изјава во полиција, пред обвинител или суд во истражна фаза токму за потребите на

⁶ *Unterperinger v. Austria*, A.no.9120/80, 24.11.1986, § 30; *Hümmer v. Germany*, A. no.26171/07, 19.7.2012, § 41.

⁷ *Van der Heijden v. the Netherlands*, A. no. 42857/05, 3.4.2012, § 8, 31-36 – а) во ниту една земја членка сопружниците не се обврзани да сведочат во кривична постапка во која другиот брачен другар е осомничен (со исклучок на Франција и Луксембург). Сопружникот може сам да одлучи дали ќе го искористи тоа право, освен во Белгија, Малта и Норвешка, каде што издвојувањето на изјавите е автоматско, б) можноста формално да се регистрира партнерство постои во 20 држави, од кои некои дозволуваат таква регистрација само ако страните се од ист пол, додека, пак, други засегнати земји членки обезбедуваат регистрација на партнерство како алтернатива на бракот кога страните се маж и жена. Од овие 20 земји, 13 се подготвени да го ослободат регистрираниот партнер на осомничениот од давање докази, 2 не ја прошируваат привилегијата на регистрираните партнери, додека, пак, 2 воопшто не даваат привилегија за сведочење, в) 16 држави го ослободуваат лицето што е верено (свршено) со осомничениот од должноста да дава докази, но 7 од нив го квалификуваат ослободувањето со доказ за постоење врска слична на бракот, како што е стабилна кохабитација (заеднички живот) или дете родено од врската, г) 23 држави ги ослободуваат вонбрачните другари (кои живеат заедно, но не се во брак, свршени или во регистрирано партнерство) од давање исказ, од кои безусловно во 4 држави, додека, пак, 19 бараат доказ за брачната природа на врската, обично во форма на деца родени од неа, докажливи финансиски аранжмани или должина на заедничкиот живот.

⁸ Види на пр. *Vasiljević, Tihomir/ Grubač, Momčilo, Komentar Zakona o krivičnom postupku treće dopunjeno izdanje, Savremena administracija, Beograd, 1987, стр. 401* – според ВС Словенија Кж. 642/63 од 21.12.1963 г. лекарот што при лекарскиот преглед од пациентката разбрал дека нејзиниот татко полово ја искористува не ја повредил лекарската тајна кога го пријавил кај надлежните органи.

гонее на сторителот, но, по извесно време, откаго ќе спласне бранот подигнат со сторување на делото, да одбие да сведочи. Тогаш се поставува прашањето дали може да се сослушаат како сведоци по слушање оние лица пред кои ваквиот сега веќе „недостапен“ сведок дал опис на настанот.

ЕСЧП смета дека конвенцијата такво нешто начелно не забранува. Конвенциското право не е пречка како прописите во многу држави, кои забрануваат да се сослушаат судијата, јавниот обвинител или полицискиот службеник за она што ним жртвата им го кажала. Привилегијата подразбира да не се користи нејзиниот исказ, меѓутоа таа нема сила да забрани трети лица да посведочат за она што го слушнале од некого што бил поучен дека може, но не мора да зборува и кој доброволно решил да го стори тоа пред нив. Во вакви ситуации, правилото е дека нема забрана за сослушување на сите овие лица. Казуистички, од случај до случај, ќе треба да се утврди важноста на изјавата дадена од лицето што не сака да сведочи, дали е единствен и одлучувачки доказ против обвинетиот, јачината на останатите докази, дали одбраната имала можност во некоја фаза од постапката да го сослуша ова лице, односно доколку немала противтежни фактори за хендикепот со кој се соочила. Ова е така бидејќи без оглед на тоа што може да има повеќе лица што ќе кажат што им пренела жртвата, тоа, на крајот на денот, е пренесување нешто што чуле од друг, кое можеби е единственото битно за расветлување на главните елементи на спорниот настан.

Па, онаму каде што изјавата не била единствен доказ, туку поткрепена со други придружни вербални и материјални докази и каде што домашните судови презеле соодветни противтежни мерки за хендикепот со кој се соочила одбраната, ЕСЧП не наоѓа повреда.⁹ Спротивно, таму каде што изјавата имала одлучувачко значење за осудата, останатите докази биле споредни, а притоа заштитните мерки што ги презеле домашните судови биле недоволни, ќе постои повреда и повторното судење во принцип претставува соодветен начин за отстранување на повредата.¹⁰

3. ЗКП и семејните привилегии

Македонија, како една од шесте рамноправни републики, беше дел од Југославија од 1944 г. до осамостојувањето во 1991 г. Карактеристично за овој период е тоа што

⁹ *Asch v. Austria*, A. no. 12398/86, 26.4.1991, § 28-31; *N.K. v. Germany*, A. no. 59549/12, 26.7.2018, § 6, 12, 57-63 – сопругата на обвинетиот, користејќи ја сопружничката привилегија, не сведочела на судењето, но веднаш по настанот, штом побегнала од својот дом плашејќи се за својот живот, ја опишала случката на повеќе сведоци, и тоа на соседите кај кои побегнала, полициски службеници што по пријава дошле на местото на настанот, на советничка во заштитен центар, а дала изјава и во постапка пред истражен судија, и сите сведочеле за она што таа им го кажала. Обвинетиот можел да претстави своја верзија на настанот, можел да ги испита сведоците на обвинителство, а кредибилноста и веродостојноста на изјавата на сопругата се потврдувала преку повеќе други силни вербални и материјални докази.

