

*Др Вељко Турањанин,
ванредни професор*

*УДК: 341.231.14:343.123.12
DOI: 10.46793/UPSSIX.277T*

АНОНИМНИ СВЕДОЦИ И ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА*

Резиме

Аутор у раду се бави проблемом анонимних сведока у контексту права на правично суђење у јуриспруденцији Европског суда за људска права. Један од проблема у примени члана 6. Европске конвенције о људским правима је повезан са исказима анонимних сведока у кривичном поступку. Судска пракса Европског суда за људска права развила је одређене критеријуме који морају бити пропраћени у националним законодавствима, али је очигледно да постоји недовољно знања у погледу овог проблема, као и невољност да се поменути правила примене. Стандарди које је развио ЕСЉП су врло важни за националне законе и јуриспруденцију. Аутор објашњава развој тростепеног теста који је неопходно испитати прилико процене повреде права на правично суђење, кроз анализу мноштва пресуда, а у циљу пружања смерница у примени члана 6. става 3(д) Европске конвенције о људским правима. Након уводних разматрања аутор објашњава ко све може бити сведок по Конвенцији, будући да се то питање поставља независно од ставова националних законодавстава, те након тога објашњава право на испитивање сведока, прихватљивост исказа од стране анонимних сведока и испитивање тростепеног теста, те даје закључна разматрања.

***Кључне речи:** исказ, анонимни сведок, Al-Khawaja and Tahery тест, судска пракса ЕСЉП.*

1. Увод

Сведоци представљају важно доказно средство у сваком кривичном поступку. Међутим, правила која регулишу њихов положај разликују се кроз

* Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Крагујевцу: „Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније”, који се финансира из средстава Факултета.

призму кривичних законодавстава.¹ Са једне стране, у англо-америчким законодавствима, значајну улогу у кривичном поступку има *hearsay rule*.² Са друге стране, окривљени имају право на правично суђење³, у складу са чл. 6. Европске конвенције о људским правима и основним слободама (у даљем тексту: Конвенција), које гласи:

1. Свако, приликом одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона. Пресуда се мора изрећи јавно, али се штампа и јавност могу искључити с целог или с дела суђења у интересу морала, јавног реда или националне безбедности у демократском друштву, када то захтевају интереси малолетника или заштита приватног живота странака, или у мери која је, по мишљењу суда, неопходно потребна у посебним околностима када би јавност могла да нашкоди интересима правде.

3. Свако ко је оптужен за кривично дело има следећа минимална права:

(д) да испитује сведоке против себе или да постигне да се они испитају и да се обезбеди присуство и саслушање сведока у његову корист под истим условима који важе за оне који сведоче против њега.

Европски суд за људска права (у даљем тексту: Суд) је током година развио одређене гаранције које се тичу права окривљеног која леже у чл. 6. Конвенције. У серији одлука са почетком од пре четрдесет година, Суд је кроз интерпретацију чл. 6(д) дозвољавао употребу одсутних сведока у кривичном поступку,⁴ што је у супротности са правом одбране на унакрсно испитивање сведока на главном претресу. Истовремено, жртви су гарантована одређена права, а једно од њих јесте да не мора да сведочи на главном претресу. *Redmayne* истиче да су окривљени, осуђени на основу на главном претресу непроверених доказа, неочекивано почели да се позивају на чл. 6. и судску праксу Суда.⁵ Наиме, право на унакрсно испитивање се сматра основним елементом права на правично суђење.⁶ У последњој деценији, темељни основи

¹ Постоји више врста кривичних поступака, али се сви генерално групишу у три модела. Више у Jimeno-Bulnes, M., *American Criminal Procedure in a European Context*, *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 21, no. 2/2013, стр. 409-460.

² Видети Brodin, M. S., *The British Experience with Hearsay Reform: A Cautionary Tale*, *Fordham Law Review* 84, no. 4/2016, стр. 1417-1428

³ Turanjaniin, V., *The Principle of the Immediacy Versus the Efficiency of Criminal Proceedings: Do Changes in the Composition of the Trial Panel Violate the Right to a Fair Trial?*, *Nordic Journal of Human Rights* 39, no. 1/2021, стр. 73.

