

ЕВРОПСКИ СУД ЗА ЧОВЕКОВИ ПРАВА

ГОЛЕМ СОВЕТ

СЛУЧАЈ GAFGEN ПРОТИВ ГЕРМАНИЈА
(пријава бр. 22978/05)

ПРЕСУДА

*Оваа верзија е изменета на 3 јуни 2010 година
според Правило 81 од Правилата на Судот.*

СТРАЗБУР

1 јуни 2010 година

*Оваа пресуда е конечна но може да биде подложна на редакциски
измени*

Во предметот Gafgen против Германија,

Европскиот Суд за човекови права, заседавајќи како Голем Совет составен од:

Jean-Paul Costa, *Претседател*

Christos Rozakis,

Nikolas Bratza,

Francoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Anatoly Kovler,

Liljana Mijovic,

Renate Jaeger,

Sverr Erik Jebens,

Danute Jociene,

Jan Sikuta,

Ineta Ziemele,

George Nicolau,

Luis Lopez Guerra,

Ledi Bianku,

Ann Power,

nebojsa Vucinic, *суди*

и Erik Fribergh, регистратор,

Разгледувајќи го предметот зад затворени врати на 18 март 2009 година и на 24 март 2010 година,

Ја донесе следнава Пресуда усвоена на последно наведениот датум:

ПОСТАПКА

1. Случајот започна како апликација (бр. 22978/05) против Сојузна Република Германија поднесена пред Судот според член 34 од Конвенцијата за заштита на човекови права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на Германски државјанин, г. Магнус Гафген (Magnus Gafgen) (апликантот) на 15 јуни 2005 година. На апликантот му беше доделена правна помош.

2. Апликантот наведе дека третманот на кој бил подложен за време на полициското сослушување во однос на местоположбата на едно момче, Ј., на 1 октомври 2002 година, претставувал тортура забранета со член 3 од Конвенцијата. Тој тврди дека тој останал жртва на ова прекршување. Понатаму тој наведе дека неговото право на правично судење, како што е гарантирано со член 6 од Конвенцијата, кое опфаќа право самиот ефективно да се брани како и право да не се инкриминира себе си, е повредено на начин што

доказите кои биле обезбедени со повреда на членот 3 од Конвенцијата биле земени во предвид при неговото кривично судење.

3. Апликацијата е распоредена во Третиот оддел, а подоцна и во Петтиот оддел на Судот (Правило 52 § од Правилата на Судот). Со одлука од 10 април 2007 година, таа е прогласена за делумно допуштена преку Советот од Вториот оддел, составен од следниве судии: Peer Lorenzen, *претседател*, Snejana Botoucharova, Volodymyr Butkevych, Margarita Tsatsa-Nikolovska, Rait Maruste, Javier Borrego Borrego, Renate Jaeger, како и Claudia Westerdiek, регистратор на Одделот.

4. На 30 јуни 2008 година, Советот на Петтиот Оддел, составен од следниве судии: Peer Lorenzen, *Претседател*, Rait Maruste, Volodymyr Butkevych, Renate Jaeger, Isabelle Berro-Lefevre, Mirjana Lazarova Trajkovska, Zdravka Kalaydjieva, како и Claudia Westerdiek, регистратор на Одделот, ја донесе својата одлука. Советот едногласно одлучи дека не е потребно да се одлучува по прелиминарниот приговор на Владата за неисцрпувањето на домашните правни лекови. Потоа, одлучи, со шест наспрема еден глас дека апликантот повеќе не може да тврди дека е жртва на повреда на членот 3 од Конвенцијата. Понатаму, тој одлучи, со шест гласови наспрема еден дека не постои повреда на член 6 од Конвенцијата.

5. Со писмените поднесоци од 19 септември 2008 година примени во Регистарот на Судот на ден 26 септември 2008 година, апликантот побара случајот да биде пренесен во надлежност на Големиот Совет во согласност со членот 43 од Конвенцијата и Правилото 73 од Правилата на Судот, задржувајќи го своето тврдење дека постои повреда како на членот 3 така и на членот 6 од Конвенцијата. На 1 декември 2008 година, Панелот на Големиот Совет го прифати ова барање.

6. Составот на Големиот Совет беше одреден согласно одредбите од член 27 §§ 2 и 3 од Конвенцијата и правилото 24 од Правилата на Судот.

7. Апликантот и Владата доставија писмени поднесоци во делот на меритумот како и писмени одговори на заемните поднесоци. Освен тоа, г. Friedrich von Metzler и г-ѓа Sylvia von Metzler, родители на J, на кои Претседателот на Петтиот Оддел им допушти да интервенираат во писмена форма (член 36 § 2 од Конвенцијата и Правилото 44 § 2), а кои беа застапувани од страна на г. E. Kempf и г-ѓа H. Schilling, адвокати од Франкфурт на Мајна, доставија писмени забелешки во својство на трета страна. Поднесоци, во својство на трета страна, беа добиени и од Redress Trust, меѓународна невладина организација за човекови права со седиште во Лондон, на која и беше допуштено вмешување во писмена форма од страна на Претседателот (член 36 §2 од Конвенцијата и Правило 44 §§ 2 и 3), а

која беше застапувана од г-ѓа С. Ferstman, директор и г. L. Oette, советник. Страните одговорија на овие поднесоци.

8. Јавната расправа се одржа во Зградата за човекови права, во Стразбур на 18 март 2009 година (Правило 59 §3).

Пред Судот се појавија:

(а) *За Владата*

г-ѓа A. Wittling-Vogel, *Ministerialdirigentin*

Сојузно Министерство за правда

агент

г. J.A. Frowein, Директор (emeritus) на

Институтот Max Planck за компаративно

јавно и меѓународно право,

правен

застапник

г. M. Bornmann, јавен обвинител

советник

г. J. Koch, обласен судечки судија

советници

(б) *За апликантот*

г. M. Heuchemer, адвокат

правен

застапник

г. D. Schmitz, адвокат

г. B. von Becker, адвокат

г. J. Svholz-Tornau, адвокат

советници

г. S. Strohm

г. M. Bolsinger

асистенти

Судот ги сослуша г. Heuchemer и г. Frowein, како и нивните одговори на поставените прашања.

ФАКТИ

1. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ

9. Апликантот е роден во 1975 година и во моментот се наоѓа во притвор во затворот Schwalmstadt, Германија.

А. Киднапирањето на Ј. и полициската истрага

10. Ј. бил најмладиот син на едно банкарско семејство во Франкфурт на Мајна. Тој го запознал апликантот, студент по право, кој бил познаник на неговата сестра.

11. На 27 септември 2002 година, апликантот го намамил Ј., кој имал единаесет години во својот стан во Франкфурт на Мајна под изговор дека неговата сестра таму ја оставила својата јакна. Тогаш го убил детето на начин што го задушил.

12. Потоа, апликантот оставил писмо со барање за откуп на адресата каде што живееле родителите на Ј. во кое било назначено дека Ј. е киднапиран и дека се бара еден милион евра како откуп. Во писмото понатаму, било назначено дека родителите ќе го видат повторно својот син доколку киднаперите го добијат откупот и доколку им се овозможи да ја напуштат земјата. Апликантот потоа отишол со автомобил до едно езерце на еден приватен имот во близина на Бирстеин, што било оддалечено околу еден час возење од Франкфурт, каде го оставил телото на Ј. под еден док.

13. На 30 септември 2002 година околу 16:00 часот, апликантот го подигнал откупот од една трамвајска станица. Од тој момент бил под полициски надзор. Дел од парите ставил на своите банкарски сметки, а останатиот дел го сокрил во својот дом. Истото попладне полицијата го уапсила на аеродромот во Франкфурт на Мајна на начин што го положила на земја со лицето свртено кон тлото.

14. Откако бил прегледан од страна на докторот во болницата на аеродромот, затоа што бил во состојба на шок и имал лезии на лицето, апликантот бил однесен во правец на седиштето на полицијата на Франкфурт на Мајна. Инспекторот М. го информирал апликантот дека е осомничен за киднапирање на Ј. и му ги кажал правата како осомничено лице, особено правото да се брани со молчење и правото да се консултира со адвокат. Потоа инспекторот продолжил да го испрашува со цел да го пронајдат Ј. Полицијата во меѓувреме го пребарала станот на апликантот, пронашла половина од парите за откуп, како и белешки во однос на планирањето на киднапирањето. Апликантот тогаш се заканил дека детето го чува друг киднапер. На негово барање во 22:30 часот му било дозволено да се консултира со адвокат во времетраење од половина час. Подоцна изјавил дека F.R. и M.R. го киднапирале момчето и го сокриле во колиба крај езерото.

15. Утрото на 1 октомври 2002 година, пред М. да дојде на работа, г-ѓа Dachner (D.), заменик началник на полицијата во Франкфурт му наредила на друг полицаец, г. Ennigkeit (E) да му се закани на апликантот со нанесување физичка болка, и, ако е потребно, да го подложи на физичка болка, со цел да го натера апликантот да го открие местото каде се наоѓа момчето. Шефовите во службата кои биле потчинети на D. во неколку наврати се противеле на ваквата мерка (види исто став 47 подолу). По ова, детективот E. му се заканил на апликантот дека ќе му биде нанесена

болка од страна на лице кое е посебно обучено за тоа доколку не го открие местото каде се наоѓа момчето. Апликантот навел дека полицаецот му се заканувал и дека ќе го затвори во ќелија со двајца огромни црнци кои сексуално ќе го злоупотребат. Полицаецот исто така неколку пати го удрил апликантот со рака во градите и го тресел, при што овој удрил со главата во ѕидот. Владата оспори дека на апликантот му се заканувале со сексуално злоупотребување како и дека бил физички нападат за време на испитувањето.

16. Од страв да не биде изложен на мерките со кои му се заканувале, апликантот, десетина минути подоцна, го открил местото каде се наоѓало телото на Ј.

17. Потоа, апликантот бил однесен со М. како и со повеќе други полицајци во Бирстеин. Тој одбил да оди со детективот Е. Полицијата чекала да донесат видео камера на лице место. Потоа, по налог на командниот офицер и во текот на снимањето, апликантот ја посочил тајната локација на телото. Полицијата го пронашла телото под докот на езерото во близина на Бирстеин, како што посочил апликантот. Апликантот тврдел дека бил приморан да чекори без чевли низ шумата до местото каде што го оставил телото каде по налог на полицијата било побарано прецизно да ја назначи локацијата. Владата оспорува дека апликантот морал да оди без чевли.

18. По форензичкото испитување извршено на лице место, полицијата открила траги од гума од автомобилот на апликантот во близина на езерото на Бирстеин. Кога инспекторот М. продолжил да го испитува апликантот при враќањето од Бирстеин, апликантот признал дека го киднапирал и убил Ј. Полицијата потоа го одвела на други локации кои тој ги назначил и каде биле пронајдени училишните работни тетратки на Ј., ранецот, облеката на Ј., како и машината за пишување што осомничениот ја користел за пишување на писмото за откуп. Аутопсијата извршена на телото на Ј., направена на 2 октомври 2002 година потврдила дека причина за смртта на момчето е задушување.

19. По враќањето во полициската станица, на апликантот му било дозволено да се консултира со својот адвокат Еп. ангажиран да го застапува од страна на неговата мајка, и кој се обидува да стапи во контакт со него за да го посветува уште од рано изутрината.

20. Во една белешка за полициското досие од 1 октомври 2002 година, D., заменик шеф на франкфуртската полиција назначил дека верува дека животот на Ј. бил во голема опасност, ако воопшто и се уште бил жив со оглед на недостатокот на храна и надворешната температура. За да го спаси животот на детето, му наредил на полицаецот Е. да го испита апликантот така што ќе му се закани со нанесување на значителна физичка болка но која не би предизвикала никакви повреди. Тој потврдил дека целата постапка морала да се изведува под медицински надзор. D. понатаму

истакнал дека му наредил на друг полицаец да обезбеди „серум на вистината“ кој би се применил врз апликантот. Според таа белешка, единствена цел на заканата на апликантот била да се спаси животот на детето, а не да се олесни натамошното кривично гонење во однос на киднапирањето. Со оглед на фактот дека апликантот открил каде се наоѓа телото на Ј., откако му се заканиле со нанесување на болка, воопшто не биле преземени други мерки.

21. Лекарскиот наод издаден од полицискиот лекар на 4 октомври 2002 година потврдува дека апликантот имал хематом (7см x 5 см) под левата клучна коска, лезии на кожата и подливи настанати од згрутчување на крв на левата рака и на колената, како и отоци на стопалата. Во еден друг подоцнежен лекарски наод од 7 октомври 2002 година, назначено е дека при медицинскиот преглед на апликантот извршен на 2 октомври 2002 година, било потврдено дека апликантот има два хематоми на левата страна од градниот кош (со дијаметар од некои 5см и 4 см), површински лезии и подливи на левата рака, колената и на десната нога, како и затворени плускавци на нозете. Според лекарскиот наод, тие дискретни траги покажувале дека повредите биле нанесени неколку дена пред самиот преглед. Прецизната причина за повредите не можела да биде дијагностицирана.

22. Апликантот го потврдил признанието кое го дал на 1 октомври 2002 година, кога бил испрашуван од страна на полицијата на 4 октомври 2002 година, како и кога бил испитуван од страна на обвинителот на 4, 14 и 17 октомври 2002 година, и судијата на надлежниот суд на 30 јануари 2003 година.

23. Во јануари 2003 година, Јавното обвинителство на Франкфурт на Мајна покренало истрага против D., заменик шеф на франкфуртската полиција и E., полицискиот инспектор врз основа на наводите на апликантот дека истите му се заканувале на 1 октомври 2002 година.

Б. Кривична постапка против апликантот

1. Постапка пред Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна

(а) Претходни барања кои се однесуваат на забраната за водење на кривична постапка и неприфатливоста на доказите

24. На 9 април 2003 година, односно првиот ден од сослушувањето, апликантот кој го застапувал правен застапник поднел претходно барање за прекин на постапката. Апликантот го засновал своето барање на тврдењето дека инспекторот E. за време на испитувањето, а пред неговото признание му се заканувал дека ќе биде подложен на тешка физичка болка и на сексуално злоупотребување. Тој тврдел дека ваквата постапка е спротивна на

член 136 (а) од Законот за кривична постапка (види став 61 од пресудата) и член 3 од Конвенцијата кое нешто налагало прекин на постапката против него.

25. Апликантот исто така поднел и алтернативно претходно барање со кое побарал судот да донесе заклучок според кој, а поради континуираното дејствие (*Fortwirkung*) на закана од насилство врз него на 1 октомври 2002 година, сите изјави кои тој ги дал пред истражните органи нема да бидат земени предвид во кривичната постапка. Освен тоа, апликантот барал да се донесе заклучок со кој ќе се забрани користењето на доказ - мртвото тело на момчето, поради повреда на член 136(а) од Законот за кривична постапка кој забранува користење на докази за кои истражните органи дознале преку изнудено признание – таканаречениот „плод од отровно дрво“ (*Fernwirkung*).

26. Како одговор на претходното барање на 9 април 2003 година, Регионалниот суд во Франкфурт на Мајна го одбил барањето на апликантот за прекин на кривичната постапка. Судот забележал дека инспекторот Е. – според наводите на апликантот – му се заканил на апликантот дека специјалистот е на пат кон полициската станица со хеликоптер и дека без да остави никакви траги ќе му нанесе неиздржливи болки какви што никогаш не почувствувал доколку и натаму одбива да открие каде се наоѓа Ј. За уште повеќе да ја истакне заканата, Е. го имитирал звукот на елисата од хеликоптерот. Понатаму, му се заканувал дека ќе биде затворен во ќелија со двајца „црнцишта“ кои анално ќе го злоставуваат; и дека ќе посака никогаш да не се родел. Судот го утврдил фактот дека на апликантот му се заканувале со нанесување на голема болка доколку одбие да каже каде се наоѓа момчето. Меѓутоа, Судот не утврдил дека му се заканувале со сексуално злоставување или пак, дека врз него е вршен некаков друг притисок. Заканата за нанесување болка е незаконска според член 136(а) од Законот за кривична постапка и според член 1. и членот 104. став 1 од Основниот закон (види ставови 59-60 од пресудата), а претставува и повреда на член 3 од Конвенцијата.

27. Меѓутоа, и покрај повреда на уставните права на апликантот, Судот утврдил дека тоа не создава пречка за водењето на кривичната постапка. Судот утврдил дека ваквите истражни методи, иако забранети со закон, не го ограничиле правото на одбрана на апликантот до степен до кој кривичната постапка не би можела да продолжи. Со оглед на тежината на обвинението на апликантот од една страна, и тежината на незаконските дела направени во текот на истражната постапка, од друга страна, не можело да се прифати дека постојат посебни и неиздржливи повреди на владеењето на правото кои би претставувале пречка за водењето на кривичната постапка.

28. Како одговор на другото претходно барање на апликантот, Регионалниот Суд на Франкфурт на Мајна утврдил дела според член 136(а) став 3 од Законот за кривична постапка, сите признанија и изјави кои апликантот ги дал пред полицијата, јавниот обвинител и судијата на регионалниот суд се неприфатливи како доказ во кривичната постапка бидејќи се обезбедени со употреба на забранети методи на испитување.

29. Судот утврдил дека на 1 октомври 2002 година инспекторот Е. користел забранети методи на испитување во смисла на член 136(а) став 1. од Законот за кривична постапка заканувајќи му се на апликантот со нанесување неиздржлива болка доколку не го открие местото каде што се наоѓа детето. Според тоа, секоја изјава која апликантот ја дал како резултат на заканите од користење на овие забранети истражни мерки е неприфатлива како доказ. Ова исклучување на доказите (*Beweisverwertungsverbot*) не се однесувало само на изјавите кои апликантот ги дал непосредно по незаконитата закана, туку и на сите изјави кои апликантот ги дал пред истражните органи по тој датум, имајќи го во предвид континуираното дејство на повредата на член 136а од Законот.

30. Процедуралните неправилности предизвикани со употребата на забранет метод на истрага, можело да се исправат само доколку апликантот бил информиран - пред следните сослушувања – дека неговите претходни изјави дадени како последица од заканата за нанесување на болка нема да се користат како доказ против него. Меѓутоа, апликантот бил информиран само за правото да не сведочи, а не и за неприфатливоста на доказите обезбедени на неправилен начин. Според тоа, апликантот не добил „квалификувани информации“ (*qualifizierte Belehrung*) пред да даде нови изјави.

31. Сепак, судот ја ограничил неприфатливоста на докази на споменатите изјави. Судот го одбил барањето на апликантот да се донесе заклучок според која во кривичната постапка ќе биде забрането да се користи кој и да е доказ - како што е телото на детето – за кој истражните органи дознале како резултат на изнуденото признание („*Fernwirkung*“). – поради користење на забранети методи. Судот го утврдил следново:

"(...) не постои никакво друго долгорочно дејствие на повреда на член 136(а) од Законот за кривична постапка кое би значело дека доказните елементи – за кои се дознало со изјава – не може исто така да се користат [како доказ]. Во ток поглед, Советот се согласува со компромисниот став (*Mittelmeinung*) заземен во доктрината, но и во судските одлуки (...) според кој морало да се воспостави рамнотежа [на интереси] во специфичните околности на случајот, особено земајќи предвид дали имало флагрантно кршење на правниот поредок, посебно на одредбите за основните права, и според кој предвид морало да се земе тежината на делото за кое е поведено истрага. Доколку се воспостави рамнотежа меѓу тежината на вмешување и основните права

на обвинетиот – во овој предмет со закана од физичко насилство – и тежината на кривичното дело со кое се товари обвинетиот и кое мора да биде истражено – извршеното убиство на дете – исклучувањето на докази за кои се дознало преку изјавите на обвинетиот – особено, откривањето на телото на детето и резултатите од аутопсијата – се диспропорционални.“

(б)Пресуда на Регионалниот суд

32. По наведената одлука во врска со претходните браќа на апликантот, доставени на првиот ден од судењето, постапката продолжила. Следниот ден, во својата изјава во врска со обвиненијата, подносителот на барањето признал дека го убил Ј, но посочил, дека првично немал намера да го стори тоа. Неговиот адвокат истакнал дека со признанието, апликантот имал за цел да ја превземе одговорноста за своето дело, без разлика на методите на испрашување користени на 1 октомври 2002 година. Сите останати докази откриени како последица на првобитната изјава на апликантот, а кои тој барал да бидат изземени, се користени во текот на кривичната постапка. На денот на заклучување на судењето, 28 јули 2003 година, апликантот признал дека планирал да го убие момчето уште од самиот почеток. Тој го опишува своето признание како „единствен начин да ја прифати длабоката вина“ и како „најголемо возможно извинување за убиство на детето“.

33. На 28 јули 2003 година, Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна го осудил апликантот, помеѓу другото, за убиство и киднапирање со изнуда пред предизвикување смрт кај жртвата. Судот го осудил на доживотен затвор посочувајќи дека неговата вина има посебна тежина и оправдува максимална казна (види став 63 од пресудата).

34. Судот утврдил дека на судењето апликантот повторно бил информиран за неговото право да молчи, како и за фактот дека ниту една од неговите претходни изјави нема да може да се користат како доказ против него, со што му биле предочени потребните „квалификувани информации“. Меѓутоа, откако ги добил „квалификуваните информации“, апликантот признал дека го киднапирал и убил Ј. Изјавите кои ги дал на судењето во врска со планирањето на кривичното дело претставувале главна основа, ако не и единствена основа за заклучоците на судот. Тие изјави биле потврдени со сведочењето на сестрата на Ј., со писмото со уцена и со белешка која се однесувала на планирањето на кривичното дело пронајдена во станот на апликантот. Заклучоците за фактот во врска со извршувањето на кривичното дело биле засновани исклучиво врз признанието кое апликантот го дал пред судот. Останатите докази покажале дека ја зборува вистината во тој поглед. Тука спаѓаат наодите од обдукцијата во однос на причината за смртта на детето, трагите од гума од автомобилот на апликантот пронајдени во

близина на езерцето каде што било најдено и телото на детето, како и парите пронајдени во станот или пак, на банкарските сметки на апликантот.