¹⁰ *Hümmer v. Germany*, A. no. 26171/07, 19.7.2012, § 7-8, 12, 15, 43-44, 55-56 – мајката, братот и сестрата на апликантот ја информирале полицијата за минат инцидент во семејната кука кога тој се обидел да ја задави сестра си и со секира го нападнал брат му, пред да биде совладан од родителите. Била покрената постапка за обид за убиство во која сведоците го повториле пред истражен судија во присуство на полициски службеник она што претходно го пријавиле. Апликантот страдал од епилепсија, немал сеќавања од случката, не бил информиран за сослушувањето, а не му бил поставен ни бранител. На судењето, единствените директни сведоци на настанот се повикале на привилегијата да не сведочат. Таткото не сакал да поднесе пријава, не дал изјава и не учествувал во ниеден дел од постапката. Осудата главно се засновала врз исказот на истражниот судија за она што во постапката му било кажано од сведоците и полицискиот службеник што ја примил пријавата.

кривичното процесно законодавство беше исклучиво сојузна материја и се уредуваше со федералните закони за кривична постапка, без оглед на тоа што републиките имаа свои уставни и кривични законици. Во Југославија беа донесени три кривични процесни закони во 1948, 1953 и 1977 г., а во Македонија, по осамостојувањето, уште два од 1997 и 2010 г.

Сите закони за кривична постапка ги познавале семејните привилегии. Во групата привилегирани влегуваат лица што поради блискиот семеен однос со обвинетиот се ослободени од обврската за сведочење (брачниот и вонбрачниот другар на обвинетиот, роднините на обвинетиот по крв во права линија, роднините во странична линија заклучно до трет степен, како и роднините по сватовство заклучно до вториот степен и посвоеник и посвоител на обвинетиот). Дури и може да се каже дека станува збор за стабилна материја, зашто освен што во 1953 г. биле додадени некои лица што со неа можеле да се ползуваат и што била проширена и во однос на другите обвинети со кои сведоците немаат семејна или деловна врска, ако нивниот исказ според природата на работите не може да се ограничи само на сообвинетите, сè било исто.¹¹

Правото на избор е нивно, а не на обвинетиот, зашто само од нив зависи дали ќе сведочат во постапката што се води против него. Ова е еден пример во кој потребата за утврдување на материјалната вистина отстапува пред заштитата на други интереси што законодавецот ги смета за позначајни.

За да се повика на привилегијата, сведокот треба да знае дека има право да не сведочи. Обврската судот да го поучи за ова право пред испитувањето, а одговорот задолжително да го внесе во записник била предвидена со сите закони. Разликата било таа што само најстариот немал пропишано последици од повреда на правилото за поуките.

Според сите останати, врз исказот на привилегираните сведоци не може да се заснова судската одлука ако тие го искористиле благодатот на несведочење,¹² ако не биле поучени првиот или секој следен пат кога давале исказ,¹³ ако не се откажале изречно од правото¹⁴ или ако поуката и откажувањето не биле забележани во записник.¹⁵ И обратно, доказот е законит ако била дадена поука, сведокот се откажал од привилегијата да не сведочи, а поуката и откажувањето биле внесени во записник.¹⁶

За споредба, во Германија изјавата нема да може да се користи по овој основ ако недавањето на поуката била причина да сведочи привилегираното лице. Во таков случај, даден е избор на обвинетиот дали ќе бара или нема да бара нејзино издвојување. Ако побара, нема балансирање, туку изјавата мора да се издвои.¹⁷ Меѓутоа, ако се утврди дека тоа знаело за ова негово право, па и покрај тоа дало изјава, тогаш чинот на давање изјава не може да се потпре на пропуштената поука.¹⁸

¹¹ Чл. 165 од ЗКП/48, чл. 221 од ЗКП/53, чл. 227 и 228 од ЗКП/77, чл. 219 и 220 од ЗКП/97, чл. 214 и 215 од ЗКП/10.

¹² ВС Хрватска Кж. 204/56 од 16.2.1956 г. кај Simić-Jekić, Zagorka, Krivično procesno pravo u praksi - Priručnik sudске prakse, Novinska ustanova Službeni list SFRJ, Beograd, 1973, стр. 103.

¹³ ВС Хрватска Кж. 1693/57 од 23.7.1957 г.; ВС Војодина Кж. 1046/56 од 28.11.1956 г.; ВС Босна и Херцеговина Кж. 81/56 од 12.3.1956 г. сите кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 105–108, 272.

¹⁴ АС Битола Кж. бр. 273/19 од 16.10.2019 г.

¹⁵ ВС Словенија Кж. 215/58 од 2.4.1958 г. кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 103–105.

¹⁶ АС Скопје Кж. бр. 447/15 од 14.7.2015; ВСПСМ Квп1. бр.184/2015 г. од 1.12.2016 г.

¹⁷ Bradley, Craig M., The Exclusionary Rule in Germany, Harvard Law Review, Vol. 96, Iss. 5, 1983, стр. 1059–1060.

¹⁸ Бојлке, Вернер, Закон за кривичната постапка, Датапонс ДООЕЛ Скопје, 2009, стр. 305.

