



EUROPEAN COURT OF HUMANRIGHTS

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ГОЛЕМ СУДСКИ СОВЕТ

**СЛУЧАЈ АЛ-КНАВАЈА И ТАНЕРИ  
против ОБЕДИНЕТОТО КРАЛСТВО**

*(Апликации бр. 26766/05 и 22228/06)*

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

15-ти декември 2011 година

*Оваа пресуда е конечна, но може да биде предмет на редакциски измени.*

**Во случајот Al-Khawaја и Tahery против Обединетото Кралство,**  
Европскиот суд за човекови права, заседавајќи во Големиот судски совет во состав :

Françoise Tulkens, *претседател,*

Nicolas Bratza,

Jean-Paul Costa,

Christos Rozakis,

Peer Lorenzen,

Elisabet Fura,

Alvina Gyulumyan,

Danutė Jočienė,

Dragoljub Popović,

Ineta Ziemele,

Mark Villiger,

Giorgio Malinverni,

András Sajó,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Işil Karakaş,

Nebojsa Vučinić,

Kristina Pardalos, *судии*,

и Michael O'Boyle, *заменик на секретарот*,

Расправајќи на затворена седница на 19-ти мај 2010 и на 9-ти ноември 2011 година,  
Ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на последниот горенаведен датум:

## ПОСТАПКА

Случаите влечат потекло од две жалби (бр. 26766/05 и 2228/06) против Обединетото Кралство на Велика Британија и Северна Ирска поднесени до Судот согласно Член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и фундаменталните слободи („Конвенцијата“) од британскиот државјанин, Г-дин Imad Al-Khawaja („првиот жалител“), на 18 јули 2005 и од иранскиот државјанин, Г-дин Ali Tahery („вториот жалител“), на 23 мај 2006.

Првиот жалител беше застапуван од Г-дин А. Burcombe и Г-дин D. Wells, адвокати во Wells Burcombe LLP Solicitors од Лондон, со помош на Г-дин J. Bennathan QC, адвокат застапник/советник. Вториот жалител беше застапуван од Г-дин M. Fisher, адвокат од Лондон во Peter Kandler & Co. Solicitors, со помош на Г-ѓа R. Trowler, адвокат застапник/советник. Владата на Обединетото Кралство („Владата“) беше застапувана од својот Агент, Г-дин J. Grainger од Министерството за надворешни работи и за Комонвелтот.

Првиот жалител изјави дека неговото судење за полов напад било нефер бидејќи една од двете жени кои поднеле тужба против него починала пред судењето и нејзината изјава на полицијата ѝ била прочитана на поротата. Вториот жалител изјави дека неговото судење за намерно нанесување тешка телесна повреда било нефер бидејќи изјавата на еден сведок, кој се плашел да присуствува на судењето, ѝ била прочитана на поротата.

Жалбите биле доделени на Четвртиот оддел на Судот (Правило 52 § 1 од Судскиот деловник). На 20 јануари 2009, по расправата за допуштеноста и основаноста (Правило 54 § 3), Советот на тој Оддел составен од Судиите Casadevall, Bratza, Bonello, Traja, Mijović, Šikuta и Hirvelä, заедно со T.L. Early, Секретар на Одделот, одлучија едногласно да ги спојат жалбите, да ја прогласат секоја од жалбите за допуштена и да утврдат повреда на Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на секој од жалителите.



На 1 март 2010, согласно барањето на Владата од 16 април 2009, Панел на Големиот судски совет одлучи да го упати случајот до Големиот судски совет во согласност со Член 43 од Конвенцијата.

Составот на Големиот судски совет беше утврден според одредбите од Член 27 §§ 2 и 3 од Конвенцијата и Правилото 24 од Судскиот деловник. Во финалното разгледување, Alvina Gyulumyan, Işıl Karakaş и Nebojša Vučinić, заменици судии, ги заменија Corneliu Bîrsan, Ireneu Cabral Barreto и Sverre Erik Jebens, кои не беа во состојба да учествуваат во понатамошното разгледување на случајот (Правило 24 § 3). Jean-Paul Costa, Christos Rozakis и Giorgio Malinverni, чии мандати истекоеа за време на постапката, продолжија да учествуваат во случајот (Член 23 § 7 од Конвенцијата и Правило 24 § 4).

Жалителите и Владата поднесоа писмени забелешки за основаноста. Покрај ова, коментари од трета страна пристигнаа од невладината организација JUSTICE (ПРАВДА) од Лондон, на која ѝ беше дозволено од страна на Претседателот да се вмеша во писмената постапка (Член 36 § 2 од Конвенцијата и Правило 44 § 2). Страните одговорија на овие коментари (Правило 44 § 5).

Расправата се одржа јавно во Зградата на човековите права (Human Rights Building), Стразбур, на 19 мај 2010 (Правило 59 § 3).

Пред Судот се појавија:

*За Владата*

Г-дин J. GRAINGER,  
Г-дин D. PERRY QC,  
Г-дин L. MABLY,  
Г-ѓа V. AILES,  
Г-дин C. MUNRO,  
Г-дин N. GIBBS,

*Агент,*

*Адвокати,*

*Советници;*

*(б)за жалителите*

Г-дин J. BENNATHAN QC, -  
Г-дин D. WELLS,

*Адвокат,  
Советник.*

Судот ги слушна обраќањата на Г-дин Bennathan и Г-дин Perry и нивните одговори на прашањата поставени од страна на Судот.

## ФАКТИТЕ

I. ОКОЛНОСТИТЕ НА СЛУЧАИТЕ

**Г-дин Al-Khawaja**

Првиот жалител е роден во 1956 година и живее во Брајтон (Brighton). Фактите кои ја поттикнуаа неговата жалба се следниве.

Додека работел како лекар-советник на полето на рехабилитативната медицина, првиот жалител бил обвинет по две точки полов напад на две пациентки додека тие биле наводно под хипноза. Првата точка во обвинението тврди дека тој непристојно нападнал жена со иницијали С.Т. за време на лекарските консултации на 3 јуни 2003. Втората точка од обвинението тврди дека тој непристојно нападнал жена со иницијали В.У. исто така за време на консултации, овој пат на 12 јуни 2003.

Од причини неповрзани со наводниот напад, С.Т. починила самоубиство пред судењето. Сепак, неколку месеци по наводниот напад, таа дала изјава пред полицијата. Таа исто така им кажала на две пријателки, Б.Ф. и С.Х., дека жалителот извршил врз неа полов напад.

На 22 март 2004, се одржала прелиминарна расправа заради утврдување дали изјавата на С.Т. треба да се прочита на поротата. На таа расправа, одбраната посочила дека аргументите на одбраната по секоја точка од обвинението се во суштина исти, односно дека наводите на СТ и ВУ се целосно неистинити. Судијата на расправата одлучил дека изјавата на СТ треба да се прочита на поротата за време на судењето. Тој забележал дека првиот жалител

најверојатно сметал дека нема друга реалистична алтернатива освен да поднесе докази со цел да се одбрани по втората точка која се однесува на ВУ. Затоа, читањето на изјавата на СТ не би требало да има за последица значајно да му отежне на жалителот да даде докази во сопствена одбрана. Судијата исто така забележал дека не се тврдело дека постои дослук помеѓу СТ и ВУ во нивните изјави, така што тоа прашање немало потреба да се проверува преку вкрстено испрашување на обете жени.

Во однос на содржината на изјавата на СТ, судијата исто така забележал дека таа е клучна за обвинителството по точка еден бидејќи не постоеле други директни докази за она што се случило за време на консултациите на 3 јуни 2003. Тој изјавил: „просто кажано, нема изјава, нема точка еден“. Понатаму продолжил со своето видување дека вистинското прашање во овој случај е дали на обвинетиот ќе му биде овозможено да ја оспори изјавата на начин кој ќе му обезбеди фер судење. Судијата утврдил дека првиот жалител би имал можност да даде докази за тоа што се случило за време на консултациите. Обвинителството било со намера да ги повика пријателите на СТ да посведочат што таа им кажала на нив. Особено што имало недоследности помеѓу нивните изјави и изјавата на СТ, што претставувало една можност да се побие изјавата на СТ. Воедно обвинителството било со намера да повика и вештак да посведочи за изменетата перцепција за време на хипноза, така што вкрстеното испрашување на тој сведок исто така би можело да послужи да се поткопа кредибилитетот на изјавата на СТ.

На судењето, откако се прочитала изјавата на СТ, на поротата ѝ биле презентирани докази од БФ и СХ, пријателите на СТ. Матичниот лекар на СТ исто така сведочел во врска со писмото кое тој го пишал во име на СТ упатено до болничките власти, а во кое биле содржани наводите на СТ против првиот жалител. Во врска со втората точка, полов напад врз ВУ, сведочеле ВУ и полициските службеници кои го истражувале случајот. Потоа, сведочеле две

жени кои изјавиле дека првиот жалител им упатил непристојни предлози за време на консултациите под хипноза. Обвинителството се потпрело на овие сведочења како на „докази слични на факти“ со да се даде дополнителна тежина на сведочењата на СТ и ВУ. Како што посочило обвинителството, исто така се обезбедило и вештачење за ефектите на хипнозата врз пациентите. На одбраната ѝ била дадена можност за вкрстено испрашување на сите сведоци кои сведочеле лично. Првиот жалител сведочел во своја одбрана. Тој исто така повикал поголем број сведоци, кои сведочеле за неговиот добар карактер.

Во своето резиме, судечкиот судија ѝ дал инструкции на поротата, во две различни прилики, како треба да ја третира изјавата на СТ. Тој прво изјавил:

„Мошне е важно вие [поротата] да имате на ум кога ќе го разгледувате нејзиното [на СТ] сведочење дека не сте ја виделе како сведочи; не сте ја слушнале како сведочи; и не сте го слушнале нејзиното сведочење ставено на проверка во вкрстено испрашување [од страна на адвокатна Г-дин Al-Khawaja], кој, несомнено, би имал да ѝ постави голем број на прашања.“

Подоцна, тој изјавил:

„... имајте на ум...дека ова сведочење ви беше прочитано. Наводите целосно се негираат ... тоа морате да го имате предвид кога ќе го разгледувате нејзиното сведочење.“

Укажувајќи на сведочењата на пријателите на СТ, судечкиот судија ја потсетил поротата на недоследностите помеѓу приказот даден за консултациите од страна на СТ и приказот даден од страна на СХ (во нејзината изјава СТ рекла дека жалителот го допрел нејзиното лице и уста; додека СХ сведочела дека самата СТ а не првиот жалител го допрел нејзиното лице и уста). Судечкиот судија продолжил:

„Вие треба да одлучите за степенот до кој сведочењата на [БФ] и [СХ] ви помагаат да одлучите дали [СТ] ја кажала вистината во својата изјава или не. Но имајте на ум дека доказите во однос на тоа што [СТ] им кажала на [БФ] и [СХ] не се независни докази во врска со вистината на нејзините наводи.“

Судечкиот судија воедно ѝ дал инструкции на поротата дека имаат право да ги разгледуваат сведочењата на ВУ, и на другите две жени кои сведочеле за непристојните предлози кои им ги дал првиот жалител, при одлучувањето дали изјавата на СТ е вистинита. Сепак, поротата прво требало да ја отфрли можноста за дослух помеѓу четирите жени. Второ, требало да се запрашаат дали е разумно четири лица кои независно обвинуваат за истото дело да лажат или да грешат или пак да претрпеле слични халуцинации или лажни сеќавања. Ако поротата тоа го смета за неверојатно, тогаш ќе може да биде уверена дека СТ и ВУ ја зборуваат вистината. Судечкиот судија исто така ѝ дал инструкции на поротата дека колку е поголема сличноста меѓу наводите, толку е поголема веројатноста четирите жени да ја кажуваат вистината. Тој додал дека поротата



треба исто така да земе во предвид дали жените можеби свесно или несвесно се под влијание на меѓусебните жалбени наводи.

Во текот на одлучувањето, поротата во две прилики побарала објаснувања во врска со одредени прашања покренати во изјавата на СТ. На 30 ноември 2004, првиот жалител бил осуден со едногласна пресуда на поротата за двете точки на полов напад. Тој бил осуден на 15 месеци затворска казна за првата точка и 12 месеци затворска казна за втората точка, со наредба да се служат последователно.

Првиот жалител ја обжалил осудата до Апелациониот суд. Жалбата се концентрирала врз одлуката од подготвителната расправа со која се дозволила изјавата на СТ да биде употребена како доказ. Воедно било наведено дека, во своето резиме, судечкиот судија не ѝ дал соодветни упатства на поротата за последователната штета што ваквото сведочење можело да му ја нанесе на првиот жалител.

Жалбата била разгледана и одбиена на 6 септември 2005. Во својата писмена пресудата донесена на 3 ноември 2005, Апелациониот суд заклучил дека правото на првиот жалител на правично судење во конкретниот случај не било повредено. Во однос на прифаќањето како доказ на изјавата на СТ, Судот сметал дека тоа не било неминовно во колизија со Член 6 §§ 1 и 3 (d) од

Конвенцијата. Потпирајќи се врз пресудата *Doorson против Холандија*, од 26 март 1996, *Извештаи за пресуди и одлуки (Reports of Judgments and Decisions) 1996-II*, Судот утврдил дека допуштеноста на доказите првенствено е прашање на домашното право. Понатаму утврдил:

„25. Важните фактори во овој конкретен случај се следниве. Сведокот, СТ, не можеше да биде испрашан лично од страна на [првиот жалител] бидејќи почина. Таа беше единствениот сведок чие сведочење директно упатуваше на половиот напад врз неа од страна на жалителот. Доколку нејзината изјава се исклучеше, обвинителството ќе мораше да се откаже од првата точка. [Жалителот] можеше да ја нападне точноста на изјавата [на СТ] истражувајќи ги недоследностите помеѓу истата и сведоците, [БФ] и [СХ], и преку вештачењата кои се однесуваат на „изменетата перцепција“ под хипноза. Релевантните делови на Законот од 1988 година [види став 41 подолу] содржат одредби наменети за заштита на обвинетите, кои беа правилно разгледани од судечкиот судија, пред изјавата воопшто да се дозволи како доказ. На крај, трибуналот надлежен за фактите, во овој случај поротата, може и треба правилно да води сметка за тежината која допуштањето на изјавата може да му ја причини на [жалителот], што од друга страна треба да се осигури преку соодветни насоки упатени до поротата.

26. Во случај каде сведокот кој е единствен сведок на кривично дело дал изјава која ќе се користи во обвинувањето а потоа починал, можно е постоење на силен јавен интерес да се допушти таквата изјава како доказ на обвинителството како би можело да постапува. Таков е случајот овде. Тој јавен интерес не смее да го надвлее барањето на обвинетиот да има фер судење. Исто како и судот во *Sellick* [види став 48 подолу], не сметаме дека прецедентното право на Европскиот суд за човекови права бара заклучок дека во такви околности судењето ќе биде неправично. Одредбата од Член 6(3)(d) предвидува дека обвинето лице ќе може [во свое име] да ги испраша сведоците против себе како еден посебен аспект на фер судење: но доколку не се обезбеди таква можност, прашањето е „дали постапката во целина, вклучувајќи го и начинот на кој се собрани доказите, била правична“ - *Doorson*, став 19. Ова не е случај каде сведокот не бил присутен, било од страв или од друга причина, или барал анонимност, или го искористил правото на молчење. Причината е смрт, што е конечност која со себе носи посебни околности, како што е посочено на почетокот од овој став.“

Осврнувајќи се на прашањето на резимето на судечкиот судија, жалбениот судот навел:

„Сметаме дека ќе беше подобро доколку судијата експлицитно изјавеше дека [првиот жалител] е потенцијално оштетен со отсуството на [СТ] и дека како последица на неможноста таа да биде вкрстено испрашана и поротата да ја види лично, нејзиното сведочење носи со себе помала тежина. Сепак, во околностите на овој случај, на поротата мора да ѝ било сосема јасно од упатствата кои ги дал судијата, дека токму ова е намерата на неговите забелешки. Затоа сметаме дека на поротата ѝ биле дадени соодветни упатства за последиците од тоа изјавата [на СТ] да биде прифатена како доказ во отсуство, и дека ова не е фактор кој може за [првиот жалител] судењето да го направи неправично со повреда на Членот 6. Исто така треба да кажеме дека севкупните докази против [првиот жалител] беа мошне силни. Ние останавме целосно неубедени во жалбените наводи дека пресудите биле неосновани.“

Апелацискиот суд одбил да дозволи жалба до Горниот дом но потврдил дека во одлуката било засегнато прашање на примена на правото кое е од општ јавен интерес.

На 30 ноември 2005 првиот жалител се жалел до Горниот дом по прашањето на правилна примена на правото, потврдено од жалбениот суд. На 7 февруари 2005 Горниот дом ја одбил жалбата.

### **Б. Г-дин Tahery**

Вториот жалител е роден во 1975. Неговата жалба произлегува од неговата осуда за ранување со намера. Позадината за таа осуда е следнава.

На 19 мај 2004, С, член на иранската заедница во Лондон, бил вмешан во расправија со некои Курди. Вториот жалител се замешал меѓу С и Курдите со цел да го заштити С. Рано наутро на 20 мај 2004, С и вториот жалител се сретнале пред еден ирански ресторан во Хамерсмит, Лондон. Вториот жалител го викнал С да поразговараат и го одвел во една уличка во близина. Двајцата почнале да разговараат за претходната расправија. Иако С одрекувал дека тој го задал првиот удар, тој признал како сведок на судењето на вториот жалител дека тој го удрил вториот жалител. Во тепачката, вториот жалител го турнал С наназад и, во овој момент, С почувствувал горлива болка во грбот,

која се покажала дека е резултат од три убоди во грбот. С и вториот жалител биле свртени со лице еден кон друг, и С сведочел дека ниту го видел вториот жалител како го прободел, ниту пак бил свесен дека вториот жалител застанал зад него или му се протегнал зад грб за да го прободете.

За време на тепачката биле присутни други луѓе, вклучувајќи ги и Курдите од претходната препирка. Пријател на С, друг член на иранската заедница наречен Т, бил таму, исто како и двајцата пријатели на Т и чичкото на вториот жалител. С не можел да каже кој од овие луѓе бил во моменот зад него.

С на крај сфатил дека е прободен. Тогаш видел нож на земјата. Во своето сведочење во текот на судењето на вториот жалител (видистав 32 подолу), тој навел дека тргнал да го крене но дека или вториот жалител или Т го кренале ножот и го фрлиле накај ресторанот. С претпоставил дека го прободел вториот жалител. Според С, вториот жалител веднаш го одрекол ова. Тој му рекол на С да седне до него и се обидел да го сопре течењето на крв од раните на С сè додека не дошла брзата помош; по нејзиното пристигање, тој го придружувал С до болница. Во болницата, вториот жалител ѝ казал на полицијата дека видел двајца црнци како го прободуваат С.

Кога биле испитувани сведоците на лице место, никој не тврдел дека го видел вториот жалител како го прободува С. Но, по два дена, Т на полицијата ѝ

изјавил дека го видел вториот жалител како го прободува С. Во својата изјава Т раскажал дека, кога вториот жалител и С почнале да се тепаат во уличката, Т се обидел да ги раздвои. Тогаш го видел вториот жалител како го држи С за врат, крева нож и го прободува С два пати во грбот. Кога Т му се приближил на вториот жалител, вториот жалител се обидел да го прободет Т во вратот. Според Т, вториот жалител тогаш го испуштил ножот и извикал „не кажувајте ѝ на полицијата“.

На 3 ноември 2004, вториот жалител бил уапсен и однесен во Полициската станица Хамерсмит. При испитувањето, тој одрекувал дека го прободел С и повторно изјавил дека одговорни биле двајца црнци. Тогаш бил обвинет за ранување со намера како и за обид за попречување на текот на правдата заради изјавата на полицијата, во болницата и во полициската станица, дека видел двајца црнци како го прободуваат С.

На 25 април 2005 почнало судењето на вториот жалител во Кралскиот суд Блекфрајарс (Blackfriars Crown Court). На тој ден, тој се изјаснил за виновен во врска со обвинението за обид за попречување на текот на правдата но исто така го повторил своето изјаснување за невин во однос на обвинението за ранување со намера.

С сведочел во полза на обвинителството. Раскажал како тој и вториот жалител се тепале во уличката. По некоја минута сфатил дека е ранет во грбот. Не видел кој го ранил. Вториот жалител го натерал да седне и му ја покривал раната. С го прашал вториот жалител кој го прободел и вториот жалител одрекувал дека тој го сторил тоа. При вкрстено испрашување С признал дека не видел како вториот жалител му отишол зад грб односно дека тие биле свртени лице в лице еден кон друг. Исто така сведочел дека слушнал како некој му довикнал „Кажи му дека тоа биле црниците“; гласот не бил на вториот жалител.

По сведочењето на С, обвинителството побарало дозвола да се прочита Изјавата на Т согласно оддел 116(2)(е) и (4) од Кривичниот кодекс од 2003 година („Законот од 2003“: видистав 43-45 подолу). Обвинителството тврдело според Законот од 2003 дека Т е премногу уплашен да присуствува на судење пред поротата, и дека тој требало да потпадне под специјални мерки. Судечкиот судија го сослушал полицаецот одговорен за случајот, кој изјавил дека иранската заедница е затворена и дека стравувањата на Т се оправдани. Т воедно сведочел пред судечкиот судија (но не и поротата) од зад параван. Му кажал на судијата дека се плаши за себе и за своето семејство поради посетите и телефонските повици кои ги добивал, а за кои не рекол дека биле упатени од страна на вториот жалител. Не кажал кој бил одговорен за посетите и телефонските повици.

При одлуката да се дозволи изјавата да ѝ се прочита на поротата, судечкиот судија изјавил:

„Задоволен сум во овие околности, врз основа на кривичните стандарди за докажување, дека сведокот навистина се плаши; а ова го базираам не само врз неговото усно сведочење, туку и можноста да го набљудувам додека сведочеше.

Затоа морам да ги разгледам прашањата поставени во [дел 116(4) од Законот од 2003]. Потдел 4(a) бара да ја разгледам содржината на изјавата. Тоа и го сторив. Одбраната тврди дека таа може да не биде веродостојна; дека може да има недоследности со сведочењето дадено од [C].

Секогаш ќе има случаи, без оглед дали се работи за усно или прочитано сведочење, каде има недоследности. Секогаш поротата е таа која треба да дојде до заклучок, заснован врз поднесоците од застапниците и доказите кои самите ги слушнале, за тоа дали доказите се веродостојни или не. А тие од мене ќе добијат соодветно предупредување, кога ќе треба, за тоа како да гледаат на таа изјава.

Понатаму се тврди дека гледајќи ја изјавата, се работи за изјава со голема важност; бидејќи е од лице кое тврди дека било сведок на случката и следствено на тоа се однесува на суштината на предметот.

Според мене, токму овој вид сведоци се плашат, и најверојатно тие биле она што Парламентот го имал на ум кога го изгласал овој конкретен дел од Законот.

Затоа, откако ја разгледав содржината на изјавата, морам да размислам за сите ризици од неправда кои допуштањето или исклучувањето можат да ги носат за било која страна во постапката. Заклучувам дека нејзиното исклучување би донело неправда; додека подеднакво заклучувам дека никаква неправда нема да се стори со нејзиното допуштање. При тоа, го зедев предвид текстот од [Законот од 2003]; особено тоа колку е тешко да се оспори изјавата ако односното лице не сведочи усно.

Оспорување на изјава не секогаш доаѓа со вкрстено испрашување. Оспорување на изјава може да се стори преку сведочење дадено при побивање на обвинението; или од страна на обвинетиот, ако одлучи тоа да го стори, или од било кој очевидец—а знаеме дека имало такви—кои биле на улица во тој момент.

Следствено на тоа, заклучувам дека сведочењето на обвинетиот, доколку одлучи да сведочи, би било доволно да ги побие и оспори доказите содржани во таа изјава.

Разгледав и други релевантни фактори, и му ја понудив на сведокот додека сведочеше зад параван можноста да сведочи со примена на истите специјални мерки.



Кажа дека неговиот став нема да се промени; дека нема да сведочи пред порота, а причината зошто не може е стравот.

Земајќи ги предвид сите овие прашања во овие околности, заклучувам дека ова е токму таков случај каков што го замислувал Парламентот кој би можел да бара читање на изјава.“

Сведочењето на Т ѝ било прочитано на поротата. Докази дале исто така и докторот кој го лекувал С во болница во поглед на природата на раната и форензичарот кој ја испитал крвта најдена на алиштата на вториот жалител и потврдил дека се совпаѓа со таа на С (иако не можело да се донесе цврст заклучок за тоа како дошла на алиштата). Записникот од испитувањето на вториот жалител од полицијата бил исто така понуден од обвинителството (види став 30 погоре).

