



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

VELIKO VIJEĆE

**PREDMET AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG
KRALJEVSTVA**

(zahtjevi br. 26766/05 i 22228/06)

PRESUDA

STRASBOURG

15. prosinca 2011.

© Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2012.

Ovaj prijevod financiran je uz podršku Zaklade za ljudska prava Vijeća Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund) i ne obvezuje Sud. Za više informacije pogledajte detaljnu napomenu o autorskim pravima na kraju ovog dokumenta.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.

This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme 2012.

La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyrights/droits d'auteur à la fin du présent document.

U predmetu Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva,
Europski sud za ljudska prava, zasjedajući u Velikom vijeću
sastavljenom od:

Françoise Tulkens, *predsjednica*,
Nicolas Bratza,
Jean-Paul Costa,
Christos Rozakis,
Peer Lorenzen,
Elisabet Fura,
Alvina Gyulumyan,
Danutė Jočienė,
Dragoljub Popović,
Ineta Ziemele,
Mark Villiger,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Mirjana Lazarova Trajkovska,
Işıl Karakaş,
Nebojša Vučinić,
Kristina Pardalos, *suci*,

i Michael O'Boyle, *zamjenik Tajnika*,
nakon vijećanja zatvorenih za javnost dana 19. svibnja 2010. i 9.
studenog 2011,
donosi slijedeću presudu koja je usvojena potonjeg datuma:

POSTUPAK

1. Postupak je pokrenut dvoma zahtjevima (br. 26766/05 i 2228/06) protiv Ujedinjenog Kraljevstva Velike Britanije i Sjeverne Irske podnesenim Sudu prema članku 34. Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda („Konvencija”) od strane britanskog državljana, g. Imad Al-Khawaja („prvi podnositelj zahtjeva”), dana 18. srpnja 2005. i iranskog državljana, g. Ali Tahery („drugi podnositelj zahtjeva”), dana 23. svibnja 2006.

2. Prvog podnositelja zahtjeva zastupali su g. A. Burcombe i g. D. Wells, odvjetnici iz Londona koji rade za Wells Burcombe LLP Solicitors, uz asistenciju odvjetnika g. J. Bennathan QC. Drugog podnositelja zahtjeva zastupao je g. M. Fisher, odvjetnik iz Londona koji radi za Peter Kandler & Co. Solicitors, uz asistenciju odvjetnice gđe R. Trowler. Vladu Ujedinjenog Kraljevstva („Vlada”) zastupao je njihov zastupnik, g. J. Grainger iz Ureda za vanjske poslove i Commonwealth.

3. Prvi podnositelj zahtjeva tvrdio je da je njegovo suđenje za nedoličan napad bilo nepravično iz razloga što je jedna od žena koje su ga optužile umrla prije suđenja, a njezina izjava policiji je pročitana poroti. Drugi podnositelj zahtjeva tvrdio je da je njegovo suđenje za ranjavanje s namjerom nanošenja teške tjelesne ozljede bilo nepravično jer je izjava jednog od svjedoka, koji se bojao osobno pojaviti na suđenju, pročitana poroti.

4. Zahtjevi su dodijeljeni u rad Četvrtom odjelu Suda (pravilo 52. st. 1. Poslovnika Suda). Dana 20. siječnja 2009., nakon održavanja javne rasprave o dopuštenosti i osnovanosti predmeta (pravilo 54. st. 3.), Vijeće tog Odjela sastavljeno od sudaca Casadevall, Bratza, Bonello, Traja, Mijović, Šikuta i Hirvelä, zajedno s T.L. Early, tajnikom odjela, jednoglasno je odlučilo spojiti zahtjeve, proglasiti ih dopuštenima i zaključiti da je došlo do povrede članka 6. st. 1. u svezi s člankom 6. st. 3 (d) Konvencije s obzirom na oba podnositelja zahtjeva.

5. Dana 1. ožujka 2010., na zahtjev Vlade od 16. travnja 2009., odbor sudaca Velikog vijeća odlučio je uputiti predmet pred Veliko vijeće u skladu s člankom 43. Konvencije.

6. Sastav Velikog vijeća određen je u skladu s odredbama članka 27. st. 2. i 3. Konvencije i pravila 24. Poslovnika Suda. Na posljednjem vijećanju Alvina Gyulumyan, Işıl Karakaş i Nebojša Vučinić, zamjenski suci, zamijenili su Corneliu Bîrsana, Ireneu Cabral Barreta i Sverre Erik Jebensa, koji nisu mogli sudjelovati u daljnjem razmatranju predmeta (pravilo 24. st. 3.). Jean-Paul Costa, Christos Rozakis i Giorgio Malinverni, čiji su mandati istekli tijekom trajanja postupka, nastavili su sudjelovati u predmetu (članak 23. st. 7. Konvencije i pravilo 24. st. 4.).

7. Podnositelji zahtjeva i Vlada podnijeli su pisana očitovanja o osnovanosti zahtjeva. Usto su zaprimljena i očitovanja umješaća, nevladine organizacije sa sjedištem u Londonu JUSTICE, kojoj je predsjednica odobrila miješanje u pisani postupak (članak 36. st. 2. Konvenciji pravilo 44. st. 2.). Stranke su odgovorile na ta očitovanja (pravilo 44. st. 5.).

8. Glavna rasprava održana je u javnosti u Zgradi ljudskih prava u Strasbourgu dana 19. svibnja 2010. (pravilo 59. st. 3.).

Pred Sudom su se pojavili:

(a) *za Vladu*

G	J. GRAINGER,	<i>zastupnik,</i>
G	D. PERRY QC,	
G	L. MABLY,	
GDA	V. AILES,	<i>odvjetnik,</i>
G	C. MUNRO,	
G.	N. GIBBS,	<i>savjetnici;</i>

(b) *za podnositelje zahtjeva*

G J. BENNATHAN QC,
MR D. WELLS,

odvjetnik,
savjetnik.

Sud je saslušao obraćanja g. Bennathana i g. Perryja kao i njihove odgovore na pitanja koja je Sud postavio.

ČINJENICE

I. OKOLNOSTI PREDMETA

A. G. Al-Khawaja

9. Prvi podnositelj zahtjeva rođen je 1956. i živi u Brightonu. Činjenice koje su uzrok njegovom zahtjevu glase kako slijedi.

10. Dok je radio kao liječnik konzultant u području rehabilitacijske medicine, prvi podnositelj zahtjeva optužen je po dvije točke za nedoličan napad na dvije ženske pacijentice dok su navodno bile pod hipnozom. Prva točka optužnice navela je da je nedolično napastvovao ženu pod imenom ST tijekom konzultacije održane 3. lipnja 2003. Druga točka optužnice teretila ga je da je nedolično napastvovao ženu imenom VU također tijekom konzultacije, ovaj put održane 12. lipnja 2003.

11. Iz razloga nevezanih uz navodni napad, ST je počinila samoubojstvo prije početka suđenja. Međutim, nekoliko mjeseci nakon navodnog napada dala je izjavu policiji. Također je rekla dvojici prijatelja, BF i SH, da ju je podnositelj zahtjeva nedolično napao.

12. Dana 22. ožujka 2004. održano je pripremno ročište kako bi se odlučilo da li bi se izjava ST trebala pročitati poroti. Na tom je ročištu obrana navela da je obrana po obje točke u principu jednaka, naime da su optužbe ST i VU potpuno neistinite. Sudac je potom odlučio da se izjava ST treba pročitati poroti tijekom suđenja. Opazio je da će se prvi podnositelj zahtjeva vrlo vjerojatno osjećati kao da nema druge mogućnosti obrane po drugoj točki optužbe koja se odnosi na VU osim osobnog svjedočenja. Stoga mu čitanje izjave ST ne bi znatno otežalo eventualnu odluku da ne svjedoči. Sudac je također primijetio da se nije tvrdilo da su ST i VU bile u tajnom dosluhu te da stoga nije trebalo istražiti ovu činjenicu ispitivanjem svake od žena.

13. Imajući na umu sadržaj izjave ST, sudac je nadalje primijetio da je ista bila ključna za tužiteljstvo po prvoj točki optužnice, budući da nije postojao niti jedan drugi izravan dokaz o tome što se dogodilo na konzultaciji dana 3. lipnja 2003. Izjavio je: „sasvim iskreno, ako nema izjave, nema ni prve točke optužnice.” Nadalje je primijetio da je pravo pitanje bilo da li je za prvog podnositelja zahtjeva bilo moguće osporiti

izjavu na način koji bi osigurao pravičnost optuženom. Sudac je zaključio da bi prvi podnositelj zahtjeva mogao dokazivati što se dogodilo tijekom konzultacija. Također je bila namjera tužiteljstva da pozove prijatelje ST kako bi svjedočili o onome što im je ona ispričala. Postojale su proturječnosti između njihovih izjava i izjave ST, koje su ostavljale mogućnost pobijanja izjave ST. Tužiteljstvo bi nadalje pozvalo i vještaka da svjedoči o izmijenjenoj percepciji tijekom hipnoze, te bi ispitivanje tog svjedoka također moglo poslužiti diskreditaciji izjave ST.

14. Na samom suđenju, nakon što je pročitana izjava ST, porota je saslušala svjedočenje njezinih prijatelja BF i SH. Svjedočio je i liječnik opće medicine ST o pismu koje je napisao u njezino ime bolničkim vlastima, a koje je sadržavalo navode ST protiv prvog podnositelja zahtjeva. Što se tiče druge točke optužnice i nedoličnog napada na VU, svjedočili su sama VU i policijski djelatnici koji su istraživali slučaj. Nadalje su svjedočile još dvije žene koje su navele da im je prvi podnositelj zahtjeva tijekom seansi hipnoze davao nepristojne sugestije. Time je tužiteljstvo nastojalo pribaviti „slične činjenične dokaze“ kao podršku onima koje su dale ST i VU. Kao što je tužiteljstvo i navelo, obavljeno je i vještačenje o utjecaju hipnoze. Obrana je imala mogućnost ispitati svakog od svjedoka. Prvi podnositelj zahtjeva svjedočio je sam u svoju obranu. Pozvao je također niz svjedoka koji su svjedočili o njegovoj dobroj naravi.

15. Sudac je u dvije odvojene prigode dao upute poroti kako bi trebali razmatrati izjavu ST. Prvo je naveo:

“Vrlo je važno da [porota] imate na umu prilikom razmatranja njezinih [ST] dokaza da ju niste vidjeli kako svjedoči; niste ju čuli kako svjedoči; i niste čuli kako se njezina izjava ispituje [od strane odvjetnika za g. Al-Khawaju], koji bi joj nesumnjivo postavio niz pitanja.”

16. Kasnije je izjavio:

“... imajte na umu... da vam je ovaj dokaz pročitao. Navodi su u potpunosti poricani ... morate ovo uzeti u obzir prilikom razmatranja dokaza.”

17. Osvrćući se na izjave prijatelja ST, sudac je podsjetio porotu na postojeće proturječnosti između navoda ST glede sporne konzultacije i navoda SH (u svojoj izjavi ST je navela da joj je podnositelj zahtjeva dirao lice i usta; SH je izjavio da je sama ST, a ne podnositelj zahtjeva, dodirivala svoje lice i usta). Sudac je nastavio:

“Na vama je da odlučite do koje mjere izjave dane od strane [BF] i [SH] pomažu u odlučivanju da li je [ST] govorila istinu u svojoj izjavi. Ali imajte na umu da dokaz o tome što je [ST] ispričala [BF] i [SH] nije neovisan dokaz o istinitosti njezinih navoda.”

18. Sudac je također upozorio porotu da prilikom odlučivanja o istinitosti tvrdnji ST ima pravo razmotriti dokaze od strane VU, kao i od druge dvije žene koje su svjedočile o nedoličnim sugestijama prvog podnositelja zahtjeva. Međutim, porota je prvo trebala isključiti mogućnost

tajnog dogovora između ove četiri žene. Kao drugo, trebala se pitati da li je bilo razumno da četiri osobe koje neovisno jedna od druge iznesu slične optužbe ili lažu ili se varaju ili su sve imale slične halucinacije ili pogrešno pamćenje. Ukoliko je porota ovo smatrala neuvjerljivim, tek se onda mogla zadovoljiti da su ST i VU govorile istinu. Sudac je također skrenuo pozornost porote da što je veća sličnost između optužbi, to je veća i mogućnost da su sve četiri žene govorile istinu. Dodao je da je porota također trebala razmotriti da li su pritužbe ostalih mogle svjesno ili nesvjesno biti od utjecaja na žene.

19. Tijekom raspravljanja, porota je u dva navrata tražila pojašnjenje točaka spomenutih u izjavi ST. Dana 30. studenog 2004. prvi podnositelj zahtjeva osuđen je jednoglasnom presudom porote po obje točke optužnice za nedoličan napad. Osuđen je na 15 mjeseci zatvora za prvu i 12 mjeseci zatvora za drugu točku optužnice, koje su slijedile jedna iza druge.

20. Prvi podnositelj zahtjeva žalio se protiv osuđujuće presude Žalbenom sudu. Njegova žalba usredotočila se na prethodnu odluku o prihvaćanju izjave ST u dokazni materijal. Također je tvrdio da sudac nije dao prikladne upute poroti o dovođenju u nepovoljan položaj prvog podnositelja zahtjeva koje je ovaj dokaz uzrokovao.

21. Žalba je ispitana i odbijena 6. rujna 2005. U pisanoj presudi od 3. studenog 2005. Žalbeni sud je zaključio da nije došlo do povrede prava na pošteno suđenje prvog podnositelja zahtjeva. Što se tiče prihvaćanja izjave ST kao dokaznog materijala, sud je zaključio da takvo postupanje nije nužno bilo u suprotnosti s člankom 6. st. 1. i 3 (d) Konvencije. Pozivajući se na presudu u predmetu *Doorson protiv Nizozemske* od 26. ožujka 1996., *Reports of Judgments and Decisions 1996-II*, sud je zaključio da je dopustivost dokaza prvenstveno pitanje koje se uređuje domaćim pravom. Nastavio je:

“25. Bitni čimbenici u ovom slučaju su slijedeći. Svjedokinja ST nije se mogla ispitati u ime [prvog podnositelja zahtjeva] iz razloga što je umrla. Ona je bila jedini svjedok čija se izjava odnosila izravno na počinjenje nedoličnog napada žalitelja na nju. Da je njezina izjava bila isključena, tužiteljstvo bi moralo odustati od prve točke optužnice. [Prvi podnositelj zahtjeva] mogao je osporavati točnost izjave [ST] istražujući proturječnosti između te izjave i one svjedoka [BF] i [SH], kao i kroz vještačenje koje se odnosilo na „promijenjenu percepciju“ pod hipnozom. Mjerodavne odredbe zakona iz 1988. [vidi st. 41. dolje] bile su namijenjene zaštiti tuženika koje je sudac pravilno razmotrio prije prihvaćanja sporne izjave u dokaze. Konačno, činjenični tribunal, u ovom slučaju porota, mogla je i morala pravilno uzeti u obzir poteškoće koje je primanje sporne izjave u dokaze moglo prouzročiti [podnositelju zahtjeva], a koje su joj trebale biti objašnjene odgovarajućom uputom.

26. Kada jedini svjedok zločina umre nakon davanja izjave koja se ima koristiti u kaznenom progonu tog slučaja, može postojati snažan javni interes da se takva izjava prihvati kao dokaz kako bi tužiteljstvo moglo nastaviti slučaj. Takva je upravo bila situacija u ovom slučaju. Javni interes ne smije zanemariti pravo tuženika na pravično suđenje. Poput suda u predmetu *Sellick* [vidi st. 48. dolje] ne smatramo da sudska praksa Europskog suda za ljudska prava nalaže zaključak da će u takvim okolnostima

suđenje biti nepravično. Odredba članka 6(3)(d) da optuženik mora imati mogućnost ispitati svjedoke protiv njega je samo specifičan aspekt prava na pravično suđenje: ukoliko to nije moguće, postavlja se pitanje „da li je čitav postupak, uključujući način izvođenja dokaza, bio pravičan“ – *Doorson*, st. 19. Ovo nije slučaj u kojem je svjedok bio neopravdano odsutan, da li zbog straha ili nekog drugog razloga, ili je zahtijevao anonimnost ili je iskoristio svoje pravo na šutnju. Razlog je bila smrt, koja je konačna i povlači sa sobom pitanja navedena na početku ovog odjeljka.”

22. Što se tiče uputa prvostupanjskog suca, sud je izjavio:

“Smatramo da bi bilo bolje da je sudac izričito izjavio da je [prvi podnositelj zahtjeva] potencijalno doveden u nepovoljniji položaj odsutnošću [ST] te da bi, zbog njegove nemogućnosti da ju ispita kao i nemogućnosti porote da ju vidi, njezina izjava trebala imati manju važnost. Usprkos tome, u okolnostima ovog slučaja poroti je moralo biti veoma jasno iz uputa koje im je dao sudac da je to bila nakana njegovih izjava. Stoga smatramo da je porota primila primjerenu uputu glede posljedica primanja izjave [ST] u dokaze u njezinoj odsutnosti, kao i da to nije čimbenik koji je mogao uzrokovati nepravičnost čitavog suđenja [prvom podnositelju zahtjeva] kao niti povredu članka 6. Trebamo također naglasiti da su cjelokupni dokazi protiv [prvog podnositelja zahtjeva] bili veoma jaki. Potpuno smo neuvjereni da su presude pogrešne.”

23. Žalbeni sud odbio je zahtjev za podnošenje žalbe Domu lordova potvrdivši postojanje pravnog pitanja opće važnosti.

24. Dana 30. studenog 2005. prvi podnositelj zahtjeva podnio je zahtjev za reviziju Domu lordova, potvrđen od strane Žalbenog suda. Dana 7. veljače 2005. Dom lordova odbio je njegov zahtjev.

B. Mr Tahery

25. Drugi podnositelj zahtjeva rođen je 1975. Njegov zahtjeva potječe iz njegove osude za namjerno ranjavanje. Pozadina njegove osude glasi kako slijedi.

26. Dana 19. ožujka 2004., član iranske zajednice u Londonu S bio je uključen u svađu s grupom Kurda. Drugi podnositelj zahtjeva ubacio se između S i Kurda kako bi zaštitio S. U rane jutarnje sate 20. svibnja 2004., S i drugi podnositelj zahtjeva ponovno su se susreli ispred jednog iranskog restorana u četvrti Hammersmith u Londonu. Drugi podnositelj zahtjeva rekao je S da bi htio porazgovarati s njim i dvojica muškaraca otišli su u obližnju uličicu. Počeli su raspravljati raniju svađu. Iako je S zaniijekao da je on zadao prvi udarac, priznao je prilikom svjedočenja na suđenju drugog podnositelja zahtjeva da ga je udario. U tom sukobu drugi podnositelj zahtjeva gurnuo je S unatrag, u kojem trenutku je ovaj postao svjestan gorućeg osjećaja u leđima za koji se kasnije ispostavilo da je posljedica tri uboda nožem koja je zaprimio u leđa. S i drugi podnositelj zahtjeva bili su okrenuti licem u lice i S je tvrdio da nije vidio kako ga je podnositelj ubo niti je primijetio da mu je otišao iza leđa ili zamahnuo iza njih kako bi ga ubo.

27. Tijekom sukoba bili su prisutni i drugi muškarci, uključujući Kurde iz prethodne svade. S-ov prijatelj, također član iranske zajednice imenom T je isto bio prisutan sa svoja dva prijatelja i ujakom drugog podnositelja zahtjeva. S nije znao tko od njih je stajao iza njega.

28. S je s vremenom postao svjestan da je bio uboden. Zatim je primijetio nož koji je ležao na podu. U svom iskazu na suđenju drugog podnositelja zahtjeva (vidi st. 32. dolje), izjavio je da ga je krenuo pokupiti, ali da su ga podnositelj ili T pokupili i bacili prema restoranu. S je pretpostavio da ga je ubo drugi podnositelj zahtjeva. Prema njegovoj izjavi, drugi podnositelj zahtjeva odmah je zanijekao tu činjenicu. Rekao je S-u da sjedne pored njega i pokušao spriječiti krvarenje iz njegove rane dok nije stigla hitna pomoć; kada je stigla, otpratio je S-a u bolnicu. U bolnici je rekao policiji da je vidio dvojicu crnaca kako su uboli S-a.

29. Prilikom ispitivanja svjedoka na mjestu zločina, nijedan od njih nije tvrdio da je vidio drugog podnositelja zahtjeva kako bode S-a. Međutim, dva dana kasnije T je izjavio policiji da je vidio kako je drugi podnositelj zahtjeva izbo S-a. U svojoj izjavi T je ispričao kako je pokušao razdvojiti drugog podnositelja i S-a kad su se počeli tući u uličici. Potom je vidio drugog podnositelja zahtjeva kako drži S-a za vrat, poteže nož i dvaput ga ubada u leđa. Kad je T prišao drugom podnositelju zahtjeva, ovaj ga je pokušao ubosti u vrat. Prema iskazu T, drugi podnositelj tada je ispustio nož i viknu „nemoj reći policiji”.

30. Dana 3. studenog 2004. drugi podnositelj zahtjeva je uhićen i odveden u policijsku stanicu Hammersmith. Zanijekao je optužbu da je izbo S-a i ponovio da su za to bila odgovorna dvojica crnaca. Optužen je namjernim ranjavanjem i pokušajem ometanja pravde davanjem lažnog iskaza policiji u bolnici kao i u policijskoj stanici.

31. Dana 25. travnja 2005. počelo je suđenje drugom podnositelju zahtjeva pred Blackfriars kraljevskim sudom. Istog dana podnositelj se izjasnio krivim s obzirom na optužbu pokušaja ometanja pravde te nevinim s obzirom na optužbu namjernog ranjavanja.

32. S je svjedočio za tužiteljstvo. Ispričao je kako su se on i drugi podnositelj zahtjeva potukli u uličici. Nakon minute shvatio je da je bio ranjen u leđa, ali nije vidio tko ga je ubo. Drugi podnositelj zahtjeva rekao mu je da sjedne i pokrio mu je ranu. S ga je pitao tko ga je izbo, a drugi podnositelj zahtjeva rekao je da to nije bio on. Prilikom ispitivanja S je priznao da nije vidio kako je drugi podnositelj zahtjeva otišao iza njega te da su bili okrenuti licem u lice. Također je izjavio da je čuo kako mu netko dovikuje „Reci mu da su bili crnci”; glas nije pripadao drugom podnositelju zahtjeva.

33. Nakon svjedočenja S-a, tužiteljstvo je tražilo dozvolu da se pročita izjava osobe T sukladno članku 116(2)(e) i (4) Zakona o kazenoj pravdi 2003. („Zakon iz 2003.”: vidi st. 43-45. dolje). Tužiteljstvo je navelo kako se prema Zakonu iz 2003. T previše bojao prisustvovati suđenju pred

porotom te da bi se iz tog razloga trebao kvalificirati za posebne mjere. Sudac je saslušao iskaz policajca koji je proveo istragu i koji je izjavio kako je iranska zajednica bila vrlo usko povezana i kako je strah osobe T bio iskren. T je također dao iskaz pred sucem (ali ne i pred porotom) sjedeći iza zastora. Rekao je sucu da se boji za sebe i svoju obitelj zbog posjeta i telefonskih poziva koje je primio, ali nijedan od njih nije bio od drugog podnositelja zahtjeva. Nije rekao tko je bio odgovoran za te posjete i telefonske pozive.