Непоученото лице не врши ни кривично дело давање лажен исказ, бидејќи за постоење на делото потребно е исказот да може да се користи како доказ во постапка, а во ваков случај таа претпоставка не е исполнета зашто се смета дека воопшто не бил даден исказ.¹⁹ Меѓутоа, ако било поучено и дало лажен исказ, пр. лажно алиби на обвинетиот, тогаш може да одговара за кривично дело давање лажен исказ.²⁰

Правото за несведочење е процесна привилегија, така што за неа не е битно кога било извршено кривичното дело. За да може сведокот да се повика на неа, врската (пр. брачна) помеѓу него и обвинетиот треба да постои за време на сведочењето, што значи дека не е релевантно дали постоела претходно, таа може да настане и по извршување на делото.²¹ Во оваа смисла, привилегијата за брачните другари и по сватовство престанува со развод на бракот.²²

Вака смета и ЕСЧП, според кој интересот потенцијалниот брачен другар на осомничениот да биде повикан како сведок, сам по себе не е доволен да го потисне правото на брак, гарантирано со чл. 12 од ЕКЧП.²³ Тоа значи дека државата не може да спречи две лица да стапат во брак за да оневозможи идниот сопружник да се повика на привилегијата за несведочење. Ова се третира во многу поразличен контекст од законите за имиграција по кои од оправдани причини, државите имаат право да спречат бракови од интерес, склучени само поради обезбедување предност за имиграција.²⁴

Привилегијата е право на сведокот. Судот не смее да влече неповолни заклучоци од фактот што сведокот се повикал на неа и одбивањето да сведочи да го употреби во пресудата како доказ за вината на обвинетиот, не смее ни отсуството на сведокот од главната расправа да го цени на штета на обвинетиот, а не смее ни по заобиколен пат да го употреби исказот на привилегираниот сведок, на пр. со сослушување на истражниот судија како контролен сведок на судењето.²⁵

Меѓутоа, забраните не се однесуваат на спонтаните изјави. Законот не исклучува можност пресудата да се заснова врз исказ на сведок кому вон постапката му се доверило лицето ослободено од должноста за сведочење. Тоа може да се сослуша како сведок по слушање, неговиот исказ не може да се издвои, туку треба да се вреднува заедно со другите докази со сите резерви за тежината на исказот даден од втора рака.²⁶

¹⁹ ВС Хрватска Кж. 607/55 од 10.3.1955 г. кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 108–109.

²⁰ ВС Србија Кж. 1332/57 од 8.9.1957 г. кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 109.

²¹ ВС Македонија Кж. бр. 292/76 од 25.6.1976 г. во ЗСО 1975-1979, ВСМ, 1980, стр. 143–144 – оштетената е ослободена од обврската да сведочи против обвинетиот со кого стапила во брак по извршување на к. д.

²² Vasiljević/Grubač, op. cit., стр. 405 (ВС Хрватска I Кж. 1312/75 од 8.7.1975 г.); АС Битола Кж. бр. 299/19 од 11.7.2019 г.

²³ Frasik v. Poland, A. no. 22933/02, 5.1.2010, § 3, 8-9, 15-17, 21, 24-25, 29-30, 34-42, 67, 78, 88-100 – апликантот се пожалил на повреда на чл. 12 од ЕКЧП поради одбивањето судот да му дозволи да се ожени во затвор. Тој бил осомничен за силување и упатени закани на партнерката со која сакал да стапи во брак и со која 4 години биле во врска, која прекинала неколку месеци пред спорниот настан. Партнерката првично одбивала да сведочи неуспешно повикувајќи се на привилегијата и била парично казнувана за попречување на судењето, за конечно да даде исказ дека не смета дека била силувана.

²⁴ Frasik v. Poland, A. no. 22933/02, 5.1.2010, § 89; Jaremović v. Poland, A. no. 24023/03, 5.1.2010, § 49.

²⁵ ВС Словенија Кж. 215/58 од 2.4.1958 г. кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 103-105; и во Хрватската не може наместо привилегираните сведоци да се сослушаат судијата, обвинителот, записничарот или бранителот, кои присуствувале кога овој го дал првиот исказ зашто тоа се коси со доктрината плодови на отровно дрво – ВС на Република Хрватска I Кж. 926/2008-3 кај Obradović, Bojan/Župan, Ivan, “Plodovi otrovne voćke” u hrvatskom i poredbenom pravu, HLJKPP vol. 18, broj 1/2011, Zagreb, стр. 131.

²⁶ ВС Хрватска Кж. 1693/57 од 23.7.1957 г. кај Simić-Jekić, op. cit., стр. 105–107; ОС Радовиш К. бр. 33/15 од 9.7.2015 г.

На таква линија била поранешната практика во Хрватска, за разлика од новата, која прави пресврт и забранува на ваков начин посредно да се воведат информациите од привилегираните сведоци.²⁷ Цариќ афирмативно пишува за новата практика и цени дека така доследно се применува теоријата плодови од отровно дрво.²⁸

Не се согласуваме со нејзиниот став. Според оваа теорија, плодот треба да биде дериват на првичната неправилност. Но, што има незаконито во спонтаниот и доброволен разговор на привилегираниот сведок со друго лице, свесен дека ова може да го пренесе слушнатото на трет. Сметаме дека нема пречка овие лица да се сослушаат како сведоци од втора рака. Според истата логика, изјавата од сведок што без да биде прашан, по сопствена иницијатива, кажал нешто на службено лице, од жртва што се јавила да побара итна медицинска помош или во полиција да пријави настан и да појасни што се случило би можела да се воведат во постапката како непосреден доказ (слушање на телефонскиот повик) или посреден доказ (сослушување на лицето на кое биле дадени).

Промената на процесните улоги ќе има влијание врз законито дадената изјава. Така, мора да се издвои од списите и не може да се чита исказот на осомничениот за кого постапката е запрена, ако тој по закон е ослободен од сведочење во однос на некој од другите обвинети и повикан не дошол на претрес или се повикал на правото да не сведочи.²⁹ Ова покажува дека подоцнежната промена на процесната улога може да влијае врз употребливоста на претходно дадениот исказ, без оглед на тоа што околноста што овозможила користење на привилегијата настанала по давањето на исказот. Тоа е во ред, зашто штом се прифаќа сопружничка привилегија за лица што *tempore criminis* не биле во брак, така треба да биде и за лица што биле, а не можеле да ја користат поради фактот што против двајцата се водела единствена постапка.