Вториот жалител сведочел во своја одбрана. Изјавил дека бил присутен на претходна препирка со Курдите. Кога тој и С се сретнале подоцна пред ресторанот, го фатил С за рака и му предложил да прошетаат и разговараат, но С почнал да го удира. Се одбранил така што го грабнал С за јаката и го турнал. Т тогаш се обидел да се вмеша и извесен број други членови на иранската заедница го задржале С. Т стоел меѓу С и вториот жалители, во овој момент, вториот жалител забележал нож на земјата. Го кренал и го фрлил, не знаејќи тогаш дека С бил прободен. Кога С го обвинил дека го прободел, вториот жалител му рекол да седне и успешно го смирил. Ја ставил раката врз раната на грбот на С. С тогаш се чини дека прифатил дека не бил прободен од вториот жалител. Вториот жалител воедно сведочел дека ѝ кажал на полицијата дека двајца црнци се одговорни бидејќи чичко му рекол тоа да го каже. На крај, вториот жалител сведочел дека, пред да го испита полицијата, Т му кажал дека тој самиот знаел дека вториот жалител не го прободел С.

Судијата, во своето резиме, ја предупредил поротата за опасноста од потпирање врз сведочењето на Т. Тој изјавил:

"Тоа сведочење, како што знаете, ви беше прочитано согласно одредбата која му дозволува на сведок кој е уплашен, не е прашање на дрскост туку на страв, да ви се прочита неговата изјава, но вие морате да бидете внимателни како ќе ја третирате. Точно е, како што беше посочено од одбраната, дека им беше ускратена можноста да го испитаат сведочењето преку вкрстено испрашување. Исто така е точно дека ви беше ускратена можноста да го видите сведокот и неговото однесување во Судот. Немавте можност да видите како тој се сеќава и вели „можеби поради она што го видов собрав два и два и добив пет“, како што одбраната ве упатува да кажете. Со други зборови, морате секогаш да бидете отворени за [фактот] дека тој би можел да ги спои нештата кои ги видел и да дојде до погрешен заклучок. Така се проверува изјава. Морате да се запрашате „дали можеме да се потпреме на оваа изјава? Дали се работи за изјава која е за нас уверлива?“ Само ако сте уверени, дека она што е содржано во изјавата точно го одразува она што се случило ноќта и она што сведокот го видел, тогаш можете да се потпрете на неа. Тоа важи за секој сведок. Само ако утврдите дека сведочењето е уверливо и ве задоволува, така да сте сигурни, тогаш можете по истото да постапувате. Секогаш морате да се запрашате „дали изјавата која ја дал тој е веродостојна“?

Морате воедно да имате на ум, што е важно, дека е договорено и прифатено дека обвинетиот не е тој што е одговорен за заплашувањето на сведокот.“

На 29 април 2005, вториот жалител бил осуден со мнозинска пресуда за ранување со намера да причини тешка телесна повреда, за што подоцна беше осуден на

девет годишна казна затвор која треба да се издржи последователно со казна затвор од петнаесет месеци за обвинението за обид за попречување на текот на правдата по кое апликантот се изјаснил за виновен.

Вториот жалител се жалел до Апелацискиот суд, тврдејќи дека неможноста за вкрстено испрашување на Т го повредило неговото право на фер судење. Апелацискиот суд прифатил дека судот признал во врска со изјавата на Т дека е „важна и е доказ за главното прашање во случајот... односно доколку не беше допуштена шансите за осудителна пресуда ќе беа помали а оние за ослободување ќе беа поголеми“. Судот го поддржал размислувањето на судечкиот судија, наведувајќи дека било возможно не само вкрстено испрашување на другите сведоци на обвинителството, туку и сведочењето од страна на вториот жалител како и потенцијални сведочења на други очевидци со цел да се отстрани неправдата. Исто така е наведено дека судечкиот судија експлицитно ја предупредил поротата во детали за тоа како треба да го третираат ова сведочење и правилно ѝ дал инструкции за тоа како треба да го разгледа при својата одлучување. Иако вториот жалител тврдел дека дури и правилните упатства од судијата не би можеле да ја исправат неправедноста, Апелацискиот суд потврдил дека поротата била информирана за сите прашања неопходни за процесот на донесување одлука. Одбил да одобри жалбена постапка по основ на осудата од 24 јануари 2006. Апелацискиот суд сепак, му одобрил на вториот жалител да поднесе жалба против казната и притоа ја намали казната од девет на седумгодишна казна затвор.

## II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО И ПРАКТИКА

**Начела од обичајното право релевантни за обата случаја**

Доказ по слушање е секоја изјава за фактите освен онаа која сведокот, по сопствено знаење, ја дава во текот на усното сведочење (видистав 20 од пресудата на Lord Phillips во *R. против Horncastleу други*, резимиран во став 57-62 подолу). Како генерално правило тоа е недопустливо во кривичен случај, освен ако постои правило или законска одредба во обичајното право која дозволува негово допуштање. Релевантните законски одредби применливи на секој жалител се дадени во следниот дел. Тие законски одредби се дополнети со три начела од обичајното право. Прво, во обичајното право судечкиот судија има дискрециско право да исклучи секаков доказ ако неговите штетни последици ја надминуваат неговата доказна вредност. Ова, од друга страна, е дополнето со дел 78 од Законот за полициски и кривични докази од 1984 година, кој му дава на Судот дискрециско право да исклучи сведочење ако допуштањето има таков неповолен ефект врз праведноста на судењето што не би требало да се допушти. Второ, ако доказот по слушање се допушти и поротата го слушне, судечкиот судија, во своето резимирање, мора да ја упати поротата на опасноста од потпирање на доказот по слушање. Трето, во судење пред порота, поротата мора да ги добие традиционалните упатства во врска со товарот на докажување, т.е. поротата мора да е убедена во вината на обвинетиот надвор од секаков разумен сомнеж.

## **Б. Примарно законодавство**

*Примарното законодавство применливо во Случајот Al-Khawaја*

Во време на судењето на првиот жалител, релевантните законски одредби се наоѓаа во дел 23 до 28 од Кривичниот законик од 1988 година. Дел 23 од Законот од 1988 година предвидува дозволување на писмен доказ по слушање од прва рака во кривично судење:

**„23.-** ... изјава дадена од лице во документ ќе биде допустлива во кривична постапка како доказ за секој факт за кој би било допустливо директно усно сведочење од страна на лицето ако -

(2)(а) лицето кое ја дало изјавата е починато или поради своја телесна или ментална состојба не е во состојба да присуствува како сведок ...

**25.-**(1) Ако, имајќи ги предвид сите околности-

(а) Кралскиот суд -

на судење по обвинение;

по жалба од суд од прва инстанца; или

на расправа по тужба според дел 6 [1987 ц. 38.] од Кривичниот законик од 1987 година (тужба за отфрлање на обвинение за измама префрлено од суд од прва инстанца до Кралскиот суд); или

(b) кривичниот оддел на Апелациониот суд; или

(c) судот од прва инстанца на судење на информации,

е на мислење дека во интерес на правдата, една изјава која е допустлива согласно дел 23 или 24 погоре сепак не треба да се дозволи, може да наложи изјавата да не се допушти.

(2) Не доведувајќи ја во прашање општоста на потдел (1) погоре, обврска на Судоте да води сметка -

за природата и изворот на документот кој ја содржи изјавата и за тоа дали, имајќи ги предвид природата и изворот и сите други околности кои на Судот му се чинат релевантни, е веројатно дека документот е автентичен;

(b) за степенот до кој изјавата се чини дека пружа докази кои на друг начин не би биле лесно достапни;

(c) за релевантноста на доказите кои се чини дека ги пружа по било кое прашање кое најверојатно ќе мора да се утврди во постапката; и

(d) за секој ризик, обрнувајќи внимание особено на прашањето дали е веројатно дека ќе биде возможно да се оспори изјавата ако лицето кое ја дава не присуствува да даде усно сведочење во постапката, дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност за обвинетиот или, ако се повеќе обвинети, за било кој од нив.

**26.-**Ако изјава која е допустлива во кривична постапка согласно дел 23 или 24 погорему се чини на Судот дека е подготвена, ... , за целта -

на претстојна или планирана кривична постапка; или

(b) на кривична истрага,

Изјавата нема да биде допуштена како доказ во било која кривична постапка без дозвола од Судот, а Судот нема да даде дозвола освен ако не е на мислење дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата; и при разгледување дали допуштањето ќе биде во интерес на правдата, ќе биде обврска на Судот да води сметка -

за содржината на изјавата;

за секој ризик, обрнувајќи внимание особено на прашањето дали е веројатно дека ќе биде возможно да се оспори изјавата ако лицето кое ја дава не присуствува да даде усно сведочење во постапката, дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност за обвинетиот или, ако се повеќе обвинети, за било кој од нив; и

(iii) за сите други околности кои на Судот му се чинат релевантни...“

Прилог 2 кон Законот дозволува допуштање на докази кои се однесуваат на кредибилитетот и конзистентноста на оној кој ги дава, доколку таквите докази би биле допустливи доколку лицето сведочи лично, или ако прашањето може да му биде поставено во вкрстено испрашување. Прилогот воедно предвидува, при проценување на тежината – ако ја има – која може да ѝ се припише на таквата изјава, да се води сметка за сите околности од кои би можело да се извлече било каков заклучок за нејзината точност или нешто друго.



## 2. Примарно законодавство применливо во Случајот Tahery

### Извештај на Комисијата за право

Во својот извештај од Април 1997, насловен *Докази во кривичната постапка: Доказ по слушање и сродни теми (Evidence in Criminal Proceedings: Hearsay and Related Topics)*, Комисијата за право препорача низа реформи на правото за доказ по слушање во Англија и Велс, вклучувајќи ги одредбите содржани во Законот од 1988 година. Покрај препораката да се разјаснат условите под кои едно сведочење може да се допушти на судење (вклучувајќи постоење на основите смрт и страв), Комисијата предложи да постои ограничено дискрециско право на допуштање на доказ по слушање кој не потпаѓа под било кој друг законски исклучок или исклучок според обичајното право (препорака 28).

Во својот претходен консултативен напис, објавен во јануари 1995, Комисијата го имаше разгледано прецедентното право на овој Судот за Член 6 § 3(d) и заклучи дека постои ризик од повреда на Конвенцијата ако е веројатно едно лице да може да биде осудено само поради доказ по слушање. Комисијата сметаше дека овој ризик е доволно сериозен да бара судот да прекине случај во кој доказот по слушање е единствениот доказ за елементите на кривичното дело (став 9.5 од консултативниот напис). По критиките на овој предлог (првенствено дека е непримерно претпазлив и обременет со практични потешкотии), во својот извештајод 1997 година Комисијата одлучи да не го задржи овој предлог (видистав 5.33-5.41 од извештајот). Наместо тоа заклучи дека соодветна заштита би се пружила со ограничувањата кои ги предлага, особено со својата препорака 47, каде се предлага да му се даде на судечкиот судија овластување да прекине еден случај ако доказот по слушање е неуверлив (видистав 45 подолу).

### **(б) Кривичен кодекс од 2003 година**

Дел 11, Поглавје 2 од Кривичниот кодекс од 2003 година стапи на сила во април 2005. Имаше за цел значително да го реформира правото кое го регулира допуштањето на доказ по слушање во кривичната постапка врз основа на нацрт законот предложен од страна на Комисијата за право.

Согласно дел 114 од Законот од 2003, доказот по слушање е допустлив во кривична постапка само ако важи една од неколкуте „можности“. Иако ова не важи за случајот на вториот жалител, една таква можност е дел 114(1)(d) кој овозможува допуштање на доказ по слушање доколку судот заклучил дека е во интерес на правдата тој да се допушти. Дел 114(2) предвидува:

„При одлучувањето дали една изјава која не е дадена во усно сведочење треба да се допушти согласно потдел (1)(d), судот мора да ги има во предвид следниве фактори (и сите други кои ги смета за релевантни)-

колкава е доказната вредност на изјавата (под претпоставка да е вистинита) во однос на суштинското прашање на постапката, или колку е вредна за разбирање на други докази во случајот;

какви други докази се, или можат да бидат, дадени по прашањето или докази наведени во став (а);

колку е важно прашањето или доказите наведени во став (а) во контекст на случајот како целина;

околностите во кои е дадена изјавата;

колку се чини веродостоен оној кој ја дава изјавата;

колку веродостојно се чини сведочењето во кое се дава изјавата;

дали може да се даде усно сведочење по наведеното прашање и, ако не, зошто не;

тешкотиите при оспорувањето на изјавата;

степенот до кој таквите тешкотии би биле на штета за страната која со нив се соочува.“

44. „Можноста“ врз која се потпрело во случајот на вториот жалител е дел 116, кој дозволува допуштање на изјави на отсутни сведоци. Во дел 116 под релевантно се предвидува:

"(1) Во кривична постапка изјава која не е дадена преку усно сведочење во постапката е допустлива како доказ по било кое наведено прашање доколку -

усното сведочење дадено во постапката од лицето кое ја дало изјавата би било допустливо како доказ за тоа прашање,

лицето кое ја дало изјавата (релевантното лице) се идентификувало на барање на Судот, и

е задоволен било кој од петте услови наведени во потдел (2).

(2) Условите се -

релевантното лице е починато;

релевантното лице не е во состојба да биде сведок поради својата телесна или ментална состојба;

релевантното лице се наоѓа надвор од Обединетото Кралство и не е разумно практично да се обезбеди негово присуство;

релевантното лице не може да се пронајде иако се преземени чекори кои се разумно изводливи за да се пронајде;

поради страв релевантното лице не дава (или не продолжува да дава) усно сведочење во постапката, било воопшто или во врска со предметното прашање на изјавата, а судот дава дозвола изјавата да се внесе како доказ.

За целите на потдел (2)(е) „страв“ се толкува пошироко и (на пример) вклучува страв од смрт или повреда на друго лице или од финансиска загуба.

Дозвола може да се даде согласно потдел (2)(е) само ако судот смета дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата, имајќи ги предвид -

содржината на изјавата,

било кој ризик дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност по било која страна во постапката (а особено колку е тешко да се оспори изјавата доколку релевантното лице не сведочи усно),

во соодветни случаи, фактот дека во врска со дел 19 од Законот за младинска правда и кривични докази од 1999 година (с. 23) (специјални мерки за сведочење на уплашени сведоци итн.) може да се воспостави во однос на релевантното лице, и

било кои други релевантни околности.

Условот поставен во било кој став од потдел (2) кој е фактички исполнет треба да се третира како неисполнет доколку се покаже дека околностите опишани во тој став се причинети -

од лицето во чија корист се бара сведочењето, или

од лице кое постапува во негово име,

со цел да се спречи релевантното лице да даде усно сведочење во постапката (без оглед дали воопшто или во врска со предметното прашање на изјавата).“

45. Според дел 121 од Законот, дел 116(2)(е) може да важи само во однос на доказ по слушање од прва рака; не може да важи за допуштање на повеќе кратни докази по слушање.

Покрај ова, дел 124 овозможува допуштање на докази заради оспорување на кредибилитетот на отсутниот сведокот, на пример, преку допуштање на докази за неговиот лош карактер, вклучувајќи претходни осуди, склоност кон невистинитост итн. Воедно овозможува оспорување на неконзистентни изјави кои ги дал сведокот. Дел 124(2) дозволува допуштање на докази за оспорување на кредибилитетот на отсутниот сведокот во околности каде тоа

не би било допустливо во случај да сведокот сведочи во живо, на пример, ако се однесува на колатерално прашање во случајот.

Доколку случајот е заснован целосно или делумно врз доказот по слушање, дел 125 бара судечкиот судија да го прекине случајот (и или да наложи ослободување или да ја отпусти поротата) доколку, имајќи ја предвид неговата важност во случајот против обвинетиот, доказот по слушање е толку неверлив што осудата би била несигурно заснована. Со ова стапи на сила препораката 47 на Комисијата за право (видистав 42 погоре).

Дел 126 ја здржува и обичајно-правната дискреција на судечкиот судија и неговата дискреција според дел 78 да исклучи доказ по слушање (види став 40 погоре). Воедно предвидува законско дискрециско право да се исклучи доказ по слушање доколку судечкиот судија заклучи дека „аргументот да се исклучи, имајќи ја предвид опасноста дека да се допушти би резултирало со непромерно губење време, е значително посилен од аргументот да се допушти, имајќи ја предвид вредноста на доказите“.

*Закон за судска медицина и правда од 2009 година*

Условите под кои сведоци можат анонимно да сведочат во кривична постапка сега се регулирани со Законот за судска медицина и правда од 2009 година.

Претходно ова прашање се регулираше со слични одредби во Законот за кривични докази (Анонимност на сведок) од 2008 година, кој стапи на сила по пресудата на Горниот дом во *R против Davis* (видистав 49 и 50 подолу).

Според Законот од 2009 година, сведоци можат да сведочат анонимно само кога, на барање или на обвинителството или на обвинет во постапката, судечкиот судија донесува „налог за анонимност на сведокот“. Дел 87 бара судечкиот судија да биде известен за идентитетот на сведокот. Дел 88(2)-(б) и 89 ги зацртуваат условите за донесување на налогот за анонимност на сведокот. При одлучувањето дали се задоволени тие услови, Судот мора да има предвид, *inter alia*, дали сведочењето на сведокот можеби е единствен или одлучувачки доказ кој го инкриминира обвинетиот (дел 89(2)(с)).

*Закон за човекови права од 1998 година*

Дел 2 од Законот за човекови права од 1998 година предвидува, при одлучувањето на било кое прашање кое произлегува во врска со право од Конвенцијата, судовите и трибуналите да мораат да го земат предвид и прецедентното право на овој Суд доколку, според мислењето на судот или трибуналот, тоа е релевантно за постапката во која тоа прашање се појавило. Дел 6(1) предвидува дека е противправно за јавен орган да постапува на начин кој е некомпатибилен со правото од Конвенцијата.



## **В. Релевантно прецедентно право на Англија и Велс**

### *1. R против Sellick u Sellick*

Пресудата на овој Судот во *Луца против Италија*, бр. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II беше разгледана од Апелациониот суд во *R против Sellick u Sellick* [2005] EWCA Crim 651, кој се однесува на двајца обвинети кои наводно заплашувале сведоци. Судечкиот судија дозволи изјавите на сведоците да ѝ се прочитаат на поротата. Обвинетите се жалеа по основ дека допуштањето на изјавите го повредило Член 6 § 1 прочитан во врска со 3 (d) од Конвенцијата. Апелациониот суд ја одбил жалбата. При разгледувањето на релевантното прецедентно право на овој Суд, во став 50 од својата пресуда, навел дека она што произлезло од тоа прецедентно право се следниве становишта:

„i) Допустливоста на доказите е прашање првенствено за домашното право;

Доказите мораат вообичаено да се изведат на јавна расправа и како општо правило според Член 6(1) и (3)(d) бараат на обвинетиот да му се даде правилна и соодветна можност да оспори и испраша сведоци;

Не мора да биде некомпатибилно со Член 6(1) и (3)(d) да се прочита сведочење дадено надвор од судница, а тоа може да биде случај дури и ако немало можност да се испита сведокот во било која фаза на постапката. Член 6(3)(d) претставува едноставно илустрација на прашањата кои треба да се земат предвид при разгледување на прашањето дали е одржано праведно судење. Причините зошто судечкиот суд смета дека е неопходно изјавите да се прочитаат, како и дејствијата превземени со цел во постапката да се овозможи противтежа на секаков хендикеп за одбраната, се релевантни за оценка на прашањето дали, доколку се прочитаат сведочења, постапката ќе биде правична.

Квалитетот на доказот и неговата веродостојност, како и степенот на претпазливост кој бил применет во врска со потпирањето на истиот, се исто така релевантни за прашањето дали судењето било праведно.“

Потоа Апелациониот суд наведува:

"Прашањето е дали постои петто становиште во врска со прашањето, доколку околностите го оправдуваат читањето на изјавата каде обвинетиот немал прилика да го испита сведокот во било која фаза на судскиот процес, не смее да се дозволи да се прочита изјавата ако е единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Секако дека на прв поглед став 40 од *Lisa* се чини дека сугерира да при било какви околности и било какви фактори на противтежа да се присутни, доколку се прочитаат сведочења, тогаш ќе има повреда на Член 6, ако изјавите се единствените или одлучувачките докази. Згора на тоа, може да се најде извесна потпора за таквиот став кај претходните примери. Но ниту кај *Lisa* ниту во било кој друг меродавен пример немало случај каде еден сведок, чиј идентитет му бил добро познат на обвинетиот, се држел настрана поради страв, иако мораме да прифатиме дека повикувањето на организации од типот на Мафијата и нивните судењата во став 40 покажува дека судот имал екстремни околности на ум."

*R. против Davis*

Во *R. против Davis* [2008] UKHL 36 Горниот дом разгледуваше жалба по осудителна пресуда од страна на обвинет кој бил осуден по две точки за убиство со огнено оружје. Тројца сведоци сведочеле на судењето идентификувајќи го обвинетиот како оној што пукал. Тие сведочеле анонимно, сведочејќи зад екран така што судијата и порота можеле да ги видат, но не и обвинетиот. Горниот дом едногласно ја допуштил жалбата на обвинетиот.

Заклучил дека сведочењата биле неконзистентни со одамна воспоставеното начело на англиското обичајно право да, во зависност од определени исклучоци и законски ограничувања, обвинетиот во кривично судење треба да се соочи со своите обвинувачи за да може вкрстено да ги испрашува и да ги оспори нивните сведочења, начело кое потекнува од антички Рим (Lord Bingham во став 5).

Згора на тоа, овој Суд не се произнесе целосно против допуштањето на анонимните докази во сите околности. Но, утврди дека огласувањето за виновен не треба да се базира единствено или до одлучувачки степен на анонимни изјави. Во секој случај, по фактите во случајот Davis, овој Суд ќе утврдеше повреда на Член 6: не само што анонимните сведочења биле единствена или одлучувачка основа врз која бил осуден Davis, туку и било оневозможено ефективно вкрстено испрашување.

Lord Mance, согласувајќи се со пресудата, ги разгледал релевантните меродавни примери на овој Суд за Член 6. При тоа, тој се сомнева дека постои апсолутно барање анонимните сведочења да не треба да бидат единствените или одлучувачките докази против еден обвинет. Наместо тоа, степенот до кој таквото сведочење е одлучувачко може да не биде ништо повеќе од еден мошне важен фактор заради баланс на вагата. Тој исто заклучил дека *R. против Sellick и Sellick* (меѓу другите меродавни примери) послужи како предупредување против тоа Конвенцијата, или очигледно општите изјави од овој Суд, да се третираат како да содржат апсолутно нефлексибилни правила.

*R. против Horncastleu други*

Пресудата на Советот од 20 јануари 2009 година во односните случаи се разгледа од Апелациониот суд и од Врховниот суд на Обединетото Кралство во *R. против Horncastleu други*. Случајот се однесува на жалбите на четворица обвинети кои биле осудени врз основа на изјави на отсутни жртви, кои биле прочитани на судење согласно дел 116 од Законот од 2003. Кај двајца од обвинетите, давателот на изјавата починал. Кај другите двајца, сведокот бил премногу уплашен за да присуствува на судењето. Нивните жалби се сослушале заедно со жалба од петти обвинет, Carter, кој бил осуден врз основа на деловни документи, кои биле претставени на неговото судење.

## Пресудатана Апелацискиот суд

На 22 мај 2009, Апелацискиот суд едногласно ги одбил жалбите на првите четворица обвинети ([2009] EWCA Crim 964). Прифатил дека Член 6 § 3(d) има своја сопствена содржина но, со оглед на тоа дека не создава апсолутно право секој сведок да се испрашува, рамнотежата која ја воспоставува Законот од 2003 е легитимна и целосно конзистентна со Конвенцијата. Прифаќањето на доказ по слушање може да воведо вистински хендикеп и потребно е внимателно да се спроведува. Сепак, со оглед на заштитните мерки содржани во Законот од 2003, кои биле ригорозно применувани, не би требало да има повреда на Член 6 ако осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен врз доказ по слушање. Доколку доказот по слушање би бил веродостоен, или неговата веродостојност би можела правилно да се провери и оцени, правата на одбраната би биле испочитувани, би постоеле доволно противтежни мерки и судењето би било праведно. Не е соодветно постоењето на правило дека противтежните мерки никогаш не би биле доволни доколку доказите се единствени или одлучувачки. Ова беше разгледувано и отфрлено од страна на Комисијата за право и Парламентот кога го донесе Законот од 2003.

Во врска со правилото за единствен или одлучувачки доказ, исто така имаше принципиелни и практични потешкотии. Прво, како принципиелна потешкотија, проверката претпостави дека секој доказ по слушање е неверодостоен во отсуство на проверка пред отворен суд, и второ, исто така се претпостави дека на оној задолжен за откривање на фактите (како што е поротата) не може да му се довери проценката на доказите. Ниту една претпоставка не беше оправдана. За првата, Апелацискиот суд даде примери на доказ по слушање кој би бил веродостоен како што е жртва која, пред да почине, го открива името на својот убиец. За второто, Апелацискиот суд утврди дека поротите се сосема во состојба да ги разберат ограничувањата на пишаните изјави и, согласно дел 124 од Законот од 2003, би добиле на увид материјал за оној кој ја дава изјавата (видистав 45 погоре). Самиот факт што

доказите се суштинска алка во синџирот на докази против обвинетиот не го смени тој заклучок. На пример, форензичките докази можат да зависат од работата извршена од неидентификувани лабораториски асистенти (и со тоа да бидат доказ по слушање). Но не е неопходно секој член на лабораторијата кој работел со доказите да се повика за да се провери силината на доказите.