⁴ Mazzone, J., *The Rise and Fall of Human Rights: A Sceptical Account of Multilevel Governance*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3, no. 3/2014, стр. 938.

⁵ Redmayne, M., *Hearsay and Human Rights: Al-Khawaja in the Grand Chamber*, *Modern Law Review* 75, no. 5/2012a, стр. 866.

⁶ MacQueen, C., *Special Measures and the Principle of Orality in the Scots Criminal Trial: Ensuring Fairness to the Accused*, *Edinburgh Student Law Review* 3, no. 2/2017, стр. 10.

за заштиту оптуженог постављени су у пресуди *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*.⁷ У овој пресуди, питање да ли окривљени може бити правично осуђен када су докази који нису изведени на главном претресу 'искључиви и пресудни' докази против њега је разматрано нашироко.⁸ Пре ове пресуде, такозвано *искључиво и пресудно* правило се сматрало као заштита за оптуженог, чинећи осуду немогућом у случајевима где је неспорна изјава била искључиви или пресудан део доказа за осуду.⁹ Једноставно, у случају када одбрана није могла испитати сведока чија изјава је била искључиви или пресудан доказ за оптужбу, постојала је повреда чл. 6. Конвенције. Након ове пресуде, *искључиво или пресудно правило* постоји као један од корака у такозваном *Al-Khawaja and Tahery* тесту.

Међутим, када говоримо о анонимним сведоцима, морамо да напоменемо чињеницу да, иако проблеми које постављају анонимни и одсутни сведоци нису идентични, ове две ситуације се у принципу не разликују, јер свака од њих доводи до потенцијално неповољне ситуације по окривљеног.¹⁰ Но, на првом месту потребно је навести ко све може да буде сведок по Конвенцији.

2. Ко може бити сведок по Конвенцији?

Постоји много дефиниција сведока. За потребе овог дела рада послужићемо се дефиницијом америчких судова датом у контексту 'права на суочење' у Шестом амандману, према којем је, у ужем смислу, сведок лице које долази у суд да пружи исказ.¹¹

Иако на готово сваком месту данас можемо чути разматрања о правичном суђењу, суштински не постоји општеприхваћена дефиниција овог појма. Видети Gless, S., *Transnational Cooperation in Criminal Matters and the Guarantee of a Fair Trial: Approaches to a General Principle*, *Utrecht Law Review* 9, no. 4/2013, стр. 91. Даље, чл. 6. се набрајају захтеви правичног поступка, али се не предвиђа никакав посебан поступак за њихово постизање. Coen, M., *With Cat-like Tread: Jury Trial and the European Court of Human Rights*, *Human Rights Law Review* 14, no. 1/2014, стр. 107.

⁷ Barnes, R. P., *Introductory Note to the European Court of Human Rights: Al-Khawaja & Tahery v. United Kingdom*, *International Legal Materials* 51, no. 3/2012, стр. 477-524; Greene, A., *Through the Looking Glass: Irish and UK Approaches to Strasbourg Jurisprudence*, *Irish Jurist* 55, 2016, стр. 119. Ово је једна од пресуда које указују на дијалог између Суда и Велике Британије. Видети више у: Amos, M., *The Dialogue between United Kingdom Courts and the European Court of Human Rights*, *International and Comparative Law Quarterly* 61, no. 3/2012, стр. 557-584

⁸ Glover, R., Murphy, P., *Murphy on Evidence*, Oxford, Oxford University Press, 2013, cp. 241.

⁹ Widder, E., *The Right to Challenge Witnesses - An Application of Strasbourg's Flexible 'Sole and Decisive Rule to Other Human Rights*, *Cambridge Journal of International and Comparative Law* 3, no. 4/2014, стр. 1085.

¹⁰ *Pesukic v. Switzerland*, Application no. 25088/07, 6 December 2012, § 45.