4. Право на премислување

Ако повторно се испитува сведокот, тој може да го промени својот првичен став и да се повика на привилегијата од која претходно се откажал, односно да се откаже од неа без оглед на тоа што еднаш се повикал. Затоа, органот треба да ги почитува правилата за поуците при секое испитување, бидејќи може да се јави спор околу законитоста на дадениот исказ.³⁰ Може да се каже дека нашето право е на иста линија со германското.³¹

²⁷ Спореди ВС на Република Хрватска I Кж. 455/82 и I Кж. 311/99 со I Кж. 486/02 кај Kos, Damir, Bitna povreda odredaba kaznenog postupka - nezakoniti dokazi, Aktualna pitanja kaznenog zakonodavstva, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, стр. 15–16.

²⁸ Carić, Marina, Zabрана utemeljenja sudskih odluka na nezakonitim dokazima, HLJKPP vol. 13, broj 2/2006, Zagreb, стр. 1009, а во овој контекст се повикува на ВС на Република Хрватска I Кж. 271/02 од 27.5.2003 г.

²⁹ ВС Југославија Кж. 47/69 од 14.1.1970 г. кај Damaška, op. cit., стр. 65–66 и Simić-Jekić, op. cit., стр. 102–103 (сопругата на обвинетиот дала исказ како соосомничена во истрага. Постапката против неа била запрена, а таа како сведок се повикала на привилегијата да не сведочи); Исто и Đurđević, Zlata, Procesna jamstva obrane prema suokrivljeniku kao svjedoku optužbe, HLJKPP vol. 16, broj 2/2009, Zagreb, стр. 794.

³⁰ АС Штип Кж. бр. 322/17 од 17.11.2017 г.; ВСПСМ Вкж 2. бр. 1/2018 г. од 20.11.2019 г.; За Хрватска, види ВС на Република Хрватска I Кж. 271/02 од 27.5.2003 г. кај Carić, op. cit., стр. 1008–1009 – ако сведокот се откажал од привилегијата и дал исказ во истрага, а потоа починал, записникот со неговиот исказ може да се прочита како законит доказ.

³¹ Бојлке, op. cit., стр. 271–272 – привилегиран сведок може да се премисли, ако прво дал исказ, а потоа се повикал на своето право, неговата изјава нема да може да се користи. Освен непосредно, таа нема да може да се употреби ни посредно преку сослушување на лицето пред кое ја дало. Битна е врска тогаш кога се дава изјавата, така што дури и наменски склучениот брак по сторување на делото е законски основ сведокот да одбие да сведочи.

Одредбите за привилегираните сведоци се прецизни и јасни. Доволно е граматичко толкување за нивна правилна примена, па иако не секогаш, генерално, се почитуваат во постапките пред македонските судови. Удел за тоа има и фактот што суштински не се променети од средината на минатиот век, па македонските судови имале повеќе од 70 години да изградат стабилна практика. Единствено се менувале на хоризонтална основа, со додавање нови субјекти во групите привилегирани сведоци, додека, пак, базичното решение останувало исто – привилегираните сведоци имаат право на избор да не сведочат, мора да се поучат за тоа нивно право, ако не биле поучени, ако избрале да не сведочат, ако поуката или изборот не биле внесени во записник, дури и ако прво сведочеле, па се премислиле со текот на времето, во ниту една од овие ситуации нивниот исказ не смее да биде доказна база на судската одлука.³²

Меѓутоа, фактот што решенијата за привилегираните сведоци во позитивното право практично од 1948 г. досега не се непроменети, не значи дека треба да ги прифатиме како добри и дадени еднаш засекогаш, без да ја преиспитаеме нивната исправност и да видиме дали има потреба да се доуредат или да се изменат. Она што било или она што е не значи дека треба да биде. Со други зборови, ако решението било такво порано или ако е такво сега, не значи дека треба да биде такво и понатаму.³³

Во доктрината, привилегијата се објаснува со потребата да се заштитат некои други интереси што натежнуваат над оној за утврдување на вистината и казнување на сторителите, какви што се одржување на целовитоста на семејството и задржување на добрите семејни односи. Факт е дека модерната кривична постапка штити други интереси и не дозволува утврдување вистина по секоја цена и осуда на сторител под секакви услови. Меѓутоа, општествените услови, базата во која се создаваат и виреат семејствата и во која се развиваат семејните односи не е иста како таа во минатото. Сега лесно се доаѓа до развод на брак, треба само став на едниот брачен другар изјавен во граѓанска постапка, за разлика од претходно, кога била потребна причина чија оправданост ја оценувал судот. Претходно економските услови и конзервативната средина не гледале со наклоност кон разделените брачни другари, самохраните родители, додека, пак, сега тоа е неминовна реалност при нарушени брачни односи што дури е и подобра од живот во условно кажано „загадена“ семејна средина.

Резултат на постојното и статично законско решение се повлечени, поточно одбиени обвиненија посебно кај делата со елементи на семејно насилство. Прашањето е дали семејните односи во такви средини се навистина толку добри, односно дали претпоставката за постоење некакви добри меѓуперсонални односи не е начната, па дури и

³² Српското решение за привилегираните сведоци е идентично како и нашето – види Бејатовиќ, Станко, Кривично процесно право, Друго допуњено издање, Службени гласник, Београд, 2010, стр. 323–324; Ђурђиќ, Војислав, Доказне радње (Поглавље треће), во Приручник за примену законика о кривичном поступку, (уред. Станко Бејатовиќ, Милан Шкулиќ и Горан Илиќ), OEBS Мисија у Србији, Београд, 2013, стр. 91–92; Delibašić, Veljko/Mikić, Jasmina/Marinkov, Vladimir/Orović, Miro, Priručnik veštine zastupanja u krivičnom postupku: za advokate, Amerikanska Advokatska Komora, Skopje, 2019, стр. 59.