35. Проценувајќи ја тежината на вината на апликантот, судот забележува дека тој ја убил единаесет годишната жртва и барал откуп од еден милион евра со цел да ја зачува само-создадената слика на богат и успешен млад адвокат. Судот не го делел мислењето на јавното обвинителство и приватните помошни обвинители дека признанието на апликантот "не вредело ништо", затоа што тој само го признал она што веќе било докажано. Фактот што апликантот доброволно признал се на судењето, и покрај фактот што неговите претходни признанија не можеле да се кристат како доказ во согласност со член 136a § 3 од Законот за кривична постапка, претставувал олеснувачки фактор. Сепак, дури и без тоа признание, апликантот би бил прогласен за виновен за киднапирање со уцена и убиство. Апликантот бил ставен под полициски надзор, откако го добил откупот, кој подоцна е пронајден во неговиот стан или уплатен на неговите сметки. Понатаму, наодите од аутопсијата извршена на телото на Ј. покажале дека детето умрело поради гушење, а пронајдени се и траги од гума од автомобилот на апликантот на местото каде е најдено телото на Ј.

36. Судот понатаму забележува дека за време на испрашувањето на апликантот, користени се методи на испрашување кои се забранети според член 136(a) од Законот за кривична постапка. Кривичната истрага која е во тек против инспекторот Е. и заменик шефот на полицијата во Франкфурт ќе покаже дали и до кој степен се тие виновни за кривичното дело кое се однесува на тие закани. Сепак, нивните наводни незаконски дела не ја ублажуваат вината на апликантот. Незаконското постапување на полициските службеници кои и припаѓаат на извршната власт не му оневозможило на судството да донесе заклучоци во согласност со закон.

2. Постапка пред Сојузниот суд на правдата

37. Еден ден откако е осуден, апликантот поднел жалба пред Сојузниот суд на правдата. Тој се жалел дека регионалниот суд со одлуката од 9 април 2003 година го одбил неговото претходно барање да се прекине кривичната постапка против него и дека судот одбил да донесе заклучок дека во кривичната постапка е забрането да се користат сите доказни средства, како што било телото на детето, а кој доказ истражните органи го прибавиле благодарение на незаконски изнудените изјави. Апликантот приложил и интегрална копија на изјавата од 9 април 2003 година, како и образложение кон тоа. Понатаму, апликантот поднел и копија од одлуката која ја донел Регионалниот суд на 9 април 2003 година со која се одбива барањето на апликантот за прекин на

постапката, во врска со заканите за мачење, тврдејќи дека имајќи ја предвид судската пракса на Сојузниот суд на правдата, таквата постапка го занемарува изземањето на докази и претставува попречување на постапката. (*dass ein derartiges Verhalten das Verwertungsverbot" überspringt 'und ein Verfahrenshindernis begründet"*). 38. Во своите забелешки од 9 март 2004 година, Сојузниот јавен обвинител приговорил дека жалбата на апликантот е очигледно неоснована. Тој тврдел дека употребата на забранети методи на испрашување не ја оневозможило постапката. Член 136а од Законот за кривична постапка експлицитно наведува дека користењето на која и да било од набројаните забранети методи на испитување води кон изземање на докази. Апликантот не се жалел на повреда на член 136а § 3 од Законот за кривична постапка. Во секој случај, не постоело основа за таква жалба затоа што регионалниот суд го користел само признанието кое апликантот го дал откако бил информиран дека неговите претходни изјави нема да бидат прифатени како доказ.

39. На 21 мај 2004 година, Сојузниот суд на правдата, без да даде понатамошни причини, ја одбил жалбата на барателот како неоснована.

3. Постапка пред Сојузниот уставен суд

40. На 23 јуни 2004 година апликантот поднел жалба до Сојузниот уставен суд. Сумирајќи ги фактите на предметот и содржината на оспорената одлука, тој се жалел повикувајќи се на член 1 § 1 и член 104 § 1, втора реченица од Основниот закон за начинот на кој бил испрашуван од полицијата утрото на 1 октомври 2002 година. Тој тврдел дека му биле упатени закани дека ќе биде подложен на тортура и сексуална злоупотреба, доколку не открие каде се наоѓа детето. Во околностите на случајот, ваквиот третман претставувал тортура во рамките на значењето на член 3 од Конвенцијата, а резултирал и со повреда на член 104 § 1 од Основниот закон. Таквата постапка, воедно, довела и до повреда на неговото апсолутно право на човеково достоинство што го гарантира член 1 од Основниот закон, кое почива во срцето на тие одредби. Овие неоправдани повреди на човековите права би требало да претставуваат пречка за кривичната постапка за убиство, и забрана за користење на доказите добиени преку признанието кое било изнудено од него со користење на забранетите мерки.

41. На 14 декември 2004 година, Сојузниот Уставен суд, заседавајќи во совет од тројца судии, ја прогласил жалбата на апликантот за недопуштена.

42. Прво, во врска со жалбените наводи на апликантот дека кривичниот суд не ја прекинал постапката против него, Судот утврдил дека истите не се доволно основани. Судот истакнал дека Регионалниот суд веќе се произнел дека заканата од полицијата за нанесување болка претставува повреда на членот 136(а) од Законот за кривична постапка и

член 3 од Конвенцијата и дека се повредени и правата на апликантот од член 1 § 1 и член 104 § 1, втората реченица од Основниот закон.

43. Меѓутоа, повредата на основните права до која дошло надвор од кривичната постапка, нужно не го оправдува заклучокот дека пресудата што ја донел кривичниот суд а која се заснова на заклучоците изведени во текот на судска постапка, била во спротивност со уставното право. Во конкретниот случај, кривичните судови утврдиле дека истражните методи што ги користела полицијата биле забранети, но дека истите не се поврзани во однос на правните последици кои произлегле од таа пресуда. Тие зазеле став дека изјавите кои се добиени како резултат на примената на таквите мерки не можат да се користат во постапката, но дека нема пречки за водењето на самата кривична постапка.

44. Според Сојузниот уставен суд, може да се смета дека кривичните судови го исправиле процедуралниот недостаток кој произлегол од примената на забранетите истражни мерки, бидејќи забраниле користење на изјавите што биле обезбедени на тој начин. Вакавата забрана е пропишана со член 136а § 3 од Законот за кривична постапка со цел да се компензира и има за цел да се надомести за претходната повреда на правата на засегнатото лице. Меѓутоа, во законските одредби не се предвидвидува под кои околности одредени процедурални неправилности можат да се сметаат како пречка за водењето на една кривична постапка. Имајќи ги предвид ваквите околности, апликантот пропуштил да објасни зошто оспорените методи на истрага не само што доведуваат до забрана за користење на изјавите добиени на тој начин како доказ, туку доведуваат и до забрана за водење на кривичната постапка против него.

45. Второ, во врска со наводите во жалбата на апликантот дека регионалниот суд одбил да ги из земе сите докази од кривичната постапка обезбедени со признанието изнудено под закана, Сојузниот уставен суд утврдил дека и во овој дел уставната жалба на апликантот е неприфатлива бидејќи тој не го покренал тоа прашање пред Сојузниот суд на правдата.

46. Одлуката му е врачена на адвокатот на апликантот на 22 декември 2004 година.

В. Настани што се случиле по ова

1. Кривична постапка против полицајците

47. На 20 декември 2004 година, Регионалниот суд донел пресуда против заменик-началник на полицијата од Франкфурт, Д, и инспекторот Е. Судот утврдил дека утрото на 1 октомври, 2002 година, Д. наредил да се испита апликантот и да му се нанесе физичка болка на начин утврден во неговата дополнителна белешка во полициското досие (види став 20 погоре). Со тоа, тој постапил спротивно на советите од сите негови подредени шефови на оддели кои се противеле на таа мерка, а биле задолжени за истрага за киднапирањето на Ј. Шефовите на одделот се

противеле на оваа мерка, што тој претходно ја наредил, вечерта на 30 септември 2002 година, а потоа уште двапати, утрото на 1 октомври 2002 година. Со оглед на тоа дека шефовите на одделот не ја послушале неговата наредба, наместо тоа предлагајќи натамошно сослушување и соочување на апликантот со семејството на Ј., Д. му наредил на инспекторот Е. да ги почитува неговите насоки и да му се закани на апликантот со тортура, а доколку е потребно, и да го подложи на истата. Нанесувањето на болка требало да се врши под медицински надзор и без никакви оставени траги од страна на друг специјално обучен полициски службеник, кој би бил донесен во полициската станица со хеликоптер. Полицискиот лекар се сложил да го надгледува извршувањето на наредбата што ја дал Д. Судот забележува дека мерката била насочена кон откривање на местото каде што апликантот го скрил Ј., чиј што живот – како што сметал Д. – бил во голем ризик. Затоа, Е му се заканил на апликантот како што наредил Д., а воедно и го информирал дека ќе употреби серум на вистината. По околу десетина минути, апликантот признал дека го скрил Ј. под докот на езерото во близина на Birstein.

48. Регионалниот суд забележал дека мерките во истрагата не биле оправдани. Тој ја отфрлил „нужната“ одбрана, бидејќи тој метод резултирал со повреда на човековото достоинство, дефинирано во член 1 од Основниот закон. Почитувањето на човековото достоинство исто така е утврдено и во срцето на член 104 § 1, втора реченица од Основниот закон и членот 3 од Конвенцијата. Заштитата на човековото достоинство е апсолутна, и не дозволува ниту исклучоци, ниту пак воспоставување на рамнотежа на интересите.

49. Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна го прогласил инспекторот Е за виновен за присила извршена од страна на службено лице при вршење на своите должности. Меѓутоа, во однос на казната, Судот изрекол мерка на предупредување и условна парична казна од 60 евра (ЕУР) дневно во период од 60 дена, што осудениот ќе мора да ја плати доколку изврши друго кривично дело за време на периодот на траење на условната казна. Понатаму, судот го осудил и заменик шефот на полицијата од Франкфурт, Д, затоа што го поттикнувал својот подреден Е. да изврши кривично дело присилба во текот на вршењето на неговите должности. Судот, воедно, и го предупредил Д. и му изрекол условна парична казна во износ од 120 евра дневно во период од 90 дена. Апликантот учествувал во својство на сведок во овие постапки.

50. При утврдување на казните, Регионалниот суд сметал дека имало значителни олеснителни околности кои можело да се земат предвид. Судот зел предвид дека единствената цел на обвинетите била да се спаси животот на Ј. и дека биле под екстрем притисок поради одговорноста пред своите надредени и јавноста. Тие биле исцрпени во тој период и дејствувале во ситуација со голема тензија и огромен емоционален товар. Обвинетите не биле претходно осудувани. Покрај тоа, Д. ја презел одговорноста за своите дела, признавајќи ги и објаснувајќи ги во една белешка составена за тој ден и вклучена во

полициското досие. Постапката траела долго време и привлечла огромно медиумско внимание. Обвинетите претрпеле штета во однос на своите професионални кариери: Д. бил префрлен во Министерството за внатрешни работи во Hesse, додека Е. добил забрана за вршење на должност во доменот на сузбивање на кривични дела. Понатаму, ова било прв пат германски суд да разгледува конфликтна ситуација како оваа во случајот на обвинетите. Што се однесува до отежнувачките околности, Судот го зел предвид фактот дека Д. не дејствувал спонтано бидејќи наредил употреба на сила вечерта пред Е. да ја издаде наредбата. Освен тоа, со своите дела, обвинетите ризикувале осудата на апликантот за убиство да биде загрозувана. Судот понатаму утврдил дека функционирањето на правниот поредок не барало извршување на изречените парични казни. Кривичната осуда на обвинетите јасно ставила до знаење дека наредбата на припадник на државен орган за користење на сила заради добивање на информации е незаконска.

51. Пресудата станала правосилна на 20 декември 2004 година.

52. Потоа, Д. бил назначен за шеф на полициската дирекција за технологија, логистика и администрација.

2. Постапка за утврдување на службена одговорност иницирана од страна на апликантот

53. На 28 декември 2005 година апликантот поднел барање до Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна со цел да добие правна помош во врска со поведување на постапка против властите на регионот Hesse со барање за надомест на штета поради повреди на службената должност. Тој тврдел дека е трауматизиран како резултат на методите користени во текот на полициската истрага и дека имал потреба од психолошки третман.

54. Во своите поднесоци од 27 март 2006 година, полициската дирекцијата во Франкфурт на Мајна оспорила дека однесувањето на Е. во текот на испитувањето на апликантот утрото на 1 октомври 2002 година може правно да се квалификува како присила и дека со тоа претставува повреда на службената должност.

55. На 28 август 2006 година, Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна го одбил барањето на апликантот за доделување на правна помош. Апликантот поднел жалба.

56. На 28 февруари 2007 година, Апелациониот суд на Франкфурт на Мајна ја одбил жалбата на апликантот. Прифаќајќи ги причините кои ги навел Регионалниот суд, овој суд потврдил дека во моментите кога му се заканувале на апликантот, полицајците Д. и Е. го повредиле човековото достоинството, кое е неприкосновено, а со тоа дошло и до повреда на службената должност. Меѓутоа, судот сметал дека подносителот на апликацијата тешко можел да најде причинско-последична врска помеѓу заканите со мачење и штетата во вид на психичка траума, која наводно довела до психијатриски третман. Заканата на полицајците е

незначителна во споредба со траумата предизвикана од фактот дека апликантот го убил детето. Покрај тоа, дури и под претпоставка дека апликантот ќе може да докаже дека полицаецот Е. го тресел при што тој ја удрил главата од сид, или пак, дека еднаш го удрил по градите, што предизвикало хематом, таквите физички лезии се минорни за да наложуваат исплата на надомест. Понатаму, повредата на човековото достоинство преку закана со тортура не оправдува исплата на надомест од причина што апликантот бил доволно обештетен со изземање на неговите изјави како доказ во кривичната постапка, како и со кривичната осуда на полициските службеници.

57. На 19 јануари 2008 година, Сојузниот уставен суд, прифаќајќи ја уставната жалба на апликантот, ја укинал одлуката на Апелациониот суд на Франкфурт на Мајна и го вратил предметот на тој суд. Судот утврдил дека Апелациониот суд го повредил правото на еднаков пристап до судот на начин што го одбил барањето за правна помош. Особено што Апелациониот суд својата одлука ја базирал врз претпоставката дека апликантот нема да биде во состојба да докаже дека заканата од тортура предизвикала штета на неговото психичко здравје. Покрај тоа, не било ниту очигледно дека физичките повреди за кои апликантот тврдел дека му биле нанесени во текот на сослушувањето додека бил врзан, би можело да се сметаат за минорни. Освен тоа, прашањето дали повредата на човековото достоинство на апликантот наложувала дополнителна исплата на отштета, покрај обештетувањето кое веќе го добил, било тешко прашање кое не било предмет на одлучување во ниту една претходна пресуда од последна инстанца. Токму поради тие причини, таквото прашање не можело да биде решено во рамките на една постапка инцирана со цел за обезбедување на правна помош.

58. По враќање на предметот, постапката е се уште во тек пред Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ПРАВО, МЕЃУНАРОДНО ЈАВНО И КОМПАРАТИВНО ПРАВО И ПРАКСА

А. Одредби од домашното право

1. Основен закон

59. Член 1 § 1 од Основниот закон кој се однесува на заштита на човековото достоинство, гласи:

„Човеково достоинство е неповредливо. Сите државни органи имаат обврска да го почитуваат и штитат.“

60. Член 104 § 1, втора реченица од Основниот закон која се однесува на правата на лицата во притвор, гласи:

„Лицата кои се притворени не смеа да бидат подложени на ментално или физичко малтретирање.“

2. Закон за кривична постапка

61. Член 136а од Законот за кривична постапка кој се однесува на забранетите методи на испитување (*verbotene Vernehmungsmethoden*) гласи:

„(1) Слободата на обвинетиот самиот да донесува одлуки и да ја манифестира својата волја нема да биде нарушена со малтретирање, исцрпување, физичка присилба, користење лекови, мачење, измама или хипноза. Присилба може да се користи само доколку тоа е дозволено со Законот за кривична постапка. Закани упатени кон обвинетиот со мерки кои не се дозволени според законот за кривична постапка или ветувања за стекнување со некаква корист кои не се предвидени со закон се забранети.“

(2) Мерки со кои се загрозува помнењето на обвинетиот или способноста за разбирање и прифаќање на одредена ситуација (*Einsichtsfähigkeit*) не се дозволени.

(3) Забраните наведени во ставовите (1) и (2) се применуваат дури и ако обвинетиот се согласил со [предложената мерка]. Изјавите добиени спротивно на оваа забрана нема да се користат [како доказ], дури и ако обвинетиот се согласил со нивната употреба.“

3. Кривичниот законик

62. Според член 211 од Кривичниот законик, намерното лишување од живот на еден човек се квалификува како убиство доколку постојат одредени отежнувачки околности како што е користољубие, предавство

или намера да се прикрие друго кривично дело. Убиството се казнува со доживотен затвор.

63. Доколку Судот што ќе ја изрече казната смета дека вината на осудениот има посебна тежина, тоа, меѓу другото, може да влијае врз подоцнежната одлука во однос на прекилот на издржување на остатокот од затворската казна на осудениот, преку пуштање на условна слобода. Член 57а од Кривичниот законик предвидува дека судот може да го прекине издржувањето на казната доживотен затвор, преку условно слободување, само доколку осуденото лице издржал петнаесет години, како и под услов да тоа е оправдано во интерес на јавната безбедност, и вината на осудениот да не е со таква тежина која би наложила натамошно издржување на затворската казна.

Б. Одредби од меѓународното јавно право

64. Конвенцијата против тортура и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување, која беше усвоена од страна на Генералното собрание на Обединетите Нации на 10 декември 1984 година (Резолуција 39/46) и која стапи во сила на 26 јуни 1987 година, гласи:

„Член 1.

"1. За целите на оваа Конвенција, изразот „тортура“, го означува секој акт со кој на некое лице намерно му се нанесува болка или тешко телесно или душевно страдање, со цел од него или од некое трето лице да се добие известување или признание, да се казни за некое дело кое тоа или некое трето лице го сторило или има сомнение дека го сторило, да се заплаши или врз него да се изврши притисок, или некое трето лице да се заплаши или врз него да се изврши притисок, или од кој било друг мотив заснован врз каква било форма на дискриминација, кога таквата болка или страдање го нанесува службено лице или некое друго лице кое дејствува по службена должност или врз основа на негов поттик или со експлицитна или премолчена согласност. Тој израз не се однесува на болката и страдањето кои произлегуваат исклучително од законските казни, односно од нив се неделиви или со нив се предизвикани.

Член 15.

Сите држави потписнички внимаваат ниедна изјава за која ќе се утврди дека е добиена со мачење да не биде искористена како доказ во некоја постапка, освен против лицата обвинети за мачење во смисла на доказ за тоа на кој начин е дојдено до изјавата.

Член 16

1. Сите држави потписнички се обврзуваат дека на целата територија под нивна јурисдикција ќе забранат сурово, нечовечно или понижувачко однесување или казнување кое не претставува акт на тортура на начин како што тоа е дефинирано во членот 1., во случај кога тие дела се сторени од страна на јавен службеник или некое друго лице кое дејствува по службена должност, или со негов поттик или со негова експлицитна или премолчена согласност. Обврските наведени во член 10, 11, 12 и 13 се

применуваат така што поимот „тортура“ ќе се замени со поимот „други форми на сурово, нечовечно или понижувачко однесување или казнување.““

В. Праксата на судовите на другите држави и на другите тела за контрола на почитувањето на човековите права

1. Правната квалификација на заканата од тортура

65. Неколку институции кои го контролираат почитувањето на забраната за тортура и на другото нечовечно или понижувачко постапување го испитале опсегот на таа забрана во смисла на постоење на закана дека едно лице ќе биде подложено на загрозување на физичкиот интегритет.

66. Меѓу-американскиот суд за човекови права, во својата пресуда од 27 ноември 2003 година (основаност, надомест и трошоци) во случајот на *Марица Урутиа (Maritza Urrutia) против Гватемала* (Серија Ц бр. 103),
утврдил:

„85. Во однос на постапувањето на државни службеници со Maritza Urrutia, додека таа била незаконски и произволно уапсена, Судот смета дека е докажано дека главата на наведената жртва била покриена со качулка, дека била врзана за кревет со лисици за кревет, во просторија каде што светлото било запалено и каде што радиото било засилено до крај, така што не можела да спие. Покрај тоа, таа била подложена на долги испрашувања, при што и биле покажувани фотографии од поединци на кои имало видливи знаци од тортура или биле убиени во борба, а и се заканувале дека семејството ќе ја пронајде во иста таква состојба. Службените лица исто така, и се заканувале дека физички ќе ја мачат или дека ќе ја убијат нејзе или членовите на нејзиното семејство доколку не соработува. Во оваа насока, и покажувале нејзини фотографии, од нејзиното семејство, како и преписката меѓу неа и нејзиниот поранешен сопруг (supra, став. 58,6). И последно, Марица Урутиа била присилена да сними видео запис, кој подоцна бил емитиран на два телевизиски канали во Гватемала, каде таа дава изјава против својата волја, при што морала тоа да го демантира на конференција за печат откако била ослободена (supra, ставови 58.8 и 58.9). (...)“

92. Воспоставен е меѓународен правен режим на апсолутна забрана на сите форми на тортура, физичка и психолошка, и во врска со психолошката категорија, прифатено е дека заканата или реалната опасност од подложување на физичка болка на еден човек предизвикува - под определени околности - таков степен на морално страдање кое може да се смета за "психолошка тортура..."

98. Во контекст на горенаведеното, Судот утврди дека државата го повредила член 5 од Американската конвенција, во врска со член 1 (1) од неа, и обврските утврдени во членовите 1 и 6 од Меѓу-американската конвенција против тортура, на штета на Марица Урутиа. "

67. Специјалниот известувач на Комисијата за човекови права на Обединетите Нации, во својот извештај од 3 јули 2001 година до Генералното собрание за прашањето на тортура и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување (ОН док. A/56/156), го наведува следново: "*Како што е наведено од страна на Комитетот за човекови права во својот Општ коментар бр 20 (10 април 1992 година) за член 7 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права, Специјалниот известувач би сакал да ги потсети Владите дека забраната за тортура не се однесува само на дела кои*

предизвикуваат физичка болка, туку и за дела кои предизвикуваат душевно страдање на жртвата, како што се заплашување и други форми на закани "(§ 3). Понатаму, тој посочува дека "стравот од физичка тортура може да претставува психичко мачење" (§ 7). Понатаму, Специјалниот известувач беше на мислење дека "сериозни и веродостојни закани, вклучувајќи смртни закани, закани по физичкиот интегритет на жртвата или на трето лице може да доведат до сурово, нечовечно или понижувачко постапување или дури и до тортура, особено кога жртвата останува во рацете на службените лица кои го спроведуваат законот "(§ 8).