¹¹ Spencer, J. R., *Hearsay Evidence in Criminal Proceedings*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2008, стр. 43.

Суд сматра би овај појам требало да добије аутономно тумачење, што је наглашено у пресуди *Unterpertinger v. Austria*¹², праћено са *Asch v. Austria*¹³ и касније поновљено у многим пресудама, на пример, у *Damir Sibgatullin v. Russia*¹⁴ и *S.N. v. Sweden*¹⁵. За разлику од ранијих одлука, можемо видети да под овим појмом Суд подразумева свакога ко је дао писани исказ органима гоњења, а коју је тужилаштво након тога уврстило у доказе на суђењу.¹⁶ Овај појам је, међутим, бивао константно проширен кроз јуриспруденцију, па се односи не само на сведока у ужем смислу, већ и на саоптуженог, жртве, вештаке и полицијске службенике.

Према *Lucà v. Italy*, писани исказ може да послужи у значајној мери као основ за осуду, без обзира да ли га је дао сведок у ужем смислу речи или саоптужени, те представља доказ у кривичном поступку на који се примењују гаранције прописане чл. 6. ст. 1. и 3. (д) Конвенције.¹⁷ У овој пресуди *искључиво и пресудно* правило третирано је као апсолутно.¹⁸ Сличан став Суд је заузео у пресуди *Trofimov v. Russia*¹⁹ као и *Kuchta v. Poland*²⁰. Осим тога, сведок може бити потенцијални саоптужени, због привилегије против самоинкриминације, што је становиште из пресуде *Cabral v. the Netherlands*.²¹ Коначно, из *Oddone and Pecci v. San Marino* следи да није од утицаја чињеница да инкриминишућа изјава потиче од саоптуженог у односу на друге сведоке, те да се утврђени принципи у таквим случајевима примењују *mutatis mutandis*.²²

У бројним пресудама, жртва може бити сведок у кривичном поступку. Овај став је потврђен кроз праксу Суда. Стога, у *Vladimir Romanov v. Russia*²³, жртва се треба, у сврху чл. 6. ст. 3(д), сматрати “сведоком”, појам који има аутономно тумачење, зато што је њено писано сведочење настало у

¹² *Unterpertinger v. Austria*, Application no. 9120/80, 24 November 1986, § 31.

¹³ *Asch v. Austria*, Application no. 12398/86, 26 April 1991, § 25.

¹⁴ *Damir Sibgatullin v. Russia*, Application no. 1413/05, 24 April 2012, § 45.

¹⁵ *S.N. v. Sweden*, Application no. 34209/96, 2 July 2002, § 45. Види *Vidal v. Belgium*, Application no. 12351/86, 22 April 1992, § 33; *Lucà v. Italy*, Application no. 33354/96, 27 February 2001, § 41.

¹⁶ *Unterpertinger v. Austria*, § 31; *Kostovski v. The Netherlands*, Application no. 11454/85, 29 March 1990, § 40; *Delta v. France*, Application no. 11444/85, 19 December 1990, § 34; *Arner v. Austria*, Application no. 13161/87, 28 August 1992, § 19; *Windisch v. Austria*, Application no. 12489/86, 27 September 1990, § 23.

¹⁷ *Lucà v. Italy*, § 41.

¹⁸ Paruch, D., *Testimonial Statements, Reliability, and the Sole Or Decisive Evidence Rule: A Comparative Look at the Right of Confrontation in the United States, Canada, and Europe*, Catholic University Law Review 67, no. 1/2018, стр. 139.

¹⁹ *Trofimov v. Russia*, Application no. 1111/02, 4 December 2008, § 37.

²⁰ *Kuchta v. Poland*, Application no. 58683/08, 23 January 2018, § 44.

²¹ *Cabral v. the Netherlands*, Application no. 37617/10, 28 August 2018, § 33.

²² *Oddone and Pecci v. San Marino*, Applications nos. 26581/17 and 31024/17, 17 October 2019, § 95.

²³ *Vladimir Romanov v. Russia*, Application no. 41461/02, 24 July 2008, § 47.