³³ „Кантовата филозофија нè учи дека е невозможно од она што е да се заклучи што е тоа што *вреди*, што е *исправно*, што *треба* да биде. Едно нешто никогаш не е исправно само затоа што е или што било – или, исто така, зашто ќе биде. Оттаму произлегува отфрлањето на позитивизмот, кој од она што е, на историзмот, кој од она што било, но и на еволуционизмот, кој од она што ќе биде, изведува заклучоци за она што треба да биде“ – Радбрух, Густав, Филозофија на правото, Правен факултет „Јустинијан Први“ – Скопје, Скопје, 2008, стр. 19; слично и Камбовски, Владо, Филозофија на правото, Македонска академија на науките и уметностите, Скопје, 2010, стр. 33.

побиена. Со други зборови, во ЗКП постои стремеж да се заштити нешто што можеби повеќе го нема.

Во многу вакви ситуации дури и не оперираме со незаконити докази во вистинската смисла на значењето што го има овој збор. Да, така е онаму каде што сведокот не бил поучен за привилегијата, па не знаејќи за неа, дал исказ. Меѓутоа, таму каде што знаел за неа, па и покрај тоа дал исказ, дискутабилно е правото на премислување. Тука доказот, односно земената изјава не била незаконска. Сепак, како резултат на промената на ставот на сведокот, многу постапки за кривични дела со елементи за семејно насилство биваат прекинати без да се знае дури ни причината за променетиот став, кој во многу ситуации може да биде и притисок од сторителот врз жртвата што се наоѓа во ранлива позиција наспрема него.

Секако, постојат и многу предмети во кои била пропуштена шансата веднаш по настанот да се обезбеди законски валидна изјава што ќе може да се употреби понатаму во судската постапка. И во едниот и во другиот случај може да ѝ се забележи на државата, која затаила во остварување на своите позитивни обврски и не создала услови за почитување на некое од правата од чл. 2, 3 или 8 од ЕКЧП кога станува збор за жртвата на пријавеното дело.

Нема некоја голема разлика дали обвинителот се откажал од обвинението бидејќи жртвата го повлекла предлогот за дело што се гони по предлог или се повикала на привилегијата да не сведочи, а без нејзината изјавата, тој немал доволно докази за случајот, па била донесена одбивателна пресуда или решение за запирање на постапката³⁴ или, сепак, одлучил да се бори докрај за обвинението, но судот, поради недокажаност на случајот, донел ослободителна одлука,³⁵ зашто ефектот е ист. Секако дека има и одлуки во кои иако сведоците се повикале на привилегијата, обвинетиот бил осуден врз база на другите докази,³⁶ меѓутоа, соодносот е впечатлив, другите се многу повеќе на број. За волја на вистината, и во САД неволноста на жртвите да сведочат е главна причина за повлекување на обвиненијата за семејно насилство, односно пречка за гонење на таквите случаи.³⁷

Правото на премислување не е ни конвенциско право. Видовме дека има постапки во кои ЕСЧП не нашол повреда на ЕКЧП, а бил употребен исказ од привилегиран сведок

³⁴ ОС Кочани К. бр. 93/17 од 21.11.2017 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата; ОС Кочани К. бр. 101/17 од 16.11.2017 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ги убие родителите; ОС Кочани К. бр. 148/17 од 24.11.2017 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие својата мајка; ОС Кочани К. бр. 202/17 од 9.11.2017 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе го убие својот татко; ОС Кочани К. бр. 22/20 од 27.2.2020 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата; ОС Крива Паланка К. бр. 10/18 од 15.2.2018 г. – телесна повреда и загрозување на сигурноста на сопругата; ОС Куманово К. бр. 518/19 од 25.12.2019 г. – телесна повреда на вонбрачната партнерка од удари од тупаници во пределот на главата и телото и исеченици по раката од жилет; ОС Битола К. бр. 277/18 од 3.10.2018 г. – телесна повреда на сопругата од удари од тупаници во пределот на главата и телото; ОС Охрид К. бр. 361/20 од 28.1.2021 г. – тешка телесна повреда; ОС Охрид К. бр. 13/16 од 28.3.2016 г.; ОС Струмица К. бр. 553/16 од 2.11.2017 г.; ОС Битола К. бр. 480/17 од 18.1.2018 г.; ОКС Скопје К. бр. 3068/20 од 9.3.2021 г.

³⁵ ОС Радовиш К. бр. 33/15 од 9.7.2015 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата (со ловциски нож на вратот и кажал ќе те заколам како врапче).

³⁶ ОС Куманово К. бр. 25/19 од 6.3.2019 г. – загрозување на сигурноста со сериозна закана дека ќе ја убие сопругата со рачна бомба што немала експлозивно полнење.

³⁷ Henning, Terese/Hunter, Jill, *Finessing the Fair Trail for Complainants and the Accused: Mansions of Justice or Castles in the Air?*, 2012, in *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*, Roberts, Paul/Hunter, Jill (Editors), Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2012, стр. 359.

даден во претходна фаза. Таму може да се појави проблем со конфронтациската клаузула, кој е решлив, но не и со базичното прашање што сега го разгледуваме во однос на тоа дали мора да се издвои изјава на сведок што се премислил, односно да се прекине постапката кога жртвата го повлекла предлогот за гонење.