34. U odluci kojom je dozvolio čitanje izjave poroti, sudac je izjavio:

“Zadovoljan sam u tim okolnostima kaznenim standardom dokaza da je ovaj svjedok u iskrenom strahu; ovaj zaključak utemeljujem ne samo na njegovom usmenom svjedočenju već i na prilici koju sam imao promatrati ga dok je bio u klupi za svjedočenje.

Stoga moram razmotriti pitanja koja se postavljaju u [članku 116(4) Zakona iz 2003.]. Stavak 4(a) obvezuje me da pregledam sadržaj izjave. To sam i učinio. Obrana je navela da bi ista mogla biti nepouzdana budući da su postojale određene proturječnosti s izjavama koje je dala [osoba S].

Uvijek će biti slučajeva proturječnosti bilo usmeno izvedenih dokaza ili onih koji se pročitaju. Uvijek je na poroti da zaključi da li je određeni dokaz pouzdan na temelju podnesaka odvjetnika i dokaza koje su čuli. I ja ću im u odgovarajućem trenutku dati prikladno upozorenje glede načina na koji bi trebali promatrati tu izjavu.

Nadalje se primjećuje da je, gledajući njezin sadržaj, ova izjava od velike važnosti budući da dolazi od osobe koja tvrdi da je svjedočila incidentu te time ide u samu srž problema.

Prema mom mišljenju upravo ova vrsta svjedoka se može zastrašiti te je vjerojatno ovo što je parlament imao na umu prilikom usvajanja ovog članka zakona.

Stoga, nakon što sam pregledao sadržaj izjave, moram utvrditi postoji li rizik da bi njezino dopuštanje ili odbijanje iz dokaza moglo uzrokovati nepravičnost postupka prema bilo kojoj stranci u postupku. Zadovoljan sam da bi isključivanje iste uzrokovalo nepravičnost; isto tako sam uvjeren da njezino dopuštanje ne bi uzrokovalo nepravičnost. Donoseći ovu odluku uzeo sam u obzir riječi [Zakona iz 2003.]; posebice koliko bi teško bilo osporiti ovaj dokaz ukoliko dotična osoba ne dade i usmenu izjavu.

Osporavanje izjave ne poduzima se uvijek usmenim ispitivanjem. Izjava se može osporiti drugim dokazima koji su tome namijenjeni; bilo od tuženog ukoliko se odluči na to, ili od bilo koje druge osobe koja je prisustvovala spornom događaju, a znamo da je takvih bilo.

Osobno sam dakle zadovoljan da bi izjava tuženog, ukoliko se odluči na istu, bila dovoljna da dovede u pitanje i ospori dokaz sadržan u spornoj izjavi.

Također sam razmotrio ostale mjerodavne čimbenike, te sam svjedoku dok se nalazio u klupi za svjedočenje iza zastora ponudio mogućnost svjedočenja uz iste takve mjere sigurnosti. Rekao mi je da se njegovo stajalište neće promijeniti; da nije mogao svjedočiti pred porotom budući da je bio u strahu.

Uzevši sve ove činjenice u obzir, zadovoljan sam da je ovo vrsta slučaja za koji je parlament predvidio mogućnost čitanja izjave svjedoka.”

35. Izjava svjedoka T pročitana je poroti. Saslušan je također i liječnik koji je liječio osobu S u bolnici o vrsti rane kao i forenzički stručnjak koji je testirao krv koja je pronađena na odjeći drugog podnositelja zahtjeva i potvrdio da se radilo o krvi osobe S (iako se nije moglo sa sigurnošću zaključiti kako je ta krv dospjela na njegovu odjeću). Tužiteljstvo je također ponudilo zapisnik izjave koju je drugi podnositelj zahtjeva dao u policijskoj postaji (vidi st. 30. gore).

36. Drugi podnositelj zahtjeva svjedočio je u svoju obranu. Izjavio je kako je bio prisutan tijekom ranije svađe s Kurdima. Kad su se on i S kasnije sreli ispred restorana, uzeo je S-a za ruku i predložio mu da popričaju, ali ga je S počeo udarati. On se obranio zgrabivši S-a za ovratnik i gurnuvši ga. Potom je T pokušao intervenirati i nekoliko drugih članova iranske zajednice su zgrabili S-a. T je stajao između S-a i drugog podnositelja zahtjeva, a potom je podnositelj opazio nož na zemlji. Podigao ga je i bacio, budući da u tom trenutku još nije shvatio kako je S bio izboden. Kad ga je S okrivio za izbadanje, drugi podnositelj zahtjeva mu je rekao da sjedne i uspješno ga je smirio. Stavio je svoju ruku na ranu na S-ovim leđima. S je tada naočigled shvatio da ga nije izbo drugi podnositelj zahtjeva. Podnositelj je nadalje izjavio da je rekao policiji da su dva crnca bila odgovorna za izbadanje zato što mu je to ujak rekao da to kaže. Konačno, drugi podnositelj izjavio je da mu je prije davanja izjave policiji T rekao kako zna da drugi podnositelj nije izbo S-a.

37. U svojoj zaključnoj izjavi sudac je upozorio porotu o opasnosti oslanjanja na iskaz T-a. Izjavio je:

“Taj dokaz, kao što znate, vam je pročitano u skladu s propisima koji dopuštaju svjedoku koji je uplašen, ne živčan već uplašen, u strahu, da se njegova izjava pročita, ali vi morate biti oprezni kako ćete istu tumačiti. Istina je, kako je naglasila obrana, da nisu imali prilike testirati taj dokaz kroz izravno postavljanje pitanja. Također je istina da vi niste imali priliku vidjeti svjedoka i njegovo ponašanje pred sudom. Niste imali priliku da on razmisli i kaže „možda sam, zbog onoga što sam vidio, zbrojio dva i dva i dobio pet“, kako tvrdi odvjetnik optuženog. Drugim riječima, morate biti svjesni [činjenice] da je mogao doći do pogrešnog zaključka tumačivši stvari koje nije vidio. Tako biste trebali razmotriti ovu izjavu. Morate se upitati „Možemo li se osloniti na ovu izjavu? Da li je to izjava koju smatramo uvjerljivom?“ Ako ste uvjereni da su navodi u toj izjavi istinit opis onoga što se dogodilo sporne noći i što je svjedok zaista i vidio, tek se onda možete osloniti na ovu izjavu. Ovo vrijedi za svakog svjedoka. Uzmite u obzir samo onaj dokaz za koji zaključite da je uvjerljiv i da vas zadovoljava do mjere da ste sigurni. Dakle uvijek se morate pitati „da li je navedena izjava uvjerljiva“?

Morate također imati na umu, što je vrlo bitno, da je dogovoreno i utvrđeno da tuženik nije taj koji je uzrokovao strah dotičnog svjedoka.”

38. Dana 29. travnja 2005. drugi podnositelj zahtjeva osuđen je većinom glasova za ranjavanje s namjerom nanošenja teške tjelesne ozljede na devet godina zatvora koja se ima odslužiti zajedno s petnaest mjeseci zatvora za optužbu za pokušaj ometanja pravde za koju se i sam izjasnio krivim.

39. Drugi podnositelj podnio je žalbu Žalbenom sudu navodeći da je nemogućnost ispitivanja svjedoka T dovela do nepravichnosti njegova suđenja. Žalbeni sud je priznao da je država prihvatila da su izjave osobe T „bitne i od dokazne vrijednosti za ključno pitanje u predmetu... da ona nije bila primljena u dokaze vjerojatnost osude bi bila umanjena i ona oslobađajuće presude uvećana.” Sud je potvrdio obrazloženje suca našavši ne samo da je obrana bila u mogućnosti ispitati ostale svjedoke tužiteljstva, nego da je i sam drugi podnositelj zahtjeva svjedočio te da su potencijalno imali dokaze ostalih očevidaca incidenta kako bi spriječili nepravichnost suđenja. Također je navedeno da je sudac izričito i detaljno upozorio porotu kako tumačiti spornu izjavu i pravilno ih je uputio kako ju razmatrati prilikom donošenja presude. Iako je drugi podnositelj zahtjeva tvrdio da čak ni precizna uputa suca nije mogla ispraviti nanesenu nepravichnost, Žalbeni sud je zaključio da je porota obaviještena o svim činjenicama potrebnim da donese pravilnu odluku. Dana 24. siječnja 2006. odbijeno je daljnje pravo žalbe. Žalbeni sud je međutim dopustio drugom podnositelju zahtjeva da se žali protiv kaznenopravne sankcije i smanjio mu kaznu sa devet na sedam godina zatvora.

II. MJERODAVNO DOMAĆE PRAVO I PRAKSA

A. Common law načela relevantna za oba predmeta

40. Dokazom po čuvenju (*hearsay evidence*) smatra se bilo koja izjava o činjenicama osim one koja potječe iz osobnog saznanja samog svjedoka date tijekom usmenog svjedočenja (vidi st. 20. presude Lorda Phillipsa u predmetu *R. protiv Horncastle i ostalih*, sažetu u st. 57-62. dolje). Prema općem pravilu takvi dokazi su nedopustivi u kaznenim premetima osim ako neko common law pravilo ili zakonska odredba ne predviđa njihovu dopustivost. Mjerodavne zakonske odredbe primjenjive na svakog od podnositelja zahtjeva navedene su u slijedećem odjeljku. Te zakonske odredbe nadopunjavaju se sa tri common law načela. Kao prvo, common law sadrži dodatnu diskreciju za suca da isključi bilo koji dokaz čiji bi predrasudni učinak mogao prevagnuti njegovu dokaznu vrijednost. Ovo je nadopunjeno člankom 78. Zakona o policiji i kaznenim dokazima iz 1984., koji dozvoljava sudu diskreciju isključiti bilo koji dokaz ukoliko bi njegovo prihvaćanje imalo oprečan učinak na pravichnost suđenja te stoga ne bi trebao biti prihvaćen. Kao drugo, ukoliko je dokaz po čuvenju dopušten i porota ga je čula, sudac u svojim zaključnim zapažanjima mora dati uputu poroti koja se odnosi na opasnost oslanjanja na takve dokaze. Kao treće, kod suđenja porote, ista mora dobiti tradicionalne upute glede tereta dokazivanja, odnosno načela da se moraju uvjeriti u krivnju optuženog izvan razumne sumnje (*beyond reasonable doubt*).

B. Primarno zakonodavstvo

1. Primarno zakonodavstvo primjenjivo u predmetu Al-Khawaja

41. U vrijeme suđenja prvom podnositelju zahtjeva mjerodavne zakonske odredbe bile su sadržane u člancima 23. do 28. Zakona o kaznenoj pravdi iz 1988. Članak 23. Zakona iz 1988. dozvoljava prihvaćanja u dokaze u kaznenom predmetu dokumentarnih dokaza prepričavanjem iz prve ruke:

“23.— ... izjava koju je osoba dala u dokumentu bit će dopuštena u kaznenom postupku kao dokaz za bilo koju činjenicu za koju bi izravan usmeni dokaz od te osobe također bio dopušten ukoliko—

(2)(a) je osoba koja je dala izjavu umrla ili zbog fizičkog ili mentalnog stanja nije u mogućnosti nastupiti kao svjedok ...

25.—(1) Ukoliko je, s obzirom na sve okolnosti —

(a) Kraljevski sud—

(i) na suđenju ili po optužnici;

(ii) po žalbi od strane prekršajnog suda; ili

(iii) na raspravi zahtjeva u skladu s člankom 6. Zakona o kaznenoj pravdi iz 1987. (zahtjevi za odbijanje optužbi za prevaru koji su preneseni s prekršajnog na Kraljevski sud); ili

(b) kazneni odjel Žalbenog suda; ili

(c) prekršajni sud na suđenju informacijama,

mišljenja da ne bi bilo u interesu pravde dopustiti izjavu koja je inače dopustiva prema člancima 23. ili 24., može dati uputu da se takva izjava ipak ne dopusti.

(2) Ne dovodeći u pitanje općenitost stavka (1) gore, dužnost je suda uzeti u obzir—

(a) prirodu i izvor dokumenta koji sadrži izjavu te s obzirom na te i ostale okolnosti koje se sudu čine bitnima, da li je vjerojatno da je dokument u pitanju autentičan;

(b) opseg u kojem izjava predstavlja dokaz koji inače ne bi bio lako dostupan;

(c) važnost dokaza koju izjava pruža za bilo koje pitanje koje bi se trebalo odlučiti tijekom postupka; i

(d) imajući na umu posebice da li je moguće osporiti izjavu ukoliko osoba koja ju daje ne prisustvuje na usmenoj raspravi u postupku, bilo koji rizik koji bi primanje u dokaze takve izjave imalo za nepravdičnost prema optuženiku ili, ukoliko ih je više od jednog, prema bilo kojem od njih.

26.— Kad se sudu čini da je izjava koja je dopustiva u kaznenom postupku sukladno članku 23. ili 24. pripremljena, ..., u svrhu-

(a) kaznenog postupka koji je u tijeku ili čije se pokretanje razmatra; ili

(b) kaznene istrage,

izjava se neće prihvatiti u dokaze bilo kojeg kaznenog postupka bez odobrenja suda, a takvo odobrenje sud će dati samo ukoliko smatra da bi se izjava trebala prihvatiti u

PRESUDA AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

svrhu interesa pravde; razmatrajući da li bi njezino prihvaćanje bilo u interesu pravde, sud će uzeti u obzir -

(i) sadržaj izjave;

(ii) imajući na umu posebice da li je moguće osporiti izjavu ukoliko osoba koja ju daje ne prisustvuje na usmenoj raspravi u postupku, bilo koji rizik koji bi primanje u dokaze takve izjave imalo za nepravdičnost prema optuženiku ili, ukoliko ih je više od jednog, prema bilo kojem od njih; i

(iii) bilo koju drugu okolnost koja se smatra bitnom...”

Dodatak 2 zakona dopušta prihvaćanje dokaza koji se odnose na vjerodostojnost i dosljednost autora izjave, gdje bi takav dokaz bio dopušten da je osoba u pitanju osobno svjedočila, ili da se mogla unakrsno ispitati. Dodatak također predviđa da prilikom procjene težine koja se ima dati takvoj izjavi treba uzeti u obzir sve okolnosti iz kojih se razumno mogu izvesti zaključci glede njezine istinitosti.

2. *Primarno zakonodavstvo primjenjivo u predmetu Tahery*

(a) **Izvješće Komisije za pravo**

42. U svom izvješću iz travnja 1997. pod naslovom *Dokazi u kaznenom postupku: dokaz po čuvenju i povezane teme*, Komisija za pravo preporučila je niz reformi zakonskih odredbi koje uređuju dokaze po čuvenju u Engleskoj i Walesu, uključujući one sadržane u Zakonu iz 1988. Uz preporuku pojašnjenja uvjeta pod kojima se izjava svjedoka može primiti u dokaze tijekom suđenja (uključujući postojeće razloge smrti i straha), Komisija je također preporučila i uvođenje ograničene diskrecije koja bi dozvoljavala dopuštanje dokaza po čuvenju koji nisu potpadali pod nijednu drugu zakonsku niti common law iznimku (preporuka 28).

U svom ranije izdanom konzultacijskom papiru koji je objavljen u siječnju 1995., Komisija je razmotrila sudsku praksu Suda pod člankom 6. st. 3(d) i zaključila da je postojala opasnost od povrede Konvencije u slučajevima u kojima bi osoba mogla biti osuđena isključivo na temelju dokaza po čuvenju. Komisija je smatrala da je ta opasnost dovoljno ozbiljna te da je zahtijevala od suda da obustavi postupak u kojem je dokaz po čuvenju predstavljao jedini dokaz jednog od elemenata kaznenog djela (st. 9.5 konzultacijskog papira). Nakon kritike ovog prijedloga (uglavnom da je nepotrebno oprezan i obavijen praktičnim poteškoćama), u svom konačnom izvješću iz 1997. Komisija je odlučila odustati od ovog prijedloga (vidi st. 5.33-5.41 izvješća). Umjesto toga je zaključila da bi se adekvatna zaštita mogla pružiti jamstvima koje je predložila, poglavito u preporuci 47, koja je predlagala davanje prava sucu da obustavi predmet ukoliko dokaz po čuvenju nije bio uvjerljiv (vidi st. 45. dolje).

(b) Zakon o kaznenoj pravdi iz 2003.

43. Dio 11, poglavlje 2. Zakona o kaznenoj pravdi iz 2003. stupio je na snagu u travnju 2005. Cilj mu je bio znatno reformirati zakon koji se odnosio na dokaze po čuvenju u kaznenom postupku na temelju prijedloga izrađenog od strane Komisije za pravo.

Prema članku 114. Zakona iz 2003. dokaz po čuvenju dopustiv je u kaznenim postupcima samo ukoliko je ispunjen jedan od niza „pristupnika“. Iako se nije pozivalo na isti u predmetu drugog podnositelja zahtjeva, jedan takav pristupnik predstavlja članak 114(1)(d) koji dozvoljava prihvaćanje dokaza po čuvenju ukoliko sud smatra da bi to bilo u interesu pravde. Članak 114(2) glasi:

“Prilikom odlučivanja da li bi se izjava koja nije usmeno iznesena trebala prihvatiti u skladu sa stavkom (1)(d), sud mora uzeti u obzir iduće činjenice (kao i bilo koje druge koje smatra bitnima)—

(a) kolika je dokazna vrijednost te izjave (pretpostavljajući da je istinita) s obzirom na sporna pitanja u predmetu, odnosno od kolike je vrijednosti za razumijevanje ostalih dokaza u predmetu;

(b) koji drugi dokazi se mogu, ili su se već izveli s obzirom na sporna pitanja ili dokaze naveden navedene pod (a);

(c) koliko je važno pitanje ili dokaz spomenuti pod (a) u cjelokupnom kontekstu slučaja;

(d) okolnosti u kojima je izjava data;

(e) koliko se pouzdanim čini autor izjave;

(f) koliko se pouzdanim čini dokaz davanja izjave;

(g) da li se može dati usmena izjava o pitanjima sadržanim u izjavi, te ukoliko ne, iz kojih razloga;

(h) poteškoće vezane za osporavanje izjave;

(i) opseg u kojem bi te poteškoće mogle dovesti u nepovoljan položaj stranku protiv koje su usmjerene.”

44. “Pristupnik” na koji se pozivalo u predmetu drugog podnositelja zahtjeva sadržan je u članku 116, koji dozvoljava prihvaćanje izjave odsutnih svjedoka. Članak 116. u relevantnom dijelu propisuje:

“(1) U kaznenom postupku izjava koja nije data usmeno bit će dopustiva kao dokaz bilo koje činjenice ukoliko—

(a) bi usmena izjava data u postupku od strane osobe koja je dala izjavu bila dopustiva kao dokaz,

(b) je autor izjave (dotična osoba) identificiran prema traženju suda, i

(c) ako je ispunjen bilo koji pet uvjeta navedenih u st. (2).

(2) Uvjeti su—

a) da je dotična osoba umrla;

PRESUDA AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

(b) da dotična osoba nije u mogućnosti biti svjedokom zbog tjelesnog ili duševnog stanja;

(c) da se dotična osoba nalazi izvan Ujedinjenog Kraljevstva te nije razumno praktično osigurati njezino prisustvo;

(d) da se dotična osoba ne može pronaći unatoč poduzimanu razumno praktičnih koraka u svrhu njezina pronalaženja;

(e) da zbog straha dotična osoba ne daje (ili ne nastavlja davati) usmene izjave u postupku, bilo uopće ili u svezi s pitanjem na kojeg se izjava odnosi, i ako sud odobri prihvaćanje takve izjave u dokaze.

(3) Za potrebe st. (2)(e) 'strah' se ima široko tumačiti te (primjerice) uključuje strah od smrti ili povrede druge osobe ili od financijskog gubitka.

(4) Dopuštenje u skladu sa st. (2)(e) može se dati samo ako sud smatra da bi se takva izjava trebala primiti u dokaze u interesu pravde, uzimajući u obzir—

(a) sadržaj izjave,

(b) bilo kakav rizik koji bi njezino prihvaćanje ili odbijanje imalo za pravičnost prema bilo kojoj stranci postupka (posebice koliko bi bilo teško osporavati izjavu ukoliko dotična osoba ne svjedoči uživo),

(c) u prikladnim slučajevima, činjenicu da bi se mogle dati upute u skladu s člankom 19. Zakona o sudovima za mladež i kaznenim dokazima iz 1999. (c. 23) (posebne mjere za davanje iskaza prestrašenih svjedoka itd.) u odnosu na dotičnu osobu, i

(d) bilo koje druge bitne okolnosti.

(5) Bilo koji ispunjeni uvjet iz st. (2) trebao bi se smatrati neispunjenim ukoliko se pokaže da su okolnosti iz tog stavka uzrokovane—

(a) od strane osobe protiv koje se odnosi sporna izjava, ili

(b) od strane osobe koja nastupa u njezino ime,

s ciljem sprječavanja dotične osobe od usmenog svjedočenja u postupku (općenito ili u pogledu sadržaja izjave).”

45. Sukladno članku 121. zakona, na članak 116(2)(e) može se pozivati samo u slučaju dokaza po čuvenju iz prve ruke; ne može se oslanjati na njega kako bi se dozvolilo primanje višestrukog prepričavanja.

Članak 124. dozvoljava primanje dokaza kojima se osporava pouzdanost odsutnog svjedoka, primjerice dopuštanjem dokaza o njegovom lošem karakteru, uključujući i prethodne osude, sklonost neistinama i tako dalje. Također dozvoljava primanje proturječnih izjava od strane svjedoka. Članak 124(2) dozvoljava prihvaćanje dokaza kojima se osporava vjerodostojnost odsutnog svjedoka u okolnosti u kojima to ne bi bilo dopustivo u pogledu živog svjedoka, primjerice kad se odnosi na sporedno pitanje u predmetu.

Kad se slučaj u potpunosti ili djelomično temelji na dokazu po čuvenju, članak 125. zahtijeva da nadležni sudac obustavi postupak – te oslobodi optuženog ili raspusti porotu – ukoliko je, imajući u vidu njegovu važnost za slučaj protiv optuženog, dokaz po čuvenju toliko neuvjerljiv da bi osuda na

temelju istog bila nepravilna. Ovime je prihvaćena preporuka 47 Komisije za pravo (vidi st. 42. gore).

Članak 126. zadržava common law diskreciju kao i onu propisanu člankom 78. nadležnog suca da isključi dokaze po čuvenju (vidi st. 40. gore). Također propisuje zakonsku diskreciju isključenja dokaza prepričavanjem ukoliko je nadležni sudac zadovoljan da „argumenti za isključivanje, s obzirom na opasnost da bi prihvaćanje imalo za posljedicu gubitak vremena, znatno pretežu one primanja dokaza, imajući na umu njegovo značenje”.