68. Комитетот за човекови права на Обединетите Нации, во своите мислења усвоени на 29 март 1983 година во случајот *Estrella против Уругвај* (Соопштение бр. 74/1980), посочи дека авторот на соопштението, концертен пијанист "беше подложен на тешка физичка и психичка тортура, како и закана дека ќе му бидат отсечени рацете со електрична пила во обид да го принудат да признае субверзивни активности"(§ 8.3). Комитетот за човекови права сметал дека авторот на соопштението бил подложен на мачење што е повреда на член 7 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права (МПГПП) (§ 10).

2. Прифаќање на докази обезбедени како резултат на тортура или други забранети постапки: правило на изземање на доказите

(а) Држави членки на Конвенцијата

69. Документите со кои располага Судот покажуваат дека не постои јасен консензус кај државите членки на Конвенцијата за опсегот на правилото за изземање на доказите.

(б) Други органи за контрола на почитувањето на човековите права

70. Комитетот за човекови права на Обединетите Нации во својот општ коментар бр. 7 за тортура или сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување (член 7 од МПГПП) од 30 мај 1982 година го истакнува следново:

"1. ... произлегува од член 7, а во врска со член 2 од Пактот, дека државите мора да осигураат ефикасна заштита преку свои механизми за контрола. Жалбите за лошо постапување мора да бидат детално разгледани од страна на надлежните органи. Оние кои ќе бидат прогласени за виновни мора да одговараат, а потенцијалните жртви мора да имаат на располагање ефективни правни лекови, меѓу кои и правото на надомест на штета. Меѓу другите заштитни мерки кои може да овозможат делотворна контрола се (...) одредби со кои се овозможува признанијата или други докази добиени преку тортура или друго постапување спротивно на член 7 да се прогласат за недопуштени пред судот; ... "

71. Општиот коментар бр 7 кој се однесува на забраната за тортура или сурово постапување или казнување беше заменет со

Општиот коментар број 20 од 10 март 1992 година каде што се наведува:

"12. За да се обесхрабрат повредите на член 7, важно е законот да забранува употреба и да ги прогласи за недопуштени - во судски постапки - изјавите или признанијата добиени со тортура или други забранети постапувања."

72. Комитетот против тортура на Обединетите Нации, кој го следи спроведувањето на Конвенцијата на Обединетите нации против тортура, во своите Заклучни согледувања за Германија од 11 мај 1998 година (док. бр. А/53/44) препорачува "да се обрне понатамошно внимание врз законодавните мерки за да се осигура целосна примена на член 15 од Конвенцијата, односно апсолутно да се спречи доказите добиени преку тортура, директно или индиректно, да бидат предочени пред судиите кои одлучуваат во судските постапки "(види § 193, Заклучни согледувања).

(в) Судска пракса на судовите на другите држави

73. Забраната за користење на фактичките информации на штета на обвинетиот, а за кои се дознало преку употреба на незаконски дејствија на службените лица на државата (т.н. доктрина на плод на отровно дрво) е цврсто вкоренета во правната традиција на Соединетите Американски Држави (види, на пример, одлука на американскиот Врховен суд, број 82-1651, Никс (Nix v. Williams) против Вилијамс од 11 јуни 1984 година, 467 САД 431 (1984), стр 441 *et seq.*;.. одлука на американскиот Врховен суд, број 82-5298, Сегура против САД (Segura v. United States) од 5 јули 1984 година, 468 САД 796 (1984), стр 796-97 и 815;.. и одлука на американскиот Врховен суд, број 07-513, Херинг против САД (Herring v. United States), од 14 јануари 2009 година, 555 САД ... (2009), дел II. А со натамошните ознаки). Забраната се однесува на информации добиени со присилно изнудено признание (во врска со прашањето на принуда, види одлука на американскиот Врховен суд, бр. 50, Блекбурн против Алабама (Blackburn v. Alabama), од 11 јануари 1960 година, 361 САД 199, стр 205-207, и одлука на американскиот Врховен суд бр. 8, Таунсенд против SAIN (Townsend v. Sain), од 18 март 1963 година, 372 САД 293 (1963), стр 293 и 307-309), што значи дека доколку признание овозможува здобивање со дополнителни докази, тие докази ќе бидат прогласени за недопуштени пред судот како и самото признание (спореди го Никс, цитиран погоре, стр. 441, и Сегура, цитиран погоре, стр. 804). Меѓутоа, доказите ќе бидат изземени само доколку незаконитоста претставува непосредна причина за откривањето на доказите. Со други зборови, доказите ќе бидат изземени доколку се докаже дека „без“ незаконското постапување, тие воопшто не би биле пронајдени. Правилото на изземање на докази не важи кога врска помеѓу незаконското

постапување на полицијата и откривањето на доказите е толку далечна што недоследностите исчезнуваат. На пример, ова е случај кога полицијата се потпрела на независен извор за да открие докази (види го горенаведениот предмет Никс, стр 441-44 и Сегура, наведен погоре, стр 796-97, 804-05 и 815 со натамошните назнаки) или кога доказите би биле на крај неизбежно откриени, без оглед дали имало или немало повреда на некоја уставна одредба (види го горенаведениот предмет Никс, стр 441-44).

74. Правилото за изземање на доказите се применува и во други јурисдикции. Врховниот суд на Јужна Африка во својата недамнешна пресуда од 10 април 2008 година во случајот на Мтембу против државата (*Mthembu v. The State*, случај бр. 379/2007, [2008] ZASCA 51 истакнува:

"Резиме: Сведочење на еден соучесник изнудено со тортура, (вклучувајќи и материјални докази кои произлегле од тоа сведочење), не е дозволено ...

33. (...) Нилух-от и металната кутија биле материјалните докази од клучно значење за државата во случајот на апликантот кој бил обвинет дека извршил разбојничка кражба. Вообичаено, како што реков, доказите нема да бидат изземени доколку постојат независно од постоење на повредата на некоја од уставните одредби. Но, овие откритија се добиени како резултат на тоа што полицијата го мачела Ramseroor. Ништо не укажува на тоа дека до нив би се дошло и без тоа. Да беше тоа така, исходот од овој предмет можеби би бил поинаков.

34. Ramseroor дал изјава во полицијата веднаш по откривањето на металната кутија во неговиот дом како резултат на мачењето. Неговото дополнително сведочење било очигледно доброволно, но тоа не го ублажува фактот дека информациите од таа изјава, кои се однесувале на Нилух и металната кутија се добиени со тортура. (...) Мачењето едноставно ги извалкало доказите неповратно. (...)

36. За да се прифати сведочењето на Ramseroor во врска со Нилух и металната кутија, мора да ги затвориме очите пред начинот на кој полицијата ги добила овие информации од него. Она што е уште посериозно, е директното вовлекување на судскиот процес во "морална нечистотија". Оваа "би го компромитирало интегритетот на судскиот процес (i) и би го извалкало угледот на правосудството. Според моето мислење, општиот интерес бара изземање, без оглед на тоа дали доказите имаат влијание на правичноста на постапката

37. Поради сите овие причини, сметам дека сведочењето на Ramseroor во однос на Нилух и металната кутија е недопуштено. ... "

ПРАВО

I. НАВЕДЕНИ ПОВРЕДИ НА ЧЛЕН 3 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

75. Апликантот се жалел дека бил подложен на мачење, спротивно на членот 3 од Конвенцијата во контекст на полициското испрашување на 1 октомври 2002 година. Тој тврди дека тој сè уште е жртва на таа повреда на членот 3, кој гласи:

"Никој нема да биде подложен на мачење, нечовечко или понижувачко постапување или казнување."

76. Владата го оспорува ова мислење, тврдејќи дека апликантот повеќе не може да тврди дека претставува жртва на повреда на членот 3.

А. Статус на жртва на апликантот

77. Член 34 од Конвенцијата во релевантниот дел предвидува:

"Судот може да добие апликации од било кое лице, невладини организации или група на лица кои тврдат дека се жртви на повреда на правата утврдени во Конвенцијата или на протоколите од истата. ... "

78. Судот смета дека во конкретниот случај не може да одговори на прашањето дали апликантот последователно го загубил статусот на жртва на повреда на членот 3 од Конвенцијата во рамките на значењето на член 34 од Конвенцијата, без притоа да утврди како се постапувало со апликантот во контекст на неговото сослушување и без да ја процени тежината на таа постапка од аспект на член 3. Дури потоа, Судот може да испита дали властите соодветно изреагирале.

1. Дали оспорената постапка е спротивна на член 3

(а) Пресуда на Советот

79. Советот сметал дека по налог на Д., заменик шеф на полицијата во Франкфурт на Мајна, инспекторот Е. му се заканувал на апликантот со физичко насилство кое би му нанело голема болка за да го натера да открие каде се наоѓа Ј. Понатаму, Судот бил на становиште дека дополнителните жалбени наводи на апликантот – дека тој бил подложен и на други закани односно дека претрпел физички повреди во текот на испрашувањето – останале недокажани. Имајќи ги во предвид сите околности на случајот, Судскиот совет ја квалификувал заканата за примена на сила како нечовечко однесување кое е забрането со членот 3.

(б) Поднесоци на странките

(i) Апликантот

80. Апликантот смета дека за време на неговото сослушување од страна на инспекторот Е. на 1 октомври 2002 година, тој бил подложен на постапка забранета со член 3. Инспекторот Е. се заканувал дека „ќе му нанесе неподнослива болка каква што никогаш дотогаш не доживеал“ доколку не открие каде се наоѓа Ј. Му се заканувал дека болката ќе му

биде нанесена без да се остават никакви траги и дека еден полицаец, специјално обучен за такви техники е на пат кон полициската станица со хеликоптер. За да ја нагласи заканата, Е. го имитирал движењето на елисата на хеликоптерот и сликовито ја опишувал болката нанесена со мачење. Во таа насока, Апликантот тврдеше дека веќе биле преземени и конкретни мерки, бидејќи полицискиот доктор потврдил дека бил подготвен да биде присутен за време на мачењето за да спречи апликантот да изгуби свест или пак да спречи да останат траги од целата постапка.

81. Понатаму, апликантот тврди дека му се заканувале со сексуална злоупотреба и дека ќе биде заklучен во ќелија со двајца големи "Црнци", кои анално би го злоупотребувале. За време на распитот, му биле нанесени и физички повреди. Е. го удрил неколку пати во градите, што предизвикало појава на модринки, а во една прилика го турнал, при што ја удрил главата во сидот. Во прилог на ова свое тврдење, тој приложил две лекарски уверенија од 4 и 7 Октомври 2002 издадени од полициските лекари (види став 21 погоре). Тој тврдеше дека потоа бил однесен во Бирстеин против негова волја и дека бил принуден да оди без чевли низ шумата до местото каде што го оставил телото, а по наредба на полицијата, да ја означи и точната локација. На враќање од Бирстен, тој исто така бил принуден да открие други докази. Тој тврдел дека полицијата продолжила да му се заканува во време кога тие веќе биле свесни дека Ј е мртов и дека поради тоа, бил присилен самиот себе си да се инкриминира само за да се продлабочи кривичната истрага против него.

82. Повикувајќи се, особено, на членовите 1 и 15 од Конвенцијата против тортура на Обединетите нации (види став 64 погоре), апликантот тврди дека постапката на којашто бил подложен за да го принудат на признание треба да се смета за тортура.

(ii) Владата

83. Како и во поднесоците пред Советот, Владата признава дека, за жал, членот 3 е повреден за време на распитот на апликантот на 1 октомври 2002 година. Сепак, Владата истакнува дека на апликантот само му биле упатени закани за голема болка доколку не и открие на полицијата каде се наоѓа Ј. Владата понатаму, оспорува дека имало дополнителни закани за сексуален напад врз апликантот. Потоа, таа оспорува дека повредите на апликантот се предизвикани за време на неговиот распит и дека бил принуден да оди бос во Бирстеин. Раните на стапалата биле предизвикани при неговото апсење на аеродромот во Франкфурт. Според она што го кажал апликантот, Е. само еднаш го удрил во градите и дека само еднаш ја удрил главата во сидот. Домашните судови не утврдиле други закани или повреди.

84. Владата понатаму укажа дека полицајците Д. и Е. побегнале кон наведениот начин на испрашување за да го спасат животот на детето затоа што сметале дека е во голема опасност. Тие не знаеле дека Ј веќе

бил

убиен

во

меѓувреме

(iii) Учество на трети лица

(a) Родителите на Ј.

85. Родителите на Ј. се приклучиле кон аргументацијата на Владата. Тие истакнаа дека апликантот сега првпат се повикува дека му се нанесени разни повреди, вклучувајќи и повреда под клучната коска за време на распитот на 1 октомври 2002 година. Сепак, апликантот претходно признал дека тие повреди ги здобил при апсењето на 30 септември 2002 година. Тој ова го признава во книга што ја објавил во 2005 година (*Allein mit Gott – der Weg zurück* ("Сам со Бога - Патот Назад"), стр 57-61), посветена - меѓу другото – на кривичната истрага и судењето против него. Во поглавјето насловено како "Апсењето", апликантот поместил копија од лекарското уверение издадено од полицискиот доктор на 4 октомври 2002 година (види став 21 погоре) за да ги покаже повредите кои му се нанесени при апсењето на 30 септември 2002 година. Тој сега го користел истото лекарско уверение во прилог на неговото тврдење дека му се нанесени повреди за време на распитот. Според тоа, неговите повреди немаат врска со распитот од 1 октомври 2002 година.

(б) Redress Trust

86. Повикувајќи се, особено, на заклучоците на Конвенциските тела во случајот на Грција (извештај на Комисијата од 5 ноември 1969 година, (1969) 12 Годишник 170, стр. 461) и во случајот Аккоџ против Турција (бр 22947/93 и 22948/93, § § 25 и 116-17, ЕКЧП 2000-Х), Redress Trust посочил дека не е потребно да се предизвика физичка болка за некој чин да претставува тортура. Душевната болка сама по себе и во себе е распространета форма на тортура. Покрај тоа, Судот потврдил дека самата закана за однесување забрането со член 3 би можело да доведе до повреда на тој член. Третата страна го истакна предметот *Кембел и Косанс* (Campbel and Cosans) *против Обединетото Кралство*, 25 февруари 1982 година, § 26, Серија А бр . 48). Разни меѓународни органи, вклучувајќи ги, меѓу другите и Меѓу-американскиот суд за човекови права (види став 66 погоре), Специјалниот известувач на ОН за тортура (види став 67 погоре) и Комитетот за човекови права на ОН (види став 68 погоре) исто така утврдиле дека заканата од сериозна физичка повреда, во зависност од околностите и влијанието врз поединецот, може да претставува тортура или друга форма на малтретирање. Во секој случај, не е потребно да се прави разлика меѓу тортура или друго лошо постапување во однос на член 3 од Конвенцијата, со оглед на фактот дека за разлика од Конвенцијата на Обединетите нации против тортура во членовите 1, 15 и 16 (види став 64 погоре), релевантниот член на

Конвенцијата не предвидува различни правни последици од тортурата во споредба со другите форми на забрането лошо постапување. Повикувајќи се, меѓу другото, во случајот *Лабита (Labita) против Италија* ([GC], бр. 26772/95, § 119, ЕКЧП 2000-IV), Redress Trust истакнува дека забраната на тортура и друго сурово, нечовечно и понижувачко постапување е апсолутна и дадена без исклучоци, оправдувања или ограничувања, без оглед на околностите на случајот или однесувањето на жртвата.

(в) Оцена на Судот

(i) Краток преглед на релевантните принципи

87. Судот повторува дека членот 3 од Конвенцијата опфаќа една од најпознатите основни вредности на демократските општества. За разлика од повеќето суштински клаузули од Конвенцијата, член 3 не дозволува исклучоци, а член 15, § 2 не предвиднува никакви отстапувања, дури ни во случај на вонредна состојба која го загрозува животот на нацијата (види *Selmouni* против Франција [GC], бр. 25803/94, § 95, ECHR 1999-V, а *Labita*, цитирана погоре, § 119). Судот потврдува дека дури и во најтешките околности, како што се борбата против тероризмот и организираниот криминал, Конвенцијата во апсолутна смисла забранува тортура и нечовечко или понижувачко постапување или казнување, независно од однесувањето на засегнатото лице (види *Chahal* против Обединетото Кралство, 15 ноември 1996 година, § 79, *Извештаи за пресуди и одлуки* 1996-V, а *Labita*, цитирана погоре, § 119). Природата на кривичното дело за кое се товари апликантот, споед тоа, е ирелевантна во однос на целите на кои се заснова членот 3 (види *B. против Обединетото Кралство* [GC], бр. 24888/94, § 69, ECHR 1999-IX; *Рамирез Санчез (Ramirez Sanchez) против Франција* [GC], бр. 59.450 / 00, § 116, ЕСЧП 2006-IX и *Saadi против Италија* [GC], бр. 37.201 / 06, § 127, ЕСЧП 2008 - ...).

88. За едно лошо постапување да потпадне во рамките на член 3, тоа мора да има минимално ниво на тежина. Оценката на овој минимум зависи од сите околности на случајот, како што се времетраењето на постапувањето, физичките или психичките ефекти и, во некои случаи, полот, возраста и здравствената состојба на жртвата (види *Ирска против Обединетото Кралство*, 18 јануари 1978, § 162, Серија А бр. 25, а *Jalloh против Германија* [GC], бр. 54.810 / 00, § 67, ЕКЧП 2006-IX). Понатаму, фактори кои треба да се разгледаат се и целта заради која се превзема постапувањето или мотивот кој стои зад него (спореи, меѓу другото, *Aksoy против Турција*, од 18 декември 1996 година, § 64, *Извештај* 1996-VI; *Egmez против Кипар*, без 30.873. / 96, § 78, ЕКЧП 2000-XII; и *Krastanov против Бугарија*, без 50222/99, § 53, 30 септември 2004 година), како и неговиот контекст, како на пример атмосфера на зголемена напнатост и емоции (спореи, за пример, *Selmouni*, цитирана погоре, § 104, и *Egmez*, loc.cit).

89. Судот смета дека постапувањето е "нечовечко", кога, меѓу другото, е реализирано со предумисла, со часови без прекин и предизвикало телесни повреди или интензивно психичко и ментално страдање (види *Labita*, цитирана погоре, § 120, и *Рамирез Санчез*, цитирана погоре, § 118). Судот смета дека постапувањето е "понижувачко", кога по природа кај жртвите создава чувства на страв, болка и инфериорност, во смисла на понижување и навредување и евентуално кршење на нивниот физички или морален отпор, или кога ја приморува жртвата да дејствува против своја волја или совест (види, меѓу другото, *Кеелан против Обединетото Кралство*, бр. 27229/95, § 110, ECHR 2001-III, и *Jalloh*, цитирана погоре, § 68).

90. При одредувањето дали одредена форма на малтретирање треба да се класифицира како тортура, предвид мора да се има разликата – олицетворена во член 3 – помеѓу овој поим и поимот на нечовечко или понижувачко постапување. Како што е наведено во претходните случаи, се чини дека намерата на Конвенцијата е со помош на таа разлика да се означат со посебна стигма намерните нечовечки постапувања кои предизвикуваат сериозно и сурово страдање (види *Ирска против Обединетото Кралство*, цитирана погоре, § 167; *Aksoy*, цитирана погоре, § 63; и *Selmouni*, цитирана погоре, § 96). Покрај сериозноста на постапувањето, постои и елементот на намерата да се врши тортура како што тоа го признава Конвенцијата на Обединетите нации против тортура и друго сурово, нечовечно или понижувачко постапување или казнување, која во членот 1 ја дефинира тортурата како намерно нанесување на интензивна болка или страдање, со цел, меѓу другото, да се добијат информации, да се казнува или заплашува (види *Akkoç*, цитирана погоре, § 115).

91. Судот понатаму потсетува дека заканата од постапување забрането со член 3, под услов да е доволно реална и непосредна, може да дојде во конфликт со таа одредба. Така, заканувањето со тортура на поединец, во најмала рака може да претставува нечовечко постапување (спореди *Campbell u Cosans*, цитирана погоре, § 26).

92. При оценувањето на доказите врз основа на кои ќе се одлучи дали имало повреда на член 3, Судот усвојува стандард на докажување "надвор од разумно сомневање". Меѓутоа, таков доказ може да произлезе и од коегзистенцијата на доволно строги, јасни и сложени заклучоци или слични непобитни фактички претпоставки (види *Jalloh*, цитирана погоре, § 67, и *Рамирез Санчез*, цитирана погоре, § 117). Судот посебно истакна дека кога поединец е приведен во полициската станица во добра здравствена состојба, а е повреден во времето на пуштање, државата има обврска да даде разумно објаснување за тоа како настанале тие повреди, зашто во спротивно, се поставува јасно прашање во смисла на член 3 од Конвенцијата (спореди *Tomasí против Франција*, 27 август, 1992, § 110, Серија А бр 241-А; *Ribitsch против Австрија*, 4 декември

1995 година, § 34, Серија А бр. 336; *Aksoy*, цитирана погоре, § 61; и *Selmouni*, цитирана погоре, § 87).

93. Онаму каде што обвинувањата се однесуваат на член 3 од Конвенцијата, Судот мора да изврши темелно испитување (види *Matko против Словенија*, бр. 43393/98, § 100, 2 ноември 2006 година, и *Владимир Романов против Русија*, бр. 41.461 / 02 , § 59, 24 јули 2008 година). Меѓутоа, кога постои домашна постапка, Судот нема задача да ја замени својата проценка на фактите со оние на домашните судови и, според општото правило, домашните судови се оние кои треба да ги оценат доказите со кои располагаат (види *Klaas против Германија*, 22 септември 1993, § 29, Серија А бр. 269, и *Јашар против "Поранешната Југословенска Република Македонија"*, бр. 69908/01, § 49, 15 февруари 2007). Иако Судот не е врзан со заклучоците на домашните судови, во нормални околности, тој бара убедливи елементи за да отстапи од фактичките заклучоци до кои дошле домашните судови.

(ii) *Примена на овие принципи во конкретниот случај*

(α) *проценка на фактите од страна на Судот*

94. Во однос на постапувањето на кое апликантот бил подложен на 1 октомври 2002 година, Судот забележува дека не е спорно помеѓу страните во постапувањето дека за време на распитот тоа утро, инспекторот Е. – по насока на заменик-началникот на полицијата на Франкфурт на Мајна, Д. – му се заканувал на апликантот со неподнослива болка ако одбие да открие каде се наоѓа Ј. Целиот процес, при што не смеело да бидат оставени никакви траги, требало да го спроведе полицаец специјално обучен за таа намена, и кој веќе бил на пат кон полициската станица со хеликоптер. Тоа го утврдил Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна во кривичната постапка против апликантот (види став 26 погоре) и во кривичната постапка против полициските службеници (види став 47 погоре). Исто така, од белешката што ја напишал Д. за во полициското досие (види став 20 погоре) и од заклучоците на домашните судови во кривичната постапка против Д. (види став 47 погоре), јасно произлегува дека Д. имал намера, доколку е потребно, да ја реализира таа закана со помош на „серумот на вистината“ и дека апликантот бил предупреден дека реализирањето на заканата е неминовно.