Разбирливо е зошто доказите прибавени на незаконит начин или со повреда на личните права се сметаат за недозвоени (чл. 12 од ЗКП/10). Меѓутоа, нема јасен *ratio legis* во определбата доказите прибавени законито и со почитување на сите права и гаранции со време да станат незаконити. И тоа за да се заштити нешто што очигледно не постои (добри семејни односи).

Македонското законодавство во овој дел не ги следи модерните трендови. Имено, на 8.7.2011 г. Македонија ја потпиша Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство. Во неа постои обврска за државите да преземат законодавни и други мерки со цел со должно внимание да спречат, да истражат и да казнат акти на насилство извршени од недржавни актери, а домашното законодавство да го приспособат така што истрагите или гонењето за одредени кривични дела, меѓу кои и оние поврзани со физичко насилство, да не зависат целосно од пријава или тужба поднесена од жртвата за да може постапките да продолжат дури и ако жртвата ја повлекла својата изјава или пријава.³⁸

PCM во моментот на депонирање на инструментот за ратификација стави резерва, односно го задржа правото да не го применува чл. 55 ст. 1 за полесни кривични дела до усогласување на одредбите од релевантното законодавство со одредбите на Конвенцијата.³⁹ Во 2009 г., на подрачјето на Советот на Европа само во 11 држави властите имале обврска да ја продолжат кривичната постапка, и покрај фактот што жртвата ја повлекла пријавата.⁴⁰

Честопати несанкционираното полесно дело значи отворен пат кон потешко. Состојбата на легислативен план и практиката во PCM е таква што овозможува сторителите на кривични дела да не одговараат за стореното. Освен што нема никаков ретрибутивен ефект, воопшто не се придонесува ни на планот на генералната и специјалната превенција, ниту, пак, се влијае врз сторителот со некакви мерки за безбедност, како што е задолжение да посетува психијатар или центар за сторители на дела од семејно насилство со кои би се условила евентуална затворска казна.

Според ЕСЧП, 1) домашното материјално право мора да биде способно да обезбеди да се гонат и да се казнуваат сите форми на семејно насилство, 2) домашната правна рамка

³⁸ Конвенцијата за спречување и борба против насилството врз жените и домашното насилство, Совет на Европа, 11.5.2011 г., чл. 5 и 55; За слична критика на хрватското законско решение што дава претерана слобода на привилегираните сведоци да диспонираат со своите искази, а на штета на јавниот интерес за кривичен прогон, што доведува до откажување од гонење во 1/3 од случаите, види кај Đurđević, Zlata, Osvrt na rezultate rada radne skupine Ministarstva pravosuđa za usklađivanje Zakona o kaznenom postupku s Ustavom Republike Hrvatske, HLJKPP broj 1/2013, Zagreb, стр. 21–23. Таа посочува на практиката во Германија каде што откако сведокот прописно поучен дал исказ во претходна постапка, нема можност зашто се премислил изјавата да биде издвоена од предметот; Види и Juy-Birmann, Rodolphe (revised by Jörg Biermann), *The German system in European Criminal Procedures*, Delmas-Marty, Mireille/ Spencer, J. R. (Editors), Cambridge University Press, 2005, стр. 323 – во Германија е забрането да се чита претходната изјава на привилегираниот сведок што на судењето се повикал на привилегијата, но затоа може да се сослуша истражниот судија пред кој тој ја дал.

³⁹ Закон за ратификација на Конвенцијата на Советот на Европа за спречување и борба против насилство врз жените и домашно насилство, чл. 1 и 3.

⁴⁰ *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 87.

да обезбеди доволно мерки за заштита на жртвите на семејно насилство, а 3) домашното процесно право да им овозможи на властите да истражуваат случаи на семејно насилство по сопствена иницијатива, како прашање од јавен интерес, и да ги казнат одговорните за такви дела.⁴¹

Легислативната рамка може да биде пречка државата да ги исполни позитивните обврски што бараат од неа да воспостави и ефикасно да применува систем во кој ќе се казнуваат сите видови насилство во семејството, односно кривичноправниот систем да го нема потребниот дестимулирачки ефект со кој би се осигурило ефикасно спречување незаконски дела.⁴²

Позитивните обврски на државите, во некои случаи според чл. 2 или 3 и во други според чл. 8, земени сами или во комбинација со чл. 3, може да вклучуваат должност да воспостават и да применуваат соодветна правна рамка што овозможува заштита од акти на насилство од страна на приватни лица,⁴³ а непримерното постапување на државните служби да доведе до повреда на чл. 2, 3 или 8 од ЕКЧП.⁴⁴

Во оваа смисла, неопходна е промена на материјалното и процесното кривично законодавство. Пријавените насилни дела помеѓу блиски сродници да се гонат по службена должност без посебен предлог на оштетениот,⁴⁵ а еднаш законски дадениот исказ да може да се користи натаму во постапката независно од фактот што сведокот се премислил.

За споредба, во Англија, брачниот другар може да биде обврзан да сведочи за обвинителството во ситуации кога тој е жртва и кај сексуални или насилни кривични дела

⁴¹ *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 85, 155.

⁴² *Opuz v. Turkey*, A. no. 33401/02, 9.6.2009, § 145, 153, 168, 199 – регулативната рамка требало на органите на прогонот да им овозможи натамошна кривична истрага, и покрај тоа што апликантката ги повлекла пријавите... државните власти не може да се потпираат на ставот на жртвата и со него да го оправдуваат сопственото непреземање соодветни мерки што веројатно ќе можеле да спречат напаѓачот да ги оствари своите закани по физичкиот интегритет на жртвата.