3. *Zakon o istražnim sucima i pravdi iz 2009.*

46. Uvjeti pod kojima svjedoci mogu davati anonimne izjave u kaznenom postupku sada su propisani Zakonom o istražnim sucima i pravdi iz 2009. Ranije je ovo pitanje bilo uređeno sličnim odredbama sadržanim u Zakonu o kaznenim dokazima (anonimnosti svjedoka) iz 2008., koji je usvojen nakon presude Doma lordova u predmetu *R protiv Davisa* (vidi st. 49. i 50. dolje). Prema Zakonu iz 2009. svjedoci mogu dati anonimne izjave samo na zahtjev tužiteljstva ili optuženog u postupku, te nakon što sudac izda „nalog o anonimnosti svjedoka“. Članak 87. zahtijeva da sudac bude obaviješten o identitetu svjedoka. Članci 88(2)-(6) i 89. utvrđuju uvjete koji se trebaju ispuniti kako bi se usvojio nalog o anonimnosti svjedoka. Odlučujući da li su ti uvjeti ispunjeni sud mora uzeti u obzir, *inter alia*, da li bi takav dokaz predstavljao jedini i odlučujući dokaz protiv optuženog (članak 89(2)(c)).

4. *Zakon o ljudskim pravima iz 1998.*

47. Članak 2. Zakona o ljudskim pravima iz 1998. propisuje da prilikom odlučivanja o bilo kojem pitanju koje su postavlja u svezi s nekim od prava zajamčenih Konvencijom, domaći sudovi i tribunali moraju uzeti u obzir praksu Europskog suda u mjeri u kojoj je ona, prema mišljenju tog suda ili tribunala, relevantna za postupak u kojem se takvo pitanje postavilo. Članak 6(1) propisuje da je svako postupanje javnih vlasti koje bi bilo protivno Konvenciji nezakonito.

C. Mjerodavna praksa Engleske i Walesa

1. *R protiv Sellick i Sellick*

48. Presuda ovog Suda u predmetu *Lucà protiv Italije*, br. 33354/96, st. 40., ECHR 2001-II razmatrana je od strane Žalbenog suda u predmetu *R. protiv Sellick i Sellick* [2005] EWCA Crim 651, u kojem su dva optužena navodno zastrašivala svjedoke. Nadležni sudac dozvolio je čitanje iskaza spornih svjedoka pred porotom. Optuženi su podnijeli žalbu tvrdeći da je primanje spornih iskaza u dokazni materijal povrijedilo članak 6. st. 1. u

svezi sa st. 3(d) Konvencije. Žalbeni sud odbio je njihovu žalbu. Razmatrajući mjerodavnu praksu ovog Sudu, u st. 50. svoje presude našao je da ta praksa sugerira slijedeće:

- “i) Dopustivost dokaza regulirana je prvenstveno domaćim pravom;
- ii) Dokazi u pravilu moraju biti izvedeni na javnoj raspravi te kao opće pravilo članak 6(1) i (3)(d) zahtijevaju da optuženom bude data prilika osporavanja i ispitivanja svjedoka;
- iii) Nije nužno u nesuglasnosti s člankom 6(1) i (3)(d) da se iskazi pročitaju čak i kada ne postoji mogućnost ispitivanja svjedoka niti u jednom stadiju postupka. Članak 6(3)(d) predstavlja jednostavno primjer čimbenika koji se imaju uzeti u obzir prilikom razmatranja da li je suđenje u konkretnom predmetu bilo pravično. Razlozi zbog kojih je sud smatrao nužnim pročitati izjave kao i postupak uravnoteženja bilo kakve smetnje koju je to izazvalo obrani biti će relevantni u odlučivanju da li je suđenje bilo pravično.
- iv) Kvaliteta dokaza i njihova svojstvena pouzdanost, kao i stupanj opreza koji je postojao u svezi s oslanjanjem na isti, također će biti od važnosti prilikom odlučivanja da li je suđenje bilo pravično.”

Žalbeni sud nadalje je smatrao:

“Pitanje je postoji li i peti zaključak u praksi Suda koji bi ukazivao da ne bi trebalo dopustiti čitanje izjave svjedoka kojeg optuženi nije imao priliku ispitati u nijednom stadiju postupka ukoliko ista predstavlja jedini ili odlučujući dokaz protiv njega. Na prvi pogled st. 40. presude *Luca* ukazuje da u svim okolnostima i bez obzira na bilo kakve korigirajuće faktore, ukoliko se izjava koja predstavlja jedini ili odlučujući dokaz samo pročita, doći će do povrede članka 6. Nadalje, takav pristup nalazi i ponešto utemeljenja u prethodnim presudama. Međutim, ni *Luca* niti bilo koji drugi prethodno razmatrani predmet nisu se odnosili na slučaj u kojem je svjedok, čiji je identitet bio dobro poznat optuženom, oklijevao svjedočiti zbog straha, iako moramo prihvatiti da je Sud razmatrao veoma specifične okolnosti, budući da se radilo o suđenjima mafijaškim organizacijama.”

2. *R. protiv Davisa*

49. U predmetu *R. protiv Davisa* [2008] UKHL 36 Dom lordova razmatrao je žalbu osobe osuđene za dva ubojstva. Tri svjedoka svjedočila su na suđenju i prepoznali optuženog kao ubojicu. Svjedočili su anonimno iza zastora tako da su ih sudac i porota, ali ne i optuženi, mogli vidjeti. Dom lordova jednoglasno je prihvatio žalbu optuženog.

Zaključio je da su svjedočenja bila protivna dobro ustaljenom načelu engleskog common law sustava da, uz određene iznimke i zakonske kvalifikacije, optuženi u kaznenom postupku mora biti suočen sa tužiteljima kako bi ih mogao unakrsno ispitati i osporavati njihove izjave, načelu koje potječe iz drevnog rimskog prava (Lord Bingham u st. 5.).

Štoviše, ovaj Sud nije postavio apsolutnu zabranu na prihvaćanje dokaza anonimnih svjedoka u svim okolnostima. Međutim, naveo je da se osuda ne bi smjela temeljiti isključivo ili u odlučujućoj mjeri na anonimnim svjedočenjima. U svakom slučaju, u okolnostima slučaja *Davis*, ovaj Sud bi

našao povredu članka 6: ne samo da su izjave anonimnih svjedoka bile jedini i odlučujući dokazi na kojima je Davis bio osuđen, nego mu nije omogućeno niti učinkovito unakrsno ispitivanje.

50. Lord Mance, slažući se s presudom, razmotrio je mjerodavnu praksu ovog Suda pod člankom 6. Tom prilikom izrazio je sumnju u postojanje apsolutnog uvjeta kako anonimna svjedočenja nikad ne bi smjela predstavljati jedini ili odlučujući dokaz protiv optuženog. Umjesto toga mjera u kojoj je takvo svjedočenje odlučno trebala bi se smatrati samo bitnim čimbenikom u uravnoteženju interesa. Također je smatrao da je predmet *R. protiv Sellick i Sellick* (između ostalih autoriteta) upozoravao protiv tumačenja Konvencije i općih izjava ovog Suda na način da sadrže potpuno nefleksibilna pravila.

3. *R. protiv Horncastle i ostalih*

51. Presuda Vijeća od 20. siječnja 2009. u ovim predmetima razmatrana je od strane Žalbenog i Vrhovnog suda Ujedinjenog Kraljevstva u predmetu *R. protiv Horncastle i ostalih*. Taj slučaj odnosio se na žalbe četvorice optuženih koji su bili osuđeni na temelju izjava odsutnih svjedoka, koje su pročitane na suđenju u skladu s člankom 116. Zakona iz 2003. Autor izjava koje su se odnosile na dva optužena je umro, a svjedok protiv druge dvojice bio je u strahu od pohađanja suđenja. Njihove žalbe saslušane su zajedno s onom petooptuženog koji je osuđen na temelju poslovnih knjiga koje su predstavljene na suđenju.

(a) Presuda Žalbenog suda

52. Dana 22. svibnja 2009. Žalbeni sud jednoglasno je odbio žalbe prve četvorice optuženih ([2009] EWCA Crim 964). Prihvatio je da je članak 6. st. 3(d) ima neovisan sadržaj, no budući da nije jamčio apsolutno pravo ispitivanja baš svakog svjedoka, ravnoteža koju je Zakon iz 2003. propisivao bila je legitimna i u potpunosti sukladna s Konvencijom. Dopuštanje dokaza prepričavanjem moralo se vršiti vrlo oprezno budući da je postojala ozbiljna mogućnost dovođenja u nepovoljniji položaj. Međutim, imajući na umu jamstva sadržana u Zakonu iz 2003., koja su se strogo primjenjivala, ne bi došlo do povrede članka 6. ukoliko bi se osuda temeljila isključivo ili u odlučujućoj mjeri na dokazu po čuvenju. Ukoliko je takav dokaz bio dokazivo pouzdan, ili se njegova pouzdanost mogla pravilno ispitati i ocijeniti, prava obrane bi bila poštivana, te bi postojale dovoljne protutežne mjere koje bi jamčile pravičnost suđenja. Pravilo da takve protutežne mjere nikad ne bi bile dostatne u slučajevima kada se radi o jedinom ili odlučujućem dokazu u određenom predmetu ne bi bilo prikladno. Ovakva mogućnost razmotrena je i odbačena od strane Komisije za pravo kao i Parlamenta prilikom usvajanja Zakona iz 2003.

53. Također su postojale načelne i praktične poteškoće u svezi s primjenom pravila o jedinom ili odlučujućem dokazu. Kao prvo, kao

načelna poteškoća, takav test je pretpostavljao da su svi dokazi po čuvenju bili nepouzdana bez testiranja pred sudom te, kao drugo, isto je pretpostavljalo da se utvrđivatelju činjenica (kao što je porota) ne može vjerovati da će biti u stanju procijeniti težinu takvog dokaza. Nijedna od tih pretpostavki nije bila opravdana. Što se tiče prve, Žalbeni sud dao je primjere dokaza po čuvenju koji bi bili pouzdani, kao primjerice žrtva koja bi prije umiranja otkrila ime svog ubojice. Što se tiče druge, Žalbeni sud je našao da porote nisu savršeno sposobne razumjeti ograničenja pisanih izjava, te da im se zbog toga sukladno članku 124. Zakona iz 2003. imaju dostaviti podaci o autoru takvih izjava (vidi st. 45. gore). Sama činjenica da je sporni dokaz predstavljao osnovnu vezu između niza dokaza protiv optuženog nije mijenjala taj zaključak. Primjerice, forenzički dokazi mogu ovisiti o radu neidentificiranog laboratorijskog pomoćnika (i u toj mjeri predstavljati prepričavanje). Međutim, nije bilo nužno da se svaki član laboratorija koji je bio u doticaju s određenim dokazom pozove kako bi se uspostavila snaga dokaza koji se testira.

54. Sud je također zaključio da su postojale praktične poteškoće s primjenom pravila o jedinom ili odlučujućem dokazu kao testu dopustivosti dokaza. Primijetio je:

“Jasno je iz presude *Al-Khawaja protiv Ujedinjenog Kraljevstva* da je Europski sud za ljudska prava zauzeo stajalište da je došlo do pogreške u **prihvatanju** dokaza po čuvenju: vidi posebice st. 37, 40, 42 i 46. Bilo kakav test dopustivosti mora se moći primijeniti prije samog izvođenja dokaza i neovisno o ishodu postupka. Rutinski test dopustivosti dokaza koji bi se mogao primijeniti samo retroaktivno, nakon što postane poznat ishod postupka, čini sam postupak suđenja više nego spekulativnim. Sudac, porota, svjedoci i stranke mogle bi se naći u situaciji borbe sa sjenama bez da znaju da li bi svečani rezultat suđenja mogao biti promijenjen iz razloga što se ispostavilo da test dopustivosti nije bio ispunjen. Isto tako, optuženi ne može odlučiti kako voditi svoju obranu niti da li priznati krivnju ukoliko ne zna na koje se dokaze može, a na koje ne može osloniti.

Nesumnjivo će u mnogim slučajevima biti moguće unaprijed odrediti da li sporni dokaz po čuvenju predstavlja i jedini dokaz protiv optuženog. Očit slučaj bio bi primjerice onaj od jedinog očevica, bez ikakve potvrde iz bilo kojeg drugog izvora. Ali ovo često ne bi bilo jasno od samog početka; moglo bi se dogoditi da postoje drugi dokazi koje tužiteljstvo namjerava izvesti, ali koji na raspravi ne inkriminiraju optuženog ili se učinkovito unište. S druge strane, iako se nešto u početku može činiti kao dokaz prepričavanjem koji postoji samostalno, može se s vremenom potvrditi i drugim materijalima. Svjedok može dodati nešto što je od velike važnosti, a što nije ranije izneseno, ili značenje nečega što je već navedeno može postati očito kada se izvede naizgled nepovezan daljnji dokaz. U svakom slučaju, kad postoji više suoptuženika, često je iskustvo da iskaz jednoga može bitno razjasniti krivnju ili nevinost drugog optuženika. Stoga je čak i koncept „jedinog“ dokaza nepraktičan sa stajališta dopustivosti dokaza.

Najveće probleme međutim može uzrokovati drugi aspekt predloženog testa. Nitko ne može znati koji dokaz će biti odlučujući u određenom predmetu prije završetka odlučivanja. Nikako ne bi bilo moguće odlučiti unaprijed, u stadiju postupka kada se odlučuje o dopustivosti dokaza, koji će dokaz biti odlučan ... Primjena testa još je teža ukoliko se značenje pojma „odlučujući“ tumači na način da uključuje bilo koji dokaz

za koji bi se moglo reći, ukoliko bi bio odsutan, „da smanjuje mogućnost osuđujuće, a povećava onu oslobađajuće presude“ (vidi st. 21. presude *Al-Khawaja*). Uistinu, ukoliko bi to bio test onoga što je odlučujuće, gotovo bi se svaki dokaz mogao kvalificirati kao takav; dokazi koji, ukoliko ih porota prihvati, ne povećavaju izgleda za osudu bi se time u pravilu isključivali kao nevažni.”

Žalbeni sud također je primijetio da bi test bilo nemoguće primijeniti na suđenju više suoptuženika, gdje bi jedan od njih želio izvesti dokaz po čuvenju u svoju obranu. U takvom bi slučaju nadležni sudac morao odobriti takav dokaz, čak ako bi on istovremeno inkriminirao drugog suoptuženika ili čak predstavljao odlučujući dokaz protiv njega.

55. Žalbeni sud također je smatrao da je jamstvo sadržano u članku 125. Zakona iz 2003. (ovlast nadležnog suda da obustavi predmet ukoliko dokaz po čuvenju nije uvjerljiv: vidi st. 45. gore) osiguravalo „razmjernu ocjenu pouzdanosti” dokaza po čuvenju te da bi bilo protivno pravdi ukoliko bi ta ovlast bila opterećena uvjetom da se mora primijeniti u svakom slučaju u kojem dokaz po čuvenju predstavlja jedini ili odlučujući dokaz. Jedini ili odlučujući dokaz mogao bi biti potpuno uvjerljiv, kao što bi dokaz koji nije jedini niti odlučan mogao imati takav potencijalni utjecaj na porotu da bi nadležni sudac bio uvjeren kako bi osuda bila nepravilna. Ukoliko bi postojao opravdan argument da je dokaz po čuvenju prepričavanjem neuvjerljiv i važan za predmet, nadležni sudac morao je odlučiti da li bi osuda bila pravilna; to je uključivalo ocjenu pouzdanosti dokaza po čuvenju, njegova mjesta u dokaznom materijalu općenito, pitanjima koja su se postavila u slučaju kao i sve druge specifične okolnosti predmeta. Konačno, ostala jamstva sadržana u Zakonu iz 2003. strogo su se primjenjivala i poteškoće optuženika prilikom dopuštanja takvih dokaza nailazile su na potpuno razumijevanje sudova. Zakon nije izjednačio dokaze po čuvenju s izravnim dokazima; sasvim suprotno, zahtijevao je oprez u njihovu tumačenju.

56. Žalbeni sud također je pružio vodstvo kako ocijeniti kada bi bilo prikladno dopustiti upotrebu dokaza po čuvenju kad je svjedok prestrašen. Prema praksi ovog Suda, nije proizlazilo da optuženi mora uzrokovati strah: bitna pitanja bila su da li je postojao opravdan i dokazan razlog za odsutnost svjedoka te da li je sporni dokaz pouzdan odnosno da li se njegova pouzdanost može ispravno testirati i ocjenjivati. Žalbeni sud je dodao:

“Važno je, međutim, da se učini svaki mogući napor dovođenja svjedoka pred sud. Jasno je da je pravo suočavanja jedan od dugogodišnjih uvjeta common law sustava i da je priznato u članku 6(3)(d). Od njega se može odstupiti samo u vrlo ograničenim okolnostima određenim [Zakonom iz 2003.]. Svjedoku se mora pružiti sva moguća podrška, ali mu se isto tako mora objasniti i važnost njegove građanske dužnosti kao i da će nasilje i zastrašivanje cvjetati utoliko više u slučaju da se ta dužnost ne ispunjava, ali će se u principu smanjiti ukoliko su suprotstavljene odlučnošću ostvarenja iste. Iz ovog je razloga od posebne važnosti nikad ne uvjeriti svjedoka da će se njegov iskaz pročitati na suđenju. Ukoliko optuženi ne pristane, samo sud primjenjujući stroge uvjete [Zakona iz 2003.] potkrijepljene dokazima može prihvatiti takvu izjavu. Davanje bilo kakvog nagovještaja ili jamstva može samo dovesti do

očekivanja da će se to zaista i dogoditi, a ukoliko se dogodi utjecaj dokaza će se smanjiti te šteta optuženom može uzrokovati da do toga uopće ne dođe.

Lako je moguće da u ranim stadijima policijske istrage istaknutog zločina istražitelji moraju tražiti informacije na bazi povjerljivosti: to je pitanje praktičnosti policije, a ne pitanje za nas. Ali nijednoj se osobi koja postaje svjedokom ne smije reći da će se njegov iskaz pročitati, niti mu se smije nagovijestiti da bi takvo što bilo vjerojatno. Najviše što se može reći jest da se svjedoke očekuje vidjeti pred sudom, da je svako odstupanje od tog načela iznimno i da je odluka o tome u rukama nadležnog suca, a ne policije. U slučaju koji je pred nama optuženi Marquis i Graham [dvojica žalitelja], kao što smo naveli u st. 127. i 132., nadležni sudac je zaključio da je istražni policajac znatno doprinio strahu svjedoka pozivajući se u nekoliko navrata na poznat lokalni primjer proganjanja i ubijanja svjedoka, unatoč njihovom preseljenju. Iako je bio poznat, taj je incident bio ekstremno i vrlo neuobičajen slučaj. Zadaća je policajaca da oprezno izvažu davanje bilo kakvog savjeta potencijalnim svjedocima u svrhu ispunjenja svoje obveze brige prema njima koja ne bi smjela dovesti do iznošenja takvih zastrašujućih informacija u svrhu obrane. Iako [Zakon iz 2003.] zahtijeva da strah bude tumačen široko, ne može se očekivati da strah koji je temeljen na neprikladnim uvjerenjima policajaca rezultira u čitanju dokaza i nastavljanju predmeta pred porotom na bazi istog. Ukoliko se dokaz može ocijeniti zaista jedino na način da porota vidi svjedoka, kao što će često biti slučaj, takav se dokaz ne može prihvatiti. Ukoliko se prihvati i ključan je za predmet, postoji velika vjerojatnost da će na kraju postupka sudac morati odlučiti sukladno čl. 125. da bi osuda na temelju takvog dokaza bila nepravilna.”

(b) Presuda Vrhovnog suda

57. Dana 9. prosinca 2009. Vrhovni sud Ujedinjenog Kraljevstva jednoglasno je potvrdio presudu Žalbenog suda ([2009] UKSC 14). Iznoseći presudu Vrhovnog suda, Lord Phillips je našao da, unatoč obvezi domaćeg suda da sukladno Zakonu o ljudskim pravima iz 1998. uzima u obzir praksu Strasbourga primjenjujući jasno ustanovljena načela, u rijetkim prilikama sud može odbiti pratiti takvu odluku ukoliko bi ustanovio da odluka Strasbourga nije dovoljno uzela u obzir određeni aspekt engleskog prava.

58. Lord Phillips je smatrao da optuženi ne može biti imun od osude kada svjedok koji je dao kritičnu i naočigled pouzdanu izjavu nije u mogućnosti dati izjavu na samom suđenju zbog smrti ili iz nekog drugog razloga. Analizirajući mjerodavnu praksu ovog Suda pod člankom 6. st. 3(d), Lord Phillips je zaključio da, iako je ovaj Sud priznao potrebu za iznimkama od stroge primjene članka 6. st. 3(d), način na koji je potvrdio te iznimke rezultirao je u nejasnoj praksi. Pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza uvedeno je predmetom *Doorson protiv Nizozemske*, 26. ožujka 1996., *Reports of Judgments and Decisions 1996-II* bez raspravljanja ishodišnog načela i detaljnog razmatranja da li se opravdanost takvog pravila može primjenjivati na isti način u kontinentalnom i common law sustavu. Dapače, pravilo se činilo stvorenim iz razloga što kontinentalni sustavi kaznenog postupka nisu imali postojeću praksu niti pravila koja se odnose na dopustivost dokaza kao što su postojali u common law sustavu.

59. Slažući se sa Žalbenim sudom, Lord Phillips je zaključio da bi takvo pravilo uzrokovalo ozbiljne praktične poteškoće ukoliko bi se imalo primijeniti u engleskom kaznenom postupku. Kao prvo, nije ga bilo jednostavno primijeniti budući da je bilo nejasno što se podrazumijevalo pojmom „odlučujući“: prema engleskom kaznenom pravu svi su dokazi morali imati potencijalnu dokaznu vrijednost, te u teoriji svaki takav dokaz može biti odlučujući za osudu odnosno oslobođenje od optužbe. Kao drugo, bilo bi dovoljno teško primijeniti takav test pred prvim stupnjem, ali bi bilo nemoguće za nacionalne žalbene sudove ili ovaj Sud da odluče da li je određena izjava predstavljala jedini ili odlučujući temelj za osudu. U suđenjima porote ovo bi se pravilo moglo primijeniti samo tako da se isključe bilo kakvi dokazi po čuvenju.

60. Lord Phillips dalje je primijetio:

“Test jedinog ili odlučujućeg dokaza predstavlja paradoks. Dozvoljava sudovima da uzimaju u obzir dokaze koji nisu od velikog značaja za slučaj tužiteljstva, ali ne i one koji su odlučujući. Što je dokaz uvjerljiviji, to se na njega smije manje oslanjati. Bit će mnogo slučajeva u kojima izjava svjedoka kojeg se ne može pozvati da svjedoči neće biti sigurna niti zadovoljavajuća kao baza za osudu. U nekim će slučajevima međutim sporni dokaz biti dokazivo pouzdan. Žalbeni sud dao je niz primjera. Ja ću samo dati primjer koji je varijacija jednog od njegovih. Posjetitelj Londona svjedoči automobilskoj nesreći u kojoj se krivac ne zaustavi, a koja ima za posljedicu smrt biciklista. Zapamti registraciju automobila i dade izjavu policiji u kojoj naznači registraciju, model i boju auta kao i činjenicu da je vozač bio muškarac s bradom. Nakon toga se vrati u svoju zemlju gdje i sam pogine u automobilskoj nesreći. Policija utvrdi da je automobil s navedenom registracijom zaista modela i boje koju je svjedok naveo kao i da je njegov vlasnik muškarac s bradom. Vlasnik odbije odgovoriti na pitanja o tome gdje se nalazio u vrijeme nesreće. Čini se teško opravdati pravilo koje bi spriječilo osudu vlasnika automobila na temelju izjave preminulog svjedoka, a upravo to bi bila posljedica primjene pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza.”