предистражном поступку те је прочитано на главном претресу и искоришћено као доказ против апликанта. Даље, у *Doorson v. Netherlands*, Суд је истакао да су вештаци сведоци у смислу чл. 6. ст. 3(д).²⁴ Тај став је касније разрађен у пресуди *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, где је Суд установио да се улога вештака може разграничити од улоге сведока, који морају изнети пред судом своје лично сећање на одређени догађај.²⁵

Конечно, није било најјасније да ли су полицијски службеници сведоци у смислу чл. 6. Конвенције. Суд је у пресуди *Butkevich v. Russia* истакао да нема значајне разлике између писаног сведочења датог од стране сведока, на пример, и извештаја сачињеног од стране полицијског службеника његовом надређеног.²⁶ Према томе, Суд у *Ürek and Ürek v. Turkey* сматра да полицијске службенике у конкретном случају треба сматрати сведоцима, посебно имајући у виду чињеницу да их је првостепени суд позвао да дају изјаве у својству сведока.²⁷

3. Право на испитивање сведока

На самом почетку, неопходно је нагласити да су гаранције у ст. 3(д) чл. 6. посебни аспекти права на правично суђење, који се морају узети у обзир приликом сваке процене правичности поступка а основни задатак Суда је да оцени правичност кривичног поступка у целини.²⁸ Члан 6. не садржи било какво правило о прихватљивости доказа као таквог, што је пре свега предмет регулисања националних законодавстава. Према томе, на националним судовима је оцена доказне вредности доказа у кривичним поступцима.²⁹ По Конвенцији није задатак Суда да донесе одлуку да ли су одређени искази сведока правилно прихваћени као доказ, већ да утврди да ли је поступак у

²⁴ *Doorson v. Netherlands*, Application no. 20524/92, 26 March 1996, §§ 81-82.

²⁵ *Khodorkovskiy and Lebedev*, Application nos. 11082/06 and 13772/05, 25 July 2013, § 711. Исти приступ суд је заузео и у предметима *Constantinides v. Greece*, Application no. 76438/12, 6 October 2016, §§ 37-38 и *Gregaćević v. Croatia*, Application no. 58331/09, 10 July 2012, § 67. Међутим, анализирајући да ли је лично појављивање вештака на суђењу неопходно, Суд ће се, пре свега, водити принципима уграђеним у концепт правичног поступка, а посебно гаранцијама адверсарног поступка и једнакости оружја. Више у *Khodorkovskiy and Lebedev (no. 2)*, Applications nos. 51111/07 and 42757/07, 14 January 2020, §476.

²⁶ *Butkevich v. Russia*, Application no. 5865/07, 13 February 2018, § 98.

²⁷ *Ürek and Ürek v. Turkey*, Application no. 74845/12, 30 July 2019, § 50.

²⁸ Spielmann, D., *Article 6 ECHR in Criminal Proceedings: Recent Developments*, Cyprus Human Rights Law Review 2, no. 1/2013, стр. 4. Види *Taxquet v. Belgium*, Application no. 926/05, 16 November 2011, § 84.

²⁹ Spano, R., *Universality or Diversity of Human Rights - Strasbourg in the Age of Subsidiarity*, Human Rights Law Review 14, no. 3/2014, стр. 495.

целини, укључујући и начин на који је доказ прибављен, био правичан.³⁰ Приликом ове процене Суд увек треба да посматра поступак као целину, узимајући у обзир права одбране али и интересе јавности и жртве да злочин буде адекватно процесуиран.³¹ Поред тога, где је неопходно, Суд треба узме у обзир права сведока.³² Као што можемо видети, Суд тежи да пружи општу оцену правичности поступка пре него да стриктно испита да ли се одређена гаранција поштује или не, и према томе, право оптуженог да испитује сведоке и опште право на правично суђење решава заједно.³³