95. Со оглед на тоа дека во повеќе наврати, Д. им наредил на неговите подредени шефови на одделот да употребат сила против апликантот, доколку е тоа потребно, пред конечно да му нареди на Е. да му се закани на апликантот со тортура (види став 47 погоре), неговата наредба не може да се смета како спонтан чин, бидејќи е јасно дека е присутен елементот на намера. Покрај тоа, се чини дека апликантот за време на притворот бил врзан со лисици во просторијата за испрашување (види став 57 погоре) и дека поради тоа, бил во ситуација

на посебна ранливост и присила. Имајќи ги предвид заклучоците на домашните судови и расположивиот материјал, Судот е убеден дека полицајците прибегнале кон предметниот начин на испрашување верувајќи дека може да се спаси животот на Ј.

96. Судот понатаму забележува дека апликантот тврди дека тој бил физички нападнат и повреден и дека му се заканувале со сексуална злоупотреба во текот на сослушувањето. При оценувањето дали овие тврдења – кои беа оспорени од страна на Владата – се надвор од разумно сомневање, Судот утврдува дека имајќи ги предвид лекарските уверенија кои ги доставил апликантот, неговото тврдење дека бил нападнат во текот на сослушувањето не е целосно без основа. Овие медицински наоди укажуваат на тоа дека апликантот имал оток на градите неколку дена пред да биде прегледан.

97. Меѓутоа, исто така го зема во предвид и објаснувањето на Владата за причината за повредите на апликантот, заедно со поднесоците на родителите на Ј. во врска со тоа. Во однос на изјавите на самиот апликант во неговата книга објавена во 2005 година, тие истакнуваат дека сите повреди, вклучувајќи ги и лезиите на кожата, апликантот неоспорно ги добил за време на неговото апсење, кога тој бил прикован за земја, со лицето свртено кон неа (види ставови 13 и 14 погоре). Судот понатаму забележува дека домашните судови не утврдиле ниту едно од тврдењата на апликантот. Се чини дека апликантот не ги изнел пред домашните судови – кои ги испитувале и оценувале доказите - своите наводи дека му биле нанесени повреди за време на испрашувањето, барем не во иста мера како што тоа го направил пред овој Суд (види, особено, точка 26 погоре). Покрај тоа, лекарските уверенија не содржат никакви индикации во однос на можните причинители на повредите (види став 21).

98. Со оглед на горенаведеното, Судот не е во состојба да заклучи дека жалбата на апликантот во врска со физичките напади и повреди, заедно со наводната закана за сексуална злоупотреба за време на сослушувањето, е докажана надвор од секако разумно сомневање.

99. Судот понатаму забележува дека во еден поднесок, апликантот назначува дека повторно бил подложен на постапка која е забранета со член 3, затоа што бил принуден да оди бос низ шумата во Бирстеин, да ја назначи точната локација на трупот и да открие друг доказен материјал. Владата ги оспорила и овие наводи. Судот забележува дека според заклучоците на домашните органи, по испитувањето, апликантот се согласил да ги придружува полициските службеници до езерцето каде што го сокрил телото на Ј. (види став 17 погоре). Не постои ништо што би покажало дека некој од полицајците кои биле присутни вербално му се заканувал на апликантот на пат кон Бирстеин за да го натера да ја покаже точната локација на телото. Сепак, останува да се утврди прашањето во смисла на член 6, за тоа дали и до кој степен откривањето на докази од страна на барателот во Бирстеин било каузално поврзано со заканите изречени во полициската станица. Со оглед на фактот дека лекарските

уверенија содржеле дијагноза која упатувала на отоци и плускавци на нозете на апликантот (види став 21 погоре), Судот утврди дека неговите наводи дека бил приморан да оди бос низ шумата не се целосно неосновани. Сепак, домашните судови, откако ги испитале предочените докази, не сметале дека ова тврдење – кое апликантот исто така не го споменува на почетокот на домашната постапка – е докажано (види особено став 26 погоре). Лекарите не ја утврдиле причината за повредите. Во овие околности, Судот не смета дека наводите на апликантот во врска со ова се докажани надвор од разумно сомневање.

100. Со оглед на горенаведеното, Судот смета дека е утврдено дека утрото на 1 октомври 2002 година, полицијата му се заканувала на апликантот со нанесување на неподнослива болка на начин утврден во ставовите 94-95 од пресудата за да го натера да открие каде се наоѓа Ј.

(в) Правна квалификација на постапувањето

101. Судот забележува дека самата Влада признала дека постапката на која Е. го подложил апликантот претставува повреда на членот 3 од Конвенцијата. Сепак, имајќи ги во предвид сериозните наводи за тортура од страна на апликантот, како и тврдењето на Владата за губење на статусот на жртва, Судот смета дека е неопходно самиот да оцени дали оваа постапка го достигнала она минимално ниво на тежина за да потпаѓа во рамките на член 3 од Конвенцијата и, доколку е така, како истата да се квалификува. Имајќи ги предвид релевантните фактори наведени во јуриспруденцијата на Судот (види ставови 88-91 погоре), Судот ќе го испита времетраењето на постапката на која апликантот бил подложен, физичките или психичките ефекти врз него, дали постапката била намерна или не, нејзината цел и контекстот во кој е применета.

102. Во однос на времетраењето на оспорената постапка, Судот забележува дека сослушувањето под закана за малтретирање траело околу десет минути.

103. Што се однесува до нејзините физички и ментални ефекти, Судот забележува дека апликантот, кој претходно одбил да открие каде се наоѓа Ј., признал под закана каде го сокрил неговото тело. Според тоа, тој продолжил да посочува детали за смртта на Ј. во текот на истражна постапка. Поради тоа, Судот смета дека реалната и непосредната опасност и заканите за намерно и неизбежно малтретирање на кои апликантот бил подложен за време на неговото сослушување, предизвикале значителен страв, болка и ментално страдање. Апликантот, сепак, не поднел медицински наоди со кои би се потврдиле долгорочните негативни психолошки последици кои ги претрпел како резултат на начинот на кој бил третиран.

104. Судот понатаму забележува дека заканата не била спонтан чин, туку со предумисла испланирана со намера.

105. Што се однесува до целта на заканата, Судот смета дека апликантот бил намерно подложен на таков третман, за од него да се изнудат информации за тоа каде се наоѓа Ј.

106. Судот понатаму забележува дека заканите за намерно и неизбежно малтретирање се изречени во контекст на фактот дека апликантот бил лишен од слобода и под надзор на претставниците на законот, и дека очигледно бил врзан со лисици, што значи во состојба на ранливост. Јасно е дека Д. и Е. дејствувале при вршење на нивните должности како службени лица и дека имале намера, доколку е потребно, да ја спроведат заканата под медицински надзор и со помош на специјално обучен полицаец. Покрај тоа, наредбата што ја издал Д. да му се заканат на апликантот не била спонтан одлука, бидејќи тој издал таква наредба во неколку наврати претходно и станувал се понестрплив поради непочитувањето на неговите насоки од страна на неговите подредени. Заканата била изречена во атмосфера на зголемена напнатост и емоционална наелектризираност и во услови кога полицајците биле под голем притисок, верувајќи дека животот на Ј. бил во голема опасност.

107. Во врска со ова, Судот го прифаќа мотивот за однесувањето на полициските службеници и замислата дека дејствувале во обид да го спасат животот на детето. Меѓутоа, потребно е да се нагласи дека имајќи ја предвид одредбата од член 3 и долго-воспоставената судска пракса (види став 87 погоре), забраната за малтретирање на лице се применува независно од однесувањето на жртвата или мотивот на властите. Тортура, нечовечко или понижувачко постапување не смее да се нанесува дури ни во случаи кога е во опасност животот на еден поединец. Не е дозволено никакво отстапување, дури ни во случај на вонредна состојба која го загрозува животот на нацијата. Членот 3, кој содржи недвосмислен текст, признава дека секое човечко суштество има апсолутно, неотуѓиво право да не биде подложено на тортура, нечовечко или понижувачко постапување под никакви околности, дури ни под најтешките. Филозофската основа која го го поддржува апсолутниот карактер на правото од член 3 не дозволува никакви исклучоци, никакви фактори на оправдување и никакво балансирање на интересите, без разлика на однесувањето на засегнатото лице и природата на кривичното дело за кое се товари.

108. Имајќи ги на ум релевантните фактори кои треба да се земат предвид со цел да се квалификува постапката на која апликантот бил подложен, Судот смета дека реалната и неизбежна закана која му била упатена на апликантот заради изнудување информации, досегнуваат минимално ниво на тежина за оспорената постапка да се вклопи во рамките на членот 3. Судот повторува дека според неговото обичајно право (види став 91 погоре), кое, исто така, се повикува на дефиницијата на тортура во член 1 од Конвенцијата против тортура на Обединетите нации (види ставови 90 и 64 погоре), и мислењето на други меѓународни тела за контрола на човековите права (види ставови 66-68 погоре), на

кои, исто така се повикува Redress Trust, заканата за тортура може да смета за тортура, бидејќи карактерот на тортурата опфаќа и физичка болка и ментално страдање. Имено, стравот од физичка тортура само по себе може да претставува ментална тортура. Сепак, се чини дека постои широко согласување, а воедно и Судот го смета истото, дека класификацијата на тоа дали одредена закана за физичка тортура доведува до психичка тортура, нечовечко или понижувачко постапување зависи од околностите на конкретниот случај, вклучувајќи ги, особено, сериозноста на притисокот и интензитетот на душевното страдање кои се на тој начин предизвикани. Судот смета дека во случајот на апликантот, за разлика од оние во кои судската пракса утврдила тортура, методите на испрашување на кои бил подложен во околностите на случајот се доволно сериозни за да може да се квалификуваат како нечовечко постапување забрането со член 3, но дека не го поседуваат потребното ниво на суровост за да го досегнат прагот на тортурата.

2. Дали апликантот го загубил статусот на жртва

(А) Пресуда на Советот

109. Советот смета дека апликантот не може повеќе да тврди дека е жртва на повреда на член 3. Советот констатираше дека домашните судови експлицитно признале, и во кривичната постапка против апликантот и во кривичната постапка против полицајците Д. и Е., дека постапката на која апликантот бил подложен кога бил испитуван од страна на Е. претставува повреда на членот 3. Освен тоа, апликантот добил доволно отштета за ваквата повреда на национално ниво. Двајцата полициски службеници кои учествувале во заканите, се осудени и казнети, а претрпеле и штета во нивните кариери. Во вакви околности, овие осуди се сметаат за доволни за обештетување на апликантот, на начин кој не претставува паричен надомест. Исто така, користењето на забранети методи на истрага било санкционирано, бидејќи ниту една изјава што апликантот ја дал не била прифатена како доказ на судењето.

(б) Поднесоци на странките во процесот

(i) Апликантот

110. Барателот тврди дека не го загубил статусот на жртва на повреда на членот 3. Домашните судови не ја признале јасно повредата на неговото право загарантирано со Конвенцијата на начин на кој тоа би било правно обврзувачки. Тие само го голо го споменуваат членот 3 во своите одлуки со кои ги одбиваат барањата и наводите на апликантот.

111. Покрај тоа, апликантот тврди дека не добил соодветен надомест за повредата на забраната за тортура. Тој немал никаква лична корист од осудите на Д. и Е., кои, во секој случај, биле осудени на скромни условни парични казни и кои не претрпереле ниту дисциплински мерки за нивното однесување. Д. дури бил и унапреден по осудата.

Постапката за утврдување на службена одговорност, во која апликантот барал надомест за штета што ја претрпел поради постапувањето спротивно на член 3, е се' уште во тек пред граѓанските судови и, до денес, тој не добил никаков надомест. Исто така, тој тврди дека состојбата на status quo ante можела да се воспостави само со изземање во текот на судењето на сите докази кои се добиени со директна повреда на членот 3. Овие докази, чија што допуштеност е утврдена на почетокот на судењето, осигура осудителна пресуда, а како резултат на тоа и изрекување на максимална казна. Изземањето само на изјавите дадени под присила пред почетокот на судењето, не претставуваат доволно обештетување за апликантот, бидејќи таквите изјави не биле ниту потребни за процесуирање на обвинението против него особено во момент кога судот ги прифатил материјалните докази произлезени од изјавите.

(ii) Владата

112. Владата побарала од Големиот судски совет да ја потврди констатацијата на Советот според која апликантот го загубил статусот на жртва на повреда на член 3. Три германски судови - имено Регионалниот суд и Сојузниот уставен суд во кривичната постапка против апликантот и Регионалниот суд во кривичната постапка против полицајците – експлицитно признале повреда на членот 3. Овие судови истакнаа дека човековото достоинство е неповредливо и дека тортурата е забранета дури и кога е во прашање животот на еден човек.

113. Според поднесокот на Владата, апликантот е доволно обештетен. Двајцата полициски службеници кои се вмешани во случајот се осудени во кривична постапка и санкционирани. Владата истакна дека судењето и осудувањето на еден полицаец за присила е многу сериозна работа. Покрај тоа, двајцата полицајци биле преместени. Владата признава дека апликантот се уште не добил надомест, но истакнува дека тој покренал постапка за службена одговорност пред домашните судови, дури откако ја поднел апликацијата пред Судот, така што фактот дека постапката е се' уште во тек не може да се земе предвид во врска со губењето на неговиот статус на жртва. Покрај тоа, Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна го изземал не само признанието од 1 октомври 2002 година, туку и сите признанијата што апликантот ги дал пред полицијата, обвинителството и судијата пред неговото судење. Меѓутоа, откако е информиран дека неговите претходни признанија не може да се користат како доказ, тој на вториот ден од судењето дал нова изјава со признание, и тоа пред да се почне со изведување на другите докази.

(iii) Учество на трети страни (Redress Trust)

114. Според поднесокот на Redress Trust, меѓународната јуриспруденција

укажува дека како соодветни и доволни правни лекови во предметите кои се однесуваат на тортура и други забранети постапувања, ги вклучуваат особено следниве форми на репарација на жртвата кои би можеле да бидат кумулативно релевантни во одреден случај. Прво, потребна е истрага која може да доведе до идентификација и казнување на одговорните за какво и да е малтретирање (Redress Trust го наведува, меѓу другото, предметот *Асенов и други против Бугарија*, 28 октомври 1998, § 102, Извештаи 1998-VIII). Второ, државите се обврзани да имаат правосуден систем кој е способен ефикасно да ги казни оние што ќе извршат акт на тортура и други забранети постапувања и да одвраќа извршување на такви дела во иднина. Казната за повреда на членот 3 треба да ја одразуваат сериозноста на делото, а државата треба сериозно да ја почитува обврската да ги казни одговорните службени лица, а не да го прави тоа како чиста формалност (спореди предметот што го наведува Redress Trust *Николова и Величкова против Бугарија*, бр. 7888/03, § 63, 20 декември 2007 година). Трето, соодветни и доволни правни лекови во случаи на тортура и други форми на малтретирање вклучуваат и ефикасни граѓански правни лекови, особено, надоместот на материјална и нематеријална штета. Суд и самиот во неколку наврати утврдил дека пресудата *per se* не е доволна да претставува правично обештетување во случаи на сериозни повреди како што се оние на член 3, па покрај тоа доделува и надомест на нематеријална штета (Redress Trust го наведува, *Selcuk u asker против Турција*, 24 април 1998 година, § § 117-18, Извештаи 1998-II). Четврто, потребно е повторно воспоставување на правата на начин на кој ќе се исправи континуираното дејство на тортура, како на пример, изземање на признанијата дадени под присила. Петто, државата мора да обезбеди мерки со кои ќе се спречи забранетото постапување да се повтори.

(в) Оцена на Судот

(i) Краток преглед на релевантните принципи

115. Судот повторува дека националните власти се тие кои треба да ја исправат повредата на Конвенцијата. Во оваа смисла, прашањето дали апликантот може да тврди дека е жртва на наведената повреда е релевантно во сите фази на постапката во согласност со Конвенцијата (види, меѓу другото, *Siliadin против Франција*, бр. 73.316 / 01, § 61, ЕСЧП 2005-VII, и *Scordino против Италија* (бр. 1) [GC], бр. 36813/97, § 179, ЕСЧП 2006-V). Одлука или мерка која е поволна за апликантот не е – во принцип – доволна за да го лиши од неговиот статус на "жртва" во смисла на член 34 од Конвенцијата, освен ако националните власти не признаат, експлицитно или суштински, а потоа и да доделат надомест на штета за повреда на Конвенцијата (види, меѓу другото, *Eckle против Германија*, 15 јули 1982 година, § 66, Серија А бр 51; *Dalban против Романија* [GC], бр

28114/95, § 44, ЕСЧП. 1999-VI; *Siliadin*, цитирана погоре, § 62; и *Scordino* (бр. 1), цитирана погоре, § 180).

116. Што се однесува до обештетување кое се смета за соодветно и доволно во смисла на исправање на повредата на правата на Конвенцијата на национално ниво, Судот генерално смета тоа зависи од околностите на случајот, имајќи ја особено предвид природата на повредата на Конвенцијата за која станува збор (спореи, на пример, *Scordino* (бр. 1), цитирана погоре, § 186). Во предметите на намерно постапување на службени лица во спротивност на членот 3, Судот постојано укажува дека се неопходни две мерки со цел да се обезбеди соодветен надомест за штетата. Прво, државните органи мора да спроведат темелна и ефикасна истрага која може да доведе до идентификација и казнување на одговорните (види, меѓу другото, *Krastanov*, цитирана погоре, § 48; *Çamdereli против Турција*, бр. 28.433 / 02, § § 28-29, 17 јули 2008; и *Владимир Романов*, цитирана погоре, § § 79 и 81). Второ, потребно е обештетување на апликантот, доколку е тоа соодветно (види *Владимир Романов*, цитирана погоре, § 79, и, *mutatis mutandis*, *Aksoy*, цитирана погоре, § 98, и *Abdülşamet Јаман против Турција*, бр. 32446/96, § 53, 2 ноември 2004 (и двете во смисла на член 13)) или, барем, постоење на можност за барање и добивање на надомест на штета која апликантот ја претрпел како резултат на малтретирањето (спореи, *mutatis mutandis*, *Јоноски и Величкова*, цитирана погоре, § 56 (во врска со повреда на член 2); *Çamdereli*, цитирана погоре, § 29; и *Yeter против Турција*, бр. 33.750 / 03, § 58, 13 јануари 2009).

117. Што се однесува до барањето за темелна и ефикасна истрага, Судот потсетува дека, кога еден поединец ќе изнесе основано тврдење дека полицијата или други слични државни службеници го подложиле на лошо постапување спротивно на член 3, таа одредба, гледана во врска со генералната обврска на државата од член 1 од Конвенцијата „во рамките на својата јурисдикција секому да му ги осигура правата и слободите утврдени (...) [во] Конвенцијата“, имплицира дека е потребна ефикасна службена истрага. Таква истрага, како што е и онаа врз основа на член 2, треба да овозможи идентификација и казнување на одговорните (види, меѓу другото, *Асенов and others*, цитирана погоре, § 102; *Labita*, цитирана погоре, § 131; *Çamdereli*, цитирана погоре, § § 36-37, и *Владимир Романов*, цитирана погоре, § 81). За една истрага да биде ефикасна во пракса, предуслов е државата да има донесено кривично-правните одредби со кои се казнува однесувањето што е во спротивност со членот 3 (спореи, *mutatis mutandis*, *М.Ц. против Бугарија*, бр. 39272/98, § § 150, 153 и 166, ЕСЧП 2003-XII; *Николова и Величкова*, цитирана погоре, § 57; и *Çamdereli*, цитирана погоре, § 38).

118. Во врска со обврската за обештетување заради отстранување на повреда на членот 3 на национално ниво, Судот во повеќе наврати утврди дека покрај темелна и ефикасна истрага, неопходно е државата да додели надомест на апликантот, доколку е тоа соодветно, или барем

да му/и можност да побара и добие надомест за штетата што ја претрпел како резултат на лошо постапување кон него (види подетални упатувања во став 116 погоре). Судот веќе имаше прилика во контекст на други членови од Конвенцијата да укаже дека статусот на жртва на апликантот може да зависи од висината на надоместот доделен на национално ниво, имајќи ги предвид фактите за кои тој се жали пред Судот (види, на пример, *Normann против Данска* (декември), бр. 44704/98, 14 јуни 2001 година, и *Scordino* (бр. 1), цитирана погоре, § 202, во однос на жалба од член 6 или *Јенсен и Расмусен против Данска* (декември), бр. 52620/99, 20 март 2003 година, во однос на жалба од член 11). Овој заклучок се применува, *mutatis mutandis*, на жалби кои се однесуваат за повреда на членот 3.

119. Во предметите за намерно малтретирање, повредата на членот 3 не може да се исправи само со доделување на надомест на жртвата. Всушност, доколку властите се ограничат само на исплаќање на надомест во случаи на намерно малтретирање извршено од страна на службени лица, а не и на обвинување и казнување на одговорните лица, во некои случаи ќе биде возможно службените лица да минуваат практично неказнети за злоупотреба на правата на оние кои се под нивна контрола, па генералната правна забрана за тортура и нечовечко и понижувачко постапување – и покрај фундаменталното значење – ќе биде неефикасна во пракса (види, *inter alia*, *Krastanov*, цитирана погоре, § 60; *Çamdereli*, цитирана погоре, § 29; и *Владимир Романов*, цитирана погоре, § 78).

(iii) *Примена на овие принципи во конкретниот случај*

120. Значи, Судот мора прво да испита дали националните власти признале повреда на Конвенцијата, експлицитно или суштински. Во врска со ова, Судот забележува дека во кривичната постапка против апликантот, Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна, во својата одлука од 9 април 2003 година, експлицитно наведува дека заканата за нанесување на болка на апликантот заради изнудување на изјава, претставува не само забранет метод на испитување во согласност со член 136а од Законот за кривична постапка, туку и занемарување на член 3 од Конвенцијата, кој ја заштитува основата на таа одредба (види став 26 погоре). Сојузниот Уставен суд, повикувајќи се на заклучокот за повреда на член 3 на Регионалниот суд, забележува дека биле повредени (види став 42 погоре) човечкото достоинство на апликантот и забраната за подложување на затворениците на лошо постапување (член 1 и член 104 § 1, втора реченица од Основниот закон). Во прилог на тоа, во својата пресуда од 20 декември 2004 година со која Судот ги осудува полициските службеници, Регионалниот Суд на Франкфурт на Мајна утврдува дека таквите методи на истрага не може да се оправдаат како „неужен акт“ бидејќи „неужноста“ не претставува средство на одбрана во случај на повреда на апсолутната заштита на човековото достоинство

што ја доделува член 1 од Основниот закон, и која воедно, е и во центарот на член 3 од Конвенцијата (види став 48 погоре). Со оглед на ова, Големиот судски совет, кој се согласува со заклучоците на Советот во овој поглед, е убеден дека домашните судови кои биле повикани да донесат одлука по однос на ова прашање, јасно и недвосмислено признале дека испитувањето на апликантот довело до повреда на членот 3 од Конвенцијата.