61. Lord Phillips je umjesto toga zaključio da Zakon iz 2003. čini takvo pravilo nepotrebnim u engleskom kaznenom pravu budući da, ukoliko se poštuju njegove odredbe neće doći do povrede članka 6. st. 3(d) čak i ukoliko bi se osuda temeljila jedino ili u odlučujućoj mjeri na dokazima po čuvenju. Kako bi objasnilo ovo pitanje, aneks 4 presude analizira niz predmeta protiv drugih država ugovornica u kojima je Sud našao povredu članka 6. st. 1 u svezi s člankom 6. st. 3(d). U svakom od tih slučajeva, da je suđenje održano u Engleskoj i Walesu, iskaz svjedoka ne bi bio dopustiv prema odredbama Zakona iz 2003. bilo zbog toga što je svjedok bio anonimn i odsutan ili zbog toga što nadležni sud nije poduzeo odgovarajuće mjere da osigura postojanje uvjerljivih razloga za njegovo odsustvo. Čak i da je takav dokaz bio dopušten, svaka osuda koja bi se na njemu temeljila bila bi ukinuta po žalbi.

62. Lord Brown dao je suglasno mišljenje u kojem je naveo:

“Ove su žalbe od velike važnosti. Ukoliko praksa Strasbourga zaista predviđa nefleksibilno i nekvalificirano načelo da svaka osuda koja se temelji jedino ili u odlučujućoj mjeri na dokazima danim od strane odsutnih ili anonimnih svjedoka

PRESUDA AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

nužno mora biti osuđena kao nepravična i ukinuta kao protivna člancima 6(1) i 6(3)(d) Konvencije, onda je čitav domaći sustav jamčenja prava na pravično suđenje – koji je sad ustoličen (što se tiče dokaza prepričavanjem) u Zakonu o kazenoj pravdi iz 2003. i (što se tiče anonimnih dokaza) Zakonu o kaznenim dokazima (od strane anonimnih svjedoka) iz 2008. [vidi st. 46. gore] – manjkav i mnogi će krivi optuženici morati biti pušteni. Teško je pretpostaviti da je sud u Strasbourgu zaista postavio takvo apsolutno načelo poput ovoga te se jedna iznimka od istog barem čini priznatom: pravičnost dopuštanja dokaza prepričavanjem od svjedoka koji je odsutan iz razloga zastrašivanja od samog optuženog.

...

Niti se može pretpostaviti da je Strasbourg namjeravao izazvati praktične probleme i anomalije koje je identificirao Žalbeni sud (st. 61-63 i 68-71 [njegove presude]) koji neminovno proističu iz bilo kakvog apsolutnog načela kakvo se ovdje navodi. Jasno je da što je dokaz bitniji za krivnju optuženog, to sud mora imati više obzira kako bi osigurao da se takav dokaz može pošteno izvesti i da može biti pouzdan. S tim u svezi primjena pravila „jedinog ili odlučujućeg dokaza“ ne može biti štetna, ukoliko se isto tumači u širem smislu – kao što to čini Zakon iz 2008. u pogledu anonimnih svjedoka, kao i u kontekstu naloga kontrole gdje se odnosi više na navode protiv osumnjičenog nego na izvedene dokaze. Shvaćeno i primijenjeno na nefleksibilan način, ovo bi načelo stvorilo nerješive probleme detaljnog tumačenja i primjene.

Stoga bi bilo bolje smatrati da takvo opće načelo ne proizlazi iz presude suda u Strasbourgu u predmetu *Al-Khawaja i Tahery protiv Ujedinjenog Kraljevstva...*”

III. MJERODAVNO KOMPARATIVNO PRAVO

1. Škotska

63. Uz određene zakonom propisane iznimke, prema škotskom kaznenom pravu osoba se ne može osuditi za kazneno djelo na temelju nepotvrđenog svjedočenja samo jednog svjedoka, koliko god ono bilo uvjerljivo (vidi *Morton protiv HM Advocate* 1938 JC 52, citirano u *Campbell protiv HM Advocate* 2004 S.L.T. 135).

64. Dokazivanje po čuvenju je uređeno člankom 259. Zakona o kaznenom postupku (Škotske) iz 1995., koji dopušta prihvaćanje takvog dokaza pod određenim uvjetima, uključujući u slučajevima kada je osoba koja je dala izjavu u međuvremenu umrla. Članak 259(4) dopušta prihvaćanje dokaza koji je bitan za vjerodostojnost osobe kao svjedoka. U predmetu *N protiv HM Advocate* 2003 S.L.T. 761 Visoki sud pravde je, zasjedajući kao žalbeni sud, nevoljko zaključio da tekst članka 259. nije ostavljao sudu diskreciju koju je ranije uživao prema common law-u da isključi takve dokaze ukoliko ih je smatrao nevjerodostojnima. Sudac Clerk je unatoč članku 259. primijetio da je još uvijek postojala već daleko priznata opasnost u dokazima po čuvenju. Dodao je:

“Kad se govori o primjeni opće odredbe poput one iz članka 259., sigurno će se pojaviti slučajevima u čijim bi okolnostima dokaz po čuvenju bio toliko štetan za pravičnost postupka da bi jedina poštena i pravilna odluka bila izdvojiti ga iz dokaznog materijala. Smatram da je ovo upravo takav slučaj.

Nisam zadovoljan trima jamstvima na koje se pozvao nadležni sudac (*HM Advocate protiv N*, na str. 437C–E). Uvjet potkrepljivanja je vrlo neutralan i to se jamstvo primjenjuje na dokaze tužiteljstva u bilo kojem obliku. Ne razumijem kakvo smisleno jamstvo pruža uvjet potkrepljivanja ukoliko je primarni dokaz koji se ima potkrijepiti *per se* nepravičan prema optuženom. Štoviše, vodeći dokaz o vjerodostojnosti autora dokaza po čuvenju može u najbolju ruku dovesti do ograničenja štete koju je već uzrokovao jasno štetan dokaz. Što se tiče jamstva upute suca, smatram da bi mogli postojati slučajevi u kojima bi dokaz po čuvenju mogao biti toliko štetan da nikakva uputa, bez obzira na njezinu jačinu, ne bi mogla adekvatno nadoknaditi štetu uzrokovanu načelu pravičnosti time što je prethodno bio prihvaćen u dokazni materijal. ...

U engleskim odredbama koje uređuju dopustivost izjava sadržanih u dokumentu parlament je izričito ostavio diskreciju sudu da isključi takvu izjavu ukoliko smatra da interesi pravde zahtijevaju da ista ne bude prihvaćena kao dokazni materijal. Sud mora također uzeti u obzir i rizik koji bi uključivanje takvog dokaza moglo imati na nepravičnost prema optuženom (Zakon o kaznenoj pravdi iz 1988., čl. 25(1), 25(2)(d) i 26(ii); cf *R protiv Gokal*). Prema mom mišljenju, ovo su razborite odredbe. Da su takve odredbe bile dostupne sucu u ovom predmetu, mogle su mu omogućiti da otpočeka isključi dokaz po čuvenju.”

65. Visoki sud pravde također je razmatrao sukladnost uvođenja dokaza odsutnog svjedoka sa člankom 6. st. 3(d) u predmetu *McKenna protiv HM Advocate*. U tom je suđenju za ubojstvo tužilaštvo željelo izvesti kao dokaz izjave date policiji mogućeg suoptuženika koji je u međuvremenu umro. U preliminarnoj odluci usvojenoj prije suđenja (2000 SLT 508), Visoki sud pravde, zasjedajući kao žalbeni sud, našao je da bi samo u vrlo iznimnim slučajevima optuženi mogao tvrditi i prije suđenja kako bi dopuštanje dokaza po čuvenju bilo toliko štetno za pravičnost postupka da bi sud morao o tom pitanju odlučiti unaprijed. Stoga je dopustio nastavak suđenja. Nakon što su sporne izjave izvedene pred sudom i optuženi je osuđen, žalio se protiv svoje osude. U odluci kojom odbija tu žalbu (2003 SLT 508), Visoki sud pravde je našao da, iako su sporne izjave predstavljale važan dokaz, uzimajući u obzir ostale izvedene dokaze (koji su uključivali priznanje optuženog kao i forenzičke dokaze), nije se moglo zaključiti da je osuda žalitelja u odlučujućoj mjeri bila utemeljena upravo na tim spornim dokazima. Porota je također dobila primjerenu i zadovoljavajuću uputu kako procijeniti izjavu odsutnog svjedoka. Isti sud došao je do sličnog zaključka i u predmetu *HM Advocate protiv M* 2003 SLT 1151.

66. Sukladnost pravila o dokazima prepričavanjem s člankom 6. st. 3(d) Visoki sud pravde nadalje je razmatrao u predmetu *Campbell protiv HM Advocate*, citiranom gore. Sud je primijetio da je u mjerodavnoj praksi Europskog suda najviše povreda članka 6. st. 3(d) pronađeno u jurisdikcijama koje nisu primjenjivale pravilo škotskog prava o potkrepljivanju:

“Većina situacija u kojima je sud našao povredu čl. 6(1) i (3)(d) ne bi se mogle dogoditi u Škotskoj. Zahvaljujući pravilu o potkrepljivanju svih odlučujućih činjenica, osuda se ne bi mogla temeljiti samo na dokazu jednog jedinog svjedoka, bilo u primarnom ili sekundarnom obliku. Povrede Konvencije pronađene su gdje se

glavnog svjedoka protiv optuženog nije moglo ispitati ili, u slučaju postojanja nekoliko ključnih svjedoka, gdje se nijednog on njih nije moglo ispitati. Nije nam naveden niti jedan slučaj u kojem je pronađena povreda u okolnostima gdje je optuženi imao prilike ispitati ili dati da se ispita žalitelj ili drugi izravni ili ključni svjedok, dok su ostali podržavajući dokazi bili u obliku izjava. Izraz ‘u odlučujućem opsegu’, kako to koriste europske vlasti, očito se odnosi na značaj dokaza u smislu njegove težine. Ne odnosi se na bilo kakvo pravilo da se osuda ne bi mogla temeljiti na samo jednom izvoru dokaza. Činjenica da je dokaz po čuvenju podložan gore navedenom pravilu potkrepljivanja ne znači sama po sebi da bi takav dokaz bio ‘odlučan’ u europskom smislu.

U ovakvim okolnostima nismo uvjereni da bi u svakom slučaju u kojem je dokaz po čuvenju nužan za kraljevsko potkrepljivanje dokaza došlo do povrede čl. 6(1) i (3)(d). Potrebno je, međutim, da nadležni suda u kontekstu svih dostupnih dokaza u predmetu razmotri značenje bilo kakvog dokaza prepričavanjem podnesenog od strane tužilaštva te da poduzme odgovarajuće korake kako bi osigurao da time ne dođe do povrede prava na pravično suđenje optuženog.”

67. Sud je dodao da bi se prilikom davanja upute poroti trebalo imati na umu mišljenje suca Clerka dano u predmetu *N protiv HM Advocate*, citirano gore. Visoku sud pravde je u predmetu *Campbell* usvojio žalbu prvog žalitelja iz razloga neprimjerene upute nadležnog suca poroti. Odbio je žalbu drugog žalitelja u dijelu u kojem se odnosila na članak 6. Konvencije zaključivši da dokaz po čuvenju nije bio ključan te da je glavni dokaz protiv njega bio iskaz jednog od svjedoka na samom suđenju.

68. *Campbell* je primijenjen u predmetu *HM Advocate protiv Johnstona* 2004 S.L.T. 1005 gdje je nadležni sud u odluci usvojenoj tijekom suđenja dozvolio prihvaćanje izjave policiji date od strane svjedoka koji je potom preminuo prije početka suđenja; izjava se smatrala dopustivom *inter alia* jer nije mogla biti “odlučna”. U predmetu *Humphrey protiv HM Advocate* [2008] HCJAC 30, Visoki sud pravde primijetio je da ima “velikih poteškoća” u razumijevanju pojma “odlučnosti” u kontekstu slučaja koji se temeljio na posrednim dokazima te u kojem izjava dana policiji od strane svjedoka koji je naknadno preminuo nije bila “ni približno odlučna” te je i bez nje bilo dovoljno dokaza za osudu. Do sličnog ishoda došlo je i u predmetima *Allison protiv HM Advocate* [2008] HCJAC 63 i *Harkins protiv HM Advocate* [2008] HCJAC 69.

2. Irska

69. U svom konzultacijskom papiru o dokazima po čuvenju u građanskim i kaznenim predmetima iz ožujka 2010. irska Komisija za reformu prava uvjetno je preporučila da bi se takvi dokazi, podložni postojećim iznimkama predviđenim u common law-u ili zakonu, i dalje trebali isključiti u kaznenim postupcima. Također je uvjetno preporučila da se ne bi trebala zakonom uvesti mogućnost uvođenja dokaza po čuvenju na temelju diskrecije te da pojmovi vjerodostojnosti i nužnosti ne bi trebali biti temelj reforme pravila oko takvih dokaza budući da nisu bili dovoljno jasni.

70. Komisija je također primijetila:

“Članak 38.1 Ustava Irske štiti pravo na unakrsno ispitivanje i slobodno dopuštanje dokaza po čuvenju u kaznenim postupcima povrijedilo bi ovo ustavom zaštićeno pravo. Postoje određene opasnosti u dopuštanju izvođenja dokaza nedostupnih svjedoka: ono ugrožava pravo optuženog na pravično suđenje otvara vrata pogrešnom provođenju pravde do koje bi došlo ukoliko bi se dozvolilo prihvaćanje u dokazni materijali slijedećih kategorija svjedoka:

Kada je svjedok preminuo (s iznimkom izjave prilikom umiranja);

Kad svjedok zbog tjelesnih ili mentalnih poteškoća nije u mogućnosti dati iskaz;

Kad je svjedok izvan jurisdikcije suda;

Kada svjedok ne može biti pronađen.”

71. Komisija je odbila preporučiti prihvaćanje u Irskoj zakonskog rješenja Engleske i Wales, a pogotovo članka 114. Zakona iz 2003. Primijetila je:

“Ovakav model reforme oslabljuje pravilo do te mjere da gotovo čini suvišnim pravilo protiv dokaza po čuvenju. Kategorije dopustivih dokaza po čuvenju su prema ovom modelu znatno proširene te, imajući u vidu ustavnu zaštitu prava na unakrsno ispitivanje, Komisija prethodno smatra da bi dopuštanje uvođenja u dokazni materijal neispitanih dokaza uplašanih ili nedostupnih svjedoka ugrozilo to pravo. Komisija primjećuje da je prethodno preporučila kako bi sudovi trebali zadržati diskreciju da razviju pravilo o dokazima po čuvenju ukoliko se za time ukaže potreba.”

Komisija je također zaključila da je (uz moguće rezervacije koje se tiču konačnog ishoda u ovim slučajevima), praksa ovog Suda uvelike u skladu s pristupom usvojenim u irskom pravu.

3. Australija

72. Australijski sudovi oduvijek su imali strog pristup isključivanju izjava datih izvan suda (vidi, na primjer, *Bannon protiv Kraljice* (1995) 185 CLR 1).

73. Dopustivost dokaza po čuvenju u federalnim kaznenim postupcima u Australiji uređeno je Zakonom o dokazivanju iz 1995. Članak 65. tog zakona dopušta prihvaćanje dokaza o prethodnim iskazima (na primjer izjavama) ukoliko svjedok nije u mogućnosti svjedočiti o “utvrđenoj činjenici”. Takav će dokaz biti dopustiv *inter alia* ukoliko: (i) je iskaz uslijedio u trenutku ili nedugo nakon što se tvrdena činjenica dogodila u okolnostima koje čine nevjerovatnim da bi iskaz mogao biti izmišljen (članak 65(2)(b)); ili (ii) je iskaz dat u okolnostima koje ga vrlo vjerovatno čine pouzdanim (članak 65(2)(c)).

74. Federalni sud Australije je u predmetu *Williams protiv Kraljice* (2000) 119 A Crim R 490 razmatrao primjenu ovih odredbi u kontekstu izjava svjedoka koji je umro. Sud je zaključio da u konkretnim okolnostima slučaja izjava data policiji nije bila dovoljno pouzdana, posebice iz razloga što je svjedok imao razloga reći policiji ono što su željeli čuti. Slične zakonske odredbe Vrhovni sud Novog Južnog Walesa razmatrao je u predmetu *Harris protiv Kraljice* (2005) 158 A Crim R 454), gdje je izjava

preminulog žalitelja ocijenjena kao dovoljno pouzdana da bi bila dopuštena, budući da je između ostalog dotični znao da će policija ispitati ostale svjedoke u slučaju.

4. Kanada

75. Odredbe o dokazima po čuvenju u Kanadi reformirane su trima načelnim odlukama Vrhovnog suda Kanade, koji je uveo „načelni pristup“ dopustivosti takvih dokaza.

76. Kao prvo, u predmetu *R protiv Khana* [1990] 2 S.C.R. 531, Vrhovni sud je zaključio da je nadležni sudac pogriješio odbijanjem prihvatanja neprisegnutog iskaza od strane žrtve, tri i pol godišnje djevojčice, koja je tvrdila da je bila seksualno napastvovana, kao i odbijanjem izjave koju je djevojčica dala svojoj majci petnaest minuta nakon napada. Ukoliko se ne bi dozvolili neprisegnuti dokazi, došlo bi do opasnosti da se kaznena djela protiv vrlo male djece nikad ne bi mogla progoniti. U pogledu izjave majci, Vrhovni sud je smatrao da bi bilo prikladnije zauzeti fleksibilniji pristup od onog „načelnog“ dokazima po čuvenju. Unatoč potrebnom oprezu, takvi bi se dokazi mogli prihvatiti ako su ispunjena dva opća uvjeta nužnosti i pouzdanosti. Odlučujući o dopustivosti, nadležni sudac je trebao uzeti u obzir potrebu zaštite interesa optuženog. Nedoumice glede pouzdanosti dokaza trebale su biti razriječene težinom koja bi mu se pridala, te podnescima o njegovoj kvaliteti kao i ostalim potvrđujućim dokazima.

77. Kao drugi, u predmetu *R protiv Smitha* [1992] 2 S.C.R. 915 sud je odobrio „načelni pristup“ zauzet u predmetu *Khan* i zaključio da su dva telefonska poziva koja je pokojnica uputila svojoj majci nedugo prije svoje smrti bila dopustiva. Međutim, majčin iskaz u vezi trećeg telefonskog poziva nije se trebao dopustiti budući da okolnosti pod kojima je taj poziv upućen nisu sadržavale „posredno jamstvo pouzdanosti“ koje bi opravdalo njegovo prihvaćanje bez unakrsnog ispitivanja.

78. *Khan* i *Smith* prethodili su predmetu *R. protiv Rockey* [1996] 3 S.C.R. 829. Vrhovni sud je bio zadovoljan da bi bilo koji razuman sudac smatrao neophodnim prihvatiti izjave date prije suđenja od strane petogodišnjaka koji se žalio na seksualni napad. Sudac McLachlin J je primijetio (u svojem izdvojenom mišljenju presudi) da je predmet protiv žalitelja bio jak: izjave djeteta su bile potpuno dosljedne i podržane *inter alia* medicinskim dokazima kao i dokazima o njegovim promjenama u ponašanju nakon napada te nepostojanju bilo kakvog prihvatljivog objašnjenja osim onoga da je žalitelj zaista i počinio navedeni napad.

79. Do trećeg i najbitnijeg razvoja u praksi Vrhovnog suda došlo je presudom *R. protiv Khewalona* [2006] 2 S.C.R. 787, u kojoj je primijenjen strog pristup pouzdanosti. Predmet se ticao pritužbe o napadu starijeg stanovnika doma za umirovljenike protiv jednog od zaposlenika tog doma. Pacijent S dao je policiji izjavu koja je snimljena videovrpcom; izjava nije bila pod prisegom. Nakon što je S dao svoju izjavu i drugi stanovnici doma

dali su izjave kako je optuženi i njih napastvovao. Do početka suđenja, svi oni koji su dali izjave, uključujući i osobu S su ili umrli ili nisu više bili sposobni svjedočiti. Neke od izjava su primljene u dokaze zbog zapanjujuće sličnosti između njih. Žalbeni sud Ontaria isključio je sve te izjave i oslobodio optuženog. Vrhovni sud je odbio žalbu Krune i potvrdio oslobađajuću presudu. Vrhovni sud je pritom razjasnio svoju prethodnu praksu glede pouzdanosti i utvrdio da bi se taj uvjet u principu ispunio kad bi se pokazalo: (i) da nije bilo prave sumnje u to da li je izjava istinita zbog okolnosti u kojima je nastala; ili (ii) da nije bilo pravne sumnje zbog toga što su se istina i točnost izjave mogle dostatno testirati drugim načinom osim unakrsnog ispitivanja. Bilo je na nadležnom sucu da unaprijed ocijeni „prag“ pouzdanosti izjave i da ostavi krajnju odluku o njezinoj vrijednosti onima koji utvrđuju činjenice/poroti. Sudac je morao razmotriti sve relevantne faktore uključujući, u prikladnim slučajevima, postojanje potvrđujućih ili opovrgavajućih dokaza. Sudac Charron J, dajući jednoglasnu presudu suda, je izjavio (u st. 49. presude):

“U nekim slučajevima, radi okolnosti u kojima je data, sadržaj izjave po čuvenju može biti toliko pouzdan da suvremeno unakrsno ispitivanje autora takve izjave ne bi značilo ništa ili vrlo malo za sam postupak. U drugim slučajevima, dokaz možda nije bio toliko uvjerljiv, ali okolnosti dopuštaju njegovo ispitivanje drugim metodama osim suvremenog unakrsnog ispitivanja. U takvim će okolnostima prihvaćanje dokaza rijetko negativno utjecati na pravičnost postupka. Međutim, budući da pravičnost postupka može uključivati čimbenike koji prelaze strogo ispitivanje nužnosti i pouzdanosti, čak i ako su ta dva kriterija ispunjena, nadležni sudac ima diskreciju isključiti dokaz po čuvenju kad njegov predrasudni učinak premašuje njegovu dokaznu vrijednost.”

80. Sud je zaključio da izjave osobe S nisu bile dopustive. Primijetio je da su optužbe protiv Khelawona bile „u potpunosti utemeljene“ na istinitosti optužbi iznesenih u izjavama osobe S (st. 101. presude). Nepostojanje bilo kakve mogućnosti njegova unakrsnog ispitivanja bila je od utjecaja na pitanje pouzdanosti i nisu postojala adekvatna zamjenska sredstva za testiranje tog dokaza. Pravilo načelne iznimke nije predviđalo mogućnost osude na temelju izjave policiji, bila ona snimljena na videovrpcu ili ne, bez ičega više (st. 106. presude). Niti se uvjet pouzdanosti mogao ispuniti pozivanjem na svojstvenu istinitost izjave; ovo nije predmet poput Khana gdje je uvjerljivost dokaza bila takva da bi bilo pretjerano inzistirati na testiranju putem unakrsnog ispitivanja. S je bio je starije životne dobi i krhak; njegove mentalne sposobnosti bile su upitne i nije bilo medicinskog dokaza da su njegove ozljede mogle biti prouzrokovane padom. Također nije bilo sigurno da je on sam razumio posljedice svoje izjave za optuženog. U takvim okolnostima je nemogućnost svjedočenja osobe S uzrokovala značajna ograničenja mogućnosti optuženog da testira njegove izjave kao i odlučivatelja činjenica da pravilno procijeni vrijednost istih.