У суштини, чл. 6. ст. 3(д) гарантује правило да, пре него што оптужени може бити осуђен, сви докази против њега морају бити изведени у његовом присуству на јавној расправи како би се чули супротни аргументи.³⁴ Надаље, изузеци од овог правила су могући, али не смеју повредити права на одбрану, које захтева да оптуженом треба дати адекватну и одговарајућу прилику да изазове и испита сведока против њега, чак и када тај сведок даје своју изјаву у каснијој фази поступка.³⁵ Ово право подразумева испитивање сведока који сведоче против њега макар једном у току поступка, на суђењу и/или у фази поступка пре суђења или чак у поступку по жалби.³⁶ Можемо чак рећи да ово право има двојну природу, зато што је са једне стране природа која се односи на проналажење чињеница, док са друге стране штити оптуженог.³⁷

³⁰ *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, Applications nos. 21363/93, 21364/93, 21427/96 and 22056/93, 23 April 1997, § 50. Види Kardos Kaponyi, E., *The Development of the International Human Rights Law with Specific Regard to the European Human Rights System*, Hungarian Yearbook of International Law and European Law 2015, 2015, стр. 34.

³¹ King, C., *Belief Evidence and Informer Privilege: Revisited in Strasbourg*, International Journal of Evidence & Proof 18, no. 4/2014, стр. 340-352. Види, на пример, *Schatschaschwili v. Germany*, Application no. 9154/10, 15 December 2015, §101, *Gäfgen v. Germany*, Application no. 22978/05, 01 June 2010, § 175), *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, 15 December 2011, § 118.

³² *Hümmel v. Germany*, Application no. 26171/07, 19 July 2012, § 37.

³³ Biral, M., *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 22, no. 4/2014, стр. 332.

³⁴ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 118.

³⁵ *Lucà v. Italy*, § 39 и *Solakov v. "the former Yugoslav Republic of Macedonia"*, Application no. 47023/99, 31 October 2001, § 57.

³⁶ Видети детаљно у: Bachmaier Winter, L., *Transnational Criminal Proceedings, Witness Evidence and Confrontation: Lessons from the ECtHR's Case Law*, Utrecht Law Review 9, no. 4, 2013, стр. 127-146. Такође: Mrčela, M., *Adversarial Principle, the Equality of Arms and Confrontational Right – European Court of Human Rights Recent Jurisprudence*, EU and Comparative Law Issues and Challenges Series, 1, 2017, стр. 19; Heffernan, L., *Calibrating the Right to Confrontation*, International Journal of Evidence & Proof 20, no. 2, стр. 105.

³⁷ Dennis, I., *The Right to Confront Witnesses: Meaning, Myths and Human Rights*, Criminal Law Review, 4, 2010, стр. 255; Daniele, M., *Evidence Gathering in the Realm of the European Investigation Order: From National Rules to Global Principles*, New Journal of European Criminal Law 6, no. 2/2015, стр. 190.

Професор *Schabas* установио је да у судској пракси постоје три одређена контекста која се баве потешкоћама у примени чл. 6. ст. 3(д): анонимни сведоци, чији идентитет је прикривен због мера заштите, одсутни сведоци, чија је изјава призната чак иако сведок није присутан услед смрти, недоступности, или неког другог разлога и сведоци који се позивају на привилегију против самоинкриминације.³⁸

4. Анонимни сведоци

Као што је наведено, анонимност сведока потенцијално може да представља опасност по одбрану окривљеног. Један од основних принципа који леже у основи ове проблематике јесте могућност окривљеног у кривичном поступку да ефикасно оспори доказе које је тужилац презентовао против њега, те самим тим овај принцип захтева не само да окривљени зна идентитет сведока како би био у могућности да провери њихово поштење и веродостојност, али истовремено треба и да буде у могућности да провери истинитост и поузданост њихових исказа, тако што ће их усмено испитати у његовом присуству, било у време када је сведок давао свој исказ или у некој каснијој фази поступка.³⁹