121. При оценувањето дали националните власти доделиле соодветно и доволно обештетување поради повреда на членот 3, Судот мора прво да определи дали тие спровеле темелна и ефикасна истрага против оние што се одговорни, во согласност со барањата на судската пракса. За да го направи тоа, Судот во предвид зеде неколку критериуми. Прво, важни фактори за ефикасна истрага, кои овозможуваат да се провери дали властите биле подготвени да ги идентификуваат и гонат одговорните, се брзината со која е покрената истрагата (спореди, меѓу другото, *Selmouni*, цитирана погоре, § § 78-79; *Николова и Величкова*, гафови погоре, § 59;.. и *Владимир Романов*, цитирана погоре, § § 85 et seq) и брзината со која таа се води (спореди *Mikheyev против Русија*, без 77.617 / 01, § 109, 26 јануари 2006 година, и *Dedovski u други против Русија*, бр. 7178/03, § 89, 15 мај 2008). Покрај тоа, за одлучувачки се сметаат исходот од истрагата и текот на кривичната постапка, вклучувајќи ги и изречените казни, како и дисциплинските мерки. Тие се од витално значење во обезбедување на ефект на одвраќање преку судскиот систем како и осигурување на улогата која тој треба да ја има системот во спречување на повредите на забраната за малтретирање (спореди *Али и Ayse Дуран против Турција*, број 42.942/02, § 62 од 8 април 2008 година; *Çamdereli*, цитирана погоре, § 38; и *Јоноски и Величкова*, цитирана погоре, § § 60 et seq.).

122. Судот забележува во конкретниот случај кривичните истраги против полициските службеници Д. и Е. се иницирани некои 3-4 месеци по сослушување на апликантот на 1 октомври 2002 година (види став 23 погоре)и дека тие се осудени со конечна пресуда на околу две години и три месеци по тој датум. Иако Судот забележува дека Регионалниот суд на Франкфурт на Мајна ја ублажил казната поради - меѓу многу други фактори – долготрајноста на постапката (види став 50 погоре), тој е подготвен да прифати дека истрагата и кривичната постапка сепак, биле доволно брзи и експедитивни, така што можат да ги исполнат стандардите поставени со

Конвенцијата.

123. Судот понатаму забележува дека полицајците се прогласени за виновни за присилба и поттикнување на присилба, според одредбите на германски кривичен законик, поради нивното однесување во текот на сослушувањето на апликантот кое било во спротивност со член 3. Сепак, Судот забележува дека тие се осудени само на многу скромни и условни парични казни. Во врска со ова, Судот повторува дека не е негова задача да одлучува за степенот на индивидуалната вина (види *Öneryıldız против*

Турција [GC], бр. 48939/99, § 116, ЕСЧП 2004-XII, и *Nachova and Others против Бугарија* [GC], бр. 43577/98 и 43579/98, § 147, ЕСЧП 2005-VII), или пак, да одредува соодветна казна на сторителот, бидејќи се тоа прашања кои спаѓаат во ексклузивна надлежност на националните кривични судови. Сепак, според член 19 од Конвенцијата, а и во согласност со принципот според кој целта на Конвенцијата е да гарантира права кои не се теоретски и илузорни, туку практични и ефективни, Судот мора да се осигура дека обврската на државата да ги заштити правата на оние кои се под негова надлежност е соодветно извршена (види *Николова и Величкова*, цитирана погоре, § со дополнителни референци, 61). Значи, ако Судот не ја оспорува улогата на националните судови во изборот на соодветните санкции за малтретирање извршено од службени лица, тој мора да ја задржи својата функција на контрола и да интервенира во случаи на очигледна несразмерност меѓу сериозноста на делото и изречената казна. Во спротивно, обврската на државите да спроведат ефикасна истрага значително би загубила од своето значење (види *Николова и Величкова*, цитирана погоре, § 62; спореди и *Али и Ајсе Дуран*, цитирана погоре, § 66).

124. Судот не го превидува фактот дека во Регионалниот суд во Франкфурт на Мајна, при одредувањето на казните на Д. и Е. Во предвид била земени неколку олеснителни околности (види став 50 погоре). Судот прифаќа дека оваа жалба не може да се спореди со другите случаи кои се однесуваат на произволни и сериозни акти на бруталност извршени од страна на службени лица на државата кои таа потоа се обидела да ги сокрие и во кои Судот сметал дека изрекувањето строги затворски казни е посоодветно (спореди, на пример, *Јоноски и Величкова*, цитирана погоре, § 63, и *Али и Ајсе Дуран*, цитирана погоре, § § 67-72). Меѓутоа, осудувањето на условни парични казни кои се речиси симболични, од 60 и 90 дневни глоби во износ од 60 евра и 120 евра, не може да се смета за соодветна реакција на повредата на член 3, па дури ни во контекст на праксата на тужената држава во областа на осудувачките пресуди. Таква казна, која е очигледно несразмерна со повредата на едно од клучните права на Конвенцијата, не го содржи потребниот ефект на одвраќање од други повреди на забраната за лошо постапување во некои тешки ситуации во иднина.

125. Што се однесува до изречените дисциплински санкции, Судот забележува дека во текот на истрагата и на судењето, Д. и Е. биле префрлени на други позиции кои не биле директно поврзани со водење истраги за кривични дела (види став 50 погоре). Д. подоцна е префрлен во полициска дирекција за технологија, логистика и администрација и е назначен за шеф (види став 52 погоре). Во врска со ова, Судот потсетува на својот заклучок, кој неколкупати го повторил, дека кога службени лица се обвинети за кривични дела на лошо постапување, важно е тие да бидат разрешени од должност за време на истрагата или пак да бидат отпуштени, доколку бидат осудени (види, на пример, *Abdülşamet Јаман*, цитирана погоре, § 55; *Николова и Величкова*, цитирана погоре, § 63; и

Али и Ayse Дуран, цитирана погоре, § 64). Дури и ако Судот прифати дека фактите за конкретниот случај не се споредливи со оние во случаите наведени погоре, тој сепак смета дека подоцнежното поставување на Д. за шеф на полициски орган покренува сериозни сомнежи во однос на прашањето дали реакцијата на властите соодветно ја одразува тежината на повредата на член 3 – за која Д. е прогласен за виновен.

126. Што се однесува до дополнителното барање за обештетување со цел да се исправи повредата на членот 3 на национално ниво, Судот забележува дека апликантот имал практична можност да бара надомест на штетата претрпена како резултат од повредата на членот 3. Меѓутоа, неговото барање за правна помош кое го поднел со цел да покрене постапка за утврдување на службена одговорност, а кое е вратено на органот од понизок степен, повеќе од три години се наоѓа кај тој орган, без притоа да е одржано ниту едно рочиште, ниту пак да е донесена пресуда за основаноста на барањето. Судот истакнува дека, во пракса тој доделувал нематеријална оштета врз основа на членот 41 од Конвенцијата во поглед на тежината на повредата на член 3 (види, меѓу многу други органи, *Selcuk u Asker*, цитирана погоре, § § 117-118).

127. Во секој случај, Судот смета дека соодветно и доволно обештетување за повреда на Конвенцијата е возможно под услов ако барањето за надомест само по себе претставува ефикасен, соодветен и достапен правен лек. Прекумерното одложување на постапката за надомест на штета, го прави тој правен лек неефикасен (спореди, *mutatis mutandis*, *Scordino* (бр. 1), цитирана погоре, § 195 во однос на надомест за непочитување на „разумен рок“ од член 6). Судот смета дека неуспехот на домашните судови да донесат одлука за основаноста на барањето за обештетување на апликантот за повеќе од три години покренува сериозни сомнежи за ефикасноста на постапката за утврдување на службена одговорност во околностите на конкретниот случај. Не изгледа дека властите се одлучни во донесувањето одлука за соодветен надомест кој треба да му се додели на апликантот, па според тоа, не реагираше соодветно и ефикасно на повредата на член 3 во овој предмет.

128. Судот понатаму забележува дека апликантот во своите наводи истакнува дека исправање на повредата може единствено да претставува изземањето на сите докази пред судот кои биле добиени како резултат на директната повреда на тој член. Имајќи ја предвид својата актуелна судска пракса, Судот генерално смета дека е потребно и доволно тужената држава да ги почитува барањата за ефикасна истрага како и оштета со цел да се обезбеди соодветен надомест на национално ниво во случаите кои се однесуваат на лошо постапување од страна на службени лица на државата кои го кршат членот 3 (види ставови 116-119 погоре). Меѓутоа, Судот исто така смета дека прашањето за тоа кои мерки за надомест на штета се соодветни и доволни за да се исправи повреда на Конвенцијата, зависи од сите околности на случајот (види став 116 погоре). Значи, Судот не ја исклучува можноста дека во

случаите кога употребата на метод на испитување кој е забранет со член 3 доведува до неповолни последици за апликантот во кривичната постапка против него, соодветно и доволно обештетување за таа повреда ќе треба да вклучи, покрај горенаведените барања, и мерки со кои се отстранува континуираното влијание на забранетиот метод кое може да го има врз судската постапка, што особено, вклучува изземање на доказите добиени со повреда на членот 3.

129. Во конкретниот случај, Судот, сепак, не мора да се изјасни по однос на тоа прашање, па според тоа, во оваа фаза не мора да испита дали забранетиот метод на испитување во истражната постапка имал континуирано влијание врз судењето на апликантот и неповолните последици по него. Имајќи ги во предвид своите заклучоци од погоре, Судот смета дека различните мерки кои се преземени од страна на домашните власти, во секој случај, не успеале да го исполнат барањето за надомест на штета како што е утврдено во сопствената судска пракса. Затоа, тужената држава не обезбедила доволен надомест за апликантот во врска со постапката со која бил повреден член 3.

130. Следува дека апликантот се уште може да тврди дека е жртва на повреда на член 3 во рамките на значењето на член 34 од Конвенцијата.

Б. Почитување на член 3

131. Судот се повикува на својот заклучок (види ставови 94-108), дека полицијата му се заканувала со мачење на апликантот за да открие каде се наоѓа Ј. додека го испрашувала на 1 октомври 2002 година и дека овој метод на распит претставува нечовечко постапување забрането со член 3.

132. Според тоа, постои повреда на член 3 од Конвенцијата.

II. НАВОДНИ ПОВРЕДИ НА ЧЛЕН 6 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

133. Понатаму, апликантот наведува дека неговото право на правично судење било повредено, особено поради тоа што се прифатени и користени докази кои се добиени со признанието изнудено од него со повреда на член 3. Членот 6, во релевантниот дел гласи:

„При утврдување ... или основаност на било какво кривично обвинение против него, секој има право на правично (...) сослушување (...) пред (...) Трибунал...

3. Секој кој е обвинет за кривично дело ги има следниве минимални права: ...

в) да се брани самиот или со помош на бранител кој сам ќе го избере.“...

А. Опсег на спорот пред Големиот судски совет

134. Судот забележува дека апликантот ја повторил жалбата пред Големиот судски совет во врска со членот 6 дека намерно не му бил

дозволен контакт со неговиот бранител на 1 октомври 2002 година се додека сите докази против него не биле обезбедени. Согласно судската пракса на Судот, предмет кој е проследен пред Големиот судски совет е всушност предмет кој Советот го прогласил за допуштен (види, меѓу другото, *К. и Т. против Финска* [GC], бр. 25.702 / 94, § 141, ЕСЧП 2001-VII; *Göç против Турција* [GC], бр 36590/97, § 36, ECHR 2002-V;.. и *Cumpănă и Mazăre против Романија* [GC], бр 33348/96, § 66, ECHR 2004-XI). Со оглед на тоа дека Советот во својата одлука од 10 април 2007 година, утврдил дека апликантот не ги исцрпил сите домашни правни средства согласно член 35 § 1 од Конвенцијата, во однос на наводот што се однесува на консултацијата со неговиот бранител, Големиот судски совет не е надлежен истиот да го испита.

Б Прелиминарен приговор на Владата

135. Во однос на останатиот дел од жалбата во врска со член 6, Владата истакнува дека апликантот не ги исцрпел сите домашни правни лекови согласно член 35 § 1 од Конвенцијата. Тој не ги истакнал своите наводи адвектно пред домашните судови во врска со фактот дека кривичната постапка против него не била прекината како и дека во таа постапка не биле изземени доказите добиени со забранетите методи на истрага.

1. Пресуда на Советот

136. Советот сметаше дека не е потребно да се изјаснува во врска со прелиминарниот приговор на Владата, кој приговор тој го спои кон приговорите за основаноста на жалбата во однос на членот 6, бидејќи сметаше дека нема повреда на членот 6 (види став 86, пресуда на Советот).

2. Поднесоци на странките во постапката

(а) Владата

137. Владата истакна приговор пред Големиот судски совет дека апликантот не ги исцрпел домашните правни лекови од истите причини како и оние што ги наведе во постапката пред Советот. Прво, жалбата на апликантот дека кривичната постапка била неправична затоа што не била прекината поради закани против него, Сојузниот уставен суд ја прогласи за недопуштена поради недоволната основаност. Токму апликантот требаше да даде објаснување зошто смета дека уставното право налага не само изземање на изјавите кои се дадени во текот на полициското испитување, туку и прекин на самата постапка.

138. Второ, апликантот не ги исцрпил домашните правни лекови во однос на својата жалба за одбивањето за изземање на одредени докази

од постапката. Како што е потврдено од страна на Сојузниот уставен суд, тој во постапката пред Сојузниот суд на правдата, не успеал да детално да поткрепи, а што е обврска согласно процесните правила, дека тој исто така ја оспорува и употребата на доказите пронајдени во Бирстеин, нешто што претставува сосема друго барање во споредба со барањето за прекин на постапката. Поточно, апликантот не ја исправил изјавата на сојузниот јавен обвинител од 9 март 2004 година во која била извршена проценка на опсегот на жалбата за погрешна примена на материјалното право, и кој сметал дека апликантот не навел повреда на членот 136а § 3 од Законот за кривична постапка.

(Б) Апликантот

139. Апликантот го оспорува ова мислење, тврдејќи дека ги ицрпел домашните правни лекови. Во неговата жалба пред Сојузниот суд на правдата, тој поднел најширока можна жалба, со цел прекинување на кривичната постапка поради начинот на кој доказите биле добиени. Неговата жалба со широко поставено барање, вклучувала и помало барање во врска со неприфатливоста на материјалните докази добиени преку изнудената изјава. При поднесување на жалбата, апликантот поднел интегрална копија на своите претходни барања од 9 април 2003 година. Сојузниот суд на правдата ја одбил неговата жалба без да даде какво и да е образложение.

140. Понатаму, апликантот истакнува дека неговата понатамошна жалба до Сојузниот уставен суд, ја поткрепил целосно, преку детално образложение со повикување на референтните одлуки на тој суд околу начинот на кој непрекинувањето на постапката и неизземањето на доказите довело до повреди на членовите 1 и 104 од Основниот закон.

3. Оцена на Судот

141. Големиот судски совет има надлежност да го испитува прелиминарниот приговор, бидејќи Владата претходно го поднела истиот приговор пред Советот во своите поднесоци во однос на делот на допуштеноста на апликацијата (види став 84 од пресудата на Советот), во согласност со правилата 55 и 54 од Правилникот на Судот (види *NC против Италија* [GC], бр 24952/94, § 44, ЕСЧП 2002-X;.. *Azinas против Кипар* [GC], бр 56.679 / 00, § § 32 и 37, ЕСЧП 2004-III и *Sejdovic против Италија* [GC], бр 56.581 / 00, § 41, ЕСЧП 2006-II)..

142. Судот повторува дека целта на член 35 е да им се овозможи на Договорните страни да ги спречат или исправат повредите на правото поради кои се поднесени жалби, и тоа пред жалбените наводи да бидат доставени до Судот (види, меѓу другото, *Civet против Франција* [GC], бр. 29340/95, § 41, ЕСЧП 1999-VI). Членот 35 § 1 од Конвенцијата мора да се применува со одреден степен на флексибилност и без претерана формалност, но истиот не бара апликациите да бидат само формално проследени на соодветните домашни судови, туку да се икористат

ефикасните правни лекови кои овозможуваат оспорување на донесените одлуки. Тој исто така наложува жалбите кои ќе бидат подоцна доставени пред Судот, да бидат изнесени пред истите тие судови, барем во суштина и во согласност со формалните барања и роковите утврдени во домашното право (види, меѓу другото, *Cardot против Франција*, 19 март 1991 година, § 34, Серија А бр. 200, и *Elçi и други против Турција*, бр. 23145/93 и 25091/94, § § 604 и 605, 13 ноември 2003 година).

143. Според тоа, домашните правни лекови не се исцрпени кога жалбата не била испитана поради процедурални грешки на апликантот. Сепак, неисцрпувањето на домашните правни лекови не може да се искористи против него, доколку, и покрај пропустот да ги исполни формалните барања пропишани со закон, надлежниот орган сепак ја испитал суштината на жалбата (спореи, меѓу другото, *Mitropolia Basarabiei Si Exarhatul Plaiurilor и други против Молдавија* (декември), без 45701/99, 7 јуни 2001 година; *Skalka против Полска* (декември), без 43425/98, 3 октомври 2002 година; *Jalloh против Германија* (декември), бр. 54.810 / 00, 26 октомври 2004 година и *Владимир Романов*, цитирана погоре, § 52).

144. Судот забележува дека апликантот се жалел пред Судот поради неправичната постапка против него бидејќи биле изведени докази добиени како директен резултат на признанието изнудено од него. Тој тоа прашање го поставил пред Регионалниот суд во своето претходно барање поднесено на 9 април 2003 година, барајќи да се донесе одлука со која во кривичната постапка е забрането користењето на сите докази кои им станале познати на истражните органи поради незаконски изнудените изјави од него (види став 25 погоре). Судот забележува дека во жалбата за погрешна примена на материјалното право пред Сојузниот суд на правдата, апликантот се повикал на тоа барање и доставил интегрална копија во прилог (види став 37 погоре). Сојузниот суд на правдата ја отфрлил неговата жалба без да ги образложи причините за тоа отфрлање. Во овие околности, Судот е убеден дека согласно барањата востановени во судската пракса, апликантот ја истакнал суштината на жалбата врз основа на член 6 во постапката пред Сојузниот суд на правдата. Особено, не може да согледа за тоа дали тој суд имал поинакво толкување од толкувањето на сојузниот јавен обвинител во однос на обсебот на предметот на жалбата на апликантот. Имајќи предвид дека апликантот повторно тврдеше пред Сојузниот уставен суд дека користењето на неуставните методи на истрага треба да доведат до забрана на прифатливоста на оспорените докази во текот на судењето (види став 40 погоре), Судот смета дека тој покренува суштинско прашање во својата жалба пред домашните судови во однос на член 6.

145. Судот понатаму забележува дека апликантот, исто така, тврдел пред регионалниот суд, Сојузниот суд за правда и Сојузниот уставен суд дека кривичната постапка против него треба да се прекине поради користењето на неуставни методи на истрага (види ставови 24, 37 и 40 погоре). Како и во неговото барање споменато погоре (види став 144),

ова барање се однесува на правните последици од користењето на доказите во текот на судењето, кои се добиени со забранети методи на испрашување во предистражната постапка. Сојузниот уставен суд ја прогласил уставната жалба по однос на ова прашање за неприфатлива бидејќи не била доволно добро поткрепена. Судот забележува дека, сепак, во својата одлука, Сојузниот Уставен суд потврдил дека заканата на полицијата да нанесе болка на апликантот во истражната постапка претставувала прекршување на неговото човечкото достоинство и на забраната за подложување на апликантот на малтретирање, утврдени во Основниот закон. Тој суд, понатаму смета дека кривичните судови доволно го исправиле процедуралниот недостаток што се состоел од користење на неуставни методи, изземајќи ги од судењето изјавите дадени под закана и дека немало потреба од прекин на кривичната постапка (види ставови 42-44 погоре). Имајќи ги предвид ваквите забелешки, Судот смета дека Сојузниот Уставен суд ја испитал – барем делумно – суштината на уставната жалба на апликантот што се однесува на прекин на кривичната постапка против него. Според тоа, наводите за неисцрпување на домашните правни лекови не се основани ни во овој поглед.

146. Судот утврди дека апликантот им дал можност на домашните судови да ја исправат наведената повреда и заклучува дека приговорот на Владата за неисцрпување на домашните правни лекови мора да биде одбиен.

В. Почитување на член 6 од Конвенцијата

1. Пресуда на Советот

147. Советот сметаше дека нема повреда на чл. 6 став 1 и 3 од Конвенцијата. Советот истакна дека Регионалниот суд ги изземал од судењето сите изјави, кои апликантот ги дал во истражната постапка на истражните органи пред судењето, преку користење на забранетите методи на испрашување. Меѓутоа, домашните судови користеле некои докази, кои се индиректно собрани благодарение на изнудените изјави од апликантот. Советот заклучи дека постои силна претпоставка за тоа дека користењето на доказите, кои се резултат на изнуденото признание од апликантот преку употреба на средства спротивни на член 3, придонело за неправичност на судењето во целост, исто како и користењето на самото изнудено признание. Меѓутоа, во посебните околности на овој предмет, новото признание на апликантот на судењето било главна основа за осудителната пресуда. Останатите доказни елементи, вклучувајќи ги и спорните материјални докази, се споредни и се користеле единствено за проверка на веродостојноста на тоа признание.

148. Советот не бил убеден во тврдењето на апликантот дека не располагаал со друго средство за одбрана откако биле прифатени оспорените докази, освен да даде признание на судењето. Во домашните постапки, во кои му помагал адвокатот, тој потврдил дека доброволно

признал, бидејќи го гризела совеста. Фактот дека неговите признанија се промениле во текот на истрагата, може да се смета како промена во негова стратегија за одбрана. Исто така, апликантот имал можност да ги побие спорните материјални докази во текот на судењето, а Советот признал дека Регионалниот суд извршил проценка на сите интереси кога се одлучил да ги прифати доказите.