⁴³ *Osman v. the United Kingdom*, 87/1997/871/1083, 28.10.1998, § 115; *Paul and Audrey Edwards v. the United Kingdom*, A. no. 46477/99, 14.3.2002, § 54-55; *Janković v. Croatia*, A. no. 38478/05, 5.3.2009, § 44-45; *Hajduová v. Slovakia*, A. no. 2660/03, 30.11.2010, §45-46; *Talpis v. Italy*, A. no. 41237/14, 2.3.2017, §100.

⁴⁴ *Kontrová v. Slovakia*, A. no. 7510/04, 31.5.2007, § 3, 46-55 – судот нашол повреда на чл. 2 зашто по пријавите за семејно насилство, полицијата не успеала да ги исполни позитивните обврски од Конвенцијата што вклучуваат заштита на животот, здравјето, човековите слободи и права. Имено, полицијата не успеала да преземе соодветни мерки за заштита на животите на децата на апликантката, и покрај што знаела за насилничкото однесување на нејзиниот покоен сопруг и фаталните закани; *Talpis v. Italy*, A. no. 41237/14, 2.3.2017, § 107-131 судот утврдил повреда чл. 2 поради обидот за убиство на апликантката и убиството на нејзиниот син и повреда на чл. 3 поради неуспехот на властите да ги исполнат нивните обврски за да ја заштитат апликантката од актите на семејно насилство извршени од нејзиниот сопруг; *Tunikova and Others v. Russia*, A. nos. 55974/16, 53118/17, 27484/18, 28011/19, 14.12.2021, § 69, 78, 122 – судот утврдил повреда на чл. 3 во неговиот материјален и процедурален сегмент, бидејќи државните органи не успеале да ги заштитат апликантките од актите на семејно насилство поради дефицитарната домашна правна рамка и недостигот на правни лекови против семејното насилство, а исто така не ги истражиле актите на насилство на кои тие биле жртви; *Bevacqua and S. v. Bulgaria*, A. no. 71127/01, 12.6.2008, § 82-83 – судот не може да исклучи дека релевантниот бугарски закон, според кој многу дела на сериозно насилство меѓу членовите на семејството не може да се гонат без активно учество на жртвата... може... во одредени околности, да покрене прашање за компатибилност со Конвенцијата.

⁴⁵ Спореди чл. 130 од КЗ за кривично дело телесна повреда при вршење семејно насилство казниво со казна затвор до 5 г. за чие гонење е нужен предлог со чл. 144 од КЗ за дело загрозување на сигурноста при вршење семејно насилство казниво со казна затвор до 3 г. за кое не треба предлог.

сторени спрема малолетник под 16 г.⁴⁶ А во Хрватска, ако привилегираниот сведок правилно е поучен за благодатот на несведочење, ако поуката е внесена во записник и му е укажано дека ако се откаже од привилегијата, неговиот исказ ќе може да се користи во постапката, тогаш без оглед на тоа што во подоцнежниот тек на постапката се премислил, записникот за неговото сослушување ќе претставува валиден доказ.⁴⁷

Овде може да се стави оправдан приговор дека сигурно постојат ситуации кога жртвата и сторителот се помириле, тој ја надоместил штетата, па тоа да биде мотивот за премислувањето. Не може да негираме дека ова ќе се јави во практиката, иако тоа не го анулира стореното кривично дело. Поаѓајќи од планот на генералната и специјалната превенција, како и од желбата за остварување на правдата, подобро е ваквите ситуации да се решат со можноста за ублажување на казната, а не со издвојување на исказот и целосно некажнување.

Во овој текст не го спориме институтот привилегирани сведоци. Неговото воведување, пополнување со помал или поголем број лица што влегуваат во него е прашање на процесна политика што секоја држава може да го реши на свој посебен начин. Но, тоа не значи дека не може да се коригира постојното решение.

Со привилегиите наспроти интересот за кривично гонење се штитат некои други интереси, како што се добрите семејни, брачни, професионални односи и сл. Државата може да предвиди привилегии во своето законодавство, но може и да ги заобиколи при постоење силни и оправдани потреби. За ЕСЧП се валидни, но не и апсолутни. Така, во еден фински случај, сопругата се повикала на брачната, а лекарите на професионалната привилегија како оправдување да не сведочат, по што со судски налог било побарано лекарите да дадат медицински податоци за неа и за обвинетиот, нужни за негово кривично гонење, а кога овие одбиле, нареден бил претрес и заплена на медицински досиеја од болницата. Судот оценил дека тоа претставувало мешање во правото на приватност, но не и повреда на чл. 8 од ЕКЧП.⁴⁸

⁴⁶ Spencer, J. R., *The English system in European Criminal Procedures*, Delmas-Marty, Mireille/Spencer, J. R. (Editors), Cambridge University Press, 2005, стр. 195.

⁴⁷ Marijan, Ranko/Fumić, Zorka, *Nezakoniti dokazi: Priručnik za polaznike/ice*, Pravosudna akademija, Zagreb, 2019, стр. 30–31 (BC на Република Хрватска I Кж. 288/2015-4).