Суд такође сматра да се прецизна ограничења у погледу могућности одбране да оспори сведока у поступку разликују у два случаја (анонимни и одсутни сведоци). Стога одсутни сведоци представљају посебан проблем зато што се њихови искази не могу подвргнути испитивању од стране браниоца или окривљеног лично. Међутим, њихови идентитети су познати одбрани, која је стога у стању да идентификује или истражи све мотиве које би сведоци могли да имају за давање лажног исказа. Анонимни сведоци се, с друге стране, лично суочавају са браниоцем и окривљеним, који су у стању да их, с времена на време, снажно притисну узимајући у обзир све недоследности у њиховом исказу. Судија, порота и бранилац су у могућности да посматрају понашање сведока током испитивања и на тај начин стекну мишљење о њиховој истинитости и поузданости.⁴⁰ У случају потпуно анонимног сведока, где нису познати никакви детаљи у вези са идентитетом сведока, одбрана се суочава са потешкоћама немогућности да сведоку, а на крају и пороти, изнесе било које разлоге које сведок може имати за давање лажног исказа. Међутим, у пракси долази до открића која обезбеђују материјал за унакрсно испитивање. Обим обелодањивања утиче на степен хендикепа под којим одбрана ради. Није

³⁸ Schabas, W., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2016, стр. 313.

³⁹ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, Applications nos. 26766/05 and 22228/06, 15 December 2011, § 127. Исти приступ Суд је узео и у *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 27962/10, 1 February 2018, § 33.

⁴⁰ *Ellis and Simms v. the United Kingdom* (dec.), nos. 46099/06 and 46699/06, §§ 74, 10 April 2012.

изненађујуће, с обзиром на основну забринутост у оба типа предмета идентификованих у *Al-Khawaja* и *Tahery*, да је Суд доследно користио сличан приступ у контексту анонимних сведока оном који је следио у случајевима који укључују одсутне сведоке.⁴¹

У бројним пресудама, Суд је навео да употреба изјава анонимних сведока за осуду није под свим околностима неспојива са Конвенцијом. У *Doorson v. the Netherlands*, Суд је заузео став да Конвенција не искључује ослањање, у фази истраге, на изворе као што су анонимни доушници. Међутим, накнадна употреба њихових изјава од стране првостепеног суда за доношење осуђујуће пресуде може довести до питања по Конвенцији.⁴² У *Doorson v. the Netherlands*, анонимни сведоци су испитани у жалбеном поступку у присуству браниоца од стране истражног судије који је знао за њихов идентитет, чак и ако одбрана није знала дату чињеницу. Истражни судија је навео, у званичном записнику својих налаза од 19. новембра 1990. године, околности на основу којих је Апелациони суд могао да изведе закључке о поузданости исказа сведока, те, у том погледу, овај предмет треба разликовати од предмета Костовски. Бранилац не само да је био присутан, већ је био стављен у позицију да поставља сведоцима сва питања која сматра да су у интересу одбране осим у оној мери у којој би могла да доведу до откривања њиховог идентитета, и на сва је одговорено.⁴³

У одлуци *Ellis, Sims and Martin v. the United Kingdom*, Суд је даље инсистирао на добрим разлозима за давање анонимности и указао на општу потребу за факторима противтеже и на „једини и одлучујући“ тест. Што се тиче тога како би једини и одлучујући тест требало да се примени на усмено сведочење анонимних сведока, Суд сматра да су смернице које је дало Велико веће у предметима *Al-Khawaja* и *Tahery* подједнако примењиве и овде.⁴⁴

5. Прихватљивост доказа од анонимних сведока

У пракси Европског суда за људска права можемо пронаћи формулисане опште принципе који се примењују у случајевима анонимних сведока.⁴⁵ Суд

⁴¹ *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, § 36.

⁴² Видети и *Kostovski*, § 44 и *Windisch v. Austria*, judgment of 27 September 1990, Series A no. 186, p. 11, § 30.

⁴³ *Doorson v. the Netherlands*, § 73.

⁴⁴ *Ellis and Simms v. the United Kingdom* (dec.), § 75.