5. *Hong Kong*

81. U svom izvješću iz studenog 2009., Komisija za reformu prava Hong Konga predložila je značajne izmjene pravilima o dopustivosti dokaza po čuvenju u kaznenim postupcima u toj jurisdikciji. Predložila je zadržavanje postojećeg pravila u Hong Kongu protiv dopuštanja dokaza po čuvenju, ali i uvođenje veće mogućnosti za prihvaćanje takvih dokaza u određenim okolnostima. Komisija je odbila engleski zakonski model sadržan u Zakonu iz 2003., primijetivši da Hong Kong nije imao zakonske mehanizme isključenja dokaza po čuvenju koji su se primjenjivali u Engleskoj i Walesu, kao što su članak 126(1) Zakona iz 2003. i članak 78. Zakona o policiji i kaznenim dokazima (vidi st. 40. i 45. gore). Komisije je također opazila da, iako su nudili pravičan stupanj sigurnosti i dosljednosti prilikom odlučivanja, razlozi za prihvaćanje dokaza po čuvenju prema članku 116. Zakona iz 2003. su imali „učinak pretjeranog uključivanja jer su dopuštali prihvaćanje svih vrsti dokaza, pa tako i nepouzdanih dokaza po čuvenju ” (st. 8.25 Izvješća).

Komisija je umjesto toga predložila model reforme koje se temeljio na pristupu Komisije o pravu Novog Zelanda (vidi st. 81. dolje) i onog kanadskih sudova nakon presude *Khelawon*. Preporučila je da bi dokazi po čuvenju trebali biti prihvaćeni *inter alia* ukoliko je nadležni sudac zadovoljan da bi prihvaćanje takvih dokaza bilo nužno i da su dokazi pouzdani. Ocjena pouzdanosti nadležnog suca trebala bi uključivati činjenicu da li je dokaz po čuvenju potvrđen drugim dopustivim dokazima. Komisija je također preporučila da sud u bilo kojem stadiju kaznenog postupka nakon prihvaćanja dokaza po čuvenju ima mogućnost dati uputu za oslobađanje optuženog ukoliko sudac smatra da bi osuđujuća presuda bila pogrešna. Donoseći takvu odluku sud bi trebao uzeti u obzir između ostalog i važnost takvog dokaza za predmet protiv optuženog. Komisija je također zaključila da su ove preporuke značile da bi novi model reforme bio u skladu s odlukom Vijeća u ovim predmetima.

6. *Novi Zeland*

82. Komisija za pravo Novog Zelanda je u svom izvješću o dokazima iz 1999. preporučila da bi se dopustivost dokaza po čuvenju trebala temeljiti na dva uvjeta: pouzdanosti i nužnosti. Ova je preporuka usvojena u Zakonu o dokazivanju iz 2006., koji je stupio na snagu 2007. Članak 18(1) tog zakona propisuje:

“Izjava po čuvenju bit će dopustiva u bilo kojoj vrsti postupka ako—

(a) okolnosti koje se tiču te izjave pružaju razumno osiguranje pouzdanosti te izjave; i

(b) ili—

(i) je autor izjave nedostupan kao svjedok; ili

(ii) sudac smatra da bi se pozivanjem na svjedočenje autora izjave izazvali nepotrebni troškovi ili gubitak vremena.”

83. „Okolnosti” su u ovom kontekstu definirane čl. 16(1) na način da uključuju: (a) narav izjave; (b) sadržaj izjave; (c) okolnosti koje se odnose na davanje izjave; (d) bilo koje druge okolnosti koje se odnose na iskrenost osobe; i (e) bilo koje druge okolnosti koje se odnose na točnost opažanja osobe.

84. Članak 8(1) zakona propisuje da se dokaz mora isključiti ukoliko rizik da bi taj dokaz mogao (a) imati nepravično predrasudni učinak na postupak ili (b) bespotrebno produžiti postupak premašuje dokaznu vrijednost samog dokaza. Članak 8(2) propisuje da prilikom odlučivanja da li je taj rizik premašio dokaznu vrijednost dokaza, sudac mora uzeti u obzir pravo optuženika na učinkovitu obranu.

7. Južna Afrika

85. Iako se u Južnoj Africi više ne održavaju suđenja porotom, ta je zemlja također znatno reformirala svoj zakon o dokazima po čuvenju. Članak 3(4) Zakona o izmjenama zakona o dokazivanju iz 1988. definira dokaze po čuvenju kao pisane ili usmene dokaze čija dokazna vrijednost ovisi o pouzdanosti neke druge osobe, a ne one koja daje takav dokaz. Sukladno članku 3(1) takvi dokazu nisu dopustivi osim ako (i) su suglasno prihvaćeni; (ii) osoba o čijoj vjerodostojnosti ovisi takav dokaz svjedoči; ili (iii) sud smatra da bi se takav dokaz trebao prihvatiti u interesu pravde. Članak 3(1)(c) propisuje da sud prilikom odlučivanja mora uzeti u obzir: (i) narav postupka; (ii) narav dokaza; (iii) svrhu u koju se dokaz predlaže; (iv) dokaznu vrijednost dokaza; (v) razlog zbog kojeg dokaz ne daje osoba o čijoj vjerodostojnosti ovisi dokazna vrijednost tog dokaza; (vi) bilo kakvu predrasudu koju bi prihvaćanje takvog dokaza moglo proizvesti za stranku; i (vii) bilo koji drugi faktor koji bi prema mišljenju suda također trebao biti uzet u obzir.

86. U predmetu *Države protiv Ramavhale* [1996] ZASCA 14, Vrhovni sud je primijetio da unatoč članku 3(1) još uvijek postoji „intuitivno oklijevanje dopuštanja upotrebe netestiranih dokaza protiv optuženog u kaznenom postupku”. Također je potvrdio prethodnu praksu da bi sud trebao „dugo oklijevati“ prilikom prihvaćanja ili oslanjanja na dokaz po čuvenju koji ima odlučujuće značenje u osudi optuženog, osim ako postoje važni razlozi za to. Unatoč reformi uvedenoj člankom 3(1), Vrhovni sud je zaključio da bi se pouzdanost i dalje trebala smatrati faktorom prilikom odlučivanja o dopustivosti dokaza po čuvenju. Štoviše, u tom slučaju, prilikom ocjenjivanja predrasudnog učinka koji bi mogao nastati za optuženog ukoliko bi se prihvatio dokaz po čuvenju, nadležni je sudac pogriješio time što se oslonio na činjenicu da je optuženi imao druge načine osporavanja tog dokaza, poput osobnog svjedočenja; logični zaključak glede ovog pristupa jest da bi država dopuštanjem „tankih“ dokaza po čuvenju

mogla natjerati optuženog da svjedoči u predmetu gdje bi mu nepostojanje drugih izravnih dokaza omogućavalo da ne svjedoči.

Uvjerljivi razlozi za prihvaćanje dokaza po čuvenju, unatoč njegovoj odlučujućoj prirodi, pronađeni su u predmetu *Države protiv Ndhlovu i ostalih* [2002] ZASCA 70, iz razloga što je jamstvo pouzdanosti dokaza bilo visoko i taj se dokaz snažno isprepletao s ostalim dokazima u predmetu. Vrhovni sud je ponovio sumnje izražene u predmetu *Ramavhale* glede prihvaćanja ili oslanjanja na dokaze po čuvenju koji su imali znatnu ili odlučujuću ulogu u osudi optuženog u predmetima *Države protiv Libazi i ostalih* [2010] ZASCA 91, *Države protiv Mpungose i drugog* [2011] ZASCA 60, i *Države protiv Mamushe* [2007] ZASCA 58. U posljednjem je Vrhovni sud također primijetio da se činilo razumnim da bi dokaz po čuvenju koji bi samo nadopunjavao mozaik bio lakše prihvatljiv nego onaj koji predstavlja vitalan dio predmeta države.

8. Sjedinjene Američke Države

87. Šesti amandman Ustava SAD-a jamči optuženom u svim kaznenim postupcima pravo suočavanja sa svjedocima protiv njega („klauzula o suočavanju”). U predmetu *Ohio protiv Robertsa* 448 U.S. 56 (1980) Vrhovni sud SAD-a zaključio je da je dokaz sa „nabrojanim jamstvima vjerodostojnosti ” dopustiv bez suočavanja. Ovo je izmijenjeno u predmetu *Crawford protiv Washingtona* 541 U.S. 36, gdje je sud odlučio da se klauzula o suočavanju primjenjivala na sve dokaze koji su po svojoj naravi svjedočanstveni te da nije postojala baza u Šestom amandmanu za dopuštanje dokaza isključivo na temelju njihove vjerodostojnosti. Kad se radilo o izjavama svjedoka, jedina indicija vjerodostojnosti koja je bila dostatna bila je ona propisana Ustavom: suočavanje. Dokazi u obliku izjava svjedoka su prema tome nedopustivi ukoliko se svjedok ne pojavi na suđenju ili, ako je isti nedostupan, ako optuženi nije imao priliku prethodno ga unakrsno ispitati (vidi također *Melendez-Diaz protiv Massachusettsa* 129 S.Ct. 2527 (2009) i *Bullcoming protiv New Mexica* 131 S.Ct. 2705 (2011)).

Pravo na suočavanje sa svjedokom bit će izgubljeno ukoliko se dokaže da je optuženi prestrašio svjedoka da ne svjedoči (*Davis protiv Washingtona* 547 U. S. 813 (2006) i *Giles protiv Kalifornije* 554 U.S. 353 (2008)).

PRAVO

I. NAVODNA POVREDA ČLANKA 6. ST. 1. I 3. (d) KONVENCIJE

88. Članak 6. st. 1. i 3 (d) Konvencije glase kako slijedi:

“1. Radi utvrđivanja svojih prava i obveza građanske naravi ili u slučaju podizanja optužnice za kazneno djelo protiv njega svatko ima pravo da zakonom ustanovljeni neovisni i nepristrani sud pravično, javno i u razumnom roku ispita njegov slučaj....

3. Svatko optužen za kazneno djelo ima najmanje sljedeća prava:

...

(d) da ispituje ili daje ispitati svjedoke optužbe i da se osigura prisutstvo i ispitivanje svjedoka obrane pod istim uvjetima kao i svjedoka optužbe...”

A. Odluka Vijeća

89. Prema mišljenju Vijeća, članak 6. st. 3(d), kao i ostali elementi istog, predstavljao je jedno od minimalnih prava koja su imala biti zajamčena svakome tko je optužen za kazneno djelo. Vijeće je također primijetilo da kao minimalna prava odredbe članka 6. st. 3. predstavljaju izričita jamstva te se ne mogu tumačiti kao primjeri pitanja koji se imaju uzeti u obzir prilikom razmatranja pravičnosti postupka.

90. Vijeće je nadalje opazilo da koji god razlog postojao za nemogućnost optuženog da ispita određenog svjedoka – bilo to odsustvo, anonimnost ili oboje – početna točka za razmatranje od strane Suda da li je došlo do povrede članka 6. st. 1. i 3. (d) bila je navedena u predmetu *Lucà*, prethodno citiranom, u st. 40.:

“Ukoliko je optuženi imao odgovarajuću i pravilnu priliku osporiti izjave bilo u trenutku kad su iste date ili kasnije, njihovo primanje u dokaze neće samo po sebi biti protivno članku 6. st. 1. i 3 (d). Međutim, posljedica toga je da kada je osuda utemeljena jedino ili u odlučujućoj mjeri na izjavama datim od strane osoba koje optuženi nije imao prilike ispitati, bilo tijekom istrage ili suđenja, prava na obranu su ograničena do mjere koja nije suglasna s garancijom predviđenom u članku 6. [upućivanja izostavljena].”

91. Vijeće je primijetilo da su obje stranke bile suglasne razmatrati predmete na temelju pretpostavke da je svaka od osuda bila isključivo ili u odlučujućoj mjeri utemeljena na izjavama dvaju spornih svjedoka. Vijeće je potom razmotrilo čimbenike protuteže na koje se Vlada pozvala u svakom od predmeta. Kao prvo je razmotrilo je li u svakom od slučajeva sudac pravilno primijenio mjerodavni zakonski test te je li Žalbeni sud razmatrao opravdanost svake od osuda. Zaključilo je da su ovi čimbenici imali ograničenu težinu budući da je sporno pitanje u svakom od slučajeva bilo upravo da li su suci i Žalbeni sud postupili u skladu s člankom 6. st. 1. i 3.(d) Konvencije.

92. Što se tiče predmeta Al-Khawaja, Vijeće je nastavilo:

“41. Razmatrajući činjenice predmeta g. Al-Khawaje, Sud primjećuje da su relevantni protutežni čimbenici koje je navela Vlada činjenica da izjava ST nije sama po sebi natjerala podnositelja da svjedoči; da nije bilo sumnji u dogovor između tužiteljica; da su postojale proturječnosti između izjave ST i onog što su izjavili ostali svjedoci, a koje su se mogle istražiti unakrsnim ispitivanjem tih ostalih svjedoka; činjenica da je obrana imala mogućnost osporavati njezinu vjerodostojnost; i

PRESUDA AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

upozorenje poroti da ima na umu da nisu ni vidjeli ni čuli izjavu ST te da ista nije bila predmetom unakrsnog ispitivanja.

42. Razmotrivši navedene čimbenike, Sud ne može zaključiti da niti jedan od njih niti oni zajednički mogu uravnotežiti predrasudu za obranu koja je nastala prihvaćanjem izjave ST u dokaze. Točno je da bi i bez izjave ST podnositelj zahtjeva možda morao svjedočiti kao dio svoje obrane po drugoj točki optužnice. Međutim, da izjava ST nije prihvaćena, podnositelju bi se vjerojatno sudilo samo po drugoj točki optužnice te bi morao svjedočiti samo u tom smislu. Što se tiče proturječnosti između izjave ST i njezinog opisa događaja drugo dvoje svjedoka, Sud smatra da su one bile minimalne. Obrana se pozvala samo na jednu od tih proturječnosti, naime činjenicu da je ST u svojoj izjavi navela kako je podnositelj zahtjeva bio taj koji je dodirivao njezino lice i usta, dok su ostali svjedoci naveli da im je ST ispričala kako je ona sama dodirivala svoje lice i usta na nagovor podnositelja zahtjeva. Iako je obrani svakako bilo omogućeno pokušati osporiti vjerodostojnost ST, teško je zamisliti na temelju čega su to mogli učiniti, posebice budući da je njezina izjava u velikoj mjeri odgovarala onoj ostalih tužiteljica, s kojima prema mišljenju nadležnog suca ista nije bila u dogovoru. Činjenica da nije bilo dosluha prema domaćem pravu može biti razlog za dopustivost, ali se u ovom slučaju ne može smatrati kao faktor uravnoteženja za potrebe članka 6. st. 1. u svezi s člankom 6. st. 3.(d). Nedostatak dosluha ne mijenja zaključak Suda da je sadržaj izjave nakon što je ista prihvaćena u dokaze predstavljao dokaz po prvoj točki optužbe koji podnositelj zahtjeva nije mogao učinkovito osporavati. Što se tiče upozorenja koje je sudac dao poroti, Žalbeni sud je isti našao manjkavim. Čak i da to nije bio slučaj, Sud nije uvjereni da bi i prikladnija uputa mogla učinkovito izbalansirati učinak neispitane izjave koja je predstavljala jedini dokaz protiv podnositelja.”

Vijeće je stoga našlo povredu članka 6. st. 1. u svezi s člankom 6. st. 3.(d) u pogledu g. Al-Khawaje.

93. Što se tiče predmeta Tahery, Vijeće je primijetilo:

“45. U ovom predmetu Vlada se pozvala na slijedeće glavne protutežne čimbenike: da je sudac razmotrio alternativne mjere; da je podnositelj zahtjeva bio u mogućnosti osporavati ili pobijati izjavu svojim svjedočenjem ili pozivanjem drugih svjedoka; da je sudac upozorio porotu kako je dokaz odsutnog svjedoka nužno oprezno razmotriti; te da je sudac naglasio poroti kako podnositelj zahtjeva nije bio odgovoran za strah osobe T.

46. Sud ne može zaključiti da je ijedan od ovih čimbenika pojedinačno niti oni zajednički mogao osigurati pravičnost postupka ili uravnotežiti težak hendikep obrane koji je proizašao prihvaćanjem u dokaze izjave osobe T. Kad su suočeni s problemom odsutnih ili anonimnih svjedoka, prikladno je za domaće sudove da razmotre da li bi se mogle primijeniti alternativne mjere koje bi manje ograničile prava obrane od prihvaćanja u dokaze takve izjave. Međutim, sama činjenica da ne postoje prikladne alternativne mjere ne razrješava domaće sudove njihove odgovornosti da osiguraju da ne dođe do povrede članka 6. st. 1. i 3.(d) kada dozvole čitanje izjave takvih svjedoka. Dapače, odbijanje manje ograničavajućih mjera implicira veću dužnost osiguravanja poštivanja prava obrane. Što se tiče mogućnosti podnositelja zahtjeva da osporava izjavu pozivanjem drugih svjedoka, problem je bio upravo u činjenici da nije bilo nikakvih drugih svjedoka, s iznimkom osobe T koja je očito bila sposobna i voljna reći što je vidjela. U takvim okolnostima Sud ne može zaključiti da se izjava osobe T mogla učinkovito osporiti. Sud prihvaća da je sam podnositelj zahtjeva u svom svjedočenju zaniijekao optužbe, iako je sama odluka na taj potez morala biti posljedicom prihvaćanja u dokaze izjave osobe T. Pravo optuženog da svjedoči u

svoju obranu ne može se smatrati protutežom za nemogućnost unakrsnog ispitivanja jedinog svjedoka očevica koje tužilaštvo ima protiv njega.

47. Konačno, što se tiče upozorenja koje je sudac dao poroti, Sud prihvaća da je isto bilo potpuno i oprezno sročeno. Također je istina da je u kontekstu anonimnih svjedoka u predmetu *Doorson*, citiranom gore, st. 76., Sud upozorio da “dokazi pribavljeni od svjedoka pod uvjetima u kojima se ne mogu osigurati prava obrane u mjeri u kojoj to obično zahtijeva Konvencija moraju se razmatrati s potpunim oprezom”. U tom je slučaju Sud bio zadovoljan da su bili poduzeti dostatni koraci iz razloga što je Žalbeni sud izričito izjavio da je sporne izjave razmotrio “s nužnim oprezom i obazrivošću”. Međutim, u slučaju odsutnog svjedoka kao što je T Sud ne nalazi da bi takvo upozorenje, kao ni podsjetnik da podnositelj zahtjeva nije bio odgovoran za odsustvo, kako god jasno bilo izraženo, moglo biti dostatna protuteža prihvaćanju u dokaz neispitane izjave jedinog izravnog dokaza protiv podnositelja zahtjeva.”

Vijeće je stoga također našlo povredu članka 6. st. 1. u svezi s člankom 6. st. 3.(d) u pogledu g. Taheryja.

B. Navodi stranaka

1. Vlada

(a) Presuda Vijeća

94. Vlada je smatrala da, iako je članak 6. st. 3.(d) sadržavao izričito jamstvo, nije sadržavao apsolutno pravilo od kojeg ne bi bila moguća odstupanja: trebalo se usredotočiti na postupak u cjelini, jamstva dostupna optuženom, vjerodostojnost dokaza te, u prikladnim slučajevima, interese svjedoka ili žrtvi. Nefleksibilno pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza nije bilo sukladno općem tumačenju članka 6. st. 3.(d) od strane Suda.

95. Vlada je tvrdila da je način na koji je Sud primjenjivao i razvijao taj test bio nejasan sa nekoliko aspekata: nije bilo odgovarajuće rasprave načela na kojima se pravilo temelji; nikad nije bilo potpunog razmatranja da li bi se trebalo primjenjivati jednako u kontinentalnim kao i u common law pravnim sustavima; prije predmeta *A.M. protiv Italije*, br. 37019/97, ECHR 1999-IX, nije bilo temelja u praksi Suda za primjenjivanje testa u slučaju odsutnog svjedoka čiji je identitet obrani bio poznat; te nije bilo moguće primijetiti nikakvu dosljednost u praksi Suda kada bi se dokaz trebao smatrati odlučujućim.

96. Vlada je nadalje tvrdila da je pravilo jedinog i odlučujućeg dokaza kao što ga je primijenilo Vijeće u svojoj presudi počivalo na pogrešnoj pretpostavci da je svaki dokaz po čuvenju koji bi bio bitan u određenom predmetu bio ili nepouzdan ili, zbog nemogućnosti unakrsnog ispitivanja svjedoka, nepodoban za pravilnu procjenu. U biti, jedini ili odlučujući dokaz po čuvenju mogao je biti potpuno pouzdan, a unakrsno ispitivanje moglo bi dodati vrlo malo ili čak ništa u ocjenu njegove pouzdanosti. Pravilo je moglo imati proizvoljne učinke; moglo je isključiti neki dokaz

jednostavno zato što je bio bitan, bez obzira na njegovu pouzdanost ili neospornost. Vijeće nije objasnilo da li je i kako pitanje pouzdanosti bilo mjerodavno za primjenu tog pravila. Nije provelo punu analizu svih jamstava dostupnih u Engleskoj i Walesu, niti je cijenilo bitne razlike između common law sudskih postupaka i ono drugih država ugovornica. Nije dovoljno jasno objasnilo kada bi se dokaz imao smatrati odlučnim, kako bi omogućio primjenu pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza od strane domaćih sudova, niti je dovoljno uzeo u obzir praktične probleme koje bi primjena ovog pravila u Engleskoj i Walesu mogla prouzrokovati.

97. Ovaj test bi također služio kao poticaj zastrašivanju svjedoka, posebice gdje je samo jedan svjedok bio dovoljno hrabar da istupi. Imao bi velikog utjecaja na predmete seksualne zloporabe, gdje se kazneno djelo obično dogodilo u privatnosti te je svjedočenje žrtve vrlo vjerojatno predstavljalo „jedini ili odlučujući dokaz“.

98. Iz tih razloga Vlada je pozvala Sud da prihvati pristup Vrhovnog suda u predmetu *Horncastle i ostali*. Presuda Vrhovnog suda ukazala je kako praksa ovog Suda dozvoljava fleksibilniji pristup od onog predviđenog dvosjeklim pravilom jedinog ili odlučujućeg dokaza prihvaćenog u Vijeću. U svjetlu zaključka Vrhovnog suda u predmetu *Horncastle i ostali* kako bi primjena pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza mogla uzrokovati ozbiljne praktične poteškoće u Engleskoj i Walesu, Vlada je pozvala Sud da razjasni kako je važnost netestiranog dokaza bolje razmatrati kao jedan od niza faktora koji su se imali uzeti u obzir prilikom odlučivanja da li je postupak u cijelosti bio pravičan. Podredno, Vlada je predložila da se pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza ne bi trebalo primjenjivati u slučajevima kada postoje valjani razlozi za nedostupnost svjedoka, poput onih navedenih u članku 23. Zakona iz 1988. i članku 116.(2) Zakona iz 2003.