149. Имајќи ги предвид овие елементи, Советот заклучил дека користењето на спорните докази не придонело за неправичност на судењето на апликантот во целина.

2. Апликации на страните

(a) Апликантот

150. Според жалбените наводи на апликантот, прифаќањето на материјалните докази, кои се добиени со повреда на чл. 3 придонело за неправичност на постапката, што е спротивно на чл. 6. Апликантот целосно бил лишен од правото на одбрана, кога биле прифатени доказите. Исто така, бил лишен и од заштитата која ја нуди принципот кој забранува инкриминирање на самиот себе. Тој тврди дека пронајдените докази во Бирстеин како и на враќање од Бирстеин, се добиени така што полицијата го присилила да го покаже точното место каде се наоѓал Ј. Бил присилен да оди бос низ шумата до местото каде што го скрип телото на Ј. Фактот што неговите насоки за местото каде што се наоѓало телото и неговото откривање на телото биле забележани на видео лента, покажува дека настаните во Бирстеин не се однесувале на спасување на детето, туку кон пронаоѓање докази кои би обезбедиле тој да биде осуден.

151. Со цел да се обезбеди осудителна пресуда, апликантот истакнал дека спорните материјални докази биле одлучувачки, а не споредни. Иако постоела можност и за други обвиненија, доказите со кои се инкриминира самиот себе си, а кои биле обезбедиле со изнуда на признание, биле потребни за обвинение и осуда за убиство. Во тој момент, никаков друг законски начин не можел да ја доведе полицијата до докази. Од шпекулативен карактер е одговорот на прашањето дали полицијата некогаш би ги открила.

152. Бидејќи на почетокот на судењето судот го отфрлил барањето за изземање на доказите добиени со повреда на член 3, во тој момент бил одреден исходот од судењето. Секоја можна стратегија на одбраната станала целосно неделотворна, како на пример повикување на правото да се брани со молчење или исказот дека Ј. бил случајно убиен, или доброволно целосно признание во ран стадиум, со надеж дека казната ќе му биде ублажена. Тој делумно признал вториот ден од судењето, а дури на крајот на судењето признал дека го убил Ј. со предумисла, откако биле предпочени сите оспорени докази за кои барал изземање. Дури и обвинителот и помошник обвинителот, се спротивставиле на било каква

можност од ублажување на казната, истакнувајќи дека тој го признал она што веќе било докажано.

153. Освен тоа, апликантот понатаму истакна дека независно од тоа дали методот на испрашување мора да биде оквалификуван како мачење или нечовечко постапување, Конвенцијата (тој посебно се повикал на пресудата на Судот во предметот *Jalloh*, кој е наведен погоре) и меѓународното јавно право (член 14 од Меѓународниот пакт за граѓански и политички права и членовите 15 и 16 од Конвенцијата на ОН против тортура) ја наметнуваат обврската за изземање на сите докази кои се добиени со средства кои доведуваат до повреда на апсолутната забрана за тортура и нечовечко постапување. За разлика од ставот кој го зазеле домашните судови и Советот, не може и не смее да се поставува како противтежа на другите интереси заштитата на апсолутното право од член 3, како што е обезбедување осудителна пресуда. Принципиелно е, изземањето на сите предметни докази да претставува основа за отстранување на мотивите кои водат кон прибегнување кон тортура или лошо постапување, и според тоа, за спречување на таквата постапка во пракса.

(б) Владата

154. Владата побарала од Големiot совет да го потврди заклучокот на Советот според кој, нема повреда на чл.6 став 1 и 3 од Конвенцијата. Во врска со начинот на кој се добиени оспорените докази, Владата го оспорила фактот дека апликантот одел бос или дека бил подложен на дополнителни закани во Бирстеин или на пат за Бирстеин.

155. Владата ја прифатила одлуката на регионалниот суд, кој на почетокот на судењето одлучил дека оспорените докази пронајдени во Бирстеин ќе бидат прифатени на судењето. Меѓутоа, апликантот пред домашните судови потврдил дека тој доброволно дава изјава за признавање на судењето, поради тоа што го гризе совеста и поради тоа што сака да преземе одговорност за својот злостор, иако можел да се брани со молчење или да го лаже судот. Тој можеби би ја променил стратегијата за одбрана во надеж дека ќе добие помала казна, но таа одлука не би се однесувала на оспорените докази. Не е точно дека апликантот немал друг избор освен признание на судењето, бидејќи судечкиот суд потврдил дека е можно воопшто да не бил прогласен за виновен за убиство, во случај апликантот да не го дадел новото признание. Откако судот го информирал за неговите права, во текот на вториот ден од судењето тој признал дека го убил Ј. со предумисла. Минорна е разликата помеѓу првото признание на судењето и новото признание, бидејќи во првото признание апликантот не признал од самиот почеток дека имал план да го убие Ј. Дополнителното признание не претставувало потребен елемент за докажување на убиството.

156. Владата истакна дека апликантот е осуден врз основа на признанието, кое доброволно го дал за време на судењето. Доказите кои се обезбедени во Бирстеин, како што се телото и извештајот за

аутопсијата, и трагите од гума на возилото на апликантот кај езерото, се од спореден карактер и се искористени само за да се провери точноста на признанието кое апликантот го дал за време на судењето. Тоа е јасно посочено во образложението на пресудата на регионалниот суд, со која е осуден апликантот.

157. Владата истакна дека член 6 од Конвенцијата не пропишува никакво правило за прифатливост на доказите како такви, што првенствено е прашање кое се уредува со домашното право. Владата истакна дека согласно Конвенцијата, нејзина обврска претставува примена на кривичното право против сторителот на убиството. Има сериозна тежина јавниот интерес, кој го претставува осудувањето на убиецот на детето кое било киднапирано. Понатаму, Владата истакна дека е потребно да се изврши анализа на судската пракса на Врховниот суд на Соединетите Американски Држави, кој оди во крајност, бидејќи го забранува користењето на „плодот од отровното дрво“. Во водечкиот предмет *Nix против Williams* (од 11 јуни 1984 година (467 U.S. 431), види став 73 погоре), на пример, тој суд сметал дека телото пронајдено по несоодветна истрага може да биде прифатено како доказ, само доколку би било откриено во секој случај. Во овој предмет, Владата истакна дека телото на Ј., кое било сокриено на место кое апликантот претходно го посетил, секако ќе било откриено порано или подоцна.

(в) Трета вмешана страна

(и) Родителите на Ј.

158. Согласно апликацијата на родителите на Ј., судењето на апликантот ги исполнува барањата од член 6. Апликантот никогаш не истакна дека се чувствувал присилен да признае, туку повтори дека дал изјава под слободна волја и од почит кон семејството на Ј. Родителите на Ј истакнаа дека апликантот уште за време на вториот ден од судењето признал дека го задушил Ј., иако во тој момент одрекувал дека имал план да го киднапира. Во една подоцнежна изјава, тој признал дека уште од самиот почеток планирал да го убие детето.

159. Освен тоа, родителите на Ј. истакнаа дека апликантот во својата конечна изјава потврдил дека имал избор да се брани со молчење или да признае, поради фактот што изјавите кои биле дадени пред судењето биле изземени, односно дека не било се во целост утврдено. Тој истакнал дека дал целосно и доброволно признание, иако бил свесен за ризикот дека тоа нема да има никакво (олеснително) дејство на пресудата на судот. Во една книга која ја објавил подоцна, а чиј наслов е „Сам со Бога – патот назад“), не се споменува дека неговото признание дадено за време на судењето е резултат на полициското испрашување. Во таа книга, во однос на мотивот за ново признание на судењето, тој потврди дека сакал да изрази грижа на совест, па оттука детално ги опишал своите дела, изложувајќи се на ризик – кој се

конкретизирал – на тој начин што неговите признанија немале никакво влијание на висината на казната (види страни 225-226).

(ii) Redress Trust

160. *Redress Trust* истакнува дека правилото за изземање, кое забранува прифаќање докази кои се добиени со тортура или лошо постапување, се заснова на (i) неверодостојност на доказите кои се добиени со мачење; (ii) навреда на цивилизираните вредности кои ги предизвикува и претставува мачењето; (iii) целта на јавниот ред кој се состои од спречување на поттикнување кон мачење било каде во светот; (iv) потребата да се обезбеди заштита на основните права (правни лекови и правична постапка) за страната, против која се предлагаат докази; и (v) потребата да се зачува интегритетот на судската постапка.

161. Голем број меѓународни декларации, правила, резолуции и конвенции забрануваат прифаќање на изјави, како доказ во судска постапка, кои се добиени со мачење или нечовечко постапување. Според мислењето на *Redress Trust*, може да се каже дека правилото за изземање на докази не се однесува само на признанието, туку и на изведените докази кои се прибавени во текот на изјавите добиени со мачење, дури и кога е потесно формулиран членот 15 од Конвенцијата на ОН против мачење (види став 64 горе). Комитетот за човекови права на ОН, во Општиот коментар број 7 од 30 мај 1982 година (види став 70 горе), констатирал дека за да се воспостави вистинска контрола на забраната за мачење основен предуслов е пред судот да не се прифатат ни признанието, ни други докази добиени со мачење, нечовечко или деградирачко постапување. Исто така, Врховниот суд на Јужна Африка во својата пресуда од 10 април 2008 година, која ја донел во предметот *Mthembu против Државата* (види став 74 горе) сметал дека користењето на доказите кои се добиени со мачење, вклучувајќи ги и материјалните докази кои прозилегуваат од нив, ја прават постапката неправична. Тоа во иста мера би требало да се примени и на останатите облици на лошо постапување. Во иста насока би се движеле и заклучоците на Судот во предметите *Jalloh* (наведен погоре, ставови 99 и 104-07) и *Harutyunyan против Ерменија* (број 36549/03, став 63, ЕКЧП 2007-VIII).

3. Оценка на Судот

(a) Краток преглед на релевантните принципи

162. Судот потсетува дека, согласно член 19 од Конвенцијата, негова задача е да обезбеди почитување на обврските, на кои се обврзале државите потписнички. Имено, Судот нема задача да одлучува за фактите или правните грешки, кои се наводно направени од страна на домашните судови, освен ако се повредени правата и слободите кои се заштитени со Конвенцијата. Додека Конвенцијата го гарантира правото

на правично сослушување, таа не уредува било какви правила за допуштеност на доказите како такви, што првенствено е обврска на националното право (види, *Schenk против Швајцарија*, од 12 јули 1988, стр. 45-46, серија А број 140; *Teixeira de Castro против Португалија*, од 9 јуни 1998, став 34, *Reports* 1998-IV; и *Heglas против Чешката Република*, број 5935/02, став 84 од 1 март 2007 година).

163. Според тоа, Судот во принцип нема задача да одредува дали се прифатливи одреден вид докази, на пример докази кои се добиени незаконито во смисла на домашното право. Судот треба да испита дали постапката е во целост правична, вклучувајќи го и начинот на кој се добиени доказите. Тоа вклучува испитување на незаконитоста во овој предмет и, доколку се работи за повреда на права од Конвенцијата, природата на констатираната повреда (види *inter alia*, *Khan против Обединетото Кралство*, број 35394/97, став 34, ЕКЧП 2000-V; *P.G. и J.H. против Обединетото Кралство*, број 44787/98, став 76, ЕКЧП 2001-IX; и *Allan v. Обединетото Кралство*, број 48539/99, став 42, ЕКЧП 2002-IX).

164. За да се определи дали постапката била правична во целост, потребно е исто така да се согледа дали се почитувани сите права на одбраната. Имено, мора да се испита дали на апликантот му е дадена можност да ја оспори веродостојноста на доказите и да се спротивстави на нивното користење. Покрај тоа, мора да се земе во предвид и квалитетот на самите докази, како и околностите под кои истите се добиени во смисла на тоа дали фрлаат сомнеж на нивната веродостојност и точност. Нужно не постои проблемот во однос на правичноста во случај кога добиените докази се не поткрепени со некој друг доказен материјал, но потребно е да се истакне дека кога доказот е многу цврст и не постои опасност истиот да биде неверодостоен, помала е потребата од постоење на доказен материјал што ќе оди во прилог на тој доказ (види, *inter alia*, *Khan* наведен горе, став 35 и 37; *Allan* наведен горе, став 43; и *Jalloh*, наведен горе, став 96). Во таа смисла, Судот придава важност на прашањето дали доказите во овој предмет биле одлучувачки или не за исходот на постапката (спореди, особено, *Khan* наведен погоре, став 35 и 37).

165. Во врска со испитувањето на карактерот на утврдената повреда на Конвенцијата, Судот повторува дека за да може да се одреди дали користењето на информациите кои се добиени со повреда на членот 8, како докази во постапката, во целост ја прават истата неправична, и во спротивност со членот 6, потребно е да се земат во предвид сите околности за конкретниот предмет, вклучувајќи го почитувањето на правата на апликантот на одбрана како и квалитетот и важноста на предметните докази (спореди, *inter alia*, *Khan*, наведен горе, став 35-40; *P.G. и J.H. против Обединетото Кралство*, наведен горе, став 77-79; и *Вуков против Русија* [GC], број 4378/02, став 94-98, ЕКЧП 2009-....) во кој не е востановена повреда на членот 6). Меѓутоа, во кривичната постапка се применуваат посебни услови за користење на доказите кои се добиени

преку повреда на член 3. Користењето на таквите докази, кои се собрани благодарение на повредата на едно од апсолутните права кои ја чинат суштината на Конвенцијата, секогаш покренува сериозни прашања во врска со правичноста на постапката, дури и ако прифаќањето на таквите докази не е одлучувачко за обезбедување осудителна пресуда против обвинетиот (види, *İçöz против Турција* (одлука), број 54919/00, од 9 јануари 2003; *Jalloh*, наведен горе, став 99 и 104; *Göçmen против Турција*, број 72000/01, став 73-74, од 17 октомври 2006; и *Harutyunyan*, наведен погоре, став 63).

166. Според тоа, во врска со признанијата како такви, Судот заклучил дека прифаќањето на изјави како докази, кои се добиени со мачење (спореди *Örs и други против Турција*, број 46213/99, став 60, од 20 јуни 2006; *Harutyunyan*, горе наведен, став 63, 64 и 66; и *Levinț против Молдавија*, број 17332/03, став 101 и 104-05, од 16 декември 2008) или со друго лошо постапување со кое се повредува членот 3 (спореди, *Söylemez против Турција*, број 46661/99, став 107 и 122-24, од 21 септември 2006, и *Göçmen*, наведен погоре, став 73-74) со цел утврдување релевантни факти во кривичната постапка, во целост ја прават постапката неправична. Тој заклучок се применува независно од доказните вредности на изјавите и независно од тоа дали е нивното користење одлучувачко во обезбедување на осудителна пресуда против апликантот (*ibid*).

167. Во врска со користењето на материјални докази на судењето, кои се добиени со незаконско постапување спротивно на член 3, Судот смета дека, доказите добиени како резултат на насилни дејствија, доколку тие можат да се оквалификуваат како мачење, никогаш не смеат да употребат како доказ за вината на лицето кое било мачено, без оглед на нивната доказна сила. Било кој друг заклучок би послужил за индиректно озаконовување на одреден вид морално осудителна постапка, која авторите на член 3 настојувале да ја забранат или, со други зборови, „доделување привид на легалност на бруталноста“ (види, *Jalloh*, наведен горе, став 105). Во својата пресуда *Jalloh*, Судот не одлучуваше по прашањето за тоа дали користењето на материјални докази, кои се добиени со дејствија кои можат да се оквалификуваат како нечовечко или понижувачко однесување, но неможат да се оквалификуваат како мачење, секогаш ја прават постапката неправична, независно од значењето на доказите, нивната доказна вредност како и можноста на жртвата да ја оспори нивната допуштеност и нивното користење пред судот (*ibid*, став 106-107). Имајќи ги во предвид посебните околности на тој предмет, Судот констатирал повреда на членот 6 (*ibid*, став 107-08).

168. Во врска со користењето на доказите кои се добиени со повреда на правото на молчење и правото да не се подложува кон сопствена инкриминација, Судот потсетува дека се тоа генерално признати меѓународни стандарди кои лежат во срцето на поимот за правична постапка, загарантирана со членот 6. Објаснувањето произлегува, помеѓу другото, во заштитата на обвинетиот од примена на несоодветна присила

од страна на властите, што секако има за цел да се избегне неправичноста како и да се остварат целите на членот 6. Правото да не се подложува кон сопствена инкриминација претпоставува обвинителството во кривичните предмети да настојува да ги докаже своите аргументи против обвинетиот без притоа да прибегне кон докази кои се добиени со присилни методи или притисок, и спротивни на волјата на обвинетиот (види, *inter alia*, *Saunders против Обединетото Кралство*, од 17 декември 1996, став 68, *Reports* 1996-VI; *Heaney and McGuinness против Ирска*, број 34920/97, став 40, ЕКЧП 2000-XII; и *Jalloh*, наведен горе, став 100).

(б) Примена на тие на принципи на наведениот предмет

169. Бидејќи барањата од член 6 став 3, кои се однесуваат на правото на одбрана и принципот да не се подложува кон сопствена инкриминација, претставуваат посебни аспекти од правото на правично судење загарантирано со член 6 став 1, Судот ќе ги испита жалбените наводи врз основа на поврзаноста на тие две одредби (спореди, *inter alia*, *Windisch против Австрија*, од 27 септември 1990, став 23, серија А број 238; *Lüdi против Швајцарија*, од 15 јуни 1992, став 43, серија А број 238; *Funke против Франција*, од 25 февруари 1993, став 44, серија А број 256-A; и *Saunders*, наведен погоре, став 68).

170. Во контекст на наведените принципи, Судот за да испита дали кривичната постапка против апликантот, кој од сам почеток се противел на користење на доказите кои се добиени со повреда на права од Конвенцијата, може да се смета за правична во целост, прво мора да ја разгледа природата на предметната повреда на Конвенцијата и во кој обем се оспорени доказите добиени со таа повреда. Судот се повикува на својот заклучок дека, изјавата која апликантот ја дал утрото на 1 октомври 2002 година, за периодот додека бил испрашуван од Е, е изнудена со повреда на член 3 (види став 108 горе). Понатаму, Судот заклучи дека немало ништо што укажувало на тоа дека полицијата вториот пат му се заканувала на апликантот во Бирстеин, при патувањето за Бирстеин и назад, за да го натера да открие материјални докази (види став 99 горе)

171. Судот истакнува дека регионалниот суд заклучил дека изјавите на апликантот по заканувањето, вклучително и оние во Бирстеин и при враќањето кон полициската станица, биле дадени под континуирано дејство на закана за време на испрашувањето, и според тоа се неприфатливи (види став 29 горе), но затоа сметал дека се прифатливи материјалните докази до кои се дошло благодарение на така дадените изјави. Судот истакнува дека во постапката пред домашните судови се оспорени материјалните докази, оквалификувани како докази до кои истражните органи дошле благодарение на изнудените изјави од апликантот (индиректно дејство-*Fernwirkung*) – види став 31 погоре. Со цел за преиситување, во склад со член 6, Судот го зема за пресудно

постоењето на причинско-последична врска помеѓу испрашувањето на апликантот, кое довело до повреда на член 3, и материјалните докази кои органите ги обезбедиле благодарение на насоките од апликантот, вклучително и откривањето на телото на Ј. и наодот од аутопсијата, трагите од гумите на автомобилот на апликантот крај езерото, ранецот на Ј., неговата облека и машината за пишување на апликантот. Со други зборови, оспорените материјални докази биле директен резултат на испрашувањето на апликантот, кое го водела полицијата, во спротивност со членот 3 од Конвенцијата.

172. Освен тоа, прашање во врска со примената на членот 6, а во врска со доказите кои се добиени на начин спротивен на членот 3, се поставува само доколку таквите докази не биле изземени од кривичната постапка против апликантот. Судот истакнува дека регионалниот суд на судењето не прифатил ниедно од признанијата, кои апликантот ги дал во истражната постапка под закана или оние кои се резултат на континуирано дејство на закана (види ставови 28-30 погоре). Меѓутоа, тој суд, отфрлајќи го барањето кое апликантот го поднел на самиот почеток на судењето, одбил да забрани прифаќање на материјалните докази до кои дошле истражните органи благодарение на изјавите, кои апликантот ги дал под континуирано постапувањето спротивно на член 3 (види став 31 погоре).

173. Значи, Судот треба да ги испита последиците од прифаќањето на материјалните докази, кои се добиени како резултат на делата оквалификувани како нечовечко постапување спротивно на член 3, иако не претставуваат мачење, во смисла на правичност на постапката. Како што е укажано погоре (види ставови 166-167), Судот во својата судска пракса се уште не одлучувал по прашањето дали користењето на такви докази секогаш ја прави постапката неправична, без разлика на другите околности на предметот. Меѓутоа, Судот констатирал дека користењето на изјави во кривичната постапка, кои се добиени како резултат на постапување против некое лице, кое е во спротивност со член 3 – независно од тоа дали тоа постапување е оквалификувано како мачење, нечовечко или понижувачко постапување како и користењето на материјални докази кои се добиени како директен резултат на мачење, автоматски ја прави постапката неправична во целост и го повредува член 6 (види погоре ставови 166-67).

174. Судот истакнува дека не постои јасен консензус меѓу државите потписнички на Конвенцијата, судовите на другите држави и другите органи за контрола на човечковите права за точниот домен на примена на правилата за изземање на докази (види погоре референци во ставовите 69-74). Имено, околностите, како што е на пример прашањето дали оспорените докази што секако би биле пронајдени подоцна, можат да имаат влијание на прифаќањето на таквите докази, без оглед на забранетите методи на истрага.

175. Понатаму, Судот е свесен за различните спротивставени права и интереси за кои станува збор. Од една страна, изземањето на

материјалните докази – најчесто цврсти и веродостојни – од кривичната постапка ќе го забави целисходното кривично гонење. Нема сомнеж дека жртвите на кривичното дело и нивните семејства, а и самата јавност имаат интерес за кривичното гонење и казнување на криминалците, а во овој предмет тој интерес е од големо значење. Освен тоа, овој предмет е посебен и поради тоа што оспорените материјални докази се собрани благодарение на незаконски методи за испрашување, кои како такви немале за цел да овозможат кривична истрага, туку имале за цел спречување, т.е. спасување на животот на едно дете и заштита на некое друго право загарантирано со Конвенцијата, т.е. со член 2. Од друга страна, обвинетиот во кривичната постапка има право на правично судење, кое може да биде доведено во прашање ако домашните судови користат докази, кои се добиени како резултат на повреда на забраната за нечовечко постапување од член 3, едно од фундаменталните и апсолутни права загарантирани со Конвенцијата. Секако, исто така постои и витален јавен интерес за зачувување на интегритетот на судската постапка и, според тоа, вредностите на цивилизираните општества втемелени на принципот на владеење на правото.