Судот воедно утврди дека има практични тешкотии со правилото за единствен или одлучувачки доказ како проверка на допустливоста на доказите. Тој забележа:

„Јасно е од пресудата во *Al-Khawaja против ОК* дека ЕСЧП заема став дека **допуштањето** на доказот по слушање може да претставува повреда: види особено став 37, 40, 42 и 46. Секаква проверка на допустливоста мора да се превземе пред да се даде сведочењето, и секако пред да се добие резултатот од судењето. Рутинската проверка за допустеноста на доказите, која може да се примени само ретроспективно, откако ќе се дознае исходот од судењето, му дава на судскиот процес шпекулативни карактеристики. Судијата, поротата, сведоците и страните можат да се најдат вмешани во бокс со сенки без да знаат дали службениот резултат од судењето ќе биде преиначен по основ дека, како што се одвиваат нештата, не поминал на проверката на допустеноста. Ниту пак може било кој обвинет да одлучи како да го води својот случај, и навистина дали да се изјасни за виновен или не, ако не знае врз какви докази може или не може да се потпре во текот на постапката.

Несомнено често ќе биде возможно однапред да се идентификува случај во кој односниот доказ по слушање е единствениот доказ против обвинетиот. Очигледен случај е оној на единствен очевидец, без предложена поддршка од некој друг извор. Но често ова не мора да биде јасно од самиот почеток; може да има други докази кои обвинителството има намера да ги презентира, но кои, на расправата, ќе произлезе дека не го инкриминираат обвинетиот, или ефективно ќе се побијат. И обратно, она што на почетокот се чини дека е доказ по слушање кое стои само по себе може понекогаш да добие поддршка од друг материјал како што се развиваат доказите. Некој сведок може да додаде нешто што е од голема важност што не било претходно споменато, или важноста на нешто кажано може да стане очигледна кога ќе се даде

некој друг навидум неповрзан доказ. Во еден случај каде има повеќе од еден обвинет кои се обвинети заедно, искуството вели дека доказите на еден можат да фрлат силна светлина врз вината или невиноста на друг. Така дури и концептот на „единствен“ доказ е нецелисходна проверка за допуштеноста.

Но, втората нагара на предложената проверка е она што е склоно кон причинување на најголемите потешкотии. Никој не може да знае кои докази се одлучувачки сè додека не заврши процесот на донесување на одлуката. Навистина не е возможно да се одлучи однапред, во фазата кога во прашање е допуштеноста на доказите, кој доказ ќе биде одлучувачки ... Проверката уште повеќе се отежнува доколку значењето на „одлучувачки“ се прошири и го опфати секој доказ за кој може да се каже дека, доколку отсуствува, „шансите за осуда ќе бидат помали а оние за ослободување поголеми“ (види став 21 од *Al-Khawaja*). Навистина, ако проверката е таа што одлучува, буквално секој доказ би припаднал тука; доказ кој, доколку се прифати од поротата, не ги зголемува шансите за осуда редовно би се исклучил како ирелевантен.“

Апелациониот суд воедно забележува дека би било невозможно да се примени тестот при судење на двајца или повеќе обвинети, каде едниот обвинет бара да приложи доказ по слушање во своја одбрана. Во таков случај, судечкиот судија би бил обврзан да му дозволи на обвинетиот да го приложи тој доказ дури и ако тој може да инкриминира некој од другите обвинети и всушност да претставува одлучувачки доказ против тој обвинет.

55. Апелациониот суд воедно сметал дека заштитниот механизам во дел 125 од Законот од 2003 (моќта на судечкиот судија да го прекине случајот доколку доказот по слушање е неуверлив: види став 45 погоре) обезбедува „сразмерно оценување на веродостојноста“ на доказ по слушање, и не би ѝ послужило на правдата таквата моќ да се попречува со барање да се применува во секој случај во кој доказот по слушање е единствен или одлучувачки доказ. Единствен или одлучувачки доказ по слушање би можел да биде целосно уверлив и, исто така, доказ кој не е ниту единствен ниту одлучувачки би можел да има такво потенцијално влијание врз поротата што судијата би бил уверен дека осудата е несигурно заснована. Таму каде што постои легитимен аргумент дека тој доказ по слушање е неуверлив и важен за случајот, од судечкиот судија се бара сам да одлучи дали осудата е сигурно заснована; тоа



вклучува оценка на веродостојноста на доказот по слушање, неговото место во доказите како целина, прашањата во случајот како што се појавуваа, и сите други поединечни околности на случајот. На крај, другите заштитни механизми содржани во Законот од 2003 беа ригорозно применети и Судот добро ги протолкува тешкотиите со кои се соочија обвинетите кога се допушти доказ по слушање. Законот не го поистовети доказот по слушање со доказ од права рака; напротив, бараше внимателно постапување.

56. Апелациониот суд воедно даде упатство за оценување кога би било соодветно да се дозволи приложување на доказ по слушање поради тоа што сведокот е уплашен. Немаше, во прецедентното право на овој Суд, никакво барање стравот да мора да му се припише на обвинетиот: клучните прашања беа дали постои оправдана причина за отсуството на сведокот која е поддржана со доказ и дали доказот е веродостоен или неговата веродостојност може да се провери и оцени. Апелациониот суд додаде:

„Важно е, сепак, да се вложат сите можни напори да се доведе сведокот во судот. Како што е јасно, правото на соочување е одамнешно барање на обичајното право и признаено во Член 6(3)(d). Од него треба да се отстапи само во ограничени околности и под услови зацртани во [Законот од 2003]. На сведокот мора да му се даде сета можна поддршка, но тој исто така мора да ја сфати важноста на граѓанската должност, и дека насилството и застрашувањето можат да цветаат уште повеќе доколку таа должност не се исполни, а дека тие ќе се повлечат соочени со одлучноста таа да биде извршена. Од оваа причина, од особена важност е на потенцијалните сведоци никогаш да не им се даде гаранција дека нивните докази ќе се прочитаат. Освен ако не се согласи обвинетиот, само судот применувајќи ги стриктните услови од [Законот од 2003] засновани на докази може да допушти таква изјава. Секако наговестување, а камоли гаранција, може само да го окуражи очекувањето дека тоа навистина и ќе се случи, при што ако се случи, влијанието на доказот ќе се намали а штетата по обвинетиот може да има за последица тоа воопшто да не се случи.

Веројатно во раните фази на полициската истрага на познато кривично дело истражувачите мораат да трагаат по информации по доверлив пат: ова е прашање за практичните активности на полицијата а не за нас. Но на ниту едно лице кое станува не само обичен извор на информации туку сведок, не треба да му се каже дека неговиот доказ ќе се прочита, или пак да му се наговести дека ова е веројатно. Најмногу што може да му се каже е дека од сведоците се очекува да ги видат на суд, дека секое отстапување од тоа начело претставува исклучок, и дека одлуката дали да се отстапи од него ја донесува судијата а не полицијата. Во случајот пред нас Marquis и Graham [двајца жалители], како што кажавме во став 127 и 132, судијата утврди дека истражниот полицаец во голема мерка придонел за стравот на сведокот посочувајќи повеќе пати ноторен локален пример на сведоци кои биле пронајдени, иако биле релоцирани, и убиени. Иако ноторен, тој инцидент е екстрем и мошне невообичаен случај. Потребата полицајците да им даваат внимателни совети на потенцијалните сведоци за да ја извршат својата должност, не треба да доведе до такви застрашувачки информации кои се извлекуваат поради дефанзивност. Иако [Законот од 2003] бара стравот да се толкува пошироко, не треба да се очекува страв заснован на несоодветни гаранции од страна на полицајци да резултира со тоа да се чита доказот и на него заснованата постапка пред поротата. Доколку доказот може реално да се оцени од страна на поротата ако таа го види сведокот, како што често ќе биде случај, тој не смее да се допушти. Ако се допушти и е од централна важност за случајот, постои голема можност на крајот на судењето судијата да мора да пресуди согласно с.125 дека осуда која се потпира на истиот би била несигурно заснована.“

### **(б) Пресудата на Врховниот суд**

На 9 декември 2009, Врховниот суд на Обединетото Кралство едногласно ја поддржа пресудата на Апелациониот суд ([2009] UKSC 14). Lord Phillips, презентирајќи ја пресудата на Врховниот суд, утврди дека, иако од домашните судови се бара со Законот за човекови права од 1998 да ја земат предвид јуриспруденцијата на Стразбур при примена на начелата кои се јасно воспоставени, во ретки прилики, ако судот е загрижен што пресудата од Стразбур не ги ценела или прифатила некои од аспектите на англиското право, може да одбие да ја следи пресудата. Пресудата на Советот е еден таков случај.

Lord Phillips сметаше дека еден обвинет не треба да е имун од осуда ако сведок, која дал критичен и очигледно веродостоен доказ во изјава, е недостапен да сведочи на судење поради смрт или некоја друга причина. При анализирањето на релевантното прецедентно право на овој Суд по Член 6 § 3(d), Lord Phillips заклучи дека, иако овој Суд ја препознал потребата за исклучоци кон строгата примена на Член 6 § 3(d), начинот како ги одобрува тие исклучоци резултираше со јуриспруденција на која ѝ недостасува јасност. Правилото за единствен или одлучувачки доказ е воведно во прецедентното право на Стразбур во *Doorson против Холандија*, 26 март 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II без дискусија за инхерентното начело или целосно разгледување на тоа дали имало оправдување за наметнување на правилото како примарно начело применливо подеднакво на јурисдикциите на континенталното и на обичајно право. Се чини дека правилото било создадено бидејќи, за разлика од обичајното право, континенталните системи на кривична постапка немале споредливо тело на јуриспруденција или правила кои регулираат допустливост на докази.

Lord Phillips, согласувајќи се со Апелациониот суд, утврди дека правилото би создало тешки практични потешкотии ако се примени на англиската кривична постапка. Прво, не е едноставно да се примени бидејќи не е јасно што се мисли со „одлучувачки“: во англиската кривична постапка никаков доказ не се допушта ако не е потенцијално докажен и, теоретски, секој силен доказ може да направи разлика меѓу осуда и ослободување. Второ, би било тешко да се примени проверката веќе во прва инстанца, но би било невозможно за домашните апелациони судови или за овој Суд да одлучи дали определена изјава била единствената или одлучувачката основа за осуда. Во судење пред порота, единствен начин како би можело да се примени правилото е да се исклучи секој доказ по слушање.

Lord Phillips воедно забележа:

„Проверката за единствен или одлучувачки резултира со парадокс. Му дозволува на судот да обрне внимание на доказ ако поддршката која тој му ја дава на обвинението е периферна, но не и таму каде што е одлучувачка. Колку е поуверлив доказот, толку помалку можеме да се потпреме на него. Ке има голем број случаи каде изјава на сведок кој не може да биде повикан да сведочи нема да биде сигурно заснована или задоволителна како основ за осуда. Но, ќе има и случаи каде предметниот доказ е веродостоен. Апелацискиот суд дава поголем број примери. Ке дадам само еден, кој претставува варијанта на еден од нивните. Посетител на Лондон е сведок на сообраќајна незгода во која починителот бега а во која загинава велосипедист. Тој го запаметува бројот на возилото, и ѝ дава изјава на полицијата во која го вклучува не само бројот, туку и видот и бојата на возилото и фактот дека возачот бил човек со брада. Потоа се враќа во својата земја, каде и самиот загинава во сообраќајна несреќа. Полицијата утврдува дека возилото со регистарскиот број кој тој го дал е од видот и бојата кои тој ги навел, и дека сопственикот е човек со брада. Сопственикот одбива да одговори на прашања за тоа каде бил во време на несреќата. Се чини тешко да се оправда правило кое спречува осуда на сопственикот на возилото врз основа на изјавата на починатиот сведок, но сепак тоа е последица од проверката за единствен или одлучувачки.“

Lord Phillips заклучува дека Законот од 2003 го направи таквото правило непотребно во англиската кривична постапка бидејќи, ако се почитува Законот од 2003, ќе се случи повреда на Член 6 § 3(d) дури и ако осудата е заснована исклучиво или до одлучувачки степен врз доказ по слушање. За илустрација, Прилог 4 кон пресудата анализира серија случаи против други Договорни земји каде овој Суд утврдил повредана Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d). Во секој случај, да се случело судењето во Англија и Велс, сведочењето на сведокот не би било допуштено согласно Законот од 2003 или бидејќи сведокот бил анонимен и отсутен или бидејќи судечкиот суд не спровел доволна проверка за да се осигури дека има добра причина за отсуството на сведокот. Во спротивен случај, да биле допуштени доказите, секоја осуда би била укината по жалба.

Lord Brown донесе согласна пресудата во која наведе:

„Овие жалби се од најголема важност. Доколку прецедентното право на Стразбур навистина воспоставува нефлексибилно, непотврдено начело дека секоја осуда заснована единствено или одлучувачки на доказ кој се повикува на отсутен или анонимен сведок неминовно мора да се прогласи за неправедна и да се укине како спротивна на член 6(1) и 6(3)(d) од Конвенцијата, тогаш целата домашна структура за осигурување на праведни судења–структура сега олицетворена (во однос на доказ по слушање) во Кривичниот кодекс од 2003 година и (во однос на анонимен доказ) во Законот за кривични докази (Анонимност на сведокот) од 2008 [види став 46 погоре] –не може да опстои и голем број виновници ќе треба да се ослободат. Тешко е да се претпостави дека Судот во Стразбур фактички зацртал едно вака апсолутно начело и, навистина, барем еден исклучок кон истото се чини дека се признава: праведноста на допуштање на доказ по слушање од сведок отсутен како последица на заплашување од странан на обвинетиот.

...

Ниту може веднаш да се претпостави дека Стразбур ги имал во предвид практичните проблеми и аномалии идентификувани од Апелациониот суд (став 61-63 и 68-71 [од неговата пресуда]) кои неминовно произлегуваат од секое апсолутно начело какво овде се спори. Очигледно, колку поклучијален е еден доказ за докажувањето на вината, толку посовесен мора да биде Судот за да се погрижи дека тоа може праведно да се предочи и да биде поверодостојно. Во врска со ова, нема штета во примената на концептот „единствен или одлучувачки“ сè додека тој се применува пошироко –како што е во Законот од 2008 во однос на анонимни сведоци и, всушност, во контекст на контролниот налог\* каде повеќе се однесува на наводите против осомничениот одошто доказот предочени како поддршка. Нефлексибилно протолкуван и применет, концептот би причинил нерешливи проблеми на детално толкување и примена.

Можеби затоа, подобар став е такво апсолутно начело да не произлезе од Пресудата на Судот во Стразбур во *Al-Khawaja и Tahery против Обединетото Кралство*...“

\* (заб. прев. **контролен налог -control order-** е налог даден од Министерот за внатрешни работи на ОК за ограничување на слободите на поединец заради „защита на јавноста од ризик од тероризам“)

### III. РЕЛЕВАНТНО КОМПАРАТИВНО ПРАВО

#### *Шкотска*

Во зависност од определени законски исклучоци, во шкотското кривично право едно лице не може да биде осудено за кривично дело или дело казниво со закон на непотврдено сведочење на еден сведок, без оглед колку да е веродостоен (види *Morton против Обвинителот на Нејзиното Височество (НВ) 1938 JC 52*, цитирано во *Campbell против Обвинителот на НВ 2004 C.L.T. 135*).

Доказ по слушање се регулира со дел 259 од Законот за кривична постапка (Шкотска) од 1995, кој дозволува негово допуштање во определени услови, вклучувајќи и кога лицето кое ја дало изјавата е починато. Дел 259(4) дозволува да се прифати доказ кој е релевантен за кредибилитетот на лицето како сведок. Во *N против Обвинителот на НВ* 2003 С.Л.Т. 761 Врховниот кривичен суд, заседавајќи како апелациски суд, против своја волја дојде до заклучок дека дел 259 го лишува судот од дискрециското право, кое претходно го уживаше според обичајното право, да исклучи таков доказ ако е неверодостоен. Заменик претседателот на Врховниот суд забележа дека, без оглед на дел 259, остануваат опасностите на доказот по слушање кои се одамна прифатени. Тој додаде:

„Таму каде важи општа одредба како што е с259, неминовно ќе има случаи во чии околности доказ по слушање би бил толку штетно за праведноста на судењето, што единствен праведен и правилен чин е тој да се исклучи. Ова, чинам е таков случај.

Не сум импресиониран од трите заштитни механизми на кои се повикува судечкиот судија (*Обвинителот на НВ против N*, на стр. 437С-Е). Барањето за потврдување е неутрална околност. Претставува заштитен механизам кој се применува на обвинителните докази во секој облик. Не можам да видам каква вредена заштитна мерка пружа начелото на потврдување ако примарниот доказ кој се бара да биде потврден е *per se* неправеден за обвинетиот. Згора на тоа, воведувањето на доказ кој влијае врз кредибилитетот на оној кој ја дава изјавата за доказ по слушање може во најдобар случај да биде вежба во ограничување на штетата, ако веќе се воведени очигледно штетни докази. Што се однесува до заштитата дадена со судиските упатства, сметам дека може да има случаи каде доказот по слушање е толку штетен што никакви упатства, колку и да се силни, не би можеле да ја надоместат неправедноста која произлегува од тоа што бил воопшто допуштен. ...

Во англиските одредби кои регулираат допустливост на изјава дадена во документ, Парламентот изричито му додели на судот дискрециско право да исклучи таква изјава ако смета дека во интерес на правдата не треба да се допушти. Едно посебно согледување кое судот мора да го има предвид е ризикот допуштањето на доказот да резултира со неправедност по обвинетиот (Закон за кривична правда од 1988, став 25(1), 25(2)(d) и 26(ii); види *R против Gokal*). Ова, според мене, се мудри одредби. Ако одредбите од овој вид му биле достапни на судечкиот судија во случајов, ќе можеле да му овозможат да го исклучи доказот по слушање на самиот почеток.“

Врховниот кривичен суд воедно ја разгледа компатибилноста на воведувањето на доказ на отсутен сведок со Член 6 § 3(d) во *McKenna против Обвинителот на НВ*. Во тој случај, судење за убиство, обвинителството побара да воведат изјави дадени на полицијата од можен сообвинет кој починал во меѓувреме. Во претходната пресуда дадена пред судењето (2000 SLT 508), Врховниот кривичен суд, заседавајќи како апелациски суд, утврди дека само во екстремни околности обвинет може да тврди пред судењето дека воведувањето на доказот по слушање би бил толку штетен за шансите за праведно судење, што Судот би можел да го реши прашањето однапред. Затоа дозволи судењето да продолжи. Кога се воведоја изјавите на судењето и обвинетиот беше осуден, тој ја обжалаше својата осуда. Во својата пресуда со која ја отфрла жалбата (2003 SLT 508), Врховниот кривичен суд утврди дека, иако изјавите се важен доказ, имајќи ги предвид другите докази дадени на судењето (што вклучува признанија од обвинетиот и форензички докази), не може да се каже дека осудата на жалителот била базирана до одлучувачки степен на нив. На поротата и беа дадени соодветни и задоволителни инструкции за тоа како да постапи со изјавата на отсутниот сведок. До сличен заклучок дојде истиот суд во *Обвинителот на НВ против М* 2003 SLT 1151.

Компатибилноста на допуштањето на доказ по слушање со Член 6 § 3(d) беше понатаму разгледувана од Врховниот кривичен суд во *Campbell против Обвинителот на НВ*, цитирано погоре. Судот забележа дека, во релевантното прецедентно право на овој Суд, голем број од повредите на Член 6 § 3(d) кои се утврдени се појавиле во јурисдикции кои не го применувале правилото на потврдување од шкотското право:

„Најголемиот број на ситуации во кои Судот сметал дека настанала повреда на чл. 6(1) и (3)(d) не можеле да се појават во Шкотска. Со барањето за потврдување на сите клучни факти, осуда не би можела да биде базирана единствено врз доказ од еден единствен сведок, без оглед дали во примарен или секундарен облик. Повреди на



право од Конвенцијата се утврдени во случаи каде главниот сведок против обвинетиот не е ставен на располагање за испрашување или, во околности каде имало поголем број главни сведоци, каде никој од нив не е ставен на располагање. Ниеден случај не ни е претставен во кој се смета дека повредата настапила во околности каде обвинетиот имал можност да го испраша или некој друг да го испраша жалителот, или друг директен или централен сведок, а другите придружни докази биле во писмен облик. „До одлучувачки степен“, како што го користат европските органи, се чини дека се фокусира врз важноста на доказите како прашање на тежина. Не се фокусира врз било кое правило дека осудата не може да биде заснована на единствен извор на докази. Фактот што доказот по слушање се бара да го задоволи правилото за потврдување, само по себе не го прави тој доказ по слушање „одлучувачки“ во европска смисла.

Во овие околности не сме уверени дека во секој случај во кој доказ по слушање е неопходна состојка на потврдените докази на Круната ќе има повреда на чл. 6(1) и (3)(d). Ќе биде, сепак, неопходно за судечкиот судија да го третира, во контекст на целокупните докази во случајот, значајот на секој доказ по слушање врз кој се потпира Круната и да преземе соодветни чекори за да се погрижи правото на обвинетиот на праведно судење со тоа да не се прекрши.“

Судот додаде дека, при давањето на инструкции на поротата, треба да се има предвид упатството дадено од Заменик претседателот на Врховниот суд во *N против Обвинителот на НВ*, цитирано погоре. Врховниот суд ја дозволи жалбата на првиот жалител во *Campbell* поради несоодветноста на упатството на судечкиот судија кон поротата. Ја отфрли жалбата на вториот жалител во делот каде се однесува на Член 6 од Конвенцијата, утврдувајќи дека доказот по слушање не бил одлучувачки и дека главниот доказ против него дошол од сведок кој сведочел на суд.

*Campbell* беше применет во *Обвинителот на НВ против Johnston* 2004 C.L.T.

1005 каде, во пресуда дадена за време на судењето, судија во Врховниот суд дозволил допуштање на изјава дадена на полицијата од сведок кој потоа починал пред судењето; изјавата била допустлива *inter alia* бидејќи не можела да биде „одлучувачка“. Во *Humphrey против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 30, Врховниот кривичен суд забележал дека има „големи потешкотии“ во разбирањето на значењето на зборот „одлучувачки“ во контекст на случај

заснован на посредни докази но, во тој случај, доказот во облик на изјава на сведок пред полицијата кој починал не била „ни оддалеку одлучувачка“ и имало доволно докази за да го поткрепат прогласувањето за виновен без неа. До слични резултати се дојде во *Allison против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 63 и *Harkins против Обвинителот на НВ* [2008] НСЈАС 69.

## 2. Ирска

Во својот консултативен напис од март 2010 за доказ по слушање во граѓански и кривични случаи, Комисијата на Ирска за реформи во правото привремено препорача, во зависност од постојното обичајно право и законски вклучените

исклучоци, доказот по слушање треба да продолжи да биде исклучуван во кривичната постапка. Исто така, привремено препорача да нема законско воведување на преостанато дискреционо право да се вклучи доказ по слушање и концептите на веродостојност и неопходност да не ја формираат основата за реформа на правилото за доказ по слушање бидејќи им недостасува јасност.

Комисијата воедно забележа:

"Член 38.1 од Уставот на Ирска го заштитува правото на вкрстено испрашување и тоа дека слободна допустливост на доказ по слушање во кривична постапка би го нарушила ова уставно заштитено право. Определени опасности се поврзуваат со дозволувањето докази од недостапни сведоци: тоа го поткопува правото на обвинетиот на праведно судење и создава потенцијал за потфрлање на правдата што би настанало ако се допуштат докази изведени од следниве категории сведоци:

Ако сведокот е починат (со исклучок на изјави на смртната постела);

Ако сведокот не може да сведочи поради телесна болест;

Ако сведокот е надвор од јурисдикцијата;

Ако сведокот не може да се пронајде.“

Комисијата одлучи да препорача законските решенија од Англија и Велс, и особено дел 114 од Законот од 2003, да се усвојат во Ирска. Забележа:

„Овој модел на реформа го ублажува правилото на таков начин што правилото против доказ по слушање го прави излишно. Категориите на допустлив доказ по слушање според овој модел значително се проширени и, во светлината на уставната заштита која ја ужива правото на вкрстено испрашување, Комисијата е на привремено мислење дека да се дозволи непроверен доказ од исплашени и недостапни сведоци би го поткопало ова право. Комисијата нагласува дека привремено препорачала судовите да задржат дискрециско право да го развиваат правилото за доказ по слушање доколку е неопходно.“

Комисијата воедно утврди дека (во зависност од можни резерви кои се однесуваат на крајниот исход на конкретните случаи), прецедентното право на овој Суд се чини во голема мерка во согласност со пристапот кој го заземаат ирските закони.