(b) Domaće pravo i praksa

99. Vlada je naglasila da su opća jamstva štitila optuženog od nepravichnosti u slučaju dopustivosti dokaza po čuvenju. Nadležni sudac imao je ulogu „vratar“: imao je dužnost prema common law-u i članku 78. Zakona o policiji i kaznenim dokazima iz 1984. spriječiti porotu od saslušavanja dokaza koji bi imali toliko negativan utjecaj na postupak da ne bi trebali biti prihvaćeni u dokazni materijal. Sudac se također trebao uvjeriti da tužilaštvo nije bilo u mogućnosti izvesti dokaz pozivanjem svjedoka i morao je dati uputu porotu glede opasnosti davanja vjere dokazima po čuvenju. Porota je morala biti uvjerenjena u krivnju optuženog izvan razumne sumnje, a uvijek je bila otvorena i mogućnost žalbe Žalbenom sudu, koji bi istu usvojio ukoliko bi osuda bila nepravilna.

100. U Zakonu iz 1988., članak 23. je propisivao dopustivost pisanih izjava u određenim nabrojanim okolnostima te se odnosio kako na tužilaštvo tako i na obranu. Nadležni sudac morao je pomno razmotriti potrebu dopuštanja takvog dokaza. Članak 25. dozvoljavao je sudu

odbijanje takve izjave ukoliko je smatrao da ista ne bi trebala biti dopuštena u interesu pravde (jamstvo pouzdanosti i dužnog postupka). Članak 26., koji se primjenjivao na izjave pripremljene u svrhu kaznenog postupka, zahtijevao je od suda da razmotri prirodu, izvor i sadržaj izjave, dostupnost drugih dokaza, važnost dokaza te opseg u kojem bi prihvaćanje takvog dokaza moglo biti nepravično za optuženog. Dodatak 2 tom Zakonu također je dozvoljavao prihvaćanje dokaza koji su se odnosili na vjerodostojnost i dosljednost autora izjave.

101. Što se tiče Zakona iz 2003., Vlada je naglasila kako je isti usvojen nakon detaljnog razmatranja pravila o dokazima po čuvenju od strane Komisije za pravo, koja je zaključila da mnoge pretpostavke na kojima se temeljilo tradicionalno isključivanje takvih dokaza nisu bile opravdane: našla je, primjerice, da dokaz po čuvenju nije nužno bio netočan ili nepouzdan, te da je takvo pravilo u mnogim slučajevima dovelo do proizvoljnog isključivanja uvjerljivih dokaza.

102. Kao što je bio slučaj sa Zakonom iz 1989., Zakon iz 2003. dopuštao je i tužiteljstvu i obranu da traže izvođenje dokaza po čuvenju. Članak 116(2)(e) bio je uključen u Zakon iz 2003. kako bi razriješio kriminal predviđanjem posebnih mjera zaštite svjedoka koji imaju opravdani strah od zastrašivanja i posljedica. Kada bi se podnio zahtjev zbog straha svjedoka, nadležni sudac mogao ga je prihvatiti samo ako bi to bilo u interesu pravde. Štoviše, te suprotno mnogim drugim državama članicama Vijeća Europe, taj zakon nije dopuštao prihvaćanje anonimnih dokaza po čuvenju: svjedok nije mogao istovremeno biti anonimn i odsutan. Konačno, Vlada je naglasila daljnju zaštitu predviđenu člancima 124-126. istog zakona (vidi st. 45. gore).

(c) Okolnosti svakog od slučajeva

103. Glede slučaja Al-Khawaja, Vlada je podnijela da su relevantne činjenice bile da ST nije pozvana na svjedočenja iz opravdanog razloga (smrti). Nadležni sudac prihvatio je da je dopuštanje njezine izjave bilo u interesu pravde te je, dolazeći do tog zaključka, uzeo u obzir nepovoljan položaj u koji bi time mogao biti doveden prvi podnositelj zahtjeva. Obrana je prihvatila da su imali mogućnost osporavanja te izjave.

104. Izjava ST nije predstavljala jedini niti odlučujući dokaz. Postojali su i drugi dokazi u predmetu koji su ju potvrđivali, uključujući dokaze da je ST odmah podnijela kaznenu prijavu, dokazi o njezinu ponašanju prilikom podnošenja prijave i zapanjujuće slične optužbe od strane drugih žena. Prvi podnositelj zahtjeva imao je mogućnost unakrsnog ispitivanja ostalih svjedoka, svjedočenja u svoju obranu i obraćanja poroti glede postupka protiv njega. Poroti je dana oprezna uputa u pogledu izjave ST kao i tereta dokazivanja. Zakon iz 1988. pravilno je primijenjen i nije bilo razloga sumnjati u zaključak nadležnog suca i Žalbenog suda da je dopuštanje spornog dokaza bilo pravično.

105. U predmetu Tahery, strah osobe T bio je opravdan razlog njegova nepozivanja na svjedočenje. Kao i u slučaju prvog podnositelja zahtjeva, nadležni sudac zaključio je da je dopustivost dokaza bila u interesu pravde te je, donoseći takav zaključak, uzeo u obzir nepovoljan položaj u koji bi time mogla biti dovedena obrana. Izjava osobe T nije bila jedini niti odlučujući dokaz: postojali su drugi dokazi u predmetu koji su ju potvrđivali, uključujući priznanje drugog podnositelja zahtjeva da je bio prisutan u vrijeme počinjenja kaznenog djela, da je imao dodira s nožem kojim je žrtva izbodena, da je sudjelovao u svađi s osobom S te da je lagao policiji. Drugi podnositelj zahtjeva imao je mogućnost unakrsnog ispitivanja ostalih svjedoka, svjedočenja u svoju obranu i obraćanja poroti glede postupka protiv njega. Poroti je dana oprezna uputa u pogledu izjave ST kao i tereta dokazivanja. Zakon iz 2003. pravilno je primijenjen i nije bilo razloga sumnjati u zaključak nadležnog suca i Žalbenog suda da je dopuštanje spornog dokaza bilo pravično.

2. Podnositelji zahtjeva

(a) Presuda Vijeća

106. Podnositelji su naveli kako postoje tri moguća tumačenja članka 6. st. 3.(d). Prvi je bio tvrd i doslovan pristup koji je zagovarao Vrhovni sud SAD-a u pogledu sličnih odredbi Šestog amandmana, a koji podnositelji zahtjeva nisu tražili od Suda da zauzme. Drugi pristup koji je imao Sud nije tumačio riječi članka 6. st. 3.(d) toliko nefleksibilno, ali ih je tumačio na način da predstavljaju minimalnu i neumanjivu jezgru pravičnosti. Ovaj se pristup temeljio na pravilu jedinog ili odlučujućeg dokaza i bio je ispravan. Treći pristup onaj je koji je zagovarala Vlada Ujedinjenog Kraljevstva kao i Vrhovni sud u predmetu *Horncastle i ostali*, a koji su prema podnescima podnositelja zahtjeva smanjivali jamstvo sadržano u članku 6. st. 3. na pitanja koja se imaju uzeti u obzir prilikom odlučivanja da li je optuženi imao pravično suđenje.

Iz ovih razloga, podnositelji zahtjeva su tvrdili da domaći sudovi i Vlada nisu pridali odgovarajuću težinu pravu optuženog na unakrsno ispitivanje svjedoka protiv njega. To pravo nije moglo biti zanemareno kao formalističko ili zastarjelo; postojao je niz razloga zbog kojih bi osuda koja se temelji isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu odsutnog svjedoka bila nesigurna i nepravična. Primjerice, pred sudom se može ocijeniti ponašanje osobe; mogu se ispitati opažanja svjedoka, njegovo pamćenje ili iskrenost, bez kojih je postojala opasnost neotkrivanja pogreške, pretjerivanja ili namjernog izjavljivanja neistine. Također je bilo vrlo različito kada osoba daje štetne izjave u privatnosti i kada ih ponavlja prilikom svjedočenja pred sudom.

107. Štoviše, razlog za ovo pravilo bio je jasan: odlučujući da li je postupak nakon uključivanja dokaza po čuvenju bio dovoljan da uravnoteži

poteškoće nanese obrani, morao se uzeti u obzir opseg u kojem su sporni dokazi bili odlučujući za osudu podnositelja zahtjeva. Ukoliko takav dokaz nije bio odlučujući, obrana je stavljena u puno manje nepovoljan položaj nego ukoliko je sporni dokaz bio odlučujući u konkretnom predmetu. Podnositelji zahtjeva naveli su da je ovo pravilo jasno i jednostavno izraženo u predmetu *Lucà protiv Italije*, br. 33354/96, st. 40., ECHR 2001-II; dobro je ustaljeno u praksi Suda te predstavlja principijelnu, praktičnu i razumnu interpretaciju članka 6. st. 3.(d).

108. Podnositelji zahtjeva dalje su naveli da je Vrhovni sud pogriješio u svom pristupu zauzetom u predmetu *Horncastle i ostali*. Pogriješio je time što je zaključio da bi pristup Vijeća doveo do isključivanja dokaza koji su bili uvjerljivi i pouzdano dokazivi. Nije bilo nikakve opasnosti u prihvaćanju netestiranih dokaza koji su se činili pouzdano dokazivi: zakon je bio pun slučajeva gdje su se dokazi činili nadmoćni ali se kasnije pokazalo da to nije bio slučaj.

109. Lord Phillips je naveo kako je cilj članka 6. st. 3.(d) bio ispravljanje nedostataka kontinentalnog prava, a ne common law sustava. Međutim, podnositelji su tvrdili da se bez obzira na povijesne korijene te odredbe, englesko pravo odmaklo od tradicionalnog pravila protiv dokaza prepričavanjem. Bilo je jednako nedopustivo da se na različite pravne sustave primjenjuju različiti standardi: to bi obezvrijedilo samu prirodu konvencijskog sustava.

110. Podnositelji zahtjeva nadalje su primijetili da je Vrhovni sud pogrešno smatrao kako bi došlo do praktičnih poteškoća u primjeni pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza u Engleskoj i Walesu. Pojam „odlučujući” jasno je značio središnji dokaz u nekom predmetu, te je Sud primjenjujući ovo pravilo i sam pokazao da je moguće odlučiti koji je dokaz u određenom predmetu bio jedini ili odlučujući. Vlada nije imala poteškoća priznati pred Vijećem da je iskaz odsutnog svjedoka u svakom od predmeta bio jedini ili odlučujući. Suci u Ujedinjenom Kraljevstvu redovno razmatraju komplicirane činjenične okolnosti kao i da li su zadovoljeni pravni standardi poput „pravičnosti” ili „dostatnosti dokaza”. Nadalje, test je također uključen u Zakon o istražnim sucima i pravdi iz 2009. u pogledu anonimnih svjedoka (vidi st. 46. gore). Podnositelji su dalje tvrdili da je Vrhovni sud posebice naglasio da bi ishod slučajeva odlučениh od strane ovog Suda bio isti da su odlučivani prema Zakonu iz 1988. ili onome iz 2003. Posljedica takvog navoda znači da bi primjena pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza dovela do istog ishoda u mnogim predmetima pred domaćim sudovima čak i prije njegove primjene.

(b) Domaće pravo i praksa

111. Podnositelji zahtjeva također su tvrdili da je, suprotno podnescima Vlade i zaključcima Vrhovnog suda u predmetu *Horncastle i ostali*, Vijeće razumjelo procesna jamstva sadržana u zakonima iz 1988. i 2003. Ti su

postupci mogli osigurati primjerenu zaštitu jedino ukoliko su djelovali unutar sustava gdje su prevladavale osnovne vrijednosti članka 6.; to nisu mogli učiniti ukoliko domaći sudovi nisu pravilno razmotrili pravo optuženog na ispitivanje svjedoka protiv njega.

(c) Činjenice svakog od slučajeva

112. Za podnositelje zahtjeva jedina ili odlučujuća narav netestiranih dokaza u svakom od slučajeva značila je da nijedan postupak osim ispitivanja spornih svjedoka nije mogao osigurati pravično suđenje. U predmetu prvog podnositelja zahtjeva postojala su očita pitanja koja su se mogla postaviti ST, primjerice da li je čula optužbe VU prije nego što je dala svoju izjavu te zašto je čekala gotovo četiri mjeseca prije davanja iste. U predmetu drugog podnositelja zahtjeva, očita pitanja koja su se mogla postaviti osobi T bila su zašto nije razgovarao s policijom iste noći kad se incident dogodio, kakav je pogled imao na taj veoma brz incident, je li poznavao neke od drugih muškaraca koji su se tamo zatekli te je li imao bilo kakvog razloga štiti nekoga od njih. U nedostatku unakrsnog ispitivanja procesna jamstva sadržana u zakonima iz 1988. i 2003. su bila nedovoljna. Činjenica da je sudac u svakom od slučajeva primijenio test „interesa pravde“ nije dalje odgovorilo na sporno pitanje: taj se test morao primijeniti u skladu s člankom 6. te je u biti bilo na Sudu da odluči da li su nadležni suci ispravno odlučili da bi prihvaćanje svake od izjava bilo u interesu pravde.

113. Nije također bilo od značaja da su podnositelji zahtjeva imali pravo izvoditi dokaze kojima bi pobijali vjerodostojnost odsutnih svjedoka: takav materijal nije postojao za svakog od svjedoka i zakonske odredbe nisu predviđale mogućnost osporavanja vjerodostojnosti ili istinitosti svjedoka u pogledu ključnih optužbi u svakom od slučajeva. Podnositelji zahtjeva bili su mišljenja da nikakvo upozorenje suca nije moglo nadoknaditi nedostatak mogućnosti porote da vidi i čuje svjedoke od tolike važnosti, niti je moglo spriječiti opasnost da bi sporni dokazi mogli imati dokaznu vrijednost koju nisu zaslužili. Pravo žalbe protiv osude nije imalo učinka budući da je Žalbeni sud u oba slučaja odbio primijeniti pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza kako je postavljeno u predmetu *Lucà*, citiranom gore.

3. Treća strana umješac

114. JUSTICE (vidi st. 7. gore) je tvrdio da je pravo na ispitivanje svjedoka bilo drevno pravo, ukorijenjeno u rimskom pravu i povijesnom pravu suočavanja common law sustava. To je common law pravilo priznalo opasnost prihvaćanja dokaza po čuvenju, uključujući njihovu svojstvenu nepouzdanost. Ono je također oblikovalo jamstvo pravičnog suđenja ustoličeno u Šestom amandmanu Ustava SAD-a, kaznenom postupku svih common law država kao i međunarodnom pravu zaštite ljudskih prava. Iako je pravilo o dokazima po čuvenju u engleskom pravu postalo prekruto, bilo

je nepravilno tvrditi, kao što je to učinio Vrhovni sud u predmetu *Horncastle i ostali*, da su reforme predložene od strane Komisije za pravo bile „u velikoj mjeri provedene” u Zakonu iz 2003. Primjerice, Zakon iz 2003. sadržavao je u članku 114. širu diskreciju prihvaćanja dokaza po čuvenju kada je to bilo „u interesu pravde” nego što je to predvidjela Komisija za pravo (vidi st. 42. i 43. gore). Štoviše, čak i da je pravilo o dokazima po čuvenju zahtijevalo reformu, common law pravo suočavanja nije: to pravo određivalo je da osoba nije mogla svjedočiti protiv optuženika u kaznenom postupku osim ako je svoju izjavu dala pod prisegom, licem u lice i ako je optuženi imao pravo unakrsnog ispitivanja.

115. Vrhovni sud također je pogriješio našavši da nije bilo opravdanja za nametanje pravila o jedinom ili odlučujućem dokazu u istoj mjeri u kontinentalnim i common law jurisdikcijama. Vrhovni sud je pridao preveliku vjeru u mogućnost mjera protuteže kao načina na koji bi se premostila očita nepravdičnost osuđivanja pojedinca u potpunosti ili u odlučujućoj mjeri na temelju neosporenog svjedočenja. Bit prava na suočavanje u common law sustavu nalazila se upravo u pretpostavci da je unakrsno ispitivanje najučinkovitiji način utvrđivanja pouzdanosti izjave svjedoka. Bilo je korisno prisjetiti se upozorenja Megarry J (u *John protiv Reesa* [1970] Ch 345) da je „put prava prepun primjera otvorenih i zatvorenih predmeta koji to nekako nisu bili; nerješivih optužbi koje su u konkretnom slučaju bile potpuno riješene”. JUSTICE je nadalje podnio da je bilo, upravo kako je to opazio Sedley LJ u *Secretary of State for the Home Department protiv AF i ostalih* [2008] EWCA Civ 1148, „zavodljivo lako zaključiti da ne može biti odgovora u slučaju u kojem se saslušala samo jedna strana”. Iz ovog razloga paradoks na koji se pozvao Lord Phillips uopće nije bio paradoks. Dokaz po čuvenju nije postao uvjerljiviji samo iz razloga što je mogao biti jedini ili odlučujući dokaz krivnje pojedinca. Potreba isključenja očigledno „odlučujućeg“ dokaza po čuvenju bila je opravdana stoljećima starim strahom sudaca common law sustava da bi mu porota mogla dati nezasluženu težinu.

116. Pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza ne bi bilo teško primijeniti u engleskom kaznenom postupku budući da suci ionako već moraju razmotriti moguće posljedice prihvaćanja dokaza u skladu s različitim zakonima, uključujući i dijelovima Zakona iz 2003. Članak 125.(1) na primjer obvezuje nadležnog suca da dade oslobađajuću uputu kad se predmet protiv optuženog temelji „isključivo ili djelomično“ na neuvjerljivim glasinama. JUSTICE je prihvatio da je bilo potrebno donekle razjasniti pojam „odlučujući“ ali je isto tako smatrao da je test svejedno bio izvediv te da se u Engleskoj i Walesu primjenjivao u kontekstu naloga o anonimnosti svjedoka (vidi Zakon o istražnim sucima i pravdi iz 2009. u st. 46. gore). U kontekstu kaznenog postupka pojam „odlučujući“ trebao bi se tumačiti usko: ne bi trebao značiti samo „sposoban biti od utjecaja” nego više kao „vjerojatno da dovede do jednog ili drugog zaključka”.

117. Konačno, analiza komparativnog prava od strane Vrhovnog suda je u najmanju ruku bila nepotpuna. Na temelju dostupnih dokaza (vidi, *inter alia*, st. 63-87. gore), nije bilo moguće zaključiti, kao što je to učinio Vrhovni sud, da bi druge common law jurisdikcije našle kaznenu osudu na utemeljenu jedino ili u odlučujućoj mjeri na dokazu po čuvenju u suglasnosti s pravom na pravično suđenje.

C. Ocjena Velikog vijeća

1. Opća načela

118. Sud podsjeća da jamstva iz stavka 3.(d) članka 6. predstavljaju specifične aspekte prava na pravično suđenje zajamčenog u stavku 1. te odredbe, koji se moraju uzeti u obzir prilikom ocjenjivanja pravičnosti postupka kao takvog. Zadaća Suda u skladu s člankom 6. jest prvenstveno ocijeniti pravičnost kaznenog postupka općenito (vidi, kao recentni primjer, *Taxquet protiv Belgije* [GC], br. 926/05, st. 84., 16. studenog 2010., s daljnjim referencama). Prilikom takvog ocjenjivanja Sud će razmotriti postupak u cjelini imajući na umu prava obrane kao i interes javnosti i žrtve da se kazneni progon pravilno izvršava (vidi *Gäfgen protiv Njemačke* [GC], br. 22978/05, st. 175., ECHR 2010-....) kao i, kada je to potrebno, prava svjedoka (vidi, između ostalih autoriteta, *Doorson*, gore citirano, st. 70.). U ovom kontekstu također se podsjeća da je dopustivost dokaza prvenstveno pitanje koje se ima urediti nacionalnim pravom i nacionalnim sudovima, dok je zadaća Suda jedino razmotriti je li postupak vođen pravično (vidi *Gäfgen*, gore citirano, st. 162., s daljnjim referencama).

Članak 6. st. 3.(d) sadrži načelo da, prije nego što optuženi može biti osuđen, svi dokazi protiv njega moraju u pravilu biti izvedeni u njegovoj prisutnosti na javnoj raspravi s ciljem kontradiktornosti postupka. Iznimke od ovog načela su moguće, ali ne smiju vrijeđati prava obrane, koja u pravilu zahtijevaju da se optuženom omogući primjerena i stvarna mogućnost osporavanja i ispitivanja svjedoka protiv njega, bilo u vrijeme kada svjedok daje svoju izjavu ili u kasnijem stadiju postupka (vidi *Lucà*, gore citirano, st. 39.; *Solakov protiv "bivše jugoslavenske Republike Makedonije"*, br. 47023/99, st. 57., ECHR 2001-X).

Slično i davno uspostavljeno načelo također postoji i u common law sustavu Engleske i Walesa (vidi zapažanje Lorda Bingham u st. 5. predmeta *R. protiv Davisa*, sažetog u st. 49. gore).

119. Imajući na umu praksu Suda, postoje dva uvjeta koja proizlaze iz gore navedenog općeg načela. Kao prvo, mora postojati dobar razlog za izostanak svjedoka. Kao drugo, kad se osuda temelji jedino ili u odlučujućoj mjeri na izjavama osobe koju optuženi nije imao prilike ispitati ili dati da se ispita, bilo tijekom istrage ili suđenja, prava obrane mogu biti ograničena do mjere koja vrijeđa jamstva predviđena člankom 6. (takozvano „pravilo

jedinog ili odlučujućeg dokaza“). Sud će u nastavku ispitati da li se ovo pravilo ima smatrati apsolutnim pravilom, čije se kršenje automatski smatra povredom prava na pravično suđenje zajamčenog člankom 6. st. 1. Konvencije.

2. Je li postojao valjan razlog za izostanak svjedoka

120. Uvjet da mora postojati valjan razlog za prihvaćanje izjave odsutnog svjedoka predstavlja prethodno pitanje koje se mora razmotriti prije daljnjeg ispitivanja činjenice je li taj dokaz bio jedini ili odlučujući u konkretnom predmetu. Čak i kada izjava odsutnog svjedoka nije bila jedini niti odlučujući dokaz, Sud je ipak našao povredu članka 6. st. 1. i 3.(d) kada nije postojao valjan razloga za neispitivanje svjedoka (vidi, primjerice, *Lüdi protiv Švicarske*, 15. lipnja 1992., Serija A br. 238, *Mild i Virtanen protiv Finske*, br. 39481/98 i 40227/98, 26. srpnja 2005.; *Bonev protiv Bugarske*, br. 60018/00, 8. lipnja 2006.; i *Pello protiv Estonije*, br. 11423/03, 12. travnja 2007.). Razlog tome jest opće pravilo koje nalaže da bi svjedoci trebali dati svoje izjave tijekom suđenja i da bi se trebali poduzeti svi razumni koraci kako bi se osigurala njihova nazočnost. Kad svjedoci izostanu s davanje izjave uživo, ima se ispitati je li njihovo odsustvo opravdano. Postoji niz razloga zbog kojih svjedok može biti spriječen od pohađanja ročišta, no u ovom je predmetu potrebno razmotriti samo slučajevne odsustva zbog smrti odnosno straha.