176. Имајќи ги предвид наведените интереси во контекст на член 6, Судот мора да го прифати фактот дека член 3 од Конвенцијата опфаќа апсолутно право. Имајќи во предвид дека се работи за апсолутно право, тоа не може да се мери со останатите интереси, како што е тежината на делото кое е предмет на истрага или јавниот интерес во целисходно кривично гонење, затоа што на тој начин би бил загрозен неговиот апсолутен карактер (исто така спореди, *mutatis mutandis*, *Saadi promue Италија*, наведен погоре, став 138-39). Судот смета дека ниту заштитата на човечки живот, ниту пак обезбедувањето на кривична осуда не смеат да бидат на сметка во смисла на доведување во опасност на заштитата на апсолутното право да не се биде подложен на лошо постапување забрането со член 3, бидејќи со тоа би се жртвувале вредностите и би се дискредитирало правораздавањето.

177. Во таа смисла, Судот го разбира аргументот на Владата, која смета дека, согласно Конвенцијата, тие биле во обврска да го применат кривичниот закон против убиецот, и според тоа, да го заштитат правото на живот. Сосема сигурно Конвенцијата бара од државите потписнички да го гарантираат правото на живот (види, *inter alia*, *Osman promue Обединетото Кралство*, од 28 октомври 1998, став 115-116, *Reports* 1998-VIII). Меѓутоа, наведеното не ги обврзува тие држави тоа да го прават со помош на постапки, со кои се повредува апсолутната забрана за нечовечко постапување од член 3 или на начин со кој се повредува правото од член 6 на правично судење за секој обвинет (спореди, *mutatis mutandis*, *Osman*, наведен погоре, став 116). Судот го прифаќа фактот дека припадниците на државните органи во овој предмет делувале во тешка и стресна ситуација, и дека се обидуваа да спасат еден живот. Меѓутоа, тоа не го менува фактот дека тие се стекнале со материјални докази со повреда на член 3. Понатаму, демократските општества мора

да обезбедат почитување на правото на правично судење до највисок можен степен, особено при соочување со најтешките казни (спореди, *Salduz против Турција* (GC), број 36391/02, став 54, ЕКЧП 2008-...).

178. Меѓутоа, за разлика од чл. 3, член 6 не доделува апсолутно право. Според тоа, Судот мора да одреди кои мерки во кривичната постапка ќе се сметаат потребни и доволни, во поглед на доказите кои се добиени како резултат на повреда на чл.3, за да се обезбеди целисходна заштита на правата гарантирани со чл.6. Според судската пракса на Судот (горенаведените ставови 165-167), користењето на таквите докази покренува сериозни прашања во врска со правичноста на постапката. Се разбира, во контекст на чл.6, прифаќањето на доказите кои се добиените со постапување апсолутно забрането со чл.3, може да претставува поттик за припадниците на органите надлежен за спроведување на законот да користат такви методи, наспроти апсолутната забрана. Сузбивањето и ефикасната заштита на поединците од користењето на истражни методи со кои се повредува чл.3, може, а и по правило подразбира, да се бара изземање на материјалните докази од судењето, кои се добиени како резултат на било која повреда од чл.3, дури и кога тие докази имаат послаба врска со повреда на чл.3, од оние кои се изнудени благодарение на директната повреда на тој член. Во спротивно, судењето би било целосно неправично. Меѓутоа, Судот смета дека може да се доведе во прашање правичноста на судењето како и ефикасната заштита од апсолутната забрана од чл.3, само доколку се утврди дека повредата од чл.3 имала влијание врз исходот на постапката против обвинетиот, поточно, имала удел во утврдувањето на неговата/нејзината вина или пак казна.

179. Во овој предмет, Судот истакнува дека регионалниот суд ги засновал своите фактички заклучоци во врска со извршувањето на кривичното дело кое го сторил апликантот - како заклучоци кои се пресудни за осудување на апликантот за кривично дело „убиство со предумисла и киднапирање со закана“, - исклучиво на новото, целосно признание на апликантот во текот на судењето (види став 34 погоре). Понатаму, Судот го сметал новото признание за главен, ако не и единствен основ при својот заклучок за фактот кој се однесува на планирањето на злосторството, кое исто така имало удел во пресудата за вината и казната (*ibidem*). Дополнителните докази, кои беа изведени во текот на судењето, не беа користени од страна на домашниот суд со намера да се докаже вината на апликантот, туку само да ја провери веродостојноста на неговото признание. Тие докази опфаќаат резултати од аутопсијата како причина за смртта на Ј. и трагите од гумата на возилото на апликантот во близина на езерото каде што е пронајдено телото на детето. Понатаму, домашниот суд се повика на потврдувачките докази, кои се собрани независно од првото признание изнудено од апликантот со примена на закана, имајќи предвид дека полицијата тајно го следела апликантот од моментот кога го зел откупот и го пребарала неговиот стан веднаш по апсењето. Тие докази, кои се „неизвалкани“ со

повреда на чл.3, го вклучуваат сведочењето на сестрата на J., текстот од писмото со уцената, белешката пронајдена во станот на апликантот, која се однесува на планирање на злосторот и парите од откупнината кои се пронајдени во станот на апликантот или биле ставени на неговите сметки (*ibid*).

180. Во врска со наведеното, Судот го смета второто признание на апликантот дадено пред домашниот суд – како такво или поткрепено со други неизвалкани докази – дека било основа за осуда на апликантот за убиство со предумисла и киднапирање со закана како и за кривичната санкција. Оспорените материјални докази не беа потребни и не се искористија за докажување на вината ниту за одредување на казната. Значи, може да се каже дека е прекината врска во причиниско-последичниот синџир помеѓу забранетите истражни методи, од една страна и пресудата и казната, од друга, во поглед на оспорените материјални докази.

181. Во контекст на наведените заклучоци, Судот понатаму мора да испита дали повредата на чл.3 во истражната постапка имала влијание врз признанието на апликантот во текот на судењето. Судот истакнува дека апликантот во својот апликација до судот тврди дека имала. Апликантот истакнал дека немал никаков друг избор на судењето освен да признае, бидејќи регионалниот суд на почетокот на судењето го одбил неговото барање за изземање на материјалните докази добиени со повреда на чл.3.

182. Судот, пред се истакнува дека апликантот пред признанијата кои ги дал во текот на вториот ден од судењето, бил информиран за своето право на одбрана со молчење и за фактот дека ниедна од изјавите кои претходно ги дал во врска со обвиненијата нема да биде искористена како доказ против него (види погоре став 34). Значи, Судот смета дека домашните закони и пракса ги земаат во предвид последиците од признанијата добиени преку забранети средства со лошо постапување (види спротивни случаи, *Hulki Güneş против Турција* бр. 28490/95, став 91, ЕКЧП 2003-VII и *Göçmen*, наведен погоре, во став 73) и дека, во тој поглед постои *status quo ante*, т.е. состојба во која се наоѓал апликантот пред да настапи повреда на чл.3.

183. Освен тоа, апликантот кој бил застапуван од адвокат, во своите изјави, кои ги дал во текот на вториот ден од судењето и на крајот на судењето, истакнал дека го дал признанието со слободна волја поради грижа на совест и дека би презел одговорност за своите дела и покрај случувањата од 1 октомври 2002 година (види став 32 погоре). Тој тоа го сторил и покрај фактот што не успеал неговиот претходен обид да се изземат спорните материјални докази. Според тоа, Судот не гледа ниту една причина за да смета дека апликантот не ја кажал вистината и дека не би дал признание доколку регионалниот суд на почетокот на судењето одлучил да не ги из земе спорните материјални докази, па оттука не може

да се каже дека неговото признание е последица на мерките, кои суштински го повредице неговото право на одбрана.

184. Во секој случај, од образложението на регионалниот суд јасно произлегува дека второто признание на апликантот дадено во текот на последниот ден од судењето било пресудно за добивање осудителна пресуда за убиство, дело за кое во спротивно не би бил прогласен за виновен (ставови 34 и 35 погоре). Во своите признанија, апликантот споменал бројни дополнителни елементи, кои не се поврзани со она што би можело да се констатира од спорните материјални докази. Бидејќи тие докази покажуваат дека Ј. бил давен и дека апликантот дошол на езерото во Бирстеин, неговите признанија особено ја докажуваат неговата намера да го убие Ј. и мотивите од кои се водел тоа да го стори. Имајќи ги во предвид тие елементи, Судот не смета дека апликантот, по одбивањето на барањето за изземање на спорните докази на почетокот на постапката, не можел да се брани со молчење и дека веќе немал друг избор освен да признае. Според тоа, Судот не смета ни дека повредата на член 3, до која дошло во текот на истрагата, имала влијание на признание на апликантот дадено за време на судењето.

185. Во врска со правото на одбрана, Судот понатаму истакнува дека на апликантот му е понудена можност, која не ја искористил, со цел да го оспори прифаќањето на спорните материјални докази на своето судење, и дека регионалниот суд имал дискреционо право да ги изземе тие докази. Според тоа, правото на одбрана на апликантот во тој поглед не било занемаено.

186. Судот истакнува дека апликантот тврди дека бил лишен од заштитата за време на судењето, во смисла на правото да не се придонесува кон сопствена инкриминација. Како што беше наведено погоре (види став 168), тоа право подразбира докажување на фактите кои му се ставаат на товар од страна на обвинителството, а притоа да не се прибегнува кон докази кои се добиени со методи на принуда или притисок, спротивно на волјата на обвинетиот. Судот се повикува својот горенаведен заклучок дека домашните судови ја засновале својата пресуда против апликантот, врз основа на неговото второ признание дадено за време на судењето и дека не користеле спорни материјални докази како неопходен доказ за неговата вина. Според тоа, Судот во постапката против апликантот заклучува дека е испочитувано правото да не се придонесува кон сопствена инкриминација.

187. Имајќи ги во предвид посебните околности на предметот на апликантот, Судот заклучува дека неисклучувањето на спорните материјални докази, кои се добиени со изјава изнудена со помош на нечовечко постапување, не влијаело на пресудата за вината и казната која е изречена против апликантот. Исто така, се смета дека биле почитувани правата на одбрана на апликантот и правото да не се придонесува кон сопствена инкриминација, така што се смета дека постапката во целина била правична.

188. Според тоа, нема повреда на чл.6 став 1 и 3 од Конвенцијата.

III. ПРИМЕНА НА ЧЛЕНОТ 41

189. Член 41 од Конвенцијата гласи:

„Кога Судот ќе утврди повреда на Конвенцијата или протоколите кои прозилегуваат од неа, а внатрешното право на високата договорна страна овозможува само делумна оштета, Судот, во случај на потреба, на оштетената страна ќе и додели правичен надомест.“

A. Штета

190. Подносителот не бара доделување на било каква материјална или нематеријална оштета; тој истакнува дека целта на неговиот апликација е да добие повторно судење пред домашните судови. Владата не се изјасни по ова прашање.

191. Според тоа, Судот не доделува никаков надомест за штета. Во врска со посебната мерка која апликантот ја бара како надомест, Судот смета дека нема основа апликантот да бара повторно судење или обнова на постапката пред домашните судови, имајќи го притоа предвид заклучокот во врска со чл.6.

Б. Трошоци и издатоци

192. Според писмените Апликации, апликантот останува на своите барања кои ги поднел до Советот и бара надомест на трошоците од кривичната постапка, кои што на апликантот му биле наложени да ги плати од страна регионалниот суд откако бил осуден. Тие изнесуваат 72 855,60 евра. Апликантот му оставил на Судот да одлучи кои од тие трошоци (заедно со хонорарите за адвокатот) настанале со повреда на права од Конвенцијата. Апликантот тврди дека вложените трошоци за жалба и уставна жалба до Сојузниот уставен суд (чиј износ не се прецизира) настанале исклучиво во обид да се отстранат повредите на Конвенцијата.

193. Освен тоа, апликантот, на кој му е одобрена правна помош, побарува вупен износ од 22 647,85 евра за трошоци и издатоци кои настанале во постапката пред Судот. Тие трошоци, кои биле предмет на фактури или потврди, ги опфаќаат хонорарите за адвокатот, трошоците за пристап до списите на домашната постапка и извештајот на правните експерти, трошоците за умножување, престојот и патните трошоци, и трошоците за другата постапка пред домашните правосудни органи која е во тек.

194. Владата не се изјасни за побарувањата на апликантот пред Големиот совет. Владата пред Советот тврдела дека трошоците, кои регионалниот суд му ги наложил на апликантот да ги плати, не настанале со причина да се исправи повредата на правата од Конвенцијата. Апликантот не посочил конкретно некој од трошоците кои настанале во

постапката пред Сојузниот суд на правдата или пред Сојузниот уставен суд. Ако се обнови постапката пред домашните судови, по одлуката за повреда на правата на апликантот, кои произлегуваат од Конвенцијата, и ако апликантот биде ослободен, тогаш ќе се преиспита одлуката за трошоците на постапката пред регионалниот суд.

195. Владата му препушти на Судот да се изјасни дали бараните хонорари на адвокатот биле разумни или не.

196. Според константната јуриспруденција на Судот, трошоците и издатоците врз основа на чл. 41 се доделуваат само ако се констатира дека истите навистина настанале, дека биле потребни и ако нивниот износ е разумен. Освен тоа, правните трошоци може да се покријат само ако се однесуваат на констатирана повреда (види, на пример, *Beyeler против Италија* (правичен надомест) [GC], број 33202/96, став 27, од 28 мај 2002, *Sahin против Германија* [GC], број 30943/96, став 105, ЕКЧП 2003-VIII).

197. Во врска со трошоците и издатоците кои настанале во постапката пред домашните судови, Судот истакнува дека апликантот му оставил на Судот да процени кој дел од трошоците на кривичната постапка против него пред регионалниот суд може да му се припишат на неговиот обид за спречување повреда на Конвенцијата. Меѓутоа, Судот ја истакнува својата констатација дека во истражната постапка е занемарен член 3, а дека кривичната постапка против апликантот била во склад со барањата на Конвенцијата. Имајќи предвид дека апликантот не ги специфицирал трошоците кои настанале во постапките пред домашните власти, со цел исправување на повредата на член 3, во таа смисла Судот не може додели надомест за трошоците.

198. Во врска со трошоците и издатоците кои настанале во постапката пред Судот, тој смета дека износите кои ги побарува апликантот делумно не биле потребни и дека се прекумерни во целина. Освен тоа, само делумно беа успешни барањата на апликантот пред судот. Според тоа, Судот смета дека разумниот надоместок, кој му се доделува на апликантот во висина од 4 000 евра, во тој поглед намален за 2 276,60 евра кои ги добил на име правна помош од Советот на Европа, што е вкупен износ од 1 723,40 евра, плус било кој износ што би можел да го должи апликантот на основа на оданочување на тој износ.

В. Затезна камата

199. Судот смета дека е соодветно затезната камата да биде засметана на најниската каматна стапка на Европската централна банка зголемена за три процентни поени.

ОД ТИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ

1. *Го одбива* едногласно претходниот приговор на Владата во поглед на жалбените наводи на апликантот, засновани на членот 6 од Конвенцијата;
2. *Утврдува*, со 11 гласови за и 6 гласови против, дека апликантот се уште може да тврди дека е „жртва“ на повреда на членот 3 од Конвенцијата во смисла на членот 34 од Конвенцијата;
3. *Утврдува*, со 11 гласови за и 6 гласови против, повреда на член 3 од Конвенцијата;
4. *Утврдува*, со 11 гласови за и 6 гласови против, дека нема повреда на член 6 став 1 и 3 од Конвенцијата;
5. *Утврдува*, со 10 гласови за и 7 гласови против,
 - (а) дека тужената држава треба, во рок од три месеци, да му исплати на апликантот 1 723,40 евра (илјада седумстотини дваесет и три евра и 40 центи) за трошоци и издатоци, плус било кој износ кој би можел да биде одреден да се плати од апликантот врз основа на данок;
 - (б) дека по истекот на рокот од 3 месеци па се до исплатата, ќе се плаќа камата по видување на наведениот износ, по стапка еднаква на најмалата кредитна стапка на Европската централна банка за периодот на неподмирување, зголемена за 3%;
6. Едногласно се *одбива* барањето за правичен надомест од останатиот дел на барањето на апликантот.

Составено на француски и англиски јазик и објавено на јавна расправа во Палатата за човекови права во Стразбур на 1 јуни 2010 година.

Ерик Фриберг
Регистрар

Жан-Пол Коста
Претседател

Во согласност со чл. 45 став 2 од Конвенцијата и правилото 74 став 2 од Правилата на Судот, во прилог на оваа пресуда се доставуваат следните издвоени мислења:

(а) заедничко мислење за делумното согласување на судиите Тулкенс, Цимеле и Бјанку;

(б) заедничко мислење за делумното несогласување на судиите Розакис, Тулкенс, Јебенс, Цимеле, Бјанку и Пауер;

(в) мислење за делумното несогласување на судијата Касадевал кон кое се придружуваат судиите Ковлер¹, Мијовиќ, Јегер, Јочиен и Лóпез Гера.

Ј.-П.Ц.
Е.Ф.

¹ Исправено на 3 јуни 2010 година, додадено е името на судијата Ковлер.

ЗАЕДНИЧКО МИСЛЕЊЕ СО ДЕЛУМНОТО СОГЛАСУВАЊЕ НА
СУДИИТЕ ТУЛКЕНС, ЦИМЕЛЕ И БЈАНКУ

1. Во врска со чл. 3 од Конвенцијата, се согласуваме со заклучокот во пресудата² дека апликантот се уште може да тврди дека е „жртва“ во смисла на чл. 34 од Конвенцијата и дека според тоа повреден е чл. 3. Меѓутоа, нашето образложение за прашањето на статусот на апликантот како жртва се разликува од она кое го усвои мнозинството.

2. За да се определи дали апликантот го изгубил или не статусот на жртва, Судот би требало да испита, согласно својата јуриспруденција, дали домашните власти ја признале и отстраниле повредата наведена во член 3.

3. Повредата е без сомнение призната, имајќи предвид дека судските власти изрично признале дека користените методи претставуваат „лошо постапување“ и дека не можат да бидат оправдани со нужноста, која не претставува одбрана од повредата на апсолутната заштита на човечкото достоинство, кое е предвидено со член 1 од Основниот закон и чл. 3 од Конвенцијата.

4. Меѓутоа, пресудата смета дека не постои соодветно и задоволувачко обесштетување за апликантот, а тоа произлегува од пропустот во водењето на кривичната постапка која резултирала со осудување на полицајците. Ако кривичната истрага, која се водела против полицајците, кои користеле закани со мачење кон апликантот, се смета дека е во согласност со критериумите на Конвенцијата, истото не се применува на казните, кои им биле изречени на полицајците. Во пресудата се заклучува дека тие „не се соодветни“ и дека „очигледно се непропорционални“ на тежината на стореното дело; според тоа, тие немаат „дејство на одвраќање“ за спречување на идните повреди на забраната за лошо постапување во идните тешки ситуации“ (види став 123 и 124 од пресудата).

5. Таа оценка на Судот за опсегот на државата да казни секако дека не е нова и може да се најде во многу други претходни пресуди. Меѓутоа, по наше мислење, таа покренува три прашања, особено во овој предмет. Прво, одредувањето на казната е една од најделикатните и најтешки задачи во кривичното правосудство. Тоа предвидува да се земат во предвид неколку фактори, како што е познавањето на фактите, и, според тоа блискоста на одредени факти, ситуации и личности. Тоа во принцип е задача на домашните судови, а не на Судот кој треба да се вклучи во тој процес само со крајна внимателност и во случај на апсолутна нужност. Второ, се прашуваме дали Судот, сметајќи дека построгите кривични казни имаат дејство на одвраќање, ризикува да создаде или одржи некоја илузија. (Општо или индивидуално) превентивното дејство

² Меѓутоа, во врска со член 6 од Конвенцијата, за разлика од мнозинството сметаме дека има повреда на членот 6 и се повикуваме на заедничкото мислење за несогласување со судиите Розакис, Тулкенс, Јебенс, Цимеле, Бјанку и Пауер.

на казната веќе одамна е предмет на опширни студии, особено емпириски. Таквите студии дојдоа до заклучок дека тоа дејство е релативно, ако не и ограничено³. Конечно, дури – и без сомнение – особено кога кривичната казна служи за заштита на правата и слободите, со ризик да се засени фактот дека таа е исто така закана за правата и слободите, не смееме да го изгубиме од вид принципот на супсидијарност, кој е основна аксиома на кривичното право; користењето на оружје за казнување е прифатливо само ако нема други средства за заштита на вредностите и интересите, кои се во прашање.

6. Судот неуморно повторува дека правата, кои се заштитени со Конвенцијата, не можат да бидат теоретски и илузорни, туку мора да бидат практични и делотворни. Меѓутоа, во овој предмет, дали кривичното гонење против полицајците, до кое очигледно морало да дојде, е единственото можно средство за спречување на повторна повреда на членот 3 од Конвенцијата, на одредбите кои претставуваат дел од најфундаменталните права на Конвенцијата? Ние не мислиме така.

7. Според јуриспруденцијата на Судот, која е назначена во оваа пресуда, адекватноста и доволноста на отстранувањето на повредата на Конвенцијата мора да бидат оценети на начин, кој ќе ги земе во предвид сите околности на предметот (став 116). Сметаме дека најсоодветен облик на исправување на констатираната и призната повреда на чл.3 ќе биде *изземање од судењето* на доказите кои се добиени со повреда на Конвенцијата; имајќи предвид дека тоа не се случило, наш заклучок е дека апликантот се уште може да тврди дека е „жртва“ во смисла на чл.34 од Конвенцијата.

8. Меѓутоа, интересно е да се истакне дека Судот, на крајот на својата анализа, во принцип не ја исклучува можноста за изземање на доказите како дополнителна мерка: „(...) тогаш кога користењето на некои истражни методи забранети со членот 3 води кон неповолни последици за некој апликант во кривичната постапка против него, соодветното и доволно отстранување на таа повреда имплицира, освен другите наведени барања, мерки за враќање со кои се отстранува континуираното дејство, кое таа забранета метода и понатаму ја има врз судењето, а кои вообичаено оопфаќаат изземање на доказите кои се добиени со повреда на членот 3“ (став 128. *in fine*).