### 3. Австралија

Австралиските судови отсекогаш заземале строг пристап кон исклучување на изјави дадени надвор од суд (види, на пример, *Ваннон против Кралицата* (1995) 185 CLR 1).

Допуштањето на доказ по слушање во сојузна кривична постапка во Австралија сега е регулирана со Законот за докази од 1995 година. Дел 65 од Законот дозволува допуштање на докази во врска со претходни искази (на пример изјави) ако сведокот не е достапен да сведочи за „констатиран факт“. Таквиот доказ е допустлив *inter alia* кога: (i) исказот бил даден кога или наскоро откако констатиранот факт се случил во околностиво кои е малку веројатно

исказот да бил измислен (дел 65(2)(b)); или (ii) кога исказот е даден во околности во кои е мошне веројатно исказот да бил веродостоен (дел 65(2)(c)).

Примената на овие одредби за дозволување на изјава од сведок кој починал пред судење е разгледана од страна на Сојузниот суд на Австралија во *Williams против Кралицата* (2000) 119 A Crim R 490. Судот утврди дека, во околностите на случајот, изјавата дадена на полицијата не била доволно веродостојна, особено кога сведокот имал причини да И го каже на полицијата она што тие сакале да го слушнат. Истоветни законски одредби се разгледувани од Врховниот суд на Нов Јужен Велсво *Harris против Кралицата* (2005) 158 A Crim R 454), каде за изјавата на починат жалител било утврдено дека е доволно веродостојна за да се допушти, со оглед дека *inter alia* тужителот знаел дека полицијата ќе интервјуира други сведоци во случајот.

Правото на Канада кое се однесува на доказ по слушање е реформирано како резултат на три главни одлуки на Врховниот суд на Канада, кои формирале „принципиелен пристап“ кон допустливоста на доказ по слушање.

Прво, во *R против Khan* [1990] 2 С.С.Р. 531, Врховниот суд утврди дека судечкиот судија згрешил со тоа што не и дозволил на жртвата, три и пол годишно девојче кое изјавило дека било жртва на полов напад, да даде докази без заклетва и со неговото одбивање да и дозволи на Круната да воведи изјави кои детето и ги дало на мајка си петнаесет минути по нападот. Ако не може да се дадат докази кои не се под заклетва постои опасност никогаш да не можат да се гонат кривични дела против мошне мали деца. Во однос на изјавите дадени на мајката, Врховниот суд утврди дека било соодветно да се заземе пофлексибилен но „принципиелен“ пристап кон доказот по слушање. И покрај потребата од претпазливост, доказ по слушање би можело да се допушти ако се задоволат двете основни барања за неопходност и веродостојност. При утврдувањето на допустливост, судечкиот судија беше обврзан ја има предвид потребата да ги заштити интересите на обвинетиот. Загриженоста за кредибилитетот на доказите продолжува да се разрешува со поднесоци во врска со тежината која треба да им се припише, и поднесоци во врска со квалитетот на секој поткрепувачки доказ.

Второ, во *R против Smith* [1992] 2 С.С.Р. 915 Судот го одобри „принципиелниот пристап“ следен во *Khan* и утврди дека два телефонски повици направени од починатата до нејзината мајка кусо пред да почине биле допустливи. Сепак, сведочењето на мајката во однос на содржината на третиот телефонски повик не требало да биде допуштено бидејќи условите под кои бил направен тој повик не ја дале „посредната гаранција на сигурност“ која би го оправдала неговото допуштање без можност за вкрстено испрашување.

По *Khan* и *Smith* следеше *R. против Rockey* [1996] 3 С.С.Р. 829. Врховниот суд беше убеден дека секој разумен судечки судија ќе утврдеше дека е неопходно да се допушти изјава дадена во пред-расправата од дете, кое имало пет години во моментот на судењето, во која тоа се жалело дека било жртва на полов напад. McLachlin J нагласи (согласувајќи се со пресудата) дека случајот против жалителот бил солиден: изјавите на детето биле целосно доследни и поддржани *inter alia* од медицински докази и докази за промени во однесувањето кај него по нападот и отсуството на било какво уверливо објаснување дека некој друг а не жалителот го починил нападот.

Третиот и најзначаен напредок во прецедентното право на Врховниот суд е неговата пресуда во *R против Khewalon* [2006] 2 С.С.Р. 787, која заведе построг пристап кон веродостојноста. Случајот се однесува на тужба за напад извршен од постар жител на старечки дом врз еден од вработените во домот. Пациентот, С, и дал на полицијата изјава снимена на видео лента; изјавата била дадена без заклетва. По изјавата на С други жители на домот истапија и дадоа изјави дека и тие биле нападнати од обвинетиот. До моментот на судењето, сите оние кои ги дале изјавите, вклучувајќи го и С, или починале или не биле веќе способни да сведочат. Некои од изјавите беа допуштени од судечкиот судија поради воочливите сличности меѓу нив. Апелацискиот судз а Онтарио ги исклучи сите изјави и го ослободи обвинетиот. Врховниот суд ја отфрли жалбата на Круната по таа одлука и го потврди ослободувањето.



Врховниот суд го објасни своето претходно прецедентно право за прашањето на веродостојност, и изјави дека барањето за веродостојност би било генерално задоволено ако се покаже: (i) дека немало реална потреба од загриженост дали изјавата е вистинита или не е, поради околностите под кои настанала; или (ii) дека не се појавила реална загриженост, бидејќи вистинитоста и точноста на изјавата можеле сепак задоволително да се проверат по друг пат освен вкрстено испрашување. Судечкиот судија треба да даде прелиминарна оценка за „прагот“ на веродостојност на изјавата и да им го остави крајното утврдување на нејзината вредност на задолжените за откривање на фактите/поротата. Судечкиот судија треба да ги разгледа сите релевантни фактори вклучувајќи го, во соодветни случаи, присуството на поткрепувачки или противречни докази. Channon J, презентирајќи ја едногласната пресуда на Судот, наведе (во став 49 од пресудата):

„Во некои случаи, поради околностите во кои настанала, содржината на изјава по слушање може да биде толку веродостојна што истовремено вкрстено испрашување на нејзиниот давател би придодало мошне малку, ако воопшто, кон процесот. Во други случаи, доказите можат да не се толку уверливи, но околностите ќе овозможат доволна проверка на доказите по друг пат освен истовремено вкрстено испрашување. Во тие околности, допуштањето на доказите ретко кога ќе ја поткопа правичноста на судењето. Но, бидејќи правичноста на судењето може да опфати фактори надвор од строгото испитување на неопходноста и веродостојноста, дури и ако се задоволени обата критериума, судечкиот судија има дискреционо право да исклучи доказ по слушање ако неговата доказна вредност е со помала тежина од неговиот штетен ефект.“

Судот заклучи дека изјавата на С не е допустлива. Забележа дека обвинението против Khelawon во однос на С беше „целосно засновано“ врз вистинитоста на наводите содржани во изјавите на С (став 101 од пресудата). Отсуството на било каква прилика истиот да се подвргне на вкрстено испрашување влијаеше врз прашањето за веродостојност, и не постоеше соодветна замена за проверка на доказите. Принципиелните исклучоци на правилото за доказ по слушање не нудеа механизам за засновање на осудата врз изјава до полицијата, снимена на видео лента или на друг начин, без друго (став 106 од пресудата). Ниту можеше барањето за веродостојност да се задоволи со потпирање на

својствената сигурност на изјавата; ова не беше случај со Khan, каде неоспорноста на доказите беше таква што би било педантерија да се инсистира на проверка преку вкрстено испрашување. С беше постар и слаб; неговите ментални способности беа доведени во прашање и имаше медицински докази дека неговите повреди можеле да потекнуваат од паѓање.

Воедно, не беше јасно дека ги разбрал последиците од својата изјава по обвинетиот. Во околностите, недостапноста на С за вкрстено испрашување постави значајни ограничувања за можноста на обвинетиот да го провери доказот и, способноста на истражувачот на фактите правилно да ја оцени неговата вредност.

*Хонг Конг*

Во својот извештај од ноември 2009, Комисијата на Хонг Конг за реформи на правото предложи значителни реформи околу допуштањето на доказ по слушање во кривична постапка во таа јурисдикција. Предложи да се задржи сегашното правило на Хонг Конг против допуштање на доказ по слушање, но да се зголеми доменот на допуштање на доказ по слушање во специфични околности. Комисијата го одби англиското законско решение содржано во Законот од 2003, забележувајќи дека Хонг Конг ги нема законските механизми за исклучување на доказ по слушање кои важат во Англија и Велс, како што се дел 126(1) од Законот од 2003 и дел 78 of ЗПКД (види став 40 и 45 погоре). Комисијата воедно забележа дека основот за допуштање на доказ по слушање според дел 116 од Законот од 2003, иако нуди праведен степен на сигурност и конзистентност во донесувањето одлуки, има „премногу инклузивен ефект со тоа што ги дозволува сите видови релевантни докази, вклучувајќи неверодостоен доказ по слушање“ (став 8.25 од извештајот).

Наместо тоа, Комисијата предложи модел на реформа, заснован на пристапот следен од Комисијата на Нов Зеланд за право (види став 81 подолу) и канадските судови по *Khelawon*. Препорача доказот по слушање да биде допустлив *inter alia*, ако судечкиот судија е уверен дека е неопходно да се допушти доказот по слушање и дека тој е веродостоен. Оценувањето на веродостојноста од страна на судечкиот судија треба да вклучи размислување околу тоа дали доказот по слушање е поткрепен од друг допустлив доказ. Комисијата воедно препорача, во било која фаза на кривичната постапка откако ќе се допушти доказ по слушање, судот да има овластување да наложи ослободување на обвинетиот ако судечкиот судија смета дека не е сигурно засновано да се осуди. При донесувањето на таа одлука, судот треба да ја има предвид *inter alia* важноста на таквиот доказ по случајот против обвинетиот. Комисијата воедно утврди дека овие препораки значат дека нејзиниот модел на реформа би бил во согласност со пресудата на Советот во конкретните случаи.

*Нов Зеланд*

Комисијата на Нов Зеланд за право, во својот извештај од 1999 година за докази, препорача допустливоста на доказот по слушање да се заснова на две размисли: веродостојност и неопходност. Таа препорака беше пропишана во Законот за докази 2006, кој стапи на сила во 2007. Дел 18(1) од Законот предвидува:

„Изјава по слушање е допустлива во секоја постапка ако -

Околностите кои се однесуваат на изјавата пружаат разумна гаранција дека изјавата е веродостојна; и

или -

оној кој ја дава изјавата не е достапен како сведок; или

судијата смета дека ќе се причинат неумесни трошоци или оддолжување ако се побара оној кој ја дава изјавата да биде сведок.“

„Околностите“ за оваа цел се дефинираат во с16(1) како да ги вклучува: (а) природата на изјавата; (б) содржината на изјавата; (ц) околностите во врска со давањето на изјавата; (д) сите околности во врска со веродостојноста на лицето; и (е) секакви околности во врска со точноста на забележувањето од страна на лицето.

Дел 8(1) од Законот предвидува доказ да мора да се исклучи ако неговата доказна вредност е помала од ризикот дека доказот (а) ќе има неправедно штетен ефект по постапката; или (б) непотребно ќе ја пролонгира постапката. Дел 8(2) предвидува при утврдувањето дали доказната вредност на доказот е помала од ризикот доказот да има неправедно штетен ефект по кривичната постапка, судијата да мора да го земе предвид правото на обвинетиот да понуди ефективна одбрана.

### *7. Јужна Африка*

Иако судење пред порота веќе не се практикува во Јужна Африка, и таа значително ги реформираше своите закони за доказ по слушање. Дел 3(4) од Законот за измена на Законот за докази од 1988 година го дефинира доказот по слушање како доказ, било усмен било на писмено, чија доказна вредност зависи од кредибилитетот на било кое лице освен лицето кое дава доказ. Со дел 3(1) таквиот доказ по слушање не е допустлив освен во случај (i) да се допушти со согласност; (ii) лицето од чиј кредибилитет зависат доказите да сведочи; или (iii) судот да е на мислење дека доказите треба да се допуштат во интерес на правдата. Дел 3(1)(c) предвидува, при градењето на своето мислење, судот да мора да обрне внимание на: (i) природата на постапката; (ii) природата на доказот; (iii) намерата со која се поднесува доказот; (iv) доказната вредност на доказот; (v) причината зошто доказот не го дава лицето од чиј кредибилитет зависи доказната вредност на таквиот доказ; (vi) секаква штета по страната која допуштањето на таквиот доказ може да ја засегне; и (vii) секој фактор кој според мислењето на судот треба да се земе предвид.

Во *Државата против Ramavhale* [1996] ZASCA 14, Врховниот суд забележа дека, без оглед на формулацијата на дел 3(1), останува „интуитивно двоумење да се дозволи да се користат непроверени докази против обвинет во кривичен случај“. Тој исто така одобри претходен меродавен став дека судот треба „долго да се колеба“ при допуштање или потпирање на доказ по слушање кој има одлучувачки или дури и значителен дел во прогласувањето на обвинетиот за виновен, освен ако не постојат причини кои би нè натерале тоа да го сториме. И покрај реформите пропишани со дел 3(1), Врховниот суд утврди дека веродостојноста е фактор што треба да продолжи да се разгледува при утврдувањето на допустливоста на доказ по слушање. Згора на тоа, во тој случај, при оценувањето каква штета би произлегла по обвинетиот доколку се допушти доказ по слушање, судечкиот судија згрешил што се потпрел на фактот дека на обвинетиот му се отворени други патишта за оспорување на доказите, еден од кои е и самиот да даде докази; логичкиот заклучок на овој пристап е дека Државата, со воведување на „површен“ доказ по слушање би можела да го натера обвинетиот да сведочи во случај каде отсуството на директни докази е такво што тој би имал право да не сведочи.

Уверливи причини за допуштање на доказ по слушање, иако биле одлучувачки, се утврдија во *Државата против Ndhlovu и други* [2002] ZASCA 70, меѓу другото и поради високите гаранции за веродостојноста на доказите и поради тоа што доказот по слушање бил силно поврзан со други докази во случајот. Загриженоста искажана во *Ramavhale* во врска со допуштањето или потпирањето на доказ по слушање, кои одиграа одлучувачка или дури и значителна улога во прогласувањето на обвинетиот за виновен, беа повторени од страна на Врховниот суд во *Државата против Libazi и други* [2010] ZASCA 91, *Државата против Mpingose и друг* [2011] ZASCA 60, и *Државата против Matushe* [2007] ZASCA 58. Во последниов случај, Врховниот суд забележа дека е очигледно дека изјава по слушање која служи само да се пополни „мозаик“ е полесно да се допушти, одошто таква која неминовно ќе стане клучен дел од случајот на Државата.

## 8. Соединети Американски Држави

87. Шестиот амандман на Уставот на Соединетите Држави му го гарантира на обвинетиот при секое кривично гонење правото да се соочи со сведоците против себе („клаузула за соочување“). Во *Oxajó против Roberts* 448 U.C. 56 (1980) Врховниот суд на Соединетите Држави утврди дека доказ со „детални гаранции за веродостојност“ е допустлив без соочување. Тоа беше одбиено во *Crawford против Вашингтон* 541 U.C. 36, каде судот пресуди дека клаузулата за соочување важи за секој доказ кој има природа на сведочење, и нема пристрасност во Шестиот амандман за допуштање на доказ само врз основа на неговата веродостојност. Таму каде сведочењата се во прашање, единствената индикација за веродостојност која е доволна е онаа пропишана во Уставот: соочување. Следствено на тоа, сведочење е недопустливо освен во случај каде сведокот се појавува на судењето или, ако сведокот не е достапен, обвинетиот имал претходна прилика за вкрстено испрашување (види исто така *Melendez-Díaz против Масачусетс* 129 С.Ст. 2527 (2009) и *Bullcoming* против *Ново Мексико* 131 С.Ст. 2705 (2011)).



Правото на соочување со сведоци се губи ако може да се покаже дека обвинетиот го уплашил сведокот така да овој не сведочи (*Davis против Вашингтон* 547 U. C. 813 (2006) и *Giles против Калифорнија* 554 U.C. 353 (2008)).

## ПРАВО

НАВОДНАПОВРЕДАНА ЧЛЕН 6 §§ 1и 3 (d) ОД КОНВЕНЦИЈАТА

88. Член 6 §§ 1 и 3 (d) од Конвенцијата, кој гласи:

„1. Во утврдувањето на своите граѓански права и обврски или на било кое кривично обвинение против себе, секој има право на праведна и јавна расправа во разумен рок од независен и непристрасен трибунал воспоставен со закон...

3. Секој оној кој е обвинет за кривично дело има минимум следниве права:

...

(d) тој да ги испраша или некој да ги испраша сведоците против себе и да му се обезбеди присуство и испрашување на сведоците во негово име под истите услови како сведоците против него.“

### Заклучоци на Советот

За Советот одредбите на Член 6 § 3(d), како и другите елементи на Член 6 § 3, претставуваат едно од минимум правата кои треба да му се пружат на секој кој е обвинет за кривично дело. Советот воедно забележа дека како минимум права, одредбите на Член 6 § 3 претставуваат изричители гаранции и неможат да се читаат како илустрации на прашања кои треба да се земат предвид кога се разгледува дали е одржано праведно судење.

Советот потоа забележа дека без оглед на причината за неможноста обвинетиот да го испраша сведокот, било да се работи за отсуство, анонимност или двете, почетната точка за оценката на Судот дали имало повреда на Член 6 §§ 1 и 3(d) е дадена во *Лиса*, цитирано погоре, во § 40:

„Ако на обвинетиот му е дадена соодветна и правилна можност да ги оспори исказите или кога биле дадени или во подоцнежна фаза, нивното допуштање како доказ нема само по себе да му противречи на Член 6 §§ 1 и 3(d). Последица на ова е во случај каде осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен на искази кои се дадени од лице кого обвинетиот немал можност да го испраша или некој да го испраша во негово име, без оглед дали за време на истрагата или на судењето, правата на одбраната се ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите предвидени во Член 6 [испуштени референци].“

Советот напомена дека обете страни се задоволија да му пристапат на прашањето врз основа на тоа што секоја осуда е заснована единствено или до одлучувачки степен на двајцата засегнати сведоци, и продолжи по иста основа. Советот потоа ги разгледа противтежните фактори врз кои се потпираше Владата во секој од случаите. Прво, ги разгледа противтежните фактори имено, во секој случај, што судечкиот судија правилно ја применил релевантната законска проверка и што Апелациониот суд ја прегледал сигурната заснованост на секоја осуда. Утврди дека овие фактори имаат ограничена тежина бидејќи самото прашање во секој од случаите беше дали судечките судии и Апелациониот суд постапиле во согласност со Член 6 §§ 1 и 3 (d) од Конвенцијата.

Во врска со Г-дин Al-Khawaja, Советот продолжи:

„41. При испитувањето на фактите од случајот на Г-дин Al-Khawaja, Судот забележува дека противтежните фактори врз кои се потпира Владата се фактот што изјавата на СТ сама по себе не го приморала жалителот да сведочи; дека немало

наговестувања за дослук меѓу тужителите; дека немало недоследности меѓу изјавата на СТ и што било кажано од други сведоци, што можело да се истражи во вкрстеното испрашување на тие сведоци; фактот што нејзиниот кредибилитет можел да се оспори од одбраната; и предупредувањето до поротата да има на ум дека ниту го виделе ниту го слушнале доказот на СТ и дека тој не бил проверен преку вкрстено испрашување.

42. Откако ги разгледа овие фактори, Судотне утврди дека било кој од нив, сам по себе или сите заедно, би претставувал противтежа на штетата по одбраната од допуштањето на изјавата на СТ. Точно е дека и без изјавата на СТ, жалителот можеби ќе морал да сведочи како дел од својата одбрана по другата точка, точка два. Но доколку изјавата на СТ не беше допуштена, веројатно на жалителот ќе му се судеше само по точка два и ќе мораше да сведочи само во однос на оваа точка. Во однос на недоследностите меѓу изјавата на СТ и нејзиниот приказ даден на двајцата сведоци, Судот смета дека тие биле минорни по природа. Одбраната се потпрела само на една таква неконзистентност, имено фактот што во еден момент за време на наводниот напад, СТ тврдела во нејзината изјава дека жалителот ги И допрел лицето и устата додека во приказот даден на еден од сведоците таа кажала дека таа самата си го допрела лицето на поттик од жалителот. Иако беше секако отворено за одбраната да се обиде да го оспори кредибилитетот на СТ, тешко е да се види врз која основа тие можеле тоа да го сторат, особено што нејзиниот приказ во голема мерка кореспондирал со тој од другиот тужител, со кој судечкиот судија не најде докази дека за дослук. Отсуството на дослук може да биде фактор во домашното право во полза на допустливост, но во конкретниов случај неможе да се смета за противтежен фактор за целите на Член 6 § 1 в.в. Член 6 § 3(d). Отсуството на дослук не го менува заклучокот на Судот дека содржината на изјавата, откако се допуштила, била доказ по точка еден што жалителот не можел ефективно да го оспори. Што се однесува до предупредувањето на судијата до поротата, Апелациониот суд утврди дека тоа било недоволно. Дури и да не е така, Судот не е уверен дека било какви дополнителни соодветни упатства ќе можеле ефективно да противтежат на ефектот на непроверена изјава која бил единствен доказ против жалителот."

Советотот таму утврди повреда на Член 6 §§ 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Al-Khawaja.

Во однос на Г-дин Tahery, Советот забележува:

„45. Во овој случај, Владата се потпира на следниве главни противтежни фактори: дека алтернативните мерки биле разгледани од страна на судечкиот судија; дека жалителот имал прилика да ја оспори или собори изјавата самиот сведоcheјќи и повикувајќи други сведоци; дека судечкиот судија ја предупредил поротата дека е неопходно да им пристапи на доказите дадени од отсутниот сведок со претпазливост; и дека судијата И кажал на поротата дека жалителот не е одговорен за стравот на Т.

Судот не утврди дека овие фактори, разгледани поединечно или кумулативно, ќе ја осигурале праведноста на постапката или ќе му противтежеле на сериозниот хендикеп за одбраната кој произлегол од допуштањето на изјавата на Т. За домашните судови соодветно е, штом ќе се соочат со проблемот на отсутни или анонимни сведоци, да разгледаат дали можат да се применат алтернативни мерки кои во помала мерка би ги ограничиле правата на одбраната одошто допуштање на изјави на сведоци како доказ. Но, фактот што се утврдило дека алтернативните мерки се несоодветни не ги ослободува домашните судови од одговорноста да се погрижат да нема повреда на Член 6 §§ 1 и 3 (d) кога допуштаат да се прочитаат изјави на сведоци. Навистина, одбивањето на помалку рестриктивни мерки подразбира поголема должност да се обезбеди почитување на правата на одбраната. Што се однесува до способноста на жалителот да ја побие изјавата со повикување други сведоци, самиот проблем е во тоа што немало сведок, со исклучок на Т, кој бил очигледно во состојба или подготвен да каже што видел. Во овие околности, Судот не утврди дека изјавата на Т можела ефективно да се побие. Судот прифаќа дека самиот жалител сведочел одрекувајќи го обвинението, иако одлуката тоа да го стори мора да била под влијание на допуштањето на изјавата на Т. Правото на обвинетиот да сведочи во своја одбрана не може да се гледа како противтежа на можноста да го види и да го подвргне на проверка и вкрстено испрашување единствениот очевидец на обвинителството против себе.

На крај, што се однесува до предупредувањето на судечкиот судија до поротата, Судот прифаќа дека било и целосно и внимателно срочено. Точно е, исто така, дека во контекст на анонимни сведоци во *Doorson*, цитирано погоре, § 76, Судот предупреди дека „со докази обезбедени од сведоци под услови во кои не можат да се осигурат правата на одбраната до степен до кој тоа нормално го бара Конвенцијата, треба да се постапува со екстремна претпазливост“. Во тој случај, беше задоволен дека биле преземени соодветни чекори поради изричитата изјава на Апелациониот суд дека ги третира релевантните изјави „со неопходната претпазливост и внимателност“. Но, во случај на отсутен сведок како што е Т, Судот не смета дека таквото предупредување, вклучувајќи и потсетување дека не бил жалителот тој кој е одговорен за отсуството, без оглед колку јасно искажано, би било доволна противтежа каде неоспорената изјава на сведокот била единствениот директен доказ против жалителот.“

Советот таму утврди повредана Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery.

## **Б. Поднесоците на страните**

### *1. Владата*

## Пресудата на Советот

Владата сметаше дека Член 6 § 3(d) е изричната гаранција но не апсолутно правило од кое не е можно никакво отстапување: фокусот е на постапката како целина, заштитните мерки кои му се на располагање на обвинетиот, веродостојноста на доказите и, во соодветни случаи, интересите на сведоците или жртвите. Нефлексибилно правило за единствени одлучувачки беше некомпатибилно со општиот пристап на Судот кон Член 6 § 3(d).