121. Logično je da se u slučaju smrti svjedoka njegova izjava treba navesti kako bi se mogla uzeti u obzir kao dokaz (vidi, primjerice, *Ferrantelli i Santangelo protiv Italije*, 7. kolovoza 1996., st. 52., *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III; *Mika protiv Švedske* (odluka), st. 37., br. 31243/06, 27. siječnja 2009.).

122. Odsustvo zbog straha zahtijeva detaljnije razmatranje. Moraju se razlikovati dvije vrste straha: strah koji proizlazi iz prijetnji ili drugih akcija optuženog ili osoba koje nastupaju u njegovo ime i strah koje je posljedica općenitog straha oko toga što bi se moglo dogoditi ako svjedok dade izjavu na suđenju.

123. Kad je strah svjedoka posljedica ponašanja optuženog ili osoba koje nastupaju u njegovo ime, prikladno je dopustiti dokaze tog svjedoka na suđenju bez potrebe da on ili ona osobno svjedoči ili da bude ispitan od strane optuženog ili njegovog zastupnika – čak i kada se radi o jedinom ili odlučujućem dokazu protiv optuženog. Dopustiti optuženom da izvuče korist od zastrašivanja svjedoka ne bi bilo u skladu s pravima žrtava i svjedoka. Od nijednog se suda ne može očekivati da dopusti podrivanje integriteta postupka na taj način. Zbog toga se mora uzeti da se optuženi koji se ponašao na takav način odrekao svog prava na ispitivanje tih svjedoka prema članku 6. st. 3.(d). Isti zaključak mora se primijeniti i kada prijetnje koje uzrokuju strah svjedoka od svjedočenja dolaze od osoba koje nastupaju u ime ili uz znanje i odobravanje optuženog.

U predmetu *Horncastle i ostali* Vrhovni sud je opazio da bi bilo vrlo teško za bilo koji sud utvrditi da je upravo optuženi zastrašivao svjedoka. Sud ne podcjenjuje poteškoće koje bi mogle nastati u utvrđivanju je li u konkretnom slučaju optuženi ili njegov suučesnik odgovoran za prijetnju ili zastrašivanje svjedoka. Međutim, predmet *Tahery* sam po sebi dokazuje da uz učinkovitu istragu takve poteškoće nisu nepremostive.

124. Praksa Suda ukazuje da je učestalije da svjedoci imaju opći strah od svjedočenja bez da je isti posljedica izravnih prijetnji od strane optuženika ili osoba koje nastupaju u njegovo ime. Primjerice, u mnogim je slučajevima strah bio posljedica ozloglašnosti optuženog ili njegovih suradnika (vidi, primjerice, *Dzelili protiv Njemačke* (odluka), br. 15065/05, 29. rujna 2009.). Također nije uvjet izuzimanja svjedoka od svjedočenja pred sudom da je njegov strah posljedica izravnih prijetnji optuženog. Štoviše, strah od smrti ili ozljede druge osobe ili financijskog gubitka su također relevantni faktori prilikom utvrđivanja da li bi od svjedoka trebalo zahtijevati da usmeno svjedoči. Ovo međutim ne znači da će biti dostatan bilo kakav subjektivni strah svjedoka. Nadležni sud mora na odgovarajući način istražiti kao prvo da li postoje objektivni razlozi za takav strah, te kao drugo da li postoje dokazi za te objektivne razloge (vidi, primjerice, *Krasniki protiv Češke Republike*, br. 51277/99, st. 80-83., 28. veljače 2006., gdje Sud nije bio zadovoljan da su domaći sudovi proveli ispitivanje razloga za strah svjedoka prije nego što su im odobrili anonimnost).

125. Konačno, zbog opsega u kojem odsustvo svjedoka može imati negativnog utjecaja na pravo obrane, Sud naglašava da kada svjedok nije ispitan u niti jednom prethodnom stadiju postupka, prihvaćanje njegove izjave u dokaze umjesto svjedočenja uživo trebala bi zaista biti mjera krajnje nužde. Prije nego što se svjedoka može izuzeti od svjedočenja na temelju straha, nadležni sud mora utvrditi da su sve dostupne alternative, poput anonimnosti ili ostalih posebnih mjera, neprikladne ili neizvedive.

3. Pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza

(a) Opća zapažanja

126. Sud primjećuje da se predmeti koje ima pred sobom odnose samo na odsutne svjedoke čije su izjave pročitane na suđenju. Zadaća Suda nije ispitati funkcioniranje pravila common law sustava glede dokaza prepričavanjem *in abstracto* niti razmatrati općenito da li su iznimke od tog pravila koje trenutno postoje u engleskom pravu u skladu s odredbama Konvencije. Kao što je Sud već naglasio (u st. 118. gore), članak 6 ne propisuje nikakva specifična pravila glede dopustivosti dokaza, te to ostaje područje koje se ima urediti nacionalnim pravom.

127. Sud nadalje opaža da se u konkretnim slučajevima ne radi o iskazima na suđenju svjedoka čiji je identitet skriven od optuženog (anonimni svjedoci). Iako problemi u svezi anonimnih i odsutnih svjedoka

nisu identični, te dvije situacije se u principu ne razlikuju budući da, kako je priznao i Vrhovni sud, obje imaju za posljedicu potencijalno dovodenje optuženog u nepovoljniji položaj. Temeljno načelo jest da bi optuženi u kaznenom postupku morao imati učinkovitu mogućnost osporavanja svih dokaza protiv sebe. Ovo načelo zahtijeva ne samo da bi optuženi trebao znati identitet onih koji ga optužuju kako bi mogao osporavati njihovu poštenost i vjerodostojnost, nego bi također trebao biti u mogućnosti ispitivati istinitost i pouzdanost njihovih iskaza kroz usmeno ispitivanje u njegovoj prisutnosti bilo u vrijeme davanja iskaza od strane svjedoka ili u nekom od kasnijih stadija postupka.

128. Sjeme pravila o jedinom ili odlučujućem dokazu nalazi se u presudi *Unterpertinger protiv Austrije*, 24. studenog 1986., st. 33., Serija A br. 110, koja također sadrži i obrazloženje za test koji se ima primijeniti: ukoliko se osuda optuženika isključivo ili uglavnom temelji na iskazu svjedoka kojeg optuženi nije mogao ispitati u niti jednom stadiju postupka, njegova su prava obrane bila neopravdano ograničena. Kao što je istaknuo Vrhovni sud, u ranijoj praksi Suda, gdje je ovo pravilo bilo nagoviješteno u slučajevima odsutnih ili anonimnih svjedoka, povrede članka 6. st. 3.(d) barem su djelomično bile utemeljene na činjenici da nije bilo opravdanog razloga za nepozivanje ili neidentificiranje spornih svjedoka. Tek je u predmetu *Doorson*, koji je ranije citiran, Sud po prvi put zaključio da bi osuda utemeljena isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu svjedoka čije je nepozivanje bilo opravdano također bila nepravilna.

(b) Kritika pravila jednog ili odlučujućeg dokaza

129. Oslanjajući se na presudu Vrhovnog suda u predmetu *Horncastle i ostali*, Vlada je osporila pravilo jednog ili odlučujućeg dokaza, odnosno njegovu primjenu od strane Vijeća u ovim predmetima iz četiri razloga.

Kao prvo, tvrdila je da common law sustav svojim pravilima o dokazivanju koja zabranjuju dokaze po čuvenju i mnogo su starija od same Konvencije, štite taj aspekt pravičnog suđenja koji je zajamčen člankom 6. st. 3.(d) bez potrebe primjene pravila jednog ili odlučujućeg dokaza. Stoga se utjecaj članka 6. st. 3.(d) najviše osjeti u kaznenim postupcima kontinentalnih sustava koji su ranije dopuštali da se optuženi osudi na temelju iskaza svjedoka koji nisu imali priliku osporiti.

Kao drugo, navodi se da bi primjena tog pravila uzrokovala praktične poteškoće, te da Vijeće nije objasnilo kada bi se dokaz imao smatrati odlučujućim do te mjere da bi sud imao obvezu primijeniti pravilo jednog ili odlučujućeg dokaza. Isto tako, nije se adekvatno razmotrilo praktične probleme koje bi primjena ovog pravila imala u common law sustavu Engleske i Walesa.

Nadalje, nije bilo primjerene rasprave načela na kojima se to pravilo temelji, a koje počiva na pogrešnoj pretpostavci da su svi dokazi po čuvenju

ključni za određeni slučaj nepouzdana ili, u nedostatku unakrsnog ispitivanja svjedoka, nepodobni za pravilno utvrđivanje činjenica.

Konačno, Vijeće je primijenilo navedeno pravilo pretjerano kruto i nije u potpunosti analiziralo jamstva dostupna u Engleskoj i Walesu niti pridalo važnosti različitostima između common law sudskih postupaka i onih u drugim državama ugovornicama.

Sud će razmotriti svaki od navedenih argumenata.

130. Što se tiče prvog argumenta, Sud prihvaća da je pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza razvijeno u kontekstu pravnih sustava koji su dozvoljavali da optuženi bude osuđen na temelju iskaza svjedoka koji nije imao mogućnosti osporavati, odnosno u situaciji koja se ne bi pojavila da su bila primijenjena stroga pravila common law sustava protiv dokaza po čuvenju. Međutim, Sud primjećuje da su i ovi slučajevi nastali upravo zbog napuštanja strogog pravila common law sustava u pogledu dokaza prepričavanjem u pravnom sustavu Engleske i Walesa. Stvorene su iznimke od tog pravila, naime Zakonima iz 1988. i 2003., koji su dozvoljavali prihvaćanje izjave ST u slučaju Al-Khawaja i izjave osobe T u predmetu Tahery (vidi st. 41. i 44. gore). Sud prihvaća da je ovo slabljenje strogog pravila glede dokaza po čuvenju bilo popraćeno zakonskim jamstvima te da je time ključno pitanje koje se postavlja u ovim slučajevima da li su ta jamstva bila dostatna da osiguraju prava podnositelja zahtjeva zajamčena člankom 6. st. 1. i 3.(d). U ovom kontekstu, iako je važno da Sud uzme u obzir materijalne različitosti pravnih sustava i postupaka, uključujući i različite pristupe dopustivosti dokaza u kaznenim postupcima, naposljetku ipak mora primijeniti iste standarde članka 6. st. 1. i 3.(d), bez obzira na pravni sustav u kojem je konkretni slučaj nastao.

131. Kao drugo, što se tiče navodne nepreciznosti pravila, Sud primjećuje da pojam „jedini“ u smislu jedinog dokaza protiv optuženog (vidi, primjerice, *Saïdi protiv Francuske*, 20. rujna 1993., Serija A br. 261-C), naočigled nije uzrokovao probleme, dok se glavna kritika odnosi na pojam „odlučujući“. „Odlučujući“ (ili na engleskom „decisive“ odnosno na francuskom „déterminante“) u ovom smislu znači više nego „određene dokazne vrijednosti“. Nadalje znači više nego da bi bez tog konkretnog dokaza šanse za osudu bile umanjene, a one za oslobađajuću presudu bile uvećane, test koji je primijenio Žalbeni sud u predmetu *Horncastle i ostali* (vidi st. 54. gore), i koji bi značio da bi gotovo svi dokazi potpadali u ovu skupinu. Umjesto toga pojam „odlučujući“ trebao bi se tumačiti usko i označavati dokaze tolike vrijednosti ili značaja koji bi vjerojatno bili odlučujući za ishod postupka. Ukoliko je netestirani iskaz svjedoka potvrđen drugim dokazima, ocjena da li je isti odlučujući ovisit će o jačini tih popratnih dokaza; što su oni jači, to je manje vjerojatno da će se dokaz odsutnog svjedoka tumačiti kao odlučujući.

132. Također je navedeno da se pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza u common law sustavu ne može primijeniti bez velikih praktičnih poteškoća.

U predmetu *Horncastle i ostali*, Vrhovni je sud primijetio da je obveza neprihvatanja određenog dokaza kao odlučujućeg bila dovoljno teška za profesionalnog suca, ukoliko bi takvo pravilo bilo primijenjeno u kontekstu suđenja pred porotom jedini praktičan način njegove primjene bio bi putem pravila o dopustivosti: nadležni sudac morao bi proglasiti nedopustivim svaki iskaz svjedoka koji bi se mogao pokazati odlučujućim, što ne bi bio lagan zadatak. Što se tiče Žalbenog suda ili Europskog suda, navedeno je da bi u nedostatku razloga danih u presudi porote često bilo nemoguće odlučiti da li je određena izjava predstavljala jedini ili odlučujući temelj za osudu.

133. Sud prihvaća da bi moglo biti teško za nadležnog suca odrediti prije samog suđenja da li bi konkretni dokaz bio odlučujući bez da ima pred sobom i bude u stanju je izvagati cjelokupne dokaze izvedene tijekom suđenja.

134. Međutim, nakon što tužilaštvo zaključi svoj slučaj, nadležni sudac je u mogućnosti ocijeniti značenje i težinu netestiranog dokaza u kontekstu ostalih dokaza protiv optuženog. U common law sustavima su nakon završetka slučaja tužilaštva nadležni suci često dužni razmatrati da li uopće postoji slučaj protiv optuženog. Kao dio tog postupka često moraju utvrđivati snagu i pouzdanost dokaza koje je iznijelo tužilaštvo. Dapače, Sud primjećuje da članak 125. Zakona iz 2003. izričito zahtijeva od nadležnog suca da obustavi predmet ukoliko se, nakon razmatranja važnosti u konkretnom slučaju protiv optuženog, dokaz prepričavanjem čini toliko neuvjerljivim da bi osuda bila nepravilna.

135. Sud nadalje nije uvjeren da bi žalbeni sud u common law sustavu, u slučajevima kada porota ne dade razloge za svoju presudu, bio u nemogućnosti odlučiti da li je netestirani dokaz bio jedini ili odlučujući u osudi optuženog. Od sudaca žalbenih sudova često se zahtijeva da razmotre da li je određeni dokaz nepravilno prihvaćen u dokazni materijal te, ukoliko jeste, da li bi osuda unatoč tome bila pravilna. Tom prilikom od njih se traži da razmotre, *inter alia*, značenje spornog dokaza za predmet tužilaštva i omjer u kojim bi isti doveo u nepovoljan položaj prava obrane. Žalbeni sud je zbog toga sposoban razmatrati da li se netestirani dokaz u određenom slučaju može smatrati jedinim ili odlučujućim dokazom protiv optuženog i da li je postupak u cjelini bio pravičan.

136. Sud primjećuje da dostupni materijali komparativnog prava podržavaju ovaj zaključak u pogledu primjene pravila u različitim common law jurisdikcijama (vidi st. 63-87. gore te posebice pristup škotskog Visokog suda pravde).

137. Sud s ovime u svezi također primjećuje da se ne čini da je u predmetu *R. protiv Davisa* (vidi st. 49. i 50. gore), Dom lordova predvidio ikakve očite poteškoće u primjeni pravila jedinog ili odlučujućeg dokaza u kontekstu anonimnih svjedoka. Lord Bingham primijetio je da se osuda utemeljena jedino ili u odlučujućoj mjeri na izjavi ili svjedočenju anonimnog svjedoka ne bi mogla smatrati pravičnom te da je „ovo [bio]

tradicionalan pristup u common law-u Engleske” (vidi st. 25. presude *Davis*). Dom lordova je u slučaju *Davis* zaključio ne samo da je iskaz anonimnog svjedoka bio jedini ili odlučujući temelj na kojem se optuženi mogao osuditi, nego i da je učinkovito unakrsno ispitivanje bilo onemogućeno. Odluka u predmetu *Davis* dovela je do uključivanja u Zakon o istražnim sucima i pravdi iz 2009. uvjeta koji traži od suca da prilikom odlučivanja o anonimnosti svjedoka između ostalog uzme u obzir da li bi iskaz takvog svjedoka mogao predstavljati jedini ili odlučujući dokaz protiv optuženog (vidi st. 46. gore).

138. Sud također opaža da je u kontekstu izvlačenja negativnih zaključaka iz optuženikove šutnje primijenio pravilo da ne bi bilo sukladno pravu na šutnju temeljiti osudu isključivo ili uglavnom na šutnji optuženog ili njegovom odbijanju da odgovara na pitanja ili osobno svjedoči (vidi *John Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 8. veljače 1996., st. 47., *Reports of Judgments and Decisions 1996-I*; *Condron protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, br. 35718/97, st. 56., ECHR 2000-V).

139. Iz sličnih razloga Sud ne može prihvatiti niti treći argument Vlade da pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza počiva na pretpostavci da su svi ključni dokazi po čuvenju nepouzdana ili nepodobni za pravilnu ocjenu osim ako su bili predmetom unakrsnog ispitivanja. Umjesto toga, ono počiva na načelu da što je dokaz važniji, to je veća potencijalna nepravdičnost za optuženog ukoliko bi se dopustilo da svjedok ostane anonimna ili odsutan sa suđenja, a veća je i potreba za jamstvima koja će osigurati da dokazi budu dokazivo pouzdani ili da se mogu pravilno ispitati i ocijeniti.

140. U predmetu *Kostovski protiv Nizozemske*, 20. studenog 1989., Serija A br. 166, u kojem je prihvaćeno da je osuda podnositelja zahtjeva bila utemeljena u odlučujućoj mjeri na dokazu istovremeno anonimnih i odsutnih svjedoka, Sud je naglasio (u st. 42. svoje presude):

“Svjedočenje ili kakva druga izjava koja tereti optuženog može biti namjerno neistinita ili jednostavno pogrešna, a obrana ovo neće moći pokazati ukoliko joj nedostaje podataka koji bi joj dozvolili da ispita pouzdanost autora ili dovede u sumnju njegovu vjerodostojnost. Opasnosti koje postoje u takvim situacijama su očite.”

Sud je također zaključio da, iako su nadležni sudovi oprezno ocijenili sporne izjave, to se nije moglo smatrati dostatnom zamjenom za izravno opažanje. Stoga je našao da je korištenje dokaza izazvalo ograničenja prava obrane koja su bila nespojiva s jamstvima sadržanim u članku 6.

141. U kasnijem predmetu *Doorson*, citiranom gore, Sud je primijetio da je anonimnost dvoje svjedoka u predmetu za obranu predstavljalo „poteškoće kakve kazneni postupak ne bi smio uključivati”, ali da neće doći do povrede ukoliko su nepovoljnosti koje je obrana pretrpila bile uravnotežene naknadnim postupcima (st. 72. presude). Smatrao je da je, za razliku od predmeta *Kostovski*, obrana bila u mogućnosti osporavati pouzdanost anonimnih svjedoka (st. 73. i 75.). Štoviše, čak je i nakon izjave

da se osuda ne bi trebala temeljiti isključivo ili u odlučujućem opsegu na anonimnim svjedocima, Sud naglasio da se „dokazi pribavljeni od svjedoka pod uvjetima u kojima se ne mogu osigurati prava obrane u uobičajenom opsegu koji zahtijeva Konvencija moraju tretirati s krajnjom oprežnošću“ (st. 76.).

142. Što se tiče posljednjeg argumenta Vlade, Sud smatra da oba razloga na kojima se temelji pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza, a koji su navedeni u presudi *Doorson* još uvijek vrijede. S obzirom na prvi, Sud ne vidi razloga za odstupanje od svog zaključka u predmetu *Kostovski*, da okrivljujući dokazi protiv optuženog mogu biti „namjerno neistiniti ili jednostavno pogrešni“. Štoviše, neprisegnute izjave svjedoka koji se ne mogu ispitati često se na prvi pogled čine uvjerljivima i snažnima te je, kako je ukazao Lord Justice Sedley, „zavodljivo lako“ zaključiti da nema nikakvog odgovora na predmet protiv optuženog (vidi st. 115. gore). Iskustvo pokazuje da pouzdanost dokaza, uključujući onih koji se čine uvjerljivim i snažnim može izgledati potpuno drugačije nakon što se izloži istražnom ispitivanju. Opasnosti svojstvene dopuštanju neispitanog dokaza po čuvenju time su veće ukoliko je sporni dokaz jedini ili odlučujući dokaz protiv optuženog. Što se tiče drugog razloga, optuženog se ne smije dovesti u položaj u kojem bi mu bila uskraćena prava šansa obrane time što ne bi bio u mogućnosti osporavati navode protiv njega. Suđenje mora osigurati da optuženikova prava zajamčena člankom 6. nisu nedopustivo ograničena te da ima mogućnost učinkovitog sudjelovanja u postupku (vidi *T. protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 24724/94, st. 83., 16. prosinca 1999.; *Stanford protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, 23. veljače 1994., st. 26., Serija A br. 282-A). Ocjena Suda o tome da li je kazneno suđenje bilo pravično ne može ovisiti isključivo na tome da li su se dokazi protiv optuženog *prima facie* činili pouzdanima, ukoliko nije bilo mogućnosti osporavanja tih dokaza nakon što su bili prihvaćeni.

143. Iz ovih je razloga Sud dosljedno ocjenjivao utjecaj koji je nemogućnost optuženog da ispita svjedoka imala na ukupnu pravičnost njegova suđenja. Uvijek je smatrao potrebnim ispitati značaj neispitanih dokaza kako bi utvrdio da li su optuženikova prava bila neprihvatljivo ograničena (vidi, kao rane primjere, *Unterpertinger*, citirano gore; i *Bricmont protiv Belgije*, 7. srpnja 1989., Serija A br. 158 i recentnije, *Kornev i Karpenko protiv Ukrajine*, br. 17444/04, st. 54-57, 21. listopada 2010.; *Caka protiv Albanije*, br. 44023/02, st. 112-116, 8. prosinca 2009.; *Guilloury protiv Francuske*, br. 62236/00, st. 57-62, 22. lipnja 2006.; i *A.M., Krasniki, Lucà, i Saïdi*, svi prethodno citirani).

Komisija je u svojoj praksi zauzela isti stav (vidi, među najranijim predmetima Komisije, *X. Protiv Austrije*, br. 4428/70, odluka od 1. lipnja 1972., Collection 40, str. 1; *X protiv Belgije*, br. 8417/78, odluka od 4. svibnja 1979., D.R. 16, str. 205; *X. protiv Federalne Republike Njemačke*, br. 8414/78, odluka od 4. srpnja 1979., DR. 17, str. 231; i *S. protiv*

Federalne Republike Njemačke, br. 8945/80, odluka od 13. prosinca 1983., D.R. 39, str. 43).

Istovremeno je međutim Sud uvijek tumačio članak 6. st. 3. u kontekstu cjelokupnog razmatranja pravičnosti postupka. (vidi, kao recentni autoritet, *Salduz protiv Turske* [GC], br. 36391/02, st. 50., 27. studenog 2008.).

144. Prilikom razmatranja pritužbi pod člankom 6. st. 1., Sud je tradicionalno ispitivao pravičnost postupka općenito, uzimajući u obzir faktore kao što su način na koji su primijenjena zakonska jamstva, opseg u kojem su obrani osigurane postupovne mogućnosti protiv stavljanja u nepovoljniji položaj i način na koji je nadležni sudac vodio postupak u cjelini (vidi, primjerice, *John Murray protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, gore citirano).