³ G. KELLENS, *Punir. Pénologie et droit des sanctions pénales*, Liège, Editions juridiques de l'Université de Liège, 2000, стр. 59. *et seq.*; P. PONCELA, *Droit de la peine*, Paris, PUF, coll. Thémis, 2nd edition, 2001, стр. 458. *et seq.*

ЗАЕДНИЧКО МИСЛЕЊЕ ЗА ДЕЛУМНОТО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИИТЕ РОЗАКИС, ТУЛКЕНС, ЈЕБЕНС, ЦИМЕЛЕ, БЈАНКУ И ПАУЕР

1. Ние не го делиме мислењето на мнозинството дека нема повреда на чл.6 став 1 и 3 од Конвенцијата. Сметаме дека е занемарен член 6, бидејќи прифатени се материјалните докази кои се добиени како директен резултат на повредата на членот 3 во текот на кривичното судење на апликантот. Исто така, таа повреда е отежната со фактот дека доказите се добиени во околности на самоинкриминација.

2. Прифаќањето на било кој доказ на судењето, кој е добиен со повреда на чл.3 покренува едно основно и витално важно принципиелно прашање. Бидејќи јуриспруденцијата на Судот била јасна во поглед на прифаќањето на изјавите за признанието кои се добиени со повреда на членот 3 (таквите изјави се секогаш неприфатливи без разлика на тоа дали се добиени со мачење, нечовечко или деградирачко постапување), останува да се реши прашањето за последиците на правичноста на постапката за прифаќање други типови на докази („материјални докази“), добиени како резултат на постапувањето кое е под прагот на мачење, ама се уште спаѓа под опсег на членот 3. Колку и да бил тежок овој предмет, тој му даде можност на Големиот совет да го дефинира точниот опсег на правилата за изземање на доказите кои се добиени со занемарување на членот 3. Судот можеше да даде категоричен одговор на ова прашање со недвосмислено укажување дека, независно од однесувањето на обвинетиот, правичност во однос на членот 6 претпоставува почитување на владеење на правото и само по себе бара изземање на било кој доказ, кој е добиен со повреда на членот 3. Кривичната постапка која ги прифаќа доказите и која се потпира, до било кој степен, на доказите кои се резултат на занемарувањето на таквите апсолутни одредби од Конвенцијата, не може *a fortiori* да биде правична постапка. Жално е тоа што Судот се колеба да ја премине таа крајна граница за да се определи за јасното правило или стриктната примена („*bright-line*“) во ова централно подрачје на основните човекови права.

3. Од судската пракса на Судот јасно произлегува дека прифаќањето на доказите кои се добиени со повреда на членот 3 секогаш е подложно на прашања кои се разликуваат од оние кои се појавуваат таму каде станува збор за други права од Конвенцијата, како што се оние заштитени со членот 8.⁴ Судот заземал став дека дури и ако постојат одговарачки процедурални гаранции, би било неправично да се потпре на материјал, чија природа или извор е извалкан со притисок или присила.⁵ Користењето на изјави, кои се добиени како резултат на

⁴ Види, *Schenk против Швајцарија* од 12 јули 1988, серија А број 140; *Khan против Обединетото Кралство* број 35394/97, ЕКЧП 2000-V; *P.G. и J.H. против Обединетото Кралство*, број 44787/98, ЕКЧП 2001-IX; *Allan против Обединетото Кралство*, број 48539/99, ЕКЧП 2002-IX; *Perry против Обединетото Кралство*, број 63737/00, ЕКЧП 2003-IX (исечоци); *Jalloh против Германија* [GC], број 54810/00, ЕКЧП 2006-IX; и *Вуков против Русија* [GC], број 4378/02, ЕКЧП 2009-...

⁵ Види, *Perry против Обединетото Кралство* (одлука.), број 63737/00, од 26 септември 2002.

насилство, бруталност или друго постапување, кое би можело да се оквалификува како мачење⁶ или лошо постапување⁷, кое е во спротивност со членот 3, секогаш ја чини постапката неправична во целина, без разлика дали таквите докази се одлучувачки за обезбедување осудителна пресуда. Останува да се размисли дали тој принцип се применувал со иста сила на останатите видови докази. Во предметот *Jalloh v. Германија*, Судот истакнал дека може да се покрене прашањето врз основа на членот 6 став 1 во поглед на било кои докази добиени со повреда на членот 3, дури ако прифаќањето на тие докази не е одлучувачко за обезбедување осудителна пресуда.⁸ Во тој предмет, Судот не одлучувал за општото прашање дали користењето на материјални докази, кои се собрани на начин со кој е сторено дело кое е под прагот на мачење, ама се уште потпаѓа под опсег на член 3, автоматски го прави судењето неправично.⁹ За жал, одговорот кој е даден сега и образложението кое го усвоило мнозинството ризикуваат да ја загрозат делотворноста на апсолутните права загарантирани со членот 3. Судот во својата пракса вовел една разлика помеѓу прифатливоста на изјавите кои се добиени со повреда на апсолутната забрана за нечовечко и деградирачко постапување и прифатливоста на останатите докази, кои се добиени на ист начин. Тешко може да се каже таа разлика е одржлива.

4. Мнозинството прифаќа дека материјалните докази против апликантот во овој предмет, кои се прифатени на судењето, „биле директен резултат на испрашувањето на апликантот, кое го спроведувала полицијата кршејќи го член 3“ (став 171 од пресудата). Таа забранета постапка резултирала со присилно признание пред носење на местото каде се наоѓале круцијалните докази и каде апликантот, по наредба на полицијата (додека бил сниман од полицијата), го покажал местото каде се наоѓало телото и потоа помогнал да се соберат и други докази, со кои сам себе се инкриминирал. Нема сомнеж дека од постапката пред домашните судови произлегува дека доказите биле прифатени, предочени и истражени, дека судењето се потпираше на нив и дека регионалниот суд во својата пресуда се повикал на нив (види став 32 и 34 од пресудата). Наспроти наведеното, мнозинството сепак заклучило дека судењето на апликантот било правично поради „прекилот на врската во причинско-последичниот синџир“ (став 180 од пресудата), поаѓајќи од таа повреда кон одлуката за вината и казната. Не се согласуваме со овој заклучок, а ниту пак со образложението на кое е заснован истиот.

5. Од моментот на апсење до моментот на изрекување на казната, кривичната постапка претставува органска и заемно поврзана целина. Некој настан кој се појавува во една фаза може да влијае, па дури и да определи што ќе се случи во втората фаза. Кога тој настан имплицира повреда во фаза на истрагата, апсолутно право на осомничениот е да не

⁶ *Harutyunyan против Ерменија*, број 36549/03, ст. 63, 66, ЕКЧП 2007-VIII.

⁷ *Göçmen против Турција*, број 72000/01, ст. 74-75, од 17 октомври 2006.

⁸ *Jalloh против Германија* [GC], број 54810/00, став 99, ЕКЧП 2006-IX.

⁹ *Ibid.*, став 107.

биде подложен на нечовечко или деградирачко постапување, барањата на правосудството имаат потреба од, според нашето мислење, штетните дејства кои произлегуваат од таквата повреда да бидат во целост искористени од постапката. Судот во принцип го потврди и истакна тој пристап при разгледувањето на значењето на истражната фаза за подготовка на кривичната постапка, така што заклучи дека доказите добиени во текот на таа фаза ја определуваат рамката во кое делото, кое некому се става на товар, да биде истражено за време на судењето. Според тоа, во предметот *Salduz против Турција* (кој се однесува на ограничувањата кои апликантот ги имал во пристапот кон својот адвокат додека бил во притвор), Судот сметал дека ни правната помош од адвокатот која била обезбедена подоцна, а ни контрадикторната природа на продолжетокот на постапката не може да ги отстрани недостатоците, кои се појавиле за време на времето поминато во полициски притвор, така што Судот констатирал повреда на членот 6.¹⁰ Ако е тоа така, кога се разгледува повредата на правото да се консултира адвокат, тогаш секако мора истото образложение да се примени дури и со поголема сила на повредата на осомничениот, за да не биде подложен на нечовечко постапување и на прифаќање на доказите во кривичната постапка кои се добиени како резултат на таквата повреда.

6. Наместо постапката да се разгледува како органска целина, *начинот на делување* на мнозинството е одвоено да ги сегментира, дисецира и анализира разните фази на кривичното судење, за да заклучи дека патот по кој се тргнало (прифаќање на доказите кои биле добиени со повреда на членот 3) не влијаело на крајната станица (осудувачка пресуда за убиство која ја оправдува максималната казна). Според наше мислење, таквиот пристап не е само формалистички; тој е нереален, бидејќи не го зема во предвид конкретниот контекст во кој се водела кривичната постапка, а ниту пак оперативната динамика во било која кривична постапка во целина. Во својата пресуда, мнозинството го занемарува фактот дека апликантот го дал своето признание, за кое мнозинството тврди дека ја прекинало причинско-последичната врска во синџирот, веднаш откако пропаднал неговиот обид да ги из земе инкриминирачките докази и дека на комплетен начин го повторил, дури откако сите тие докази биле приложени на судењето. Имајќи предвид дека не успеал во обидот за изземање на доказите, апликантот само можел да биде свесен дека судот за претрес ќе има форензички и други обвинителни елементи, кои ги определил сам, по налог на полициските органи, а кои јасно водат кон негова вина. Истакнуваме дека, јавниот обвинител и адвокатот на Ј. тврдеа дека признанието на апликантот „не вреди ништо“, бидејќи го признал само тоа што веќе било докажано (став 35 од пресудата). Тоа е она што претставува суштина на проблемот и, во тој поглед, тешко е да не се согласиш со нивните тези.

7. Според наше мислење, не може да се смета дека немаат влијание на понатамошното одвивање и исходот од постапката, доказите кои се

¹⁰ *Salduz против Турција* [GC], број 36391/02, став 58, ЕКЧП 2008-...

собрани спротивно на членот 3 и оние кои биле приложени подоцна на судењето. Изземањето единствено на изјавите на апликантот кои ги дал пред судењето, никако или воопшто не му користеле во поглед на отстранување на недостатоците, причинети со повреда на членот 3. Кога биле прифатени инкриминирачките докази, апликантот располагал со ограничена слобода, суштиски ограничена, ако не и целосно за да може да ја гради својата одбрана, а за обвиненијата кои му се ставаа на товар неизбежна беше осудителната пресуда. Дека таа неизбежност била изразена од страните во кривичното гонење, кои учествувале во судењето, по наше мислење го потврдува сомнежот во способноста на апликантот да се брани сам на почетокот на судењето.

8. Ниту признанието на апликантот на судењето, а ниту фактот дека судот очигледно се ограничил на користење на доказите кои биле изнудени под присила за да ја утврди веродостојноста на неговото признание, не можеле да го поправат очигледниот недостаток во постапката, кој е предизвикан од прифаќањето на еден таков извалкан материјал како доказ. Единствен начин да се обезбеди заштита на основните права на апликантот за правично судење би се состоел од изземање на спорните докази и водење на постапката (иако врз основа на другите обвиненија, како што е киднапирањето со уцена за смрт; види став 35 од пресудата) врз основа на чисти докази кои му биле на располагање на обвинителството. Прифаќањето на доказите во судската постапка, кои се добиени со кршење на членот 3, неизбежно ја ослабнува заштитата која таа одредба ја доделува и определува извесна амбивалентност за тоа во колкав обем ќе се понуди таа заштита.

9. Нам ни се чини вознемирувачки фактот што Судот за прв пат воведува принципиелна двојност помеѓу видовите постапки, кои се забранети со чл.3, барем во поглед на последиците од правичноста на судењето, кога ќе се појават повреди на тие одредби. Всушност, Судот заклучи дека материјалните докази кои се добиени со наметнување на нечовечко постапување кон некое обвинето лице може да бидат прифатени на судењето, и дека таквото судење сепак може да се смета за „правично“ се додека таквите докази немаат влијание на исходот од постапката. Доколку немаат никакво влијание, тогаш се прашуваме која е целта на нивното прифаќање? И зошто во принцип тоа исто образложение сега не би требало да се примени на материјалните докази добиени со мачење? Ако може да се утврди прекин на врската во причинско-последичниот синџир од мачење до осудување – кога, на пример, жртвата која е предмет на мачење, одбере да даде изјава за признавање – зошто да не се одобри прифаќање на таквите докази на почетокот на судењето и да се чека да се види дали ќе се појави некој прекин на врската во причинско-последичниот синџир? Одговорот е очигледен. Општествата кои се втемелени на принципот на владеење на правото, не одобруваат, било директно, индиректно или на некој друг начин, наметнување на постапка која е забранета со чл.3 од Конвенцијата. Дури ни текстот од чл.3, а ниту било која друга одредба од Конвенцијата не прави разлика помеѓу последиците од мачењето и оние кои произлегуваат од нечовечко или деградирачко постапување. Според

тоа, сметаме дека нема правен основ нечовечкото постапување да се разликува од мачењето во смисла на последиците кои произлегуваат од него. Ниту „прекин на врската во причинско-последичниот синџир“, а и ниту било која друга интелектуална конструкција не може да ја избрише штетата, која настанува кога на судењето се прифаќаат докази кои се добиени со повреда на членот 3.

10. Судот постојано истакнуваше дека чл.3 доделува апсолутно право и дека не се дозволени отстапувања врз основа на членот 15 став 2 – дури ни во случај на јавна опасност која се заканува на животот на нацијата.¹¹ Бидејќи тоа право е апсолутно, сите негови повреди се сериозни, и според наше мислење, најделотворен начин на гарантирање односно апсолутна забрана е стриктна примена на правилата за изземање на докази во поглед на членот 6. Таквиот пристап не би оставил никаков сомнеж на припадниците на државните органи, кои се во искушение да направат нечовечка постапка, во поглед на бескорисноста од прибегнувањето кон такво едно забрането постапување. Тој би ги одвратил од било каков потенцијален поттик или обид да постапуваат кон осомничениот кој не е во склад со чл.3.

11. Не ги губиме од вид последиците кои произлегуваат од стриктната примена на правилата за изземање на докази во поглед на повреда на чл.3. Признаваме дека може да се случи да бидат изземени доказните елементи кои се веродостојни и обвинувачки, и дека на тој начин може да биде загрозувано спречувањето на злосторството. Освен тоа, изземањето на такви докази може да доведе до тоа, обвинетото лице да добие поблага казна, од казната која всушност можело да ја добие. Меѓутоа, доколку се случи тоа, крајната одговорност за било која „корист“ за обвинетиот цврсто се темели на властите на државата чии припадници се, независно од нивниот мотив, кои дозволиле нечовечки да се постапува, и кои со тоа ризикувале да се загрози водењето на кривичната постапка.

12. Ние сме свесни за фактот дека жртвата на злосторство, нивните семејства и пошироката јавност имаат интерес во кривичното гонење и казнување на оние кои се вклучени во кривични активности. Меѓутоа, сметаме дека постои еден јавен, конкурентен и подеднакво суштински и императивен интерес во зачувување на вредностите на цивилизираните општества кои се втемелени на принципот на владеење на правото. Во таквите општества никогаш не може да се дозволи прибегнување кон подложување на поединците на нечовечко или деградирачко постапување, без оглед на неговата цел. Покрај тоа, постои пресуден јавен интерес во обезбедување и одржување на интегритетот на судската постапка, така што прифаќањето на доказите за време на судењето, кои што се добиени со повреда на некое апсолутно човечко право, би го загрозиле интегритетот на таа постапка. Според наше

¹¹ Види, *inter alia*, *Chahal против Обединетото Кралство*, од 15 ноември 1996, став 79, *Reports* 1996-V; *ПРОТИВ против Обединетото Кралство* [GC], број 24888/94, став 69, ЕКЧП 1999-IX; *Ramirez Sanchez против Франција* [GC], број 59450/00, став 116, ЕКЧП 2006-IX, и *Saadi против Италија* [GC], број 37201/06, став 127, ЕКЧП 2008-...

мислење, не може да се истражува кривичната дејност, ниту пак може да се обезбеди осудителната пресуда на сметка на апсолутното право да не се подлегне на нечовечко постапување, што е гарантирано со чл.3. Да се каже нешто друго би значело да се жртвуваат основните вредности и да се дискредитира делувањето на судството.

13. Како и мнозинството, и ние признаваме дека припадниците на државните органи во овој предмет делувале во тешка и крајно напната ситуација. Меѓутоа, тоа не го менува фактот дека тие добиле материјални докази со повреда на чл. 3, кои подоцна се искористени и на кои се темелело судењето на апликантот. Иако ситуацијата секако била критична, апсолутните вредности мора да останат бескомпромисни токму во време на криза.

МИСЛЕЊЕ ЗА ДЕЛУМНОТО НЕСОГЛАСУВАЊЕ НА СУДИЈАТА
КАСАДЕВАЛ КОН КОЕ СЕ ПРИДРУЖУВААТ СУДИИТЕ КОВЛЕР¹²,
МИЈОВИЌ, ЈЕГЕР, ЈОЧИЕН И ЛОПЕЗ ГЕРА

1. Не можам да се слојам со заклучоците на мнозинството во овој предмет, во поглед на статусот на жртва на апликантот и заклучокот дека постои повреда на членот 3 од Конвенцијата. Овој предмет сигурно бил деликатен во смисла на легитимните права на апликантот, но е дотолку поделикатен и им тежи на органите за кривично гонење, кои се соочиле со екстремно сериозната и трагична ситуација, која кулминираше со убиство на единаесетгодишно дете.

2. Не е спорно дека заканите со насилство кон апликантот доведоа до нечовечко и деградирачко постапување, забрането со член 3 од Конвенцијата. Тоа формално го признаа германските правосудни органи: Регионалниот суд од Франкфурт на Мајна истакна дека *заканата со нанесување болка на апликантот, со цел изнудување на изјава од него, претставува не само забранет начин на испрашување, според Член 136(a) од Законот за кривича постапка, туку и занемарување на Членот 3 од Конвенцијата, а Сојузниот уставен суд истакна дека биле занемарени човечкото достоинство на апликантот и забраната за подложување на притворените на лошо постапување* (види го ставот 120 од пресудата).

3. Советот во својата пресуда посочил дека апликантот повеќе не може да тврди дека е жртва на член 3, бидејќи домашните судови ја признале повредата и доделиле доволно обесштетување, а полицајците кои биле вмешани во предметните настани биле осудени и казнети. Го поддржувам тој заклучок во овој предмет.

4. Мнозинството на Големиот совет, приклучувајќи се кон заклучоците на Советот, смета дека домашните судови *експлицитно и недвосмислено признале дека испрашувањето на апликантите довело до занемарување на член 3 од Конвенцијата* (види став 120 *in fine* од пресудата); дека истрагата и кривичната постапка биле доволно *брзи и*

¹² Исправено на 3 јуни 2010 година, додадено е името на судијата Ковлер.

експедитивни, така што може да ги задоволат стандардите од Конвенцијата (види ги ставовите 121 и 122 од пресудата); и дека со примена на одредбата од германскиот кривичен закон, полицајците биле прогласени за виновни за присила и поттикнување на присила (види го почетокот на став 123 од пресудата). Меѓутоа, мнозинството заклучува дека апликантот се уште може да тврди дека е жртва на повреда на членот 3.

5. Се чини дека оваа оцена во основа е втемелена на изоставување на построгите казни за полицајците, бидејќи:

- во кривичната постапка, тие се осудени „само на многу скромни парични и условни казни“ (види го ставот 123 од пресудата), кои се „речиси симболични“ и „очигледно диспропорционални“ (став 124 од пресудата);
- биле премногу благи дисциплинските санкции, кои се состоеле од преместување на места кои повеќе не вклучуваат директна поврзаност со кривичните истраги, бидејќи полицајците не се *разрешени од должноста за време на истрагата или судењето* или се *отпуштени откако биле осудени* (види го ставот 125 од пресудата).

6. Бидејќи Д, заменик на шефот на полиција, во особено специфичните околности на овој предмет, веднаш по испрашувањето составил забелешка за полициското досие во кое го опишал – и признал – начинот на кој се случиле настаните, и истите ги образложил па дури и оправдал; дека домашните судови (регионалниот суд и Сојузниот уставен суд) изрично констатирале дека дошло до повреда на Основниот закон и Конвенцијата; и дека двајцата полицајци се прогласени за виновни и дека им се наметнати кривични и дисциплински санкции, повеќе не би требало да биде релевантно прашањето за *квантумот* на казната. Судот потсетува дека, освен во очигледно арбитрарните случаи, неговата задача не е да одлучува за степенот на вина на лицето или да одредува соодветна казна за извршителот, бидејќи тоа се прашања кои потпаѓаат под исклучива надлежност на домашните кривични судови (став 123 од пресудата). Постојат основани причини кои го оправдуваат таквото самоограничување на Судот, т.е. недостатокот од познавање на кривичните списи резултираше со осудувачка пресуда и фактот дека обвинетите лица не учествувале во постапката пред Судот.

7. Имајќи го во предвид критериумот за строгост на наметнатата казна, може да се запрашаме кој е прагот на казнување кој мнозинството во оваа пресуда би можела да го прифати за да може да се заклучи дека апликантот повеќе не е жртва. Со други зборови, дали статусот на жртва на апликантот би требало да зависи од строгоста на казната која е наметната на полицајците? По мое мислење, одговорот е дека не би требало.

8. Останува прашањето за дополнителен услов за надоместок и изразениот сомнеж за делотворноста на постапката за утврдување на службена одговорност, која ја поднел апликантот (види ги ставовите 126 и 127 од пресудата). Би истакнал два моменти на кои треба да се обрне

внимание во врска со ова прашање: (а) апликантот поднел свое барање за надоместок на национално ниво дури откако ја доставил својата апликација до Судот и барање за правна помош, т.е. три години по наведената штета (б) предметот се уште е пред домашните судови и не постои причина да се прејудиира делотворноста или евентуалниот исход од тој лек. Освен тоа, доволно е значаен фактот дека апликантот не барал никаков надоместок за нематеријална оштета (види став 190 од пресудата).

9. Исто така, може да се запрашаме кое е корисното дејство на диспозитивот од оваа пресуда. Во својата конечна анализа, мнозинството на Големиот Совет само го потврди она што германските судски власти – Регионалниот суд во Фракфурт на Мајна и Сојузниот уставен суд во своите три одлуки од 2003 и 2004 година – веќе го изразиле и недвосмислено признале: апликантот, кому полицијата му се заканувала со мачење за да го натера да го открие местото каде се наоѓа детето, бил подложен на *нечовечко постапување забрането со член 3* (види став 131 од пресудата). За тоа прецизно прашање, сите имаат исто мислење - домашните судски власти, Владата, апликантот и судиите на Судот.

10. Конечно, оваа пресуда нема да резултира дури ни со доделување на правичен надоместок за апликантот.