Владата предочи дека на начинот на кој Судот ја применил и развил проверката му недостасува јасност во неколку аспекта: немаше соодветна дискусија околу начелото кое лежи во основа на правилото; немаше целосно разгледување во однос на тоа дали треба да се применува еднакво на јурисдикциите со граѓанско и обичајно право; пред *А.М. против Италија*, бр. 37019/97, ECHR 1999-IX, немаше поддршка во прецедентното право на Судот за примена на проверката во однос на отсутен сведок чиј идентитет и бил познат на одбраната; и не беше возможно да се увиди било каква доследност во прецедентното право на Судот за тоа кога доказ би се сметал за одлучувачки.



Владата исто така предочи дека правилото за единствен или одлучувачки, како што е применето од Советот во неговата пресуда, беше засновано на погрешната претпоставка дека секој доказ по слушање кој бил круцијален во некој случај бил или неверодостоен или, во отсуство на вкрстено испрашување на сведокот, без можност за правилна оценка. Впрочем, единствен или одлучувачки доказ по слушање може да биде сосема веродостојно и вкрстеното испрашување може да додаде малку или ништо во оценката на неговата веродостојност. Правилото би можело да доведе до арбитарни резултати; би можело да исклучи доказ едноставно бидејќи бил важен, без оглед на неговата веродостојност или неоспорност. Советот не објасни дали или како прашањето на веродостојноста е релевантно за примената на правилото. Не спроведе целосна анализа на заштитните мерки достапни во Англија и Велс, ниту пак ја сметаше за важна разликата меѓу судењата според обичајното право и оние од други Држави потписнички. Не објасни кога ќе биде доказот одлучувачки со доволна прецизност за да му овозможи на судот да го примени правилото за единствен или одлучувачки во практика, ниту спроведе соодветно разгледување на практичните проблеми кои би произлегле од примената на правилото во Англија и Велс.

Проверката би послужила исто така како поттик за заплашување сведоци, особено кога само еден сведок бил доволно храбар да истапи. Најголеми последици би имало во случаи на сексуално злоставување, каде делото обично се случува насамо и со тоа доказот на жртвата е најверојатно „единствен или одлучувачки“.

Од овие причини, Владатаго повика Судот да го усвои пристапот кој го прифатил Врховниот суд во *Horncastle и други*. Пресудата на Врховниот суд покажа дека прецедентното право на Судот дозволува малку пофлексибилен пристап од очигледно тврдокорното правило за единствен или одлучувачки зацртано од Советот. Во светлината на заклучокот на Врховниот суд во *Horncastle и други*

дека правилото за единствен или одлучувачки би поттикнало сериозни практични тешкотии во Англија и Велс, Владата го повика Судот да разјасни дека важноста на непроверени докази би било подобро да се третира како еден фактор од многу кои треба да се земат предвид при одлучување дали една постапка во целина била праведна. Како алтернатива, Владата предложи било кое правило за единствен или одлучувачки да не треба да важи ако има добри причини за недостапноста на сведокот како што се оние дадени во дел 23 од Законот од 1988 година и дел 116(2) од Законот од 2003.

#### **(б) Домашното право и практика**

Владата потцрта дека општите заштитни мерки го заштитуваа обвинетиот од неправедност која би резултирала од допуштање на доказ по слушање. Судечкиот судија постапи како „вратар“: тој има должност во обичајно право и согласно дел 78 од Законот за полиција и кривични докази од 1984 година да спречи поротата да расправа за доказ кој би имал толку штетен ефект врз постапката што не требало да се добие. Судечкиот судија требаше да биде уверен дека обвинителството нема да може да ги изведе доказите со повикување на сведокот и требаше да ја поучи поротата за опасностите од потпирање на доказ по слушање. Поротата мораше да биде уверена за вината на обвинетиот надвор од секаков разумен сомнеж и остана можноста за жалба со Апелациониот суд, кој би ја одобрил жалбата доколку осудата е небезбедно заснована.

Во Законот од 1988 година, дел 23 овозможи допустливост на писмена изјава во определени, наброени околности и тоа се однесува подеднакво на обвинителството и одбраната. Од судечкиот судија се бара да ја подвргне потребата да се допуштат докази на строго темелно разгледување. Дел 25 му дозволи на судијата да одбие допуштање на изјава ако смета дека не треба да се допушти во интерес на правдата (заштитна мерка за веродостојност и правилен процес). Дел 26, кој се однесува на изјави дадени за цел на кривична постапка, бара од судијата да ги има предвид природата, изворот и содржината на изјавата, достапноста на други докази, релевантноста на доказите и степенот до кој нивното допуштање би резултирало со неправедност за обвинетиот. Прилог 2 кон Законот исто така дозволува допуштање на доказ кој се однесува на кредибилитетот и конзистентноста на оној кој ја дава изјавата.

Во врска со Законот од 2003, Владата потцрта дека тој бил донесен по детално разгледување на правилото за доказ по слушање од страна на Комисијата за право, која заклучила дека многу од претпоставките кои го поткрепуваат традиционалното исклучување на доказот по слушање не биле оправдани: на пример, утврди дека доказ по слушање не мора да е неточен или неверодостоен и дека, во голем број случаи, правилото довело до арбитарно исклучување на уверливи докази.

Како и кај Законот од 1989, Законот од 2003 дозволи и обвинителството и одбраната да бараат да се повикаат на доказ по слушање. Дел 116(2)(е) е вклучен во Законот од 2003 за да се справиме со криминал преку обезбедување на специјални мерки за заштита на сведоци кои имаат вистински страв од заплашување и реперкусии. Кога тоа се барало бидејќи сведокот бил уплашен, судечкиот судија можел да даде одобрување само ако допуштањето на изјавата било во интерес на правдата. Згора на тоа, и спротивно на многу други земји членки на Советот на Европа, Законот не

дозволи допуштање на анонимен доказ по слушање: сведокот не можеше да биде и анонимен и отсутен. На крај, Владата ја потцрта дополнителната заштита која ја пружа дел 124-126 од Законот (види став 45 погоре).

### **(в) Фактитена секој случај**

Во врска со Г-дин Al-Khawaја, Владата предочи дека релевантните факти се тоа што СТ не била повикана да даде докази од оправдана причина (смрт). Судечкиот судија прифатил дека допуштањето на нејзината изјава во интерес на правдата и, во доаѓањето до овој заклучок, ги зел предвид неповолностите кои тоа би ги причинило за првиот жалител. Одбраната прифатила тие да бидат во позиција да ја оспорат изјавата.

Изјавата на СТ не беше единствена или одлучувачка. Имаше други докази во случајот да ја поткрепат, вклучувајќи доказ дека таа вложила навремена тужба, доказ за нејзиното држење кога ја поднела тужбата и воочливо слични наводи дадени од други жени. Првиот жалител беше во состојба вкрстено да ги испраша другите сведоци, да даде докази во своја одбрана и да и се обрати на поротата во врска со случајот против себе. На поротата и беа внимателно дадени инструкции и во однос на изјавата на СТ и товарот на докажување во случајот. Законот од 1988 година беше правилно применет и немаше основа за

спротивставување на оценката на судечкиот судија и Апелациониот суд дека допуштањето на изјавата беше праведно.

Во случајот Tanehi, стравот на T беше оправдана причина тој да не се повика.

Како и во случајот на првиот жалител, судечкиот судија заклучи дека допуштањето на доказот е во интерес на правдата и, при донесување на тој заклучок, ги зеде предвид неповолностите кои тоа може да И ги причини на одбраната. Доказот на T не беше единствен или одлучувачки: имаше друг доказ кој го поткрепи, вклучувајќи го признавањето на вториот жалител дека бил присутен за време на делото, го држел ножот кој бил искористен да се прободат жртва, бил вклучен во расправија со С и лажел пред полицијата. Вториот жалител беше во состојба вкрстено да го испраша другиот сведок, да даде доказ во своја одбрана и да И се обрати на поротата во врска со случајот против себе. На поротата И беа внимателно дадени инструкции и во однос на изјавата на T и на товарот на докажување во случајот. Законот од 2003 беше правилно применет и немаше основа за спротивставување на оценката на судечкиот судија и Апелациониот суд дека допуштањето на изјавата беше праведно.

## *2. Жалителите*

## Пресудата на Советот

Жалителите предочија дека има три можни пристапи кон Член 6 § 3(d). Првиот е ригиден и буквален пристап кој го следи Врховниот суд на Соединетите Држави во врска со слични одредби на Шестиот амандман, што жалителите не бараа Судот да го усвои. Вториот, пристапот кој го следи Судот, не ги третира зборовите на Член 6 § 3(d) како нефлексибилни туку ги толкува во смисла дека поставуваат минимум јадро на праведност кое не може повеќе да се намалува. Овој пристап се заснова на правилото за единствен или одлучувачки и е правилниот пристап. Третиот пристап е оној што го следи Владата и Врховниот суд на Обединетото Кралство во *Horncastle и други*, а кој, во поднесокот на жалителите, ги намалува гаранциите кои ги нуди Член 6 § 3 по прашања кои треба да се разгледуваат единствено при одлучување дали обвинетиот имал праведно судење.

Од овие причини, жалителите предочија дека домашните судови и Владата не му дале правилна тежината на правото на обвинетиот да ги испраша сведоците против себе. Тоа право не треба да се отфрла како формалистичко или историско; има голем број причини зошто една осуда заснована единствено или одлучувачки на доказ на отсутен сведокот би била несигурно заснована и неправедна. На пример, држењето на лицето во судот би можело да се набљудува; би можело да испитување околу перцепцијата, меморијата или искреноста на сведокот, без кои има можност грешки, преувеличувања или намерни лаги да поминат незабележани. Исто така, едно е лицето да даде штетна изјава на само, а сосема друго да ја повтори изјавата во текот на судењето.

Згора на тоа, логиката за правилото е јасна: при оценувањето дали, ако се дозволи доказ по слушање, постапките кои се следеле биле доволни како противтежа за тешкотиите кои и се причинети на одбраната, соодветна тежина им е дадена на степенот до кој релевантните докази биле одлучувачки за осудување на жалителот. Ако доказите не биле одлучувачки, одбраната била хендикепирана до мошне помал степен, а, ако доказите биле одлучувачки, хендикепот бил мошне поголем. Жалителите предочија дека правилото беше наведено јасно и едноставно во *Lisa против Италија*, бр. 33354/96, § 40, ECHR 2001-II; беше добро утврдено во прецедентното право на Судот и претставува принципиелно, практично и разумно толкување на Член 6 § 3(d).

Жалителите предочија дека Врховниот суд згреши што зазеде таков пристап во *Horncastle и други*. Згреши што утврди дека пристапот што го следи Советот би довел до исклучување на доказ кој бил уверлив и очевидно веродостоен. Во допуштањето на непроверен доказ кој се чини очевидно веродостоен се кријат својствени опасности: правото е полно со случаи каде доказот изгледал силен само за подоцна да се покаже дека тоа не било така.

Lord Phillips сугерираше дека Член 6 § 3(d) има за намера да се справи со слабостите во граѓанското право, за разлика од системите на обичајно право. Но, жалителите предочија дека без оглед какви се историските корења на тој Член, англиското право се оддалечило од традиционалното правило против доказ по слушање. Исто така не смее да се дозволи да се применуваат различни стандарди во разни правни системи: тоа би ја поткопала самата природа на системот на Конвенцијата.

Жалителите воедно сметаа дека Врховниот суд згреши кога утврди дека ќе има практични тешкотии во примената на правилото за единствен или одлучувачки во Англија и Велс. „Одлучувачки“ очигледно означува доказ кој бил клучен за случајот и, при примена на правилото, самиот Суд покажа дека е возможно да се одлучи кој доказ бил единствен или одлучувачки. Пред Советот, Владата немаше никакви тешкотии да признае дека доказ на отсутен сведок во секој случај е единствен или одлучувачки. Судечките судии во Обединетото Кралство рутински оценуваа комплицирани фактички околности и оценуваа дали правни проверки како што се „праведност“ или „доволни докази“ се задоволени. Покрај тоа, проверката е вклучена во Законот за судска медицина и правда од 2009 година во однос на анонимни сведоци (види став 46 погоре). Жалителите воедно забележаа дека Врховниот суд силно се стреми да покаже дека исходот на случаите одлучени од овој Суд ќе беше ист ако тие беа одлучени согласно Законите од 1988 и 2003 година. Неминовната последица на оваа пропозиција е дека имплементацијата на правилото за единствен или одлучувачки ќе доведе до истиот резултат во голем број случаи пред домашните судови како и пред таквата имплементација.

### **(б) Домашното право и практика**

Жалителите воедно предочија дека, спротивно на поднесоците на Владата и забелешките на Врховниот суд во *Horncastle и други*, Советот ги



разбира процедуралните заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003. Тие постапки би можеле да обезбедат соодветна заштита ако функционираат како дел од структура каде преовладуваат клучните вредности на Член 6; не можеа тоа да го сторат сè додека домашните судови не почнаа правилно го земаа предвид правото на обвинетиот да ги испраша сведоците против себе.

### **(в) Фактитена секој случај**

Зажалителите, единствената или одлучувачката природа на непроверениот доказ во секој од случаите значеше дека ни една постапка во која недостасува испрашување на релевантните сведоци би можела да обезбеди праведно судење. Во случај на првиот жалител, имаше очигледни прашања кои можеа да и се постават на СТ, од кои барем дали слушнала за наводите на ВУ пред таа да даде изјава и зошто чекала скоро четири месеци пред да даде изјава. Во случај на вториот жалител, очигледните прашања кои можеле да му се постават на Т вклучуваат зошто не разговарал со полицијата нокта кога се случил инцидентот, каков е неговиот став за мошне брзиот инцидент, дали ги познава другите луѓе на местото и дали има било каква причина да ги заштитува. Во отсуство на вкрстено испрашување, затоа, процедуралните заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003 не беа доволни. Фактот што судечкиот судија во обата случаи ја примени проверката „интерес на правдата“ значеше дека прашањето нема да оди понатаму: таа проверка

требаше да биде применета во согласност со Член 6, а дали судечките судии правилно одлучија дека допуштањето на обете изјави е во интерес на правдата беше, всушност, прашање кое требаше го до утврди Судот.

Не беше ни релевантно дека жалителите имаа право да презентираат докази со кои се оспорува кредибилитетот на отсутните сведоци: таков материјал не беше достапен за секој сведок и законските одредби не дадоа можност да оспорување на кредибилитетот или вистинитоста на сведоците во однос на клучните наводи во секој од случаите. Жалителите воедно предочија дека ни едно предупредување од судечкиот судија не би можело да го компензира отсуството на можноста поротата да види и слушне сведок од таква важност, ниту да спречи опасност доказите да имаат доказна вредност која не ја заслужувале. Правото на жалба противосуда немаше ефект бидејќи Апелацискиот суд во секој од случаите одби да го примени правилото за единствен или одлучувачки како што е зацртано во *Lisa*, цитирано погоре.

*Третата страна вмешател*

JUSTICE (види став 7 погоре) предочи дека правото да се испрашаат сведоци е античко. Корени влече од Римското право и историското право на соочување од обичајното право. Тоа право од обичајното право ги признава опасностите на допуштање на доказ по слушање, вклучувајќи ја и неговата својствена неверодостојност. Ги обликуваше гаранциите за праведно судење олицетворени во Шестиот амандман на Уставот на Соединетите Држави, кривичната постапка на сите земји кои спроведуваат обичајно право и меѓународното право за човекови права. Иако правилото за доказ по слушање стана преригидно во англиското право, беше неточно да се каже, како што тоа го стори Врховниот суд во *Horncastle и други*, дека предложените реформи на Комисијата за право биле „во голема мерка имплементирани“ во Законот од 2003. На пример, Законот од 2003 вклучи во дел 114 по општо дискрециско право на допуштање на доказ по слушање ако тоа е „во интерес на правдата“ одошто Комисијата за право имаше замислено (види став 42 и 43 погоре). Згора на тоа, дури и да имаше правилото за доказ по слушање потреба од реформа, правото на соочување од обичајното право немаше: правото го олицетворуваше начелото дека лице не би можело да понуди сведочење против кривично обвинет, освен доколку не е дадено под заклетва, лице во лице со обвинетиот, и подвргнато на вкрстено испрашување.

Врховниот суд исто така згреши кога сугерираше дека нема оправдување за наметнување на правило за единствен или одлучувачки подеднакво на јурисдикциите на континенталното и на обичајното право. Врховниот суд стави преголема верба во можностите на противтежните мерки како средство за надминување на очевидната неправедност на осудување на лице целосно или во голема мерка врз основа на неоспорено сведочење. Суштината на правото на соочување од обичајното право лежи во сознанието дека вкрстеното испрашување е најнефективниот начин за утврдување на веродостојноста на доказот на сведокот. Поучно беше да се сетиме на предупредувањето од *Megarty J* (во *John против Rees* [1970] Ch 345) дека

„патот на законот [е] послан со примери на отворени и бргу затворени случаи кои, некако, не беа такви; на обвиненија на кои не може да се одговори а кои, во случајот, беа целосно одговорени“. Покрај тоа, JUSTICE предочи дека, како што Sedley LJ забележа во *Државниот секретар за внатрешни работи против AF и други* [2008] EWCA Civ 1148, е „заведувачки лесно да се заклучи дека не може да има одговор на случај на кој сте ја слушнале само едната страна“. Токму од оваа причина парадоксот на кој упатува Lord Phillips воопшто не е парадокс. Доказот по слушање не станал поуверлив едноставно бидејќи може да биде единствениот или материјалниот доказ за вината на едно лице. Потребата за исклучување на навидум „одлучувачки“ доказ по слушање е оправдана поради со векови стариот стравна судиите во обичајното право дека поротите можат да му дадат непримерна тежина.

Правилото за единствен или одлучувачки не беше тешко да се примени во англиската кривична постапка бидејќи судечките судииве ќе мораа да ги разгледаат потенцијалните последици на допуштање докази во различните закони, вклучувајќи делови од Законот од 2003. Дел 125(1) на пример, го обврзува судечкиот судија да наложи ослободување ако случајот против еден обвинет е заснован „целосно или делумно“ врз неуверлив доказ по слушање. JUSTICE прифати дека е потребно извесно објаснување на што се мисли со „одлучувачки“, но сметаше дека проверката е сè уште применлива и навистина се применува во Англија и Велсво контекст на налози за анонимност на сведокот (види Закон за судска медицина и правда од 2009 во став 46 погоре). Во контекст на кривичната постапка „одлучувачки“ треба да се сфати тесно: не треба да значи само „во состојба да направи разлика“ туку наместо тоа „веројатно да доведе до одлука или заклучок“.

На крај, анализата на Врховниот суд на компаративното право беше, во најдобар случај, парцијална. Според доказите на располагање (види, *inter alia*, став 63-87 погоре), едноставно не беше возможно да се заклучи, како што тоа го стори

Врховниот суд, дека други јурисдикциите со обичајно право би утврдиле дека кривична осуда заснована единствено или одлучувачки врз доказ по слушање е компатибилна со правото на праведно судење.

## **В. Оценка на Големиот судски совет**

### *1. Општиначела*

Судот потсетува дека гаранциите од став 3(d) на Член 6 се специфични аспекти на правото на праведна расправа зацртано во став 1 од оваа одредба кои мораат да се земат предвид во секоја оценка на праведноста на постапката. Покрај ова, примарната грижа на Судот согласно Член 6 § 1 е да ја евалуира општата праведностна кривичната постапка (види, како скорешен меродавен пример, *Taxquet против Белгија* [ГСС], бр. 926/05, § 84, 16 ноември 2010, со содржани понатамошни референци). При донесувањето на оваа оценка Судот ќе ја разгледа постапката во целина имајќи ги предвид правата на одбраната но исто така и интересите на јавноста и жртвите кривичното дело правилно да се води (види *Gäfgen против Германија* [ГСС], бр. 22978/05, § 175, ЕЧПР 2010-....) и, каде што е неопходно, правата на сведоците (види, меѓу многуте меродавни примери, *Doorson*, цитирано погоре, § 70). Воедно потсети во овој контекст дека допустливоста на докази е прашање кое треба да се регулира со домашното право и од домашните судови, и дека единствена грижа за Судот е да испита дали постапката се спровела праведно (види *Gäfgen*, цитирано погоре, § 162, и таму содржани референци).

Член 6 § 3(d) го содржи начелото дека, пред да може да биде осуден обвинетиот, сите докази против него мораат нормално да се изведат во негово присуство на јавна расправа заради контрадикторна расправа. Исклучоци на ова начело се можни но не смеат да ги нарушат правата на одбраната, кои, по правило, бараат на обвинетиот да му се даде соодветна и правилна можност да го оспори и испраша сведокот против себе, било кога сведокот ја дава изјавата или во подоцнежна фаза на постапката (види *Lusa*, цитирано погоре, § 39; *Solakov против Република Македонија*, бр. 47023/99, § 57, ЕЧПР 2001-X).

Слично и долгогодишно начело постои во обичајното право на Англија и Велс (види забелешка на Lord Bingham по став 5 од *R. против Davis*, резимирана во став 49 погоре).

Имајќи го предвид прецедентното право на Судот, две барања произлегуваат од горното општо начело. Прво, мора да има добра причина за неприсуство на сведокот. Второ, ако осудата се заснова единствено или до одлучувачки степен врз сведоштво дадено од лице кое обвинетиот немал можност да го испраша или некој друг да го испраша, без оглед дали за време на истрагата или на судењето, правата на одбраната можат да бидат ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите кои ги пружа Член 6 (таканареченото “правило за единствен или одлучувачки“). Судот ќе испита подолу дали ова правило треба да се смета за апсолутно правило чија повреда автоматски води кон утврдување дека постапката не била праведна со повреда Член 6 § 1 од Конвенцијата.

## 2. Дали има добра причина за неприсуство на сведок

Барањето да се има добра причина за допуштање на доказ на отсутен сведок е прелиминарно прашање кое мора да се испита пред да се разгледа дали доказот бил единствен или одлучувачки. Дури и каде доказот на отсутен сведок не бил единствен или одлучувачки, Судот утврди повреда на Член 6 §§ 1 и 3(d) ако не е прикажана добра причина за неможноста да се испита сведокот (види, на пример, во *Ludi против Швајцарија*, 15 јуни 1992, Серија А бр. 238, *Mild u Virtanen против Финска*, бр. 39481/98 и 40227/98, 26 јули 2005; *Wonev против Бугарија*, бр. 60018/00, 8 јуни 2006; и *Pello против Естонија*, бр. 11423/03, 12 април 2007). Тоа е така бидејќи како општо правило сведоците треба да дадат докази за време на судењето и ќе се вложат сите разумни напори за да се обезбеди нивно присуство. Така, кога сведоцине присуствуваат за да дадат докази во живо, должност е да се види дали отсуството било оправдано. Има бројни причини зошто сведок не може да присуствува на судењето но, во конкретниве случаи, неопходно е само да се разгледа отсуство кое се должи на смрт или страв.

Јасно е дека ако сведокот починал, за да може неговиот или нејзиниот доказ да се земе предвид, ќе биде неопходно да се повикаме на неговото или нејзиното сведочење (види, на пример, *Ferrantelli u Santangelo против Италија*, 7 август 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-111; *Mika против Шведска* (одлука), § 37, бр. 31243/06, 27 јануари 2009).



Отсуството поради страв бара подлабоко разгледување. Мора да се направи разлика меѓу два вида страв: страв кој може да се припише на закани или други постапки на обвинетиот или оние кои постапуваат во негово или нејзино име, и страв кој може да се припише на погенерален страв од она што ќе се случи ако сведокот даде докази насудење.

Ако стравот на сведокот може да се припише на обвинетиот или оние кои постапуваат во негово име, соодветно е да се дозволи доказот на тој сведок да се изведе на судењето без потребата сведокот да сведочи или да биде испрашан од обвинетиот или неговите застапници – дури и ако таквиот доказ бил единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Да му се дозволи на обвинетиот да влече полза од стравот што го всадил кај сведоците би било некомпатибилно со правата на жртвите и сведоците. Не може да се очекува од ниту еден суд да дозволи интегритетот на постапката да се наруши на ваков начин. Како последица, обвинет кој постапил на ваков начин се смета дека се откажал од своите права на испрашување на такви сведоци согласно Член 6 § 3(d). Истиот заклучок мора да важи ако заканите или постапките кои довеле до тоа сведокот да се плаши да сведочи доаѓаат од оние кои постапуваат во име на обвинетиот или со негово знаење и одобрување.

Во случајот *Horncastle и други*, Врховниот суд забележа дека е ноторно тешко за било кој суд да биде сигурен дека обвинетиот му се заканувал на сведокот. Судот не ги потценува тешкотиите кои можат да се појават при утврдувањето дали, во еден особен случај, обвинет или негов соработник биле одговорни за закани или директно поттикнување на страв кај сведок. Но, случајот *Tahery* самиот покажува дека, со придобивките на една ефективна истрага, таквите тешкотии не се несовладливи.