⁴⁸ *Z v. Finland*, A. no. 22009/93, 25.2.1997, § 70, 96-97, 102, 105-108, 110, 114 – против обвинетиот била започната истрага за повеќе силувања. За постапката особено значајно било да се утврди моментот кога дознал дека бил ХИВ-позитивен, сè со цел неговите дејствија правилно да бидат супсумирани како стек на силувања или обид за убиство на повеќе лица (намерно пренесување неизлечива заразна болест). Бидејќи неговата сопруга била таа што прва заболела, нужно било да се добијат медицински податоци како за неа, така и за обвинетиот, кој бил нејзин сопруг. Судот бил свесен дека откривањето вакви податоци може драматично да се одрази на приватниот и на семејниот живот, општествениот статус и нејзиното вработување во ситуација кога таа и не била ни обвинета, а би ги поткопало и превентивните напори на општеството бидејќи би ги обесхрабрило луѓето да бараат дијагноза и третман, па затоа интересот за заштита на овој тип податоци треба да превагне при процената дали мешањето било сразмерно на законските цели, освен во конкуренција на поважен јавен интерес. Значи, на една страна се интересите на пациентот и општеството за заштита на тајните медицински податоци, а на друга интересите на истрагата и кривично гонење, при што Судот во ситуација кога сопругата се повикала на својата привилегија оценил дека наредбите до лекарите и заплена на медицинските досиеја биле засновани врз битни јавни интереси, при што постоела пропорционалност помеѓу мерките и целта поради која биле преземени (за целите на кривичната постапка дури откако сопругата и лекарите одбиле да сведочат, мерките биле рестриктивни, доказите биле изведени на нејавна расправа, а информациите и во иднина требало да останат тајни). Оттука, наредбата за сведочење упатена спрема лекарите и заплена на медицинските досиеја, откако овие одбиле да сведочат, не претставувала повреда на чл. 8.

Несомнено, некаде постојат валидни причини за премостување на негативните ефекти од привилегиите. Сметаме дека семејната привилегија не треба да важи за кривични дела сторени спрема деца. Децата спаѓаат во ранливите групи и правото мора да ги заштити, ако тоа не го прават нивните родители. Впрочем, поради тие причини, граѓанските закони овозможуваат дури и одземање на родителското право, па штотуку овие дозволуваат построги мерки, бездруго треба да се понудат и во кривичните ако се нужни за да ги заштитат интересите на децата. Во тој контекст, нема оправданост од опстојување на привилегиите за вакви дела.⁴⁹

Сопружничката привилегија не треба да важи во ситуациите во кои партнерот е жртва на кривично дело сторено од другиот. Ако целта на привилегијата е заштита на добрите брачни или вонбрачни односи, тогаш бездруго делото покажува дека тие се илузија во конкретниот случај. Правото не треба да штити илузии, па затоа, *de lege ferenda*, предлагаме да нема можност за ослободување од должноста за сведочење во постапките во кои едниот партнер е жртва на неделото на другиот.

Фактички, предлагаме слично решение како со доброволно дадената изјава на обвинетиот (чл. 206 ст. 1 т. 2), која во смисла на чл. 391 ст. 3 може да се користи во судската постапка.⁵⁰ Штотуку обвинетиот бил поучен дека ако даде изјава, таа ќе може да се користи во постапката против него и тој доброволно и интелегентно решил да зборува, не може да се стави приговор на ваквото законско решение, кое е оправдано и не е во спротивност на практиката на ЕСЧП.

Нема причина да постои разлика во однос на привилегираниот сведок. Во контекст на сето претходно наведено, предлог *de lege ferenda* е да се дополни поуката од чл. 214 ст. 2 од ЗКП/10, да му се укаже на привилегираниот сведок дека ако се откаже од привилегијата, неговиот исказ ќе може да се користи во постапката, иако подоцна се премислил, а записникот за неговото сослушување да претставува валиден доказ. За да не се појави проблем со конфронтационата клаузула, за испитувањето треба да го извести и да го покани бранителот на осомничениот.

Семејната привилегија не треба да важи за кривични дела сторени спрема деца, а сопружничката во ситуациите во кои партнерот е жртва во кривично дело.

⁴⁹ Законот за правда на децата во чл. 94 предвидува „Никој не може да биде ослободен од должноста да сведочи за околностите потребни за оценување на душевната развиеност на детето, за запознавање на неговата личност и за приликите во кои живее“, но ниту оваа одредба не ја ограничува привилегијата зашто не ги содржи околностите под кои е сторено кривично дело на штета на малолетната жртва.

⁵⁰ Заклучок од работната средба на кривичните оддели на четирите апелациони судови – Билтен бр. 10, АС Скопје, 2018, стр. 9; ВРСМ Вкж2. бр.1/2018 г. од 20.11.2019 г.; Во иста насока е прецизирано и законското решение во Босна и Херцеговина, по првични различни доктринарни толкувања и поделби во практиката – Sijerčić-Čolić, Hajrija, Glavni pretres prema zakonima o krivičnom postupku u Bosni i Hercegovini – neki teoretski i praktični aspekti u Glavni pretres i suđenje u razumnom roku, Bejatović, Stanko/ Jovanović, Ivan (Urednici), Misija OEBS-a u Srbiji, Beograd, 2015, стр. 59–60.

**PRIVILEGED WITNESSES AND THEIR UNINTERRUPTED RIGHT TO
RECONSIDER**

Abstract

In the paper, the author critically analyzes the provisions of the Criminal Procedure Law that refer to persons exempted from the duty to testify. The legal solution regarding spousal and family privilege is anachronistic, it does not protect minor victims, nor victims of crimes related to domestic violence. It enables the privileged witness to change the selection several times without hindrance at his personal will. This is an unnecessary obstacle to establishing the truth and is likely to bring our country into conflict with European Convention law and the practice of the European Court of Human Rights. The idea is not to question the continued existence of the privilege, which has been unchanged for more than 70 years, but to improve it and adapt it to new legal trends.

Key words: witnesses, privilege not to testify, right to reconsider, European Court of Human Rights, Criminal Procedure Law.

⁵¹ Attorney at law in Law firm TRPENOSKI Skopje.