145. U slučajevima uskraćivanja dokaza od obrane kako bi se zaštitili policijski izvori Sud je prepustio domaćim sudovima odluku da li bi prava obrane trebala ustupiti svoje mjesto javnom interesu i ograničio se na provjeravanje da li je postupak poduzet od strane sudskih vlasti u dovoljnoj mjeri uravnotežio ograničenja obrane putem prikladnih jamstava. Činjenica da neki dokazi nisu bili dostupni obrani nije se smatrala automatskom povredom članka 6. st. 1. (vidi, primjerice, *Rowe i Davis protiv Ujedinjenog Kraljevstva* [GC], br. 28901/95, ECHR 2000-II). Slično tome, u predmetu *Salduz*, citiranom gore, st. 50., Sud je naglasio da pravo na pravnu pomoć zajamčeno člankom 6. st. 3.(c) predstavlja samo jedan od elemenata pravičnog suđenja u kaznenom postupku sadržanog u članku 6. st. 1.

146. Sud smatra da bi se pravilo jedinog ili odlučujućeg dokaza trebalo primijeniti na sličan način. Ne bi bilo ispravno prilikom razmatranja pitanja pravičnosti primjenjivati ovo pravilo na nefleksibilan način. Isto tako ne bi bilo ispravno da Sud u potpunosti zanemari specifičnosti konkretnog pravnog sustava koji je u pitanju te posebice njegova pravila o dokazivanju, bez obzira na sudske izreke koje su mogle sugerirati obrnuto (vidi, na primjer, *Lucà*, citirano gore, u st. 40.). To bi pretvorilo konkretno pravilo u tup i nekritičan instrument protivan tradicionalnom pristupu Suda pitanjima općenite pravičnosti postupka, naime uravnoteženju suprotstavljenih interesa obrane, žrtvi i svjedoka s javnim interesom učinkovitog provođenja pravde.

(c) Opći zaključak o pravilu jedinog ili odlučujućeg dokaza

147. Sud stoga zaključuje da, kada dokaz po čuvenju predstavlja jedini ili odlučujući dokaz protiv optuženika, njegovo prihvaćanje u dokazni materijal neće automatski imati za posljedicu povredu članka 6. st. 1. Istovremeno, kad se osuda temelji isključivo ili u odlučujućoj mjeri na iskazu odsutnog svjedoka, Sud će pažljivo razmotriti čitav postupak. Zbog opasnosti prihvaćanja takvih dokaza, vrlo je važno prilikom uravnoteženja različitih faktora, da citiramo Lorda Mancea u predmetu *R. protiv Davis* (vidi st. 50. gore), uzeti u obzir postojanje jakih postupovnih jamstava.

Pitanje koje se postavlja u svakom od predmeta jeste da li su postojali dovoljni faktori uravnoteženja, uključujući mjere koje su dozvoljavale pravičnu i pravilnu ocjenu pouzdanosti spornog dokaza. Ovo bi omogućilo da se osuda temelji na takvom dokazu samo ukoliko je isti dovoljno pouzdan s obzirom na njegovu važnost u predmetu.

(d) Procesna jamstva sadržana u Zakonima iz 1988. i 2003.

148. Sud će stoga ispitati mjere protuteže koje su postojale u engleskom pravu u spornom razdoblju. Sud primjećuje da prema Zakonima iz 1988. i 2003. odsustvo svjedoka mora biti opravdano i potpadati u jednu od definiranih kategorija (vidi članak 23. Zakona iz 1988. i članak 116. Zakona iz 2003. u st. 41. i 44. gore). Bez obzira na razlog za odsustvo svjedoka, nije dopušteno prihvaćanje izjave svjedoka koji je istovremeno odsutan i anonimn.

Štoviše, kad je odsustvo posljedica straha, prema Zakonu iz 2003. nadležni sudac može dopustiti dokaz samo ako smatra prihvaćanje takve izjave u interesu pravde i mora odlučiti mogu li se primijeniti posebne mjere koje bi omogućile takvom svjedoku da svjedoči uživo. U takvom slučaju nadležni sudac mora uzeti u obzir poteškoće koje će nastati za optuženog u osporavanju izjava svjedoka ukoliko dotični svjedok ne bude pozvan da svjedoči.

149. Zakon iz 2003. također propisuje da bez obzira na razlog za odsutnost svjedoka, dokazi bitni za vjerodostojnost i dosljednost autora izjave mogu biti prihvaćeni čak i kada ne bi bili dopustivi da ih je svjedok dao osobno. Nadležni sudac ima pravo diskrecije odbiti prihvaćanje dokaza po čuvenju ukoliko je uvjeren da argumenti za njegovo isključivanje bitno nadmašuju one za njegovo dopuštanje. Pritom je od posebne važnosti uvjet propisan Zakonom iz 2003. da bi sudac trebao obustaviti postupak ukoliko je nakon završetka iznošenja predmeta od strane tužilaštva uvjeren da je predmet protiv optuženog „u potpunosti ili djelomično“ utemeljen na dokazu po čuvenju u smislu Zakona iz 2003., te ukoliko je uvjeren da je sporna izjava toliko neuvjerljiva da bi, s obzirom na njezinu važnost u predmetu protiv optuženog, osuda bila nepravilna.

150. Sud također primjećuje da, uz jamstva sadržana u svakom od navedenih zakona, članak 78. Zakona o policiji i kaznenim dokazima iz 1984. predviđa opće pravo diskrecije isključivanja dokaza ukoliko bi njihovo prihvaćanje imalo toliko negativan utjecaj na pravičnost suđenja da ga ne bi trebalo prihvatiti. Konačno, common law zahtijeva od nadležnog suca davanje tradicionalne upute poroti vezane uz teret dokazivanja, kao i uz opasnosti oslanjanja na dokaze prepričavanjem.

151. Sud smatra jamstva sadržana u Zakonima iz 1988. i 2003., nadopunjena onima sadržanim u članku 78. Zakona o policiji i kaznenim dokazima i u common law sustavu, u principu jakim jamstvima čiji je cilj

osiguranje pravičnosti. Preostaje ispitati kako su ta jamstva primijenjena u svakom od konkretnih slučajeva.

4. Konkretni slučajevi

152. S obzirom na konkretne predmete, Sud primjećuje da je tijekom rasprave pred Velikim vijećem strankama postavljeno pitanje o tome da li je nesporno da je izjava ST predstavljala jedini ili odlučan dokaz u slučaju Al-Khawaja te da je svjedočenje osobe T predstavljalo jedini ili odlučan dokaz u slučaju Tahery. U odgovoru na to pitanje, Vlada je promijenila stav koji je bila zauzela pred Vijećem i odgovorila da ni izjave ST niti osobe T nisu bile jedini ili odlučujući dokazi u predmetima (vidi st. 104. i 105. gore). Sud će stoga razmotriti tri pitanja s obzirom na svaki od predmeta: prvo, da li je bilo neophodno prihvatiti izjave ST odnosno osobe T; drugo, da li su njihove netestirane izjave predstavljale jedini ili odlučujući dokaz za osudu svakog od podnositelja zahtjeva; i treće, da li su postojali dostatni faktori protuteže uključujući jaka postupovna jamstva, koja bi osigurala da se oba postupka promatrana u cjelini mogu smatrati pravičnima u smislu članka 6. st. 1. i 3.(d).

(a) Predmet Al-Khawaja

153. Sud primjećuje da je nesporno kako je smrt ST učinila nužnim prihvaćanje u dokazni materijal njezine izjave ukoliko se ona imala uzeti u obzir.

154. Bez obzira na tvrdnju Vlade kako izjava osobe ST nije predstavljala jedini niti odlučujući dokaz jer su postojali i drugi dokazi koji su ju potvrđivali, Sud primjećuje da je sudac koji je dopustio prihvaćanje njezine izjave bio u najboljem položaju da procijeni njezinu važnost. Bio je također prilično jasan kad je izjavio „ako nema izjave, nema ni prve točke optužnice” (vidi st. 13. gore). Sud koji je toliko udaljen od sudskog postupka ne može proturječiti takvoj ocjeni, već je stoga primoran zaključiti da je izjava osobe ST bila odlučujuća.

155. Usprkos tome, kao što je Sud već naveo (vidi st. 147. gore) primanje u dokaz izjave ne može samo po sebi uzrokovati nepravičnost postupka, već se samo može uzeti kao veoma bitan faktor koji treba izvagati uz gore spomenute proceduralne i ostale protutežne čimbenike u predmetu.

156. Interesi pravde su očito išli u korist primanja u dokaze izjave ST, koju je policija snimila u prikladnom obliku. Pouzdanost tog dokaza bila je potvrđena činjenicom da se ST požalila dvoje prijatelja, osobama BF i SH, odmah nakon spornog događaja kao i da su postojale samo manje proturječnosti između njezine izjave i onih koje su dali njezino dvoje prijatelja, koji su svjedočili na suđenju. Što je najvažnije, postojale su velike sličnosti između opisa navodnog napada od strane ST i onog druge tužiteljice VU, među kojima prema dostupnim dokazima nije bilo prethodnog dogovora. U slučaju nedoličnog napada doktora na pacijenta,

koji se dogodio za vrijeme privatnih konzultacija i kojem su bili nazočni samo on i žrtva bilo bi teško zamisliti jače potkrepljujući dokaz, posebice kada su svi ostali svjedoci bili pozvani da osobno svjedoče na suđenju i njihova je pouzdanost testirana unakrsnim ispitivanjem.

157. Istina je da je Žalbeni sud zaključio kako je uputa koju je sudac dao poroti bila manjkava. Međutim, Žalbeni sud je također našao da je poroti moralo biti jasno iz te upute da bi izjava ST trebala imati manju težinu prilikom odlučivanja iz razloga što podnositelj nije imao priliku unakrsno ispitati autora te izjave te što ju porota nije vidjela ni čula kako osobno svjedoči (vidi st. 22. gore). Uzimajući u obzir ovu uputu, kao i dokaze tužilaštva u potporu izjave osobe ST, Sud smatra da je porota mogla provesti pravičnu i pravilnu ocjenu pouzdanosti njezinih navoda protiv prvog podnositelja zahtjeva.

158. U ovakvim okolnostima, promatrajući pravičnost postupka u cjelini, Sud smatra da su, unatoč poteškoćama za obranu nastalim prihvaćanjem u dokaze sporne izjave kao i opasnosti takvog postupanja, postojali dostatni čimbenici uravnoteženja da bi se moglo zaključiti kako primanje u dokaze izjave ST nije dovelo do povrede članka 6. st. 1 u svezi s člankom 6. st. 3.(d) Konvencije.

(b) Predmet Tahery

159. Sud smatra da je prikladno istraženo da li je strah osobe T bio opravdan. Nadležni sudac saslušao je osobu T kao i policajca u vezi postojanja straha. Također je bio uvjeren da posebne mjere, poput svjedočenja iza zastora, ne bi ublažile njegov strah. Iako je identitet osobe T kao autora inkriminirajućih izjava bio javno otkriven, zaključak nadležnog suca da je isti imao opravdan strah od usmenog svjedočenja te da nije bio spreman to učiniti čak niti uz primjenu posebnih mjera na suđenju predstavlja dovoljno opravdanje za primanje njegove izjave u dokaze.

160. Sud opaža da prilikom prvotnog ispitivanja osoba koje su bile prisutne prilikom izbadanja nitko nije tvrdio da je vidio kako je podnositelj zahtjeva izbo osobu S, a sama osoba S nije vidjela tko ga je izbo, iako je prvotno pretpostavila da se radilo o drugom podnositelju zahtjeva. T je dva dana poslije samog događaja u svojoj izjavi okrivio podnositelja zahtjeva. Bio je jedini svjedok koji je tvrdio da je vidio samo ubadanje. Njegova nepotvrđena izjava očevica bila je barem odlučujući, ako ne i jedini dokaz protiv podnositelja zahtjeva. Očito se radilo o dokazu od velike važnosti bez kojeg bi šanse za osudu bile znatno umanjene. Iako je svjedočenje na prvi pogled bilo dosljedno i uvjerljivo, ne može se tvrditi da je pripadalo kategoriji „dokazivo pouzdanih“ dokaza, kao što je izjava prilikom umiranja ili drugi primjeri koje su dali Žalbeni i Vrhovni sud u predmetu *Horncastle i ostali* (vidi st. 53. i 60. gore).

161. Takav neispitani dokaz ima veliku težinu i zahtijeva dostatne protutežne čimbenike kako bi se nadoknadile poteškoće uzrokovane obrani

njegovim primanjem u dokazni materijal. Vlada se oslonila na dva glavna faktora uravnoteženja: činjenicu da je nadležni sudac zaključio da ne bi bilo nepravično primiti izjavu osobe T u dokaze budući da je podnositelj zahtjeva mogao izazivati i osporavati tu izjavu svjedočenjem u svoju obranu ili pozivanjem drugih svjedoka koji su bili prisutni, a jedan od kojih je bio i njegov ujak; i upozorenje koje je nadležni sudac dao poroti glede potrebe opreznog tumačenja izjave date od strane odsutnog svjedoka.

162. Međutim, Sud smatra da nijedan od ovih faktora, bilo samostalno ili u kombinaciji, ne može predstavljati dovoljnu protutežu nepovoljnom položaju u koji je bila dovedena obrana. Čak i da je podnositelj zaniijekao optužbe, nije bio u mogućnosti ispitati istinitost i pouzdanost izjave osobe T putem unakrsnog ispitivanja. Činjenica je da je osoba T bila jedini svjedok koji je očito bio voljan ili u mogućnost svjedočiti o onome što je vidio. Obrana stoga nije mogla pozvati druge očevice kako bi proturječili izjavi sadržanoj u dokazu prepričavanjem.

163. Drugi dokaz bio je onaj osobe S koja nije znala tko ga je izbo, iako je inicijalno bio pretpostavio da je to učinio podnositelj zahtjeva. Njegova izjava se temeljila na indicijama i podnositelj zahtjeva ju uglavnom nije pobijao. Svjedočio je o samoj svađi i ponašanju podnositelja zahtjeva nakon izbadanja (vidi st. 32. gore). Iako je ova izjava donekle potvrđivala neke detalje izjave osobe T, u najbolju ruku je mogla predstavljati samo neizravnu potporu tvrdnji osobe T da je podnositelj izbo osobu S.

164. Istina je da je uputa koju je sudac dao poroti bila potpuna i oprezno sročena, i da je naglašavala opasnosti oslanjanja na netestirane dokaze. Međutim, Sud nije mišljenja da je takvo upozorenje, bez obzira koliko jasno ili energično izraženo, moglo biti dovoljna protuteža u slučaju gdje je netestirana izjava jedinog očevica tužiteljstva bila jedini izravni dokaz protiv podnositelja zahtjeva.

165. Sud stoga smatra da je odlučujuća narav izjave osobe T bez bilo kakvog snažnog potkrepljujućeg dokaza u predmetu značila da porota u ovom slučaju nije mogla provesti pravičnu i pravilnu ocjenu pouzdanosti izjave osobe T. Razmatrajući pravičnost postupka u cijelosti, Sud zaključuje da nisu postojali dostatni faktori uravnoteženja koji bi nadoknadili poteškoće uzrokovane obrani primanjem u dokaze izjave osobe T. Stoga nalazi da je došlo do povrede članka 6. st. 1. u svezi s člankom 6. st. 3.(d) Konvencije u pogledu predmeta Tahery.

II. PRIMJENA ČLANKA 41. KONVENCIJE

166. Članak 41. Konvencije propisuje:

“Ako Sud utvrdi da je došlo do povrede Konvencije i dodatnih protokola, a unutarnje pravo zainteresirane visoke ugovorne stranke omogućava samo djelomičnu odštetu, Sud će, prema potrebi, dodijeliti pravednu naknadu povrijeđenoj stranci.”

167. Budući da nije nađena povreda s obzirom na prvog podnositelja zahtjeva, pravedna se naknada ima odrediti samo s obzirom na drugog podnositelja zahtjeva.

A. Naknada štete

168. Drugi podnositelj zahtjeva ostao je pri svojoj tvrdnji da se, za razliku od većine predmeta pod člankom 6., može opravdano tvrditi da se njegova osuda za kazneno djelo u pitanju kao ni njegova kazna zatvora ne bi dogodile da nije bilo navedene povrede. Na temelju dodatnog vremena koje je proveo u zatvoru kao i naknade na domaćem nivou za slična nezakonita lišavanja slobode, drugi podnositelj zahtjeva potraživao je GBP 65,000 (otprilike EUR 83,830). Vlada je ostala pri svojoj tvrdnji da nije bilo uzročne veze između navodne povrede i podnositeljeve osude, da je domaća praksa bila prilično nebitna te da bi samo pronalaženje povrede predstavljalo dovoljnu pravednu naknadu. Podredno, bilo bi primjereno dosuditi mnogo niži iznos, kao primjerice 6,000 EUR dodijeljenih u predmetu *Visser protiv Nizozemske*, br. 26668/95, st. 56., 14. veljače 2002.

169. Vijeće je u svojoj presudi prihvatilo da je domaća praksa bila tek od neznatne važnosti za pitanje nematerijalne štete u postupku pred Sudom. Međutim, našlo je da kazneni postupak protiv podnositelja, barem u dijelu u kojem se tiče optužbe utemeljene na izjavi osobe T, nije bio sukladan Konvenciji i da je time podnositelj neizbježno pretrpio tjeskobu i anksioznost. Dodijelilo mu je iznos od EUR 6,000 na ime nematerijalne štete.

170. Veliko vijeće ne vidi razloga odstupiti od ocjene Vijeća te sukladno tome također dodjeljuje iznos od EUR 6,000.

B. Troškovi i izdaci

171. U postupku pred Vijećem drugi podnositelj zahtjeva potraživao je ukupni iznos od GBP 7,995 na ime troškova i izdataka, koji je jednak otprilike EUR 9,079. Ovo se potraživanje sastojalo od GBP 5,571.47 (uključujući PDV) za otprilike četrdeset i pet sati rada gđe Trowler, a uključivao je i dolazak na javnu raspravu održanu pred Vijećem i vrijeme putovanja u Strasbourg. Odvjetnički troškovi i izdaci iznosili su GBP 2,423.56 (uključujući PDV), a uključivali su troškove od GBP 1,734.16 za otprilike petnaest sati rada i GBP 689.40 na ime izdataka.

172. Pred Velikim vijećem drugi podnositelj zahtjeva potraživao je ukupni iznos od GBP 3,614.82 na ime odvjetničkih troškova i izdataka, a koji su pokrivali postupak pred Vijećem i Velikim vijećem. Također je potraživao dodatnih GBP 3,643 (uključujući PDV) za još trideset sedam sati rada gđe Trowler. Ovo je uključivalo sedamnaest sati rada koji su trebali pokriti njezino planirano pohađanje rasprave pred Velikim vijećem kao i

vrijeme putovanja u Strasbourg. Međutim, ista nije bila u mogućnosti doći na raspravu.

173. Vlada je smatrala naplaćeni iznos po satu previsokim.

174. Sud nalazi da potraživani iznosi nisu prekomjerni s obzirom na složenost slučaja. Stoga, s iznimkom troškova od sedamnaest sati za pohađanje rasprave i putovanja na raspravu Velikog vijeća (koji nisu nastali), ostatak potraživanja drugog podnositelja zahtjeva treba se prihvatiti u cijelost. Sud mu stoga dodjeljuje EUR 13,150, uključujući PDV, umanjeno za EUR 1,150 koje je već primio u vidu pravne pomoći od Vijeća Europe, koji se imaju preračunati u funte na dan plaćanja.

C. Zatezna kamata

175. Sud smatra primjerenim da se zatezna kamata temelji na najnižoj kreditnoj stopi Europske središnje banke uvećanoj za tri postotna boda.

IZ TIH RAZLOGA, SUD

1. *Presuđuje*, s petnaest glasova za i dva protiv, da nije došlo do povrede članka 6. st. 1 u svezi s člankom 6. st. 3.(d) Konvencije s obzirom na predmet Al-Khawaja;
2. *Presuđuje*, jednoglasno, je došlo do povrede članka 6. st. 1 u svezi s člankom 6. st. 3.(d) Konvencije s obzirom na predmet Tahery;
3. *Presuđuje*, jednoglasno,
 - (a) da tužena država treba isplatiti, u roku od tri mjeseca, drugom podnositelju zahtjeva, g. Taheryju, slijedeće iznose, preračunate u funte prema tečaju na dan plaćanja:
 - (i) EUR 6,000 (šest tisuća eura), na ime nematerijalne štete uvećane za sve poreze koji bi se podnositelju zahtjeva mogli zaračunati;
 - (ii) EUR 12,000 (dvanaest tisuća eura), na ime troškova i izdataka, uvećanih za sve poreze koji bi se podnositelju zahtjeva mogli zaračunati;
 - (b) da se od protoka naprijed navedena tri mjeseca do namirenja na naprijed navedene iznose plaća obična kamata prema stopi koja je jednaka najnižoj kreditnoj stopi Europske središnje banke tijekom razdoblja neplaćanja, uvećana za tri postotna boda;
4. *Odbija* preostali dio zahtjeva za pravednom naknadom podnositelja zahtjeva.

Sastavljeno na engleskom i francuskom jeziku i objavljeno na javnoj raspravi u Zgradi ljudskih prava u Strasbourg dana 15. prosinca 2011.

Michael O'Boyle
Zamjenik Tajnika

Françoise Tulkens
Predsjednica

U skladu s člankom 45. st. 2. Konvencije i pravilom 74. st. 2. Poslovnika Suda, slijedeća izdvojena mišljenja nalaze se u aneksu ove presude:

- (a) Suglasno mišljenje suca Bratze;
- (b) Zajedničko djelomično suglasno i djelomično drugačije mišljenje sudaca Karakaş i Sajó.

Odvojena mišljenja nisu prevedena, a može ih se pronaći na engleskom i / ili francuskom jeziku u službenoj verziji presude u HUDOC bazi sudske prakse.

© Vijeće Europe/Europski sud za ljudska prava, 2012.

Službeni jezici Europskog suda za ljudska prava su engleski i francuski. Ovaj prijevod je financiran uz podršku Zaklade za ljudska prava Vijeća Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Ovaj prijevod ne obvezuje Sud niti je isti odgovoran za njegovu kvalitetu. Prijevod se može preuzeti iz HUDOC baze podataka sudske prakse Europskog suda za ljudska prava (<http://hudoc.echr.coe.int>) ili iz bilo koje druge baze podataka s kojom ga je Sud podijelio. Prijevod se može umnožavati u nekomercijalne svrhe pod uvjetom da se navede puni naziv predmeta, zajedno s naznakom autorskih prava i referencom na Zakladu za ljudska prava. Ukoliko se bilo koji dio ovog prijevoda namjerava koristiti u komercijalne svrhe, molimo kontaktirajte publishing@echr.coe.int.

© Council of Europe/European Court of Human Rights 2012.

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme 2012. Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou de toute autre base de données à laquelle HUDOC

PRESUDA AL-KHAWAJA I TAHERY protiv UJEDINJENOG KRALJEVSTVA

l'acommuniquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire our les droits de l'homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la préssente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante publishing@echr.coe.int.