Прецедентното право на самиот Суд покажува дека е почест случајот сведоците да имаат генерален страв од сведочење, без страв кој би можел директно да се припише на закани дадени од обвинетиот или негови извршители. На пример, во многу случаи, стравот можел да и се припише на озлогласеноста на обвинетиот или неговите соработници (види, на пример, *Dzelili против Германија* (одлука), бр. 15065/05, 29 септември 2009). Затоа, нема барање стравот на сведокот да мора да биде припишан директно на закани упатени од обвинетиот за сведокот да може да биде ослободен од сведочење на судењето. Згора на тоа, страв од смрт или повреда на друго лице или од финансиска загуба се релевантни околности при утврдувањето дали од сведокот да не се бара да даде усно сведочење. Но, ова не значи дека секој субјективен страв на сведокот ќе биде доволен. Судечкиот суд мора да спроведе соодветна истрага за да утврди прво, дали имало објективен основ за тој страв или не, и, второ, дали тие објективни основи се поткрепени со докази (види, на пример, *Krasniki против Чешката Република*, бр. 51277/99, §§ 80-83, 28 февруари 2006, каде Судот не беше уверен дека домашните судови спровеле испитување на причините за стравот на сведоците пред да им се дозволи анонимност).

На крај, со оглед на степенот до кој отсуството на сведокот неповолно влијае врз правата на одбраната, Судот би нагласил дека, ако сведокот не бил испрашан во било која претходна фаза на постапката, да се дозволи допуштањето на сведочење за сметка на докази во живо на судење треба да биде последно средство. Пред сведокот да може да биде ослободен од сведочење по основ на страв, судечкиот суд мора да биде уверен дека сите достапни алтернативи, како што се анонимност на сведокот и други специјални мерки, би биле несоодветни или неспроведливи.

*Правилото за единствен или одлучувачки***Општи размисли**

Судот забележува дека конкретниве случаи се однесуваат само на отсутни сведоци чии изјави биле прочитани на судењето. Не е задача на Судот да го разгледува функционирањето на правилото против доказ по слушање од обичајното право *in abstracto*, ниту да разгледува општо дали исклучоците кон тоа правило кои сега постојат во англиското кривично право се компатибилни со Конвенцијата. Како што повтори Судот (во став 118 погоре), Член 6 не зацртува никакви правила за допустливоста на докази како такви, што е прашање првенствено за регулирање со домашното право.

Судот понатаму забележува дека, во конкретниве случаи, не е засегнат со сведочење кое се дава на судењето од сведоци чиј идентитет е скриен од обвинетиот (анонимно сведочење). Иако проблемите предизвикани од

анонимни и отсутни сведоци не се идентични, двете ситуации не се разликуваат во начело, бидејќи, како што признава Врховниот суд, обете резултираат со потенцијална штета по обвинетиот. Начелото кое лежи во основата е дека обвинетиот во кривично судење треба да има ефективна можност да ги оспори доказите против себе. Ова начело бара не само обвинетиот да го знае идентитетот на своите обвинувачи за да биде во позиција да ја оспори нивната чесност и кредибилитетот, туку и да може да ја провери вистинитоста и веродостојноста на нивните докази, со тоа што тие ќе бидат усно испрашани во негово присуство, било во моментот кога сведокот ја дава изјавата или во некоја подоцнежна фаза на постапката.

Зачетокот на правилото за единствен или одлучувачки може да се најде во пресудата *Unterpertinger против Австрија*, 24 ноември 1986, § 33, Серија А бр. 110, која воедно претставува логична подлошка на проверката која треба да се примени: ако осудата на обвинетиот е единствено или воглавно заснована на докази дадени од сведоци кои обвинетиот не е во можност да ги испраша во било која фаза на постапката, неговите права на одбрана се непримерно ограничени. Како што беше посочено од Врховниот суд, во поранешното прецедентно право на Судот, таму каде правилото беше скицирано во случаи на отсутни или анонимни сведоци, утврдената повреда на Член 6 § 3(d) се засноваше барем делумно врз фактот дека немаше оправдување да не се повика или идентификува засегнатиот сведок. Токму во *Doorson*, цитирано погоре, Судот за прв пат сметаше дека, дури и во случај каде имаше оправдување за неповикувањето на сведокот, осуда заснована единствено или во одлучувачки степен на доказ од тој сведок би била неправедна.

**(б) Приговори кон правилото за единствен или одлучувачки**

Искористувајќи ја пресудата на Врховниот суд во *Horncastle и други*, Владата го оспорува правилото за единствен или одлучувачки, или неговата примена од страна на Советот во конкретниве случаи, врз четири главни основи.

Прво, се тврди дека обичајното право, преку своите правила за докази кои забрануваат допуштање на доказ по слушање, кои долго наназад му претходе на стапувањето на Конвенцијата на сила, го заштитуваа оној аспект на праведно судење кој Член 6 § 3(d) беше наменет да го осигура, без неопходноста за примена на правило за единствен или одлучувачки. За разлика, земјите со граѓанско право немаа такви правила за докази. Затоа, голем дел од последиците на Член 6 § 3(d) беа врз постапките во континенталните системи кои претходно дозволуваа обвинето лице да биде осудено врз основа на докази од сведоци кои тој немал можност да ги оспори.

Второ, се вели дека неговата примена покренува практични тешкотии, оттаму што Советот не објаснил кога доказите се одлучувачки со доволна прецизност за да му се овозможи на судечкиот суд да го примени правилото за единствен или одлучувачки во пракса. Подеднакво, не се обрна соодветно внимание на практичните проблеми кои ќе произлезат од примената на правилото во систем на обичајно право каков што е тој на Англија и Велс.

Следно, се вели дека немало соодветна дискусија за начелото кое лежи во основа на правилото, што се базира на грешна претпоставка дека секој доказ по слушање кој е клучен во еден случај е или неверодостоен или, во отсуство на вкрстено испрашување на сведокот, не може правилно да се оцени.

На крај, се вели дека Советот го применил правилото со прекумерна ригидност и дека не спровел целосна анализа на заштитните мерки на располагање во Англија и Велс или не ја воочил важната разлика меѓу судските постапки во обичајното право и оние во други Држави потписнички.

Судот ќе се осврне на секој од овие тврдења поединечно.

Во однос на првото тврдење, Судот прифаќа дека правилото за единствен или одлучувачки е можеби развиено во контекст на правни системи кои дозволувале обвинет да се осуди по доказ и од сведоци кои немал можност да ги оспори, ситуација која не би настанала доколку се применувало строгото правило против доказ по слушање од обичајното право. Но, Судот забележува дека конкретниве случаи настанале токму бидејќи правниот систем во Англија и Велс го напуштил строгото правило против доказ по слушање од обичајното право. Исклучоци од правилото се создадени, имено во Законите од 1988 и 2003, кои дозволија допуштање на изјавата на СТ во Случајот Al-Khawaaja и изјавата на Т случајот Tahery (види став 41 и 44 погоре). Судот

прифаќа дека овие разблажувања на строгото правило против доказ по слушање се придружени со законски заштитните мерки и, според тоа, централното прашање во конкретниве случаи е дали примената на овие заштитни мерки била доволна за да се осигурат правата на жалителите согласно Член 6 §§ 1 и 3(d). Со оваа позадина, иако е важно Судот да ги има предвид значителните разлики во правните системи и постапки, вклучувајќи различни пристапи кон допустливост на докази во кривично судење, во крајна линија мора да го применува истиот стандард на разгледување според Член 6 §§ 1 и 3(d), без оглед на правниот систем од кој произлегува случајот.

Второ, во однос на наводниот недостаток на прецизност на правилото, Судот забележува дека зборот „единствен“ во смисла на само еден доказ против обвинетиот (види, на пример, *Saïdi против Франција*, 20 септември 1993, Серија А бр. 261-С), не се чини дека покренува тешкотии, а главните критики се чинат насочени кон зборот „одлучувачки“. „Одлучувачки“ (или „детерминирачки“) во овој контекст значи повеќе од „доказни“. Значи повеќе од тоа дека без доказот, шансите за осуда би се намалиле а шансите за ослободување би се зголемиле, проверка која, како што посочи Апелациониот суд во *Horncastle и други* (види став 54 погоре), би значела дека буквално секој доказ би се квалификувал. Наместо тоа, зборот „одлучувачки“ треба да се толкува потесно посочувајќи докази од таква значајност или важност која се чини би го одлучила исходот од случајот. Ако непроверениот доказ на еден сведок е поддржан од друг поткрепувачки доказ, оценката за тоа дали е одлучувачки ќе зависи од силата на поткрепувачкиот доказ; колку е посилен поткрепувачкиот доказ, толку е помалку веројатно дека доказот на отсутниот сведок ќе се третира како одлучувачки.

Воедно се тврди дека правилото за единствен или одлучувачки не може да се примени без прекумерни практични тешкотии во системот на обичајно право. Во *Horncastle и други*, Врховниот суд забележа дека должноста определен

доказ да не се третира како одлучувачки е доволно тешка за извршување од страна на професионален судија, но дека ако правилото се примени во контекст на судење пред порота, единствениот практичен начин за примена би бил како правило на допустливост: судечкиот судија би морал да го прогласи за недопустливо секое сведочење кое може да се покаже одлучувачко, што не е лесна задача. Во однос на Апелацискиот суд или Европскиот суд, беше кажано дека често ќе биде невозможно да се одлучи дали определена изјава била единствена или одлучувачка основа за осуда во отсуство на причини дадени за пресудата на поротата.

Судот прифаќа дека може да е тешко судечкиот судија пред судењето да утврди дали доказот ќе биде одлучувачки без да ја има предноста од испитување и одмерување на тежината на севкупноста на доказите кои се изведени во текот на судењето.

Но, штом обвинителството ќе го заклучи својот случај, важноста и тежината на непроверените докази можат да се оценат од страна на судечкиот судија наспроти позадината на другите докази против обвинетиот. Во системите на обичајно право, при заклучувањето на случајот на обвинителството, од судечките судии често се бара да разгледаат дали има случај против обвинетиот. Како дел од тој процес од нив често се бара да ја оценат силата и веродостојноста на доказите за обвинителството. Всушност, Судот забележува дека дел 125 од Законот од 2003 изричито бара од судечкиот судија да го прекине случајот доколку, имајќи ја предвид неговата важност за случајот против обвинетиот, доказот по слушање е толку неуверлив што осудување би било несигурно засновано.



Судот и понатаму не е убеден дека апелацискиот суд во систем на обичајно право, каде поротата не дава причини за својата пресуда, нема да биде во состојба да утврди дали непроверениот доказ бил единствениот или одлучувачкиот доказ во осудата на обвинетиот. Од апелациските судии обично се бара да разгледаат дали доказите биле непримерно дозволени на судењето и, во таков случај, дали осудата е сè уште сигурно заснована. При тоа, тие мораат да ја разгледаат *inter alia* значајноста на побиваните докази за случајот на обвинителството и степенот до кој им нанесува штета на правата на одбраната. Апелацискиот суд е со тоа добро позициониран да разгледа дали непроверените докази можат да се сметаат за единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот и дали постапката како целина била праведна.

Судот напомнува дека компаративните материјали пред него го поткрепуваат овој заклучок во врска со примената на правилото во различните јурисдикции со обичајно право (види став 63-87 погоре и, особено, пристапот на Шкотскиот врховен кривичен суд).

Судот воедно забележува во овој контекст дека, во случајот *R. против Davis* (види став 49 и 50 погоре), Горниот дом се чини дека не предвидува никакви очигледни потешкотии во примената на правилото за единствен или одлучувачки во контекст на анонимни сведоци. Lord Bingham напомена дека осуда која е заснована единствено или во одлучувачки степен на изјави или сведочења на анонимни сведоци резултира од судење кое не може да се смета за праведно и дека „ова [е] становиштето кое традиционално го застапува обичајното право на Англија“ (види став 25 од пресудата *Davis*). Горниот дом заклучи во случајот *Davis* дека не само што доказот на анонимниот сведок беше единствена или одлучувачка основа врз која обвинетиот можеше да се осуди, но и дека беше попречено ефективното вкрстено испрашување. Одлуката во случајот *Davis* доведе до воведување на токму тоа барање во Законот за судска медицина и правда од 2009 да, при донесувањето на налог

за анонимност на сведок, судијата мора да има предвид, *inter alia*, дали доказот што го дава сведокот може да биде единствениот или одлучувачкиот доказ што го вмешува обвинетиот (види став 46 погоре).

Судот понатаму забележува во овој поглед дека, во контекст на извлекување на неповолни заклучоци од молчењето на обвинетиот, Судот го примени правилото дека би било некомпатибилно со правото на молчење да се заснова осуда единствено или воглавно врз молчењето на обвинетиот или одбивањето самиот да се одговори прашања или да даде докази (види *John Murray против Обединетото Кралство*, 8 февруари 1996, § 47, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-I; *Condron против Обединетото Кралство*, бр. 35718/97, § 56, ECHR 2000-V).

Судот на сличен начин не може да го прифати третото тврдење дека правилото за единствен или одлучувачки е засновано на претпоставката дека секој доказ по слушање кој е круцијален во некој случај е неверодостоен или, доколку не се провери со вкрстено испрашување, без можност за правилна оценка. Наместо тоа, заснован е на начелото дека колку е поголема важноста на доказот, толку е поголема потенцијалната неправедност по обвинетиот ако се дозволи сведокот да остане анонимен или да биде отсутен од судењето, и е поголема потребата заштитните мерки да осигурат доказот да е очигледно веродостоен или неговата веродостојност да може правилно да се провери и оцени.

Во *Kostovski против Холандија*, 20 ноември 1989, Серија А бр. 166, каде се прифати дека осудата на жалителот е заснована во одлучувачки степен на доказите и на анонимни и на отсутни сведоци, Судот нагласи (во § 42 од својата пресуда):

"Сведочење или друга изјава која окривува обвинет може лесно да биде со намера неистинита или просто грешна, и одбраната тешко да може ова да го изведе на виделина доколку И недостасуваат информации кои ќе И овозможат да ја провери веродостојноста на авторот или фрли сомнеж врз неговиот кредибилитет.  
Опасностите својствени на таква ситуација се очигледни."

Судот понатаму утврди дека иако судечките судови покажале претпазливост во евалуацијата на засегнатите изјави, ова тешко да може да се смета за правилна замена за директно набљудување. Така, заклучи дека примената на доказите подразбира ограничување на правата на одбраната кои се непомирливи со гаранциите содржани во Член 6.

Во следниот случај *Doorson*, цитиран погоре, Судот напомена дека анонимноста на двајца сведоци во случајот И причини на одбраната „тешкотии кои кривичната постапка не би требало да ги содржи“, но дека немаше да се утврдат повреди доколку хендикепот нанесен на одбраната беше врамнотежен со постапката која се следела (§ 72 од пресудата). Потоа сметаше дека, за разлика од *Kostovski*, одбраната беше во состојба да ја оспори веродостојноста на анонимните сведоци (§§ 73 и 75). Згора на тоа, дури и по својата изјава дека осуда не треба да биде заснована единствено или во одлучувачки степен на анонимни сведоци, Судот нагласи дека „докази добиени под услови во кои правата на одбраната не можат да се обезбедат до степен кој обично го бара Конвенцијата, треба да се третираат со екстремна претпазливост“ (§ 76).

Во врска со последното тврдење на Владата, Судот е на мислење дека двете причини кои лежат во основа на правилото за единствен или одлучувачки кои беа зацртани во пресудата *Doorson* остануваат на важност. За првото, Судот не најде причина да отстапи од својот наод во *Kostovski*, дека обвинувачки докази против еден обвинет можат лесно да бидат „намерно неистинити или просто грешни“. Згора на тоа, изјави на сведоци дадени без заклетва кои не можат да се испрашаат често се чинат уверливи и непобитни и, како што посочи Апелациониот судија Sedley, е „заведувачки лесно“ да се заклучи дека не може да има одговор на случајот против обвинетиот (види став 115 погоре). Искуствата покажуваат дека веродостојноста на доказите, вклучувајќи доказ кој се чини несоборлив и уверлив, може да изгледа мошне различна кога ќе се подвргне на длабоко испитување. Опасностите својствени

за дозволувањето на изведување на непроверен доказ по слушање се уште поголеми ако тој доказ е единствениот или одлучувачкиот доказ против обвинетиот. Што се однесува на втората причина, обвинетиот не смее да се стави во ситуација каде е ефективно лишен од вистинска шанса да се одбрани така што нема да биде во состојба да го оспори случајот против себе. Судската постапка мора да осигура дека правата по Член 6 на обвинетиот не се неприфатливо ограничени дека тој или таа ќе бидат и понатаму во состојба ефективно да учествуваат во постапката (види *T. против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 24724/94, § 83, 16 декември 1999; *Stanford против Обединетото Кралство*, 23 февруари 1994, § 26, Серија А бр. 282-А). Оценката на Судот за тоа дали кривично судење било праведно не може да зависи единствено од тоа дали доказите против обвинетиот се чинат *prima facie* веродостојни, ако нема начини тие докази да се оспорат откако ќе се допуштат.

Од овие причини, Судот постојано го оценува импактот што неможноста на обвинетиот да го испраша сведокотго имала врз севкупната праведност на неговото судење. Отсекогаш сметал за неопходно да се испита значењето на непроверените докази за да се утврди дали правата на обвинетиот биле неприфатливо ограничени (види, како поодамнешни примери, *Unterpertinger*, цитирано погоре; и *Bricmont против Белгија*, 7 јули 1989, Серија А бр. 158 и, поскорешни, *Kornev и Karpenko против Украина*, бр. 17444/04, §§ 54-57, 21 октомври 2010; *Saka против Албанија*, бр. 44023/02, §§ 112-116, 8 декември 2009; *Guilloury против Франција*, бр. 62236/00, §§ 57-62, 22 јуни 2006; и А.М., *Krasniki, Lucà, и Saïdi*, сите цитирани погоре).

Комисијата го следеше истиот пристап во своето прецедентно право (види, меѓу најраните случаи на Комисијата, *X. против Австрија*, бр. 4428/70, одлука од 1 јуни 1972, Збирка 40, стр. 1; *X. против Белгија*, бр. 8417/78, одлука од 4 мај 1979, D R. 16, стр. 205; *X. против Сојузна Република Германија*, бр. 8414/78,

одлука од 4 јули 1979, DR. 17, стр. 231; и *С. против Сојузна Република Германија*, бр. 8945/80, одлука од 13 декември 1983, D R. 39, стр. 43).

Но, воедно, Судотот секогаш го толкувал Член 6 § 3 во контекст на сеопфатното испитување на праведноста на постапката. (види, како неодамнешен меродавен пример, *Salduz против Турција* [ГСС], бр. 36391/02, § 50, 27 ноември 2008).

Традиционално, при испитување на тужбите согласно Член 6 § 1, Судот ги спроведе своите испитувања на севкупната праведност на постапки земајќи ги предвид факторите како што се начинот на кој се применети законските заштитни мерки, степенот до кој на одбраната и биле дадени процедурални можности да им се спротивстави на хендикепите под кои работела, и начинот на кој постапката како целина се водела од судечкиот судија (види, на пример, *John Murray против Обединетото Кралство*, цитирано погоре).

Исто така, во случаи кои се однесуваат на ускратување на докази од одбраната заради заштита на полициски извори, Судот им остава на домашните судови да одлучат дали правата на одбраната треба да отстапат пред јавниот интерес и се ограничува на верификување дали постапките кои ги следат судските власти претставуваат доволна противтежа на ограничувања наметнати на одбраната преку соодветни заштитни мерки. Фактот што определени докази

не и се ставени на увид на одбраната не се сметаше дека автоматски води кон повреда на Член 6 § 1 (види, на пример, *Rowe и Davis против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 28901/95, ЕCHR 2000-II). Слично, во случајот *Salduz*, цитиран погоре, § 50, Судот повтори дека правото на правна помош, зацртано во Член 6 § 3 (с) е еден од елементите на концептот на праведно судење во кривичната постапка содржани во Член 6 § 1.

Судот е на мислење дека правилото за единствен или одлучувачки треба да се применува на сличен начин. Не би било коректно, кога се прегледуваат прашања на праведност, да се примени ова правило на нефлексибилен начин. Ниту би било коректно Судот целосно да ги игнорира спецификите на определениот засегнат правен систем и, особено неговите правила за докази, без оглед на судиски мислења кои можеби поинаку сугерирале (види, на пример, *Lusa*, цитирано погоре, во § 40). Така да се стори би го трансформирало правилото во тап и неселективен инструмент кој делува спротивно на традиционалниот начин на кој што Судот му пристапува на прашањето на генералната праведност на постапката, имено да се одмерат на вага конкурентските интереси на одбраната, жртвата, и сведоците, и јавниот интерес за ефективно правосудство.

**(в) Општ заклучок за правилото за единствен или одлучувачки**

Судотот таму заклучува дека, во случај каде изјава по слушање е единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот, нејзиното допуштање како доказ нема автоматски да резултира со повреда на Член 6 § 1. Во исто време, доколку осуда е заснована единствено или одлучувачки на докази на отсутни сведоци, Судот мора да ја подвргне постапката на најсериозно испитување. Поради опасностите од допуштањето на такви докази, балансирањето на тасовите ќе претставува мошне важен фактор, да ги искористиме зборовите на Lord Mance во *R. против Davis* (види став 50 погоре), кој бара доволни противтежни фактори, вклучувајќи постоење на силни процедурални заштитни мерки. Прашањето во секој од случаите е дали доволни противтежни фактори се на место, вклучувајќи мерки кои дозволуваат одвивање на праведна и правилна оценка на веродостојноста на тие докази. Ова ќе овозможи осудата да е заснована на такви докази само тие се доволно веродостојни со оглед на нивната важност во случајот.

**(г) Процедурални заштитни мерки содржани во Законите од 1988 и 2003**



Судот за тоа ќе ги испита противтежните мерки воспоставени во англиското право во релевантното време. Судот нагласува дека според одредбите од Законите од 1988 и 2003, отсуството на сведоци мора да биде оправдано и тие да спаѓаат во една од дефинираните категории (види дел 23 од Законот од 1988 година и дел 116 од Законот од 2003 во став 41 и 44 погоре). Која и да е причината за отсуство на некој сведок, допуштањето на изјава на сведок кој е не само отсутен туку и анонимен не е допустлива.

Згора на тоа, ако отсуството се должи на страв, според Законот од 2003, судечкиот судија може да даде дозвола само ако смета дека допуштањето на изјавата е во интерес на правдата и мора да одлучи дали можат да се воспостават специјални мерки за да му се овозможи на сведокот да даде сведочи во живо. Во таков случај, судечкиот судија мора да има обсири за тешкотиите со кои се соочува обвинетиот при оспорувањето на сведочењето ако оној кој ја дава изјавата не се повика.

Законот од 2003 воедно предвидува дека, без оглед која е причината за отсуството на сведокот, можат да се допуштат докази релевантни за кредибилитетот или конзистентноста на оној кој ја дава изјавата дури и ако доказите не би биле допустливи доколку сведокот лично сведочел. Судечкиот судија задржува дискрециско право да одбие да допушти изјава по слушање ако смета дека аргументите за нејзино исклучување значително превагнуваат над аргументите за нејзино допуштање. Од особено значење е барањето од Законот од 2003 дека судечкиот судија треба да ја прекине постапката ако смета по заклучувањето на претставувањето на случајот на обвинителството дека случајот проти вобвинетиот е заснован „целосно или делумно“ на изјава по слушање допуштена со Законот од 2003, под услов тој или таа да смета дека изјавата во прашање е толку неуверлива што, имајќи ја предвид нејзината важност за случајот против обвинетиот, осудата би била несигурно заснована.

Судот воедно забележува дека, покрај заштитните мерки содржани во секој од Законите, дел 78 од Законот за полиција и кривични докази од 1984 предвидува општо дискрециско право за исклучување на доказ ако неговото допуштање има такви неповолни последици за праведноста на судењето што не треба да биде допуштен. На крај, обичајното право бара судечкиот судија да и даде на поротата традиционални упатства за товарот на докажување, и да ги насочи кон опасностите од потпирање на изјава по слушање.

Судот смета дека заштитните мерки содржани во Законите од 1988 и 2003, поддржани од оние содржани во дел 78 од Законот за полиција и кривични докази и во обичајното право, се, во начело, силни заштитни мерки осмислени заради осигурување на праведност. Останува да се испита како овие заштитни мерки биле применети во конкретниве случаи.

*Конкретните случаи*

При освртот врз конкретните случаи, Судот започнува со забелешката дека, во текот на расправата пред Големиот судски совет, на страните им беше поставено прашање дали се прифаќа дека сведочењето на СТ беше единствениот или одлучувачкиот доказ во однос на Г-дин Al-Khawaja и дека сведочењето на Т беше единствениот или одлучувачкиот доказ во однос на Г-дин Tahery. Во одговорот на тоа прашање, Владата отстапи од позицијата која ја имаше заземено пред Советот и предочи дека ниту сведочењето на СТ ниту сведочењето на Т не беше единствено или одлучувачко (види став 104 и 105 погоре). Судот затоа ќе разгледа три прашања во секој од случаите: прво, дали беше неопходно да се допуштат изјавите на сведоците СТ или Т; второ, дали нивните непроверени докази беа единствената или одлучувачката основа за осудата на обата жалитела; и трето, дали имаше доволни противтежни фактори вклучувајќи силни процедурални заштитни мерки за да се осигури дека секое од судењата, гледани како целина беше праведно во смисла на Член 6 §§ 1 и 3(d).

**(a) Случајот Al-Khawaja**

Судот забележува дека не е спорно дека смртта на СТ направи неопходно да се допушти нејзиното сведочење за нејзиниот доказ воопшто да може да се земе предвид.

Без оглед на предочувањето на Владата дека изјавата на СТ не била единствен или одлучувачки бидејќи имало други докази кои ја поткрепувале, Судот забележа дека судијата кој ја допуштил изјавата на СТ бил во добра позиција да ја евалуира нејзината важност. Тој беше сосема јасен кога забележа „нема изјава, нема точка еден“ (види став 13 погоре). Не е на Судот, толку оддалечен од судската постапка, да и противречи на таквата евалуација. Судот е затоа принуден да заклучи дека изјавата на СТ била одлучувачка.

Сепак, како што посочи Судот (види став 147 погоре) допуштањето на изјавата како доказ не може да се смета за одлучувачко во однос на неправедноста на судењето, но како мошне важен фактор кој треба да се одмери наспроти процедуралните заштитни мерки забележени погоре и другите противтежни фактори присутни во случајот.

Интересот на правдата беше очигледно во корист на допуштање на изјавата на СТ како доказ, која беше забележена од полицијата во правилен облик. Веродостојноста на доказите беше поткрепена од фактот што СТ им се пожалила и на две пријателки, БФ и СХ, веднаш по односните настани, и дека

имало само мали недоследности меѓу нејзината изјава и приказот кој им го дала на двете пријателки, при што обете сведочеа на судењето. Најважно, имаше многу сличности меѓу описот на СТ на наводниот напад и оној на вториот обвинувач, ВУ, без докази за било каков дослух меѓу нив. Во случај на полов напад на доктор врз пациент, кој се случил за време на приватна консултација каде биле присутни само тој и жртвата, тешко е да се замислат посилни поткрепувачки докази, особено ако сите други сведоци се повикани да дадат докази на судењето и нивната веродостојност е проверена со вкрстено испрашување.

Точно е дека Апелациониот суд утврдил дека упатствата на судијата до поротата биле недоволни. Но, Апелациониот суд воедно смета дека на поротата мора да и било јасно од упатствата дека, како последица на неможноста на жалителот за вкрстено испрашување на СТ и фактот што тие не биле во состојба да ја видат и слушнат, нејзината изјава треба да носи помала тежина кај нив (види став 22 погоре). Земајќи ги предвид овие упатства, и доказите понудени од обвинителството во поддршка на изјавата на СТ, Судот смета дека поротата беше во состојба да спроведе праведна и правилна оценка на веродостојноста на наводите на СТ против првиот жалител.

Врз оваа основа, и разгледувајќи ја праведноста на постапката како целина, Судот смета дека, без оглед на тешкотиите што допуштањето на изјавата и со тоа поврзаните опасности и го причинија на одбраната, има доволно противтежни фактори за да се заклучи дека допуштањето на изјавата на СТ како докази не резултираше со повреда на Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3 (d) од Конвенцијата.

**(б) Случајот Tahery**

Судот смета дека се направени соодветни испитувања заради утврдување дали имало објективни причини за стравот на Т. Судечкиот судија слушна доказии од Т и од полицаецот во однос на тој страв. Судечкиот судија беше воедно уверен дека специјални мерки, како што е сведочење зад екран, нема да го намалат стравот на Т. Иако идентитетот на Т како давател на инкриминирачката изјава беше објавен, заклучокот на судечкиот судија дека Т е вистински уплашен од усно сведочење и не беше подготвен тоа да го стори дури и ако во судската постапка се воведат специјални мерки, пружа доволно оправдување за допуштањето на изјавата на Т.

Судот забележува дека кога оние присутни на местото на прободувањето биле првично интервјуирани, никој не тврдел дека видел како жалителот го прободува С, и самиот С не видел кој го пробол, иако во почетокот тој претпоставил дека тоа бил вториот жалител. Т ја даде својата изјава со која го имплицира жалителот два дена по настанот. Тој беше единствениот сведок кој тврдеше дека го видел прободувањето. Неговото непоткрепено сведочење како очевидец беше, од таа причина, ако не единствениот, барем одлучувачкиот доказ против жалителот. Беше очигледно доказ со голема тежина, и без него шансите за осуда значително ќе се намалеа. Иако сведочењето може било кохерентно и уверливо на изглед, не може да се каже дека припаѓа на категоријата на докази кои можат да се опишат како „доказли во веродостојни“, како што се изјава на умирање или други примери наведени од Апелациониот суд и Врховниот суд во нивните пресуди во *Horncastle и други* (види став 53 и 60 погоре).

Таквите непроверени докази превагнуваат во одмерувањето и бараат доволни противтежни фактори за да надоместат за последичните тешкотии причинети на одбраната со нивното допуштање. Владата се потпира на два главни противтежни фактори: факт дека судечкиот судија заклучил дека не би била причинета неправедност со допуштањето на изјавата на Т бидејќи жалителот бил во состојба да ја оспори или побие изјавата со тоа што самиот ќе сведочи или ќе ги повика другите сведоци кои биле присутни, од кои еден бил неговиот чичко; и предупредувањето што И го дал судечкиот судија на поротата дека е неопходно да му се пристапи на доказот даден од отсутниот сведок со претпазливост.

Но, Судот смета дека ниту еден од овие фактори, без оглед дали се зема сам по себе или во комбинација, не претставува доволна противтежа за хендикепот со кој била обременета одбраната. Дури и да сведочел одрекувајќи го обвинението, жалителот не бил, се разбира, во состојба да ја провери вистинитоста и веродостојноста на доказот на Т по пат на вкрстено испрашување. Факт е дека Т бил единствениот сведок кој бил очигледно расположен или способен да каже што видел. Одбраната не беше во можност да повика било кој друг сведок да му противречи на сведочењето дадено во изјава по слушање.

Друг доказ беше тој даден од жртвата С, кој не знаеше кој го пробол, иако во почетокот претпоставувал дека тоа е жалителот. Неговиот доказ беше по природа заснован на индиции и во голема мерка неоспорен од жалителот. Тој сведочеше за тепачката и постапката на жалителот по прободувањето (види став 32 погоре). Иако овие докази потврдија некои детали од сведочењето на Т, во најдобар случај дадоа само индиректна поддршка за тврдењето на Т дека жалителот е тој кој го пробол С.

Точно е дека упатствата во резимето на судијата до поротата беше целосно и добро срочено, обрнувајќи внимание на опасностите од потпирање на непроверени докази. Но, Судот не смета дека такво предупредување, без оглед колку е јасно или силно изразено, може да претставува доволна противтежа каде непроверена изјава на единствениот очевидец на обвинителството е единствениот директен доказ против жалителот.

Судот затоа смета дека одлучувачката природа на изјавата на Т во отсуство на било кој друг поткрепувачки доказ вослучајот значеше дека поротата во овој случај не беше во состојба да спроведе праведна и правилна оценка на веродостојноста на доказот на Т. Испитувајќи ја праведноста на постапката во целина, Судот заклучува дека немало доволно противтежни фактори да се компензира за тешкотиите по одбраната кои произлегле од допуштањето на изјавата на Т. Затоа, утврдува дека имало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3 (d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery.



## II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

Член 41 од Конвенцијата предвидува:

„Доколку Судот утврди дека настанала повреда на Конвенцијата или Протоколите кон истата, и ако внатрешното право на Високата договорна страна дозволува само делумна репарација, Судот, доколку е неопходно, ќе и додели праведна сатисфакција на оштетената страна.“

Бидејќи не е утврдена повреда во однос на првиот жалител, праведна сатисфакција треба да се разгледа само во однос на вториот жалител.

### А. Оштега

Вториот жалител тврдеше во својот поднесок дека, за разлика од мнозинството случаи по Член 6, може правилно да се каже дека неговата осуда за одноското дело и неговата последователна казна затвор не ќе се случеа да не беше повредата. Врз основа на дополнителното време поминато во затвор и во однос на споредливи надоместоци за противправно затворање, вториот жалител побара ГБП 65.000 (околу ЕУР 83.830). Владата тврдеше во своите поднесоци дека нема каузална врска меѓу наводната повреда и осудата на жалителот, дека домашното прецедентно право е од ограничена релевантност и дека секое утврдување на повреда претставува доволна праведна сатисфакција. Како алтернатива, би бил соодветен многу понизок износ, како што се ЕУР 6.000 доделени во *Visser против Холандија*, бр. 26668/95, § 56, 14 февруари 2002.

Во својата пресуда, Советот прифати дека домашното прецедентно право е од ограничена релевантност за прашањето на непарична оштета во постапката пред себе. Но, утврди дека кривичната постапка против жалителот, барем во однос на обвинението засновано на изјавата на Т, не беше спроведено во согласност со Конвенцијата и дека жалителот недвојбено претрпел определен степен на болка и страв како последица. Додели износ од ЕУР 6,000 во вид на надомест за непарична оштета.

Големиот судски совет не гледа причина да отстапи од оценката на Советот и во согласност со тоа го доделува истиот износ ЕУР 6,000.

## **Б. Трошоци и расходи**

Пред Советот, вториот жалител бараше вкупно GBP 7.995 за трошоци и расходи, што е околу EUR 9.079. Ова се состои од GBP 5.571,47 (вклучувајќи ДДВ) за апроксимативно четириесет и пет часовен ангажман на Г-ѓа Trowler, што вклучува присуство на расправата на Советот и време поминато во пат до Стразбур. Трошоците и расходите на адвокатите изнесуваа GBP 2.423,56 (вклучувајќи ДДВ) што покрива трошоци од GBP 1.734,16 за апроксимативно петнаесет часовен ангажман и GBP 689,40 за расходи.

Пред Големиот судски совет, вториот жалител бараше вкупно GBP 3.614,82 во однос на трошоците и расходите на адвокатот, што ја покри постапката пред Советот и Големиот судски совет. Тој воедно побара дополнителни GBP 3.643 (вклучувајќи ДДВ) за понатамошен триесет и седум часовен ангажман на Г-ѓа Trowler. Ова вклучи седумнаесет часа за покривање на нејзиното очекувано присуство на расправата на Големиот судски совет времето за пат до Стразбур. Во случајот, таа не беше во состојба да присуствува на расправата.

Владата ги смета сатниците кои се наплатени за прекумерни.

Судот утврдува дека износите кои се побарани не се прекумерни во светлината на комплексноста на случајот. Оттаму, со исклучокна седумнаесет часовното присуство и времето за пат до расправата на Големиот судски совет (кои не се фактички настанати), останатиот дел на трошоците и расходите на вториот жалител треба да се покријат целосно. Затоа доделува ЕУР 13.150, вклучувајќи ДДВ, намалено за ЕУР 1.150 веќе доделени како правна помош од Советот на Европа, кои треба да се конвертираат во стерлинг фунти на денот на извршување.

## **В. Затезна камата**

175. Судот смета дека е соодветно затезната камата да се заснова на граничната активна каматна стапка на Европската централна банка, на што треба да се додадат три процентни поени.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

*Утврдува*, со петнаесет гласа на против два, дека немало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Al-Khawaja;

*Утврдува, едногласно, дека имало повредана Член 6 § 1 прочитан во врска со Член 6 § 3(d) од Конвенцијата во однос на Г-дин Tahery;*

*Утврдува, едногласно,*

*дека Државата респондент треба да му ги плати на вториот жалител, Г-дин Tahery, во рок од три месеци, следниве износи, кои треба да се конвертираат во стерлинг фунти по стапката применлива на датумот на извршувањето:*

*ЕУР 6.000 (шест илјади евра), плус сите давачки кои можат да се наметнат, во однос на непарична оштета;*

ЕУР 12.000 (дванаесет илјади евра), плус сите давачки кои можат да се наметнат, во однос на трошоците и расходите;

(б) дека од истекот на горенаведените три месеци до извршувањето ќе се пресмета основна камата на горните износи по стапка еднаква на граничната активна каматна стапкана Европската централна банка за време на казниот период плус три процентни поени;

*Го отфрла*, едногласно, остатокот на барањето на жалителите за правичен надоместок.



Подготвено на англиски и француски, и доставено на јавна расправа во Зградата на човекови права, Стразбур, на 15 декември 2011 година.

Michael O'Boyle,

Françoise Tulkens,

*заменик на секретарот*

*претседател*

Во согласност со Член 45 § 2 од Конвенцијата и Правилото 74 § 2 од Судскиот деловник, следниве издвоени мислења се приложени кон оваа пресуда:

Согласно мислење на Судија Bratza;

(б) Заедничко делумно согласно и делумно издвоено мислење на Судиите Karakas  
и Sajó.

Ф.Т.

М.О.Б.

## СОГЛАСНО МИСЛЕЊЕ НА СУДИЈА BRATZA

Во својата пресуда во случајот *R. против Horncastle и други*, со која се согласија другите членови на Врховниот суд, Lord Phillips одби да ја примени „проверката за единствен или одлучувачки“ на овој Суд наместо одредбите од Кривичниот кодекс од 2003 година. Тие одредби, според него, ја постигаат правата рамнотежа меѓу императивот судењето да биде праведно и интересите на жртвите посебно и на општеството општо криминалецот да не смее да биде имун од осуда, ако сведок, кој дал клучни докази во изјава за која може да се покаже дека била веродостојна, починал или не можел да биде повикан да даде доказ од некоја друга причина. Наведувајќи дека, при доаѓањето до овој став, водел внимателно сметка за јуриспруденцијата на Судот, Lord Phillips заклучил изразувајќи надеж дека „со тек на времето Судот во Стразбур може исто така да обрне внимание на причините кои ме довеле до тоа да не ја применим проверката за единствен или одлучувачки во овој случај“ (пресуда *Horncastle*, § 108).

Овој случај презентира, според мене, добар пример за судскиот дијалог меѓу националните судови и Европскиот суд околу примената на Конвенцијата на

кој укажуваше Lord Phillips. Случајот *Horncastle* беше одлучен од страна на Врховниот суд по донесувањето на пресудата на Големиот судски совет во конкретниов случај, во што учествував и јас, и делумно, со цел да овозможи да се испитаат критиките на таа пресуда, Панелот на Големиот судски совет го прифати барањето на Владата респондент да го упати случајот до Големиот судски совет.

Како национален судија во случај поднесен против Обединетото Кралство, имав непријатна должност согласно Конвенцијата да седам и да гласам повторно во Големиот судски совет. Пресудата на Големиот судски совет, со која јас се согласувам, не само што ги зема предвид ставовите на Врховниот суд за проверката за единствен или одлучувачки и нејзината примена од страна на Советот, туку и ги преиспитува заштитните мерки од Законот од 2003 (и неговиот претходник, Кривичниот законик од 1998) кои имаат за цел да осигурат праведност на едно кривично судење каде е допуштен доказ по слушање. Иако, како што е очигледно од пресудата, Судот не беше во состојба да ги прифати сите критики на проверката, го третираше она што се чини е еден од централните проблеми идентификувани од Врховниот суд, имено нефлексибилната примена на проверката или правилото, како што се одразени во пресудата на Советот *Луца против Италија*, со која осуда заснована единствено или до одлучувачки степен врз изјава на отсутен сведок се смета за некомпатибилна со барањата за праведност во Член 6, без оглед на било какви противтежни процедурални заштитни мерки во рамки на националните систем. Го споделувам мислењето на мнозинството дека да се примени правилото нефлексибилно, игнорирајќи ги спецификите на особениот засегнат правен систем, би било спротивно на традиционалниот начин на кој Судот, во други контексти, му пристапувал на прашањето на општата праведност на кривичната постапка. Иако, како што Судот сега смета, при оценувањето на праведноста на постапката, фактот што осудата е заснована единствено или до одлучувачки степен на изјава на отсутен сведок е мошне важен фактор за одмерување на балансот и бара силни противтежни фактори, вклучувајќи и постоење на ефективни процедурални заштитни мерки, тоа не треба автоматски да резултира со повреда на Член 6 § 1 од Конвенцијата.

4. Откако ги преиспитав двата случаи во контекст на овие начела, се согласувам со мнозинството дека, спротивно на мојот првичен став во Советот, Член 6 § 1 не бил повреден во случајот *Al-Khawaja* но дека настанала повреда на тој Член во случајот *Tahery*.

ЗАЕДНИЧКО ДЕЛУМНО ИЗДВОЕНО И ДЕЛУМНО СОГЛАСНО  
МИСЛЕЊЕ НА СУДИИТЕ SAJÓ И KARAKAŞ

Повикани бевме од Врховниот судна Обединетото Кралство (*R против Horncastle и други* [2009] UKSC 14) да ги разјасниме начелата зад правилото за исклучување во случаи каде доказ по слушање е единствен или одлучувачки доказ. Таквите барања, кои одразуваат искрена загриженост за и очигледни

недоследности во нашето прецедентно право, заслужуваат соодветно разгледување за да се овозможи одржување на *bona fide* дијалог<sup>1</sup>.

Очигледно, прашањето кое треба да се разјасни е следново. Ако осуда е заснована исклучиво или во одлучувачки степен на искази кои се дадени од лице кое обвинетиот немал прилика да го испраша или некој друг да го испраша, било за време на истрагата или на судењето, генерално се смета дека правата на одбраната биле ограничени до степен кој е некомпатибилен со гаранциите пружени во Член 6 (таканареченото „правило за единствен или одлучувачки“). Прашањето е дали ова правило треба да се смета за апсолутно правило чија повреда автоматски води кон утврдување дека постапката не била праведна, со повреда на Член 6 § 1 од Конвенцијата (види став 119 од пресудата). Но има и уште поважно прашање кое е засегнато, имено односот меѓу фундаменталните човекови права на обвинетиот и легитимниот интерес на општеството за санкционирање – по едно праведно судење. (Праведност воедно подразбира невините да не се казнуваат.) Всушност, прашањето е до кој степен правото на праведно судење, кој претставува институционална задача и предмет на постигање на праведна рамнотежа меѓу спротивставените интереси на обвинетиот и правосудството, може да ги апсорбира или поткопа специфичните индивидуални права кои се дефинираат во Конвенцијата со апсолутни и категорични формулации.

---

<sup>1</sup> Се согласуваме со Врховниот суд дека можеби се дадени недоволни упатства во врска со концептот на „одлучувачки докази“. Овој недостаток е делумно резултат на пристапот заснован на специфичен случај во јуриспруденцијата на овој Суд, која има за цел да го почитува националниот законодавствен и судски суверенитет, и делумно се должи на претпоставката дека таквите дефиниции најдобро се развиваат во контекст на националниот правен систем. Овој пристап е во согласност со начелото на супсидијарност. Со намера да одговориме на барањето, оваа пресуда пружа дефиниција.

Според наше мислење за „одлучувачки“ доказ разумно се смета оној доказ без кој обвинителните органи не би можеле да покренат случај. Повисок стандард веројатно би ја вратил апсолутната забрана за доказ по слушање. Понизок стандард повикува на злоупотреба. Згора на тоа, ако сведочењето е такво да без него не би можело да има ни обвинение, а камоли осуда, пропустот да се овозможи прилика за вкрстено испрашување на сведокот ја ограничува одбраната во поголема мерка одошто во случаи каде други докази независно ја поткрепуваат осудата. Проверката за единствен или одлучувачки овде функционира како заштита на Член 6 § 3 (d), за да се гарантира дека исклучокот нема да го поткопа начелото и дека секоја осуда која ќе произлезе не зависи во краен случај или исклучиво од доказ по слушање.



За да се разјаснат начелата во овој случај, неопходно е да се почне од изричитата заштита на правата на одбраната според Член 6 §§ 1 и 3 (d).

Треба да се нагласи дека Член 6 §§ 1 и 3 (d) егзистира во контекст на вродената нерамнотежа на моќ меѓу обвинетиот и Државата. Силата двигател зад Член 6 е премисата дека интересот на правдата нема правилно да го заштити обвинетиот од опасноста од неправедно судење и неправилна осуда. Бидејќи обвинителската власт е подложна на злоупотреба како и на бирократски притисок да издвои и да казни починител, одбраната не треба непримерно да е попречена во оспорување на наводите на Државата. Понекогаш се вели дека правата на обвинетите мораат да се „балансираат“ наспроти јавниот интерес при делењето правда, а особено наспроти правата на жртвите и сведоците согласно Конвенцијата. Но заштитата на правата на одбраната, вклучувајќи го правото да ги испрашува сведоците на спротивставената страна, е веќе вградено како фундаментално за праведно судење при делењето правда, пред таквите размисли. Кога Конвенцијата ги издвои правата од став 3, тоа значеше дека овие основни права на одбраната се неопходни како противтежа на доминантната моќ на обвинителството, во интерес на праведноста. Да се балансираат овие права по втор пат против интересот на правосудството, како што се обиде тоа да го стори Владата во *Al-Khawaja* и *Tahery*, значи да им се даде на обвинителството и интересот на правосудството (имено да се казни) очигледна предност. Овој Суд никогаш не сметал дека „Член 6(3)(d) е едноставно илустрација на прашања кои треба да се земат предвид при разгледување дали е одржано праведно судење“, како што тврди Waller LJ, во прегледот на прецедентното право на Стразбур во *R против Sellick* [2005] EWCA Crim 651, цитирано во *Horncastle*, став 79<sup>2</sup>.

Пресудата (став 143) го наведува следново: „Во исто време, Судотот секогаш го толкува Член 6 § 3 во контекст на сеопфатно испитување на праведноста на

<sup>2</sup> *Travaux preparatoires* посочува дека таму став 1 и став 3 се разгледани одвоено.

една постапка (види, од неодамна меродавен став, *Salduz против Турција* [ГСС], бр. 36391/02, § 50, 27 ноември 2008)<sup>3</sup> (нагласувањето е додадено). Поимот „сеопфатно испитување“ е нов во контекстот на Член 6. Точно е дека Судот доследно го оценува импактот што го има неможноста на обвинетиот да го испраша сведокот врз сеопфатната праведност на неговото судење. Всушност, Судот признава дека дури и ако се ограничи некој елементна специфично именувано право на одбраната, тоа може да се врати во рамнотежа и да се постигне праведност на судењето. Но при примена на холистичкиот пристап (сега претставен како „сеопфатно испитување“) за да се утврди праведноста на судењето, овој Суд никогаш не изјавил дека праведност може сè уште да се постигне ако едно од фундаменталните права е лишено од својата суштина. Во однос на правото на вкрстено испрашување сведоци и со него поврзаното начело на еднаквост на оружје, Судот систематски и доследно зацрта светла линија, која никогаш не ја напушти, во вид на правилото за единствен или одлучувачки. Денес, оваа последна линија на заштита на правото на одбрана се напушта во име на сеопфатно испитување на праведноста.

Во светлината на нашето прецедентно право не може да се порекне дека правата набројани во Член 6 § 3 се предмет на толкување во контекст на концептот на праведно судење. Упатуваме во врска со ова на *Salduz* (види став 143 од пресудата). Но разликите во логичната подлошка во *Salduz*, која следи долг низ случаи, се мошне информативни. Поимот „сеопфатно испитување“ отсуствува забележително. Судот утврди повреда „на Член 6 § 3 (с) од Конвенцијата во врска со Член 6 § 1.“<sup>3</sup> “Се разбира, самата терминологија не кажува многу, но промената во терминологијата е мошне поучна.

---

<sup>3</sup> Некои од согласните мислења го користат изразот „Член 6 § 3 (с), прочитан во врска со Член 6 § 1“.

Она што беше релевантно во *Salduz* (и е применливо *mutatis mutandis* во конкретниов случај, со оглед на структурната сличност на правата од Член 6 § 3 (c) и (d)) за природата наодносот кој се разгледува е следново: потпирањето на Член 6 § 1 во толкувањето на правото на адвокат е диктирано од потребата за екстензивно толкување на специфичното засегнато право. Конвенцијата дава право на правна помош за одбрана на лицето (правото да „се брани сам“); не вели во која фаза на постапката се доделува ова право. Може да се тврди дека е ограничено на фазата на судење. Но, Судот не ја прифати таа тесна изведба, и го толкуваше правото на адвокат во смисла на неговите последици за праведно судење, и го прошири нејзиниот опфат. Ниту во *Salduz* ниту било каде на друго место Судот не тврдел дека праведно судење ги апсорбира специфичните права на броени во Член 6 § 3.

Несомнено, има низа случаи во нашата јуриспруденција во кои правата на броени во Член 6 § 3, вклучувајќи го правото да испрашува сведоци, биле толкувани рестриктивно и таму каде за барањето за праведно судење било утврдено дека сепак биле задоволени. Член 6 § 1 секогаш се користел како резервна позиција; утврдено е дека рестрикцијата не била фатална за праведноста на судењето ако до извесен степен постоела противтежа, барем во теорија. Се утврдило дека рестрикциите била диктирани од практичните потреби за ефективна истрага и судење (потребите на правосудството) или од конфликт со правата од Конвенцијата на други лица (на пример, каде морало да се заштити правото на сведокот на живот). Во сите овие случаи се барале дополнителни заштитни мерки, и суштината на правото на вкрстено испрашување во смисла на еднаквост на оружје се смета дека секогаш се почитувала (како во случајот на „посебен адвокат“, или каде се применувале посебни техники за соочување заради заштита на вулнерабилни сведоци).

---

Друга стандардна формула која се користи е: „Бидејќи барањата на Член 6 § 3 се сметаат за особени аспекти на правото на праведно судење гарантирано со Член 6 § 1, Судот ќе ја разгледа тужбата според Член 6 §§ 1 и 3 (d) заедно“ (види *Gossa против Полска*, бр. 47986/99, § 51, 9 јануари 2007).

Прецедентното право на овој Суд поддржува четири предлога кои се однесуваат на правата на одбраната во контекст на праведно судење. Прво, тие права се засноваат врз начелата на еднаквост на оружје и контрадикторна постапка, кои бараат одбраната да не биде онеправдана во однос на обвинителството, и кривично обвинетиот да може да ги провери доказите кои се основа на неговата осуда. Второ, иако се дозволува извесна дерогација во однос на овие права, таа мора да биде оправдана и да има доволна противтежа со процедурални заштитни мерки. Трето, степенот на штета за одбраната е фактор при утврдувањето дали судењето како целина било праведно. На крај, во случаи каде изјави од сведоци кои одбраната немала можност да ги испраша пред или на судењето се основа за осудата на одлучувачки начин, штетата е од таков степен што претставува сама по себе повреда на Член 6, која никакви процедурални заштитни мерки не можат ефективно да ја урамнотежат. Токму четвртиот предлог стана познат како правило за единствен или одлучувачки. Но, како што предлагаме подолу, можеби е поразумно да ги разбереме вториот, третиот и четвртиот предлог заедно, во смисла дека создаваат тесен исклучок за забраната за доказ по слушање. Повторно, останува на Државите да утврдат каков вид на доказ е допустлив, а Судот никогаш не наметнал бланко забрана во тој поглед. Но очигледно е во светлината на неговото прецедентно право дека доказот по слушање останува проблематичен извор на докази кој бара посебна претпазливост поради општата неможност да се провери веродостојноста на изјави по слушање. Како што Судот формулираше: „Опасностите својствени на таквата ситуација се очигледни“ (види *Kostovski против Холандија*, 20 ноември 1989, § 42, Серија А бр. 166). Иако Судот бара „екстремна“ грижа во третирањето на непроверени докази, во реалноста доказите или се користат или не<sup>4</sup>.

Конвенцијата не ги набројува основите за ограничување на правата на одбраната. Наместо тоа, таа често се толкува дека ги издвојува овие права за заштита во контекст на осигурување на праведно судење, дека се суштински за праведноста. Таму каде се појавуваат практични тешкотии, мерките преземени за нивно лекување треба да се оценат така што ќе се утврди дали правата биле адекватно заштитени, не дали други легитимни интереси превагнале над правата. Не смее да се дозволи интересите на обвинителството да превладеат само затоа што се јавуваат во облик на заштита на сведокот или потреба да се осуди обвинетиот (што се претставува како интерес на правдата).

---

<sup>4</sup> Види ја критиката на Stefan Trechsel во *Human Rights in Criminal Proceedings*, OUP, 2005, 313.

Овој Судот повторуваше во своето претходно прецедентно право дека допустливоста на докази е прашање на националното право и дека задача на Судот е да одлучува не за тоа дали некој доказ бил коректно допуштен, туку за тоа дали постапката како целина била праведна (види *Kostovski*, цитирано погоре, § 39). За да ја утврди праведноста на судењето, Судот мора сепак да го оцени, *inter alia*, начинот како се давале доказите за одбраната и обвинителството. Во начело, Член 6 § 3 (d) бара изјави на сведоци да се даваат на јавна расправа во присуство на обвинетиот со цел контрадикторно докажување. Во отсуство на соочување на судењето, може да биде доволно испрашување во пред расправната фаза (види *Kostovski*, цитирано погоре, § 39). Загриженост околу Член 6 § 3 (d) ќе се појави пред сè во сите случаи како што се *Al-Khawaja u Tahery*, каде на одбраната не и беше овозможено да ги испрашува клучните сведоци ниту во пред расправната постапка ниту за време на судењето. Така, појдовна точка е дека на одбраната треба да и се даде можност да ја побие изјавата на сведокот на суд и, освен ако непобитни причини не наложуваат поинаку, во самиот суд каде се одвива судењето. Фактот што Судот нема да ги прегледа прашањата на допустливоста на доказите (освен за докази кои резултираат од повредана Член 3) не значи дека не е свесен за нивната проблематична природа.

Потребата од вкрстено испрашување е основана, особено ако сведочењето е клучно за обвинителството. Вредноста на сведочењето зависи од кредибилитетот на сведокот. Да се оспори тој кредибилитет бара сознание за идентитетот на сведокот. Личното држење е од голема важност, како и директниот впечаток на доказите врз судијата или поротата кои го водат случајот. Дури и искусни судиите можат по грешка да им дадат непримерна тежина на докази од сведоци кои одбраната не ги испрашала вкрстено. *A fortiori*, овие фактори се позначајни во систем на порота, со тоа што професионален судија е во подобра позиција од лаик да ги вреднува информациите добиени од или во присуство на друг судија кој спровел претходна расправа. Да се бара од членови на поротата да одмерат докази имајќи предвид дека не се проверени, бара многу поголема судска компетенција одошто да се бара од судии да пресудат за допустливост имајќи ја предвид потенцијалната вредност на доказите за случајот на обвинителството. Заради усогласеност со Член 6 § 3 (d), посебно внимание може да биде неопходно за да се осигури дека непроверен доказ нема да дојде пред поротата, ако е веројатно дека тој доказ самиот ќе го реши случајот. Во овој контекст, овој Суд мора да праша: (а) дали доволно внимание се посветува во англискиот и велшкиот правен систем во контекст на

конкретните случаи; или (б) дали ризиците поврзани со инаку внимателно  
врамномтеженото допуштање на доказ по слушање како единствен или  
одлучувачки доказ се такви, што ги загрозуваат правата на одбраната и со тоа  
и праведноста на судењето до степен кој ја поткопува ефективната заштита на  
човековите права?

Парадигматската неправда на која И е неопходна силната заштита која ја дава

Член 6 § 3 (d) е кривична осуда заснована (одлучувачки) врз доказ по  
слушање. Прашањето тогаш не може да биде, дали судот на друг начин  
утврдил дека непроверениот доказ е веродостоен. Претпазливото потсетување  
на Врховниот судија Scalia е поучно во овој поглед: „Да се откажеме од  
соочување бидејќи сведочењето е очигледно веродостојно е слично како и да  
се откажеме од судење пред порота бидејќи обвинетиот е очигледно виновен“  
(види *Crawford против Вашингтон*, 541 U.C. 36, 62 (2004))<sup>5</sup>. Оценката на  
Владата за неоспорност и веродостојност во *Al-Khawaja и Tahery* е  
сомнителна од самата причина што средствата со кои се дошло до оваа оценка  
го ограничиле правото на одбраната да испраша клучни сведоци.

---

<sup>5</sup> Во својот поднесок до Големиот Совет Владата погрешно ја карактеризира одлуката во *Crawford* како апсолутистичка и анахрона. Посочувањето на Судијата Scalia кон загриженоста на Framers за судењето на Sir Walter Raleigh е, токму обратно, место каде ќе се најде начелото кое е во основа на пресудата. Иако е поизискателен од нашиот стандард, тешко може да се каже дека *Crawford* е апсолутистички. Правилото на исклучување на докази во САД (*заб. прев. ако тие се стекнати со нелегален претрес*) важи само кај сведочења и признава дека веќе имало познати исклучоци во време на основањето на Републиката (види *Davis v. Вашингтон*, 547 U.S. 813 (2003)). Недостапноста на сведокот и соодветната можност за вкрстено испрашување на сведокот, ако се земат заедно, ќе бидат доволни да се задоволи барањето за соочување согласно сегашните закони на САД. Во *Davis и Hammon*, два случаи на домашно насилство, Врховниот суд објасни дека „[и]зјави не се сведочење кога се дадени во текот на полициското испитување во услови кои објективно посочуваат дека примарната цел [на испитувањето] ... е да овозможи полициска помош при тековен итен случај,“ но дека тие „се сведочење ако околностите објективно посочуваат дека нема тековен итен случај, и дека примарната цел [на испитувањето] е да утврди или докаже минати настани кои се потенцијално релевантни за подоцнежното кривично обвинение“ (547 U.S., во 822).

Штом ќе го признаеме односот во начело меѓу правата на одбраната и праведното судење, проверката за единствен или одлучувачки се чини дека е исклучок на целосната забрана за доказ по слушање предвидена со засебно правило. Како исклучок, треба да се толкува строго и тесно. Таму каде овој Суд претходно утврдил дека нема повреда на Член 6 § 3 (d), воедно го забележал постоењето на потврдувачки докази кои можат да ја поткрепат осудата (види, на пример, *Ferrantelli u Santangelo против Италија*, 7 август 1996, § 52, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-111; *Doorson против Холандија*, цитирано погоре, § 72; и *Gossa против Полска*, бр. 47986/99, § 61, 9 јануари 2007).

Англиското право онака како што е применето во *Al-Khawaja* и *Tahery* се сведува на барање исклучок на она што веќе е исклучок. Прашањето пред Судот оттаму е, дали начелата кои лежат во основата на Член 6 §§ 1 и 3 (d) можат да го преживеат понатамошното ограничување. Владата тврди дека доказите во овие случаи биле веродостојни бидејќи, всушност, на системот на обичајно право може да му се верува да ја оцени веродостојноста без соочување и да ги заштити правата на одбраната независно од Конвенцијата. Вакво резонирање е неуверливо. Самата цел на Конвенцијата е да ги штити човековите права од повреда од Државата, што вклучува судство составено од испитувачи на фактите кои можат да згрешат, дури и да се професионални колку што е човечки возможно. Не е случајност што продолжува да преовладува недоверба во врска со неоспорени докази во системите на обичајно право. Ставовите на Комисијата на Ирска за реформи на правото се особено поучни: „Определени опасности се поврзуваат со дозволувањето докази од недостапни сведоци: тоа го поткопува правото на обвинетиот на праведно судењето и создава потенцијал за потфрлање на правдата и ... да се дозволат докази од уплашени и недостапни сведоци би го поткопало ова право. Комисијата забележува дека привремено препорачала судовите да задржат дискрециско право да го развиваат правилото за доказ по слушање ако за тоа постои неопходност“ (став 69-71). Опасностите од допуштање на доказ по слушање во контекст споредлив со *Al-Khawaja* го присили Врховниот суд на Канада да ја ограничи допустливоста на изјави на сведоци кои не можат да се оспоруваат во *R. против Khewalon* ([2006] 2 С.С.Р. 787). И, како што е претходно забележано, Соединетите Држави, кои имаат целосно функционален систем на обичајно право, применуваат построго барање за соочување од она воспоставено со Европската конвенција за човекови права. Најважно, Обединетото Кралство, како и други земји, ја ратификуваше Конвенцијата под претпоставката дека неговиот правен систем е во

согласност со Конвенцијата. Во време на ратификацијата важечкото правило на обичајното право го забрануваше доказот по слушање<sup>6</sup>.

Популизмот, полицијата и обвинителствата ги подложуваат судовите ширум светот на притисок да ги занемарат фундаменталните заштитни мерки на кривичната постапка. Понекогаш барањата се легитимно засновани на практични тешкотии, но ова не е доволно добра причина да се занемари заштитата на правата на обвинетиот, кои се одлучувачки за едно праведно судење и праведно правосудство.

Бидејќи причините за отсуството или анонимноста на сведокот можат да бидат разновидни (на пример, смрт, заплашување на сведокот, вулнерабилноста на жртви на семејно злоставување или сексуално злоставување на деца), треба да избегнуваме да ги третираме случаите како да се сите исти. Заштитата на деца сведоци од понатамошни трауми, на пример, бара посебна претпазливост.

Дури и во такви случаи треба да е возможно да му постават на сведокот парашања во име на одбраната за време на пред-расправата или прелиминарната истрага. Таквите сесии треба да се снимат на запис за да се осигури дека одбраната е во состојба да го оспори кредибилитетот на сведокот пред поротата (види, на пример, *C.N. против Шведска*, бр. 34209/96, § 52, ECHR 2002-V). Општо гледано, секаква рестрикција на правата на

---

<sup>6</sup> Види изјава на Lord Bingham: „Како што мојот благороден и учен пријател Lord Rodger од Earlsferry нафрли ... „воведувањето на член 6(3)(d) нема да додаде ништо важно во било кое барање на англискиот закон сведоците да сведочат во присуство на обвинетиот“. Можно е (ова не беше продлабочено во аргументацијата) вклучувањето на член 6(3)(d), кој на обвинетиот му гарантира право да го испраша или некој друг да го испраша оној кој сведочи против него, да го одразува влијанието на британските преговарачи. Во секој случај јасно е, како што укажа мојот благороден и учен пријател во истиот случај, став 11, дека „испитување на прецедентното право на Европскиот суд за човекови права ќе потврди дека голем дел од влијанието на член 6(3)(d) се извршило врз процедурите на континенталните системи кои претходно дозволувале обвинет да биде осуден врз основа на докази од сведоци кои тој немал можност да ги оспори“ (*R v. Davis*, став 24).



одбраната треба да се третира со екстремна претпазливост (види *C.N. против Шведска*, цитирано погоре, § 53). И овде, прифатливо решение беше посебен облик на проверка на доказот. Но доказот беше проверен и немаше потпирање на непроверено единствено или одлучувачко сведочење.

Во *Al-Khawaja* и *Tahery* не се обезбеди можност во пред-расправата за вкрстено испрашување на сведоците. Ниту беа наведени неикакви јасни интереси како оправдување за хендикепот на одбраната, освен секогаш присутните интереси за обезбедување на јавна безбедност и кривична казна. Самоубиството на С.Т. во *Al-Khawaja* и одбивањето на Т. во *Tahery* да сведочи на суд поради страв да не го жигосаат како поткажувач во неговата заедница, се очигледно различни од случаи кои вклучуваат жртви на злоставување на деца или обвиненија против организиран криминал, каде има невообичаена потреба да се заштити сведокот од обвинетиот. Посебна претпазливост може да е потреба ако клучните сведоци починат или се заплашени како резултат на постапките на обвинетиот. *Al-Khawaja* и *Tahery*, не претставуваат такви случаи. Затоа, не треба да го отвораме ова прашање за да ги решиме.

Иако ја разбираме природата на предизвиците со кои се соочува обвинителството кога ќе почине клучен сведок или ќе одбие да се појави на судење поради вистински страв, заштитата која ја гарантира Член 6 е упатена само на правата на одбраната, не на состојбата на сведоците или обвинителството. Задача на овој Суде да го заштити обвинетиот токму тогаш кога Владата ги ограничува правата од Конвенцијата за да ја засили позицијата на самата Државата на судењето. Противтежните постапки можат, ако е строго неопходно, да и дозволат на Владата флексибилност во задоволување на барањата на Член 6 § 3 (d). Но, нашата еволуирачка примена на проверката за единствен или одлучувачки покажува дека овој исклучок на општото барање за соочување, не е и самиот без ограничувања во начело. На крај, работа на Владата е да го поткрепи својот случај со поткрепувачки докази кои не се доказ по слушање. Неуспехот тоа да го стори отвора сериозни прашања за Владата околу

адекватноста на нејзините постапки и ги прекршува обврските на Државата од  
Член 6 § 1 во врска со Член 6 § 3 (d).

Денеска Судотот стапи од својата претходна позиција според која, ако еден сведок не може да биде вкрстено испрашан и осудата е заснована на доказ по слушање како единствен или одлучувачки доказ, се прекршуваат правата заштитени со Член 6. Судот се потпира врз случаи каде на одбраната и се ускратува увид во докази за да се заштитат полициските извори (се цитира *Rowe и Davis против Обединетото Кралство* [ГСС], бр. 28901/95, ECHR 2000-11). Според оваа пресуда, во тие случаи Судот „им остави на домашните судови да одлучат дали правата на одбраната треба да отстапат пред јавниот интерес и се ограничи на верифицирање дали постапките кои ги следеле судските власти претставуваат доволна противтежа на ограничувањето на одбраната со соодветни заштитни мерки. Фактот што определени докази не и биле достапни на одбраната не се сметаше дека автоматски водел кон повредана Член 6 § 1“ (види став 145 од пресудата).

Со други зборови, Судот потврдува дека веќе прифатил дека пристапот до докази е прашање на воспоставување на соодветна рамнотежа меѓу засегнатите јавни и приватни интереси. Јасно е дека, за разлика од случајот со Член 8-11, јазикот и општата практика на Судот не дозволуваат такво балансирање.

Едноставно не можеме да видиме како некој може да се потпре на овој низ случаи, во кои не се работи за доказ од единствен сведок. Впрочем, во *Rowe u Davis* се работеше за правото на објавување на релевантни докази. Се утврди дека ова не е апсолутно право: „Во секоја кривична постапка можат да постојат конкурентни интереси, како што се националната безбедност или потребата да се заштитат сведоци под ризик од одмазда или да се држат во тајна методите на полицијата за истрага на злосторство, кои мораат да се одмерат наспроти правата на обвинетиот (види, на пример, пресудата во *Doorson против Холандија* од 26 март 1996, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-II, стр. 470, § 70)“ (види *Rowe u Davis*, цитирано погоре, § 61). Токму во *Doorson* Судот посочи дека против тежата се применува само ако доказот не е единствен или одлучувачки доказ (а особено, како што е во конкретниов случај, се заснова на доказ по слушање). Обидите за противтежа влегуваат во ризик да не го достигнат стандардот на прецизност и веродостојност кој се очекува од една правна пресуда<sup>7</sup>, и за тој ризик се утврдило дека е недозволиво висок и дека ги надминува противтежните мерки во случај на единствени или одлучувачки докази.

Не се нуди никаква причина, освен упатување на праведност засновано на погрешното толкување на *Rowe u Davis*, за отстапување од категоричното толкување на правилото за „единствен или одлучувачки“, освен што се вели дека Судот ќе бара противтежните мерки да бидат такви што ќе го задоволат и најстрогиот преглед. Несигурноста и несоодветната заштита на правата кои произлегуваат од противтежниот пристап се добро илустрирани во *Al-Khawaja*, каде дури и Апелациониот суд мораше да се согласи дека упатствата дадени од судијата беа недоволни. Сепак, судот претпостави дека поротата е способна да ја направи потребната разлика, што потоа И овозможи да се потпре на големите сличности со тужбата на другата наводна жртва на нападот. Сметаме дека таквата доверба е непромислена, поради причини наведени од Врховниот суд во *Horncastle*. Како што изјави Врховниот суд, една од темите кои го означуваат пристапот на обичајното право кон праведно

---

<sup>7</sup> Види Trechsel, *op cit.*, 313. За чувството на судијата за правда по прашање на допустливоста на непроверендоказ по слушање види ја формулацијата во Дел 11, Поглавје 2 од Законот за кривична правда 2003, Оддел 116:

(4) Согласно пот-оддел (2)(е) може да се даде дозвола само ако судот смета дека изјавата треба да се допушти во интерес на правдата, имајќи ги предвид -

(а) содржината да изјавата,

(б) сите ризици дека нејзиното допуштање или исклучување ќе резултира со неправедност по било која страна во постапката (а особено колку е тешко да се оспори изјавата ако релевантното лице не пружи усни докази).“

кривично судење „е неволноста да му се верува на лаички трибунал да им припише соодветна тежина на доказите презентирани пред него“ (став 17). Токму ова изричито се дозволи да се случи во *Al-Khawaja*<sup>8</sup>. Со други зборови, гаранциите кои наводно се нудат во противтежниот систем, кои се предвидени во законодавството и се применуваат од најкомпетентните судии обучени во благородната традиција на обичајното право паднаа на својот прв тест, а во вториот случај (*Tahery*), дури и судот мораше да утврди дека судечкиот судија погрешно ја применил наводно безгрешната гаранција.

Да заклучиме, од горенаведените причини ние сметаме дека Член 6 § 3 (d) во врска со Член 6 § 1 е прекршен во *Al-Khawaja* и затоа не можеме да се согласиме во тој случај; во случајот *Tahery*, меѓутоа, го следиме мнозинството но по друга основа, имено бидејќи правилото за единствен или одлучувачки беше игнорирано.

Овој Суд, во своите напори да ги задоволи легитимните барања во контекст на праведно судење, систематски и доследно зацртуваше црвена линија олицетворена во правилото за единствен или одлучувачки. Денеска, таа позиција се напушти во име на сеопфатно испитувањена праведноста, во надеж дека праведност на судење ќе се постигне со барање на противтежа за ограничувањата на засегнатото право и барање на крајно неумоливи причини и вистински доказ за таквата противтежа. Дури и ако се постигне, таквото постигање ќе остане под знак прашање, бидејќи доаѓа по цена на жртвување на изричито доделено право од Конвенцијата. Правната историја покажува дека осуди засновани на непроверен доказ од слушање се често погрешни и дефинитивно омилен инструмент за политичка злоупотреба. Точно, ова не е случај со моменталниот противтежен пристап онака како што се применува во Англија и Велс. Но самите случаи кои се пред нас денеска, и други наведени

---

<sup>8</sup> Потсетуваме на изјавата на судијата на прелиминарната расправа: „грубо кажано, нема изјава, нема точка еден.“ Види понатаму негови инструкции за поротата (став 15 и 16).

во *Horncastle*, ги покажуваат двојбите својствени за противтежниот пристап, што ја поткопува правната сигурност во постапката како и предвидливоста на правото. Опасностите од еден таков пристап беа нагласени уште во 2008, една година пред пресудата во *Horncastle*.

Во *R против Davis* (став 8), Lord Bingham, во еден благороден обид да ги заштити начелата на праведносудење, сметаше дека е неопходно да го цитира Апелацискиот суд на Нов Зеланд во *R против Hughes* [1986] 2 NZLR 129, каде Richardson J забележа (стр. 147):

„Јасно е дека обвинетиот нема гаранции за вистинска и целосна одбрана од обвинение ако не му се дадени доволно информации за неговиот обвинувач за да може да одлучи за испитување на тоа дали треба да се оспори неговиот кредибилитет.“

Lord Bingham понатаму цитира:

„Ќе се најдеме на лизгав терен како општество ако врз наводно балансирање на интересите на Државата против оние на обвинетиот поединец, судовите со судска одлука би дозволиле ограничувања во тоа одбраната да покрене прашања релевантни за едно суштинско прашање во судењето. Денес барањето е дека не треба да се даде името на сведокот: утре, по таа иста логика, ќе биде дека мора да се елиминира ризикот од физичка идентификација на сведокот во интерес на правдата во откривањето и прогонот на кривични дела, било со тоа што ќе дозволиме сведок да сведочи анонимно, на пример од зад екран, во кој случај неговото држење нема да може да се набљудува, или со отстранување на обвинетиот од судот, или обете. Правото да се конфронтира спротивставен сведок е основно за секое цивилизирано сфаќање на праведно судење. Тоа мора да го вклучува правото одбраната да го утврди вистинскиот идентитет на обвинувачот ако е засегнат кредибилитетот“ (стр. 148-149)<sup>9</sup>.

Правилото за единствен или одлучувачки кое досега се следеше имаше за цел да ги заштити човековите права против „плодовите на отровното дрво“ (ако изворот на доказите („дрвото“) е загадено, тогаш сè што ќе се добие од него („плодовите“) е исто така). Усвојувањето на противтежниот пристап значи дека едно правило кое имаше за цел да ги штити човековите права е заменето со неизвесноста на противтежата. Колку што знаеме ова е прв пат досега овој Суд, во отсуство на конкретна нова и неспорна причина, да го намали нивото на заштита. Ова е причина за најсериозна загриженост за иднината на судската заштита на човековите права во Европа.

---

<sup>9</sup> Во едно тажно продолжение на судските напори д се обезбеди праведност, 33 дена по пресудата на Горниот дом, Парламентот го одобри со закон она што Лордовите сметаа дека е особено спротивно начелата на праведно судење од обичајното право, во случај кој Лордовите го сметаа за решен со помош на обичајното право на овој Суд. Една година подоцна, Врховниот суд утврди (во различен контекст и врз основа на поранешни закони) дека начелата реafirмиран од страна на починатиот Lord Bingham се задоволени во споредлив контекст со помали гаранции, и покрај загриженоста искажана од негова страна и неговите колеги судии. Така оди тоа.