⁴⁵ Посебна правила су предвиђена када говоримо о сведоцима који не дају исказ на главном претресу. Када сведок тужилаштва не присуствује суђењу на главном претресу, али су искази претходно дати од њега или ње прихваћени као доказ. Ови принципи су утврђени у пресудама *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* и *Schatschaschwili v. Germany*. Уопштено говорећи, примена ових правила подразумева проучавање три питања: (1) да ли је постојао оправдан разлог за неприсуствовање сведока и за прихватање као доказ сведочења одсутног сведока; (2) да ли је доказ одсутног сведока

сматра да је у случајевима анонимних сведока релевантно испитати три корака *Al-Khawaja* теста у процени свеукупне правичности поступка. Ови кораци су веома слични корацима у предметима одсутних сведока.⁴⁶ Дакле, у процени

био искључив или пресудан основ за осуду или је имао толики значај да је његово признање могло угрозити одбрану и (3) као и да ли је било довољно фактора у равнотежења, укључујући снажне процесне мере заштите, да надокнаде хендикепе са којима се суочила одбрана као резултат прихватања непроверених доказа и како би се осигурало да је суђење, посматрано у целини, било правично. Сваки од три корака теста се мора испитати уколико су одговори на прво и друго питање теста потврдни. Уз то морамо рећи да су ова правила успостављена за случајеве у којима се сведок тужилаштва није појавио на суђењу, али у *Ürek and Ürek v. Turkey* Суд је дефинисао правило да су применљива у случајевима када се сведоци појаве пре суђења, али процедуралне неправилности спречавају апликанта да их испитује. Она могу бити смернице када модалитети унакрсног испитивања могу ограничити права одбране. *Schatschaschwili v. Germany*, §110; *Ürek and Ürek v. Turkey*, § 49, *Cherpion v. Belgium* (dec.), Application no. 47158/11, 9 May 2017, §§ 35-41 и *Chernika v. Ukraine*, § 46; *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, §120. Видети такође *Gabrielyan v. Armenia*, Application no. 8088/05, 10 April 2012, § 78. О утицају ове пресуде на британско законодавство видети Dzehtsiarou, K., O'Meara, N., *Advisory Jurisdiction and the European Court of Human Rights: A Magic Bullet for Dialogue and Docket-Control*, Legal Studies 34, no. 3/2014, стр. 455. Несумњиво, ради се о изузетно критикованој пресуди. На пример, видети Heffernan, L., *Hearsay in Criminal Trials: The Strasbourg Perspective*, Irish Jurist 49, стр. 132-160; Mirfield, P., *The Right to Confront One's Accusers: Did Sir Walter Raleigh Die for Nothing*, Singapore Journal of Legal Studies 2019, no. 2, стр. 2019.

⁴⁶ Кораци који се испитују код одсутних сведока су оправдани разлози неприсуствовања сведока, да ли је исказ тог сведока био једини или одлучујући доказ за осуду, те да ли су постојали други фактори у равнотежења. Суд је истакао у *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* да “услов да ли постоји добар разлог за прихватање доказа одсутног сведока је прелиминарно питање које се мора испитати пре било каквог разматрања да ли је доказ био искључив или пресудан”. Међутим, у *Trofimov v. Russia*, *Sadak and Others v. Turkey (no. 1)*, и *Cafagna v. Italy*, Суд је истакао да чл. 6. ста. 1. узет заједно са ст. 3. захтева да државе предузму позитивне кораке како би омогућило оптуженом да испита сведока против њега. На крају ових разматрања, главни проблем је да ли је недостатак оправданог разлога за одсуство сведока тужилаштва сам по себи довољан да би се утврдила повреда чл. 6. ст. 1. и 3(д). У пракси Европског суда можемо пронаћи различите приступе. У првим пресудама након *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* Суд је приступио свеобухватном испитивању правичности поступка, узимајући у обзир сва три корака *Al-Khawaja and Tahery* теста. Видети *Salikhov v. Russia*, §§ 118-19; *Asadbeyli and Others v. Azerbaijan*, Applications nos. 3653/05 and 5 others, 11 December 2012, § 134, *Yevgeniy Ivanov v. Russia*, Application no. 27100/03, 25 April 2013, §§ 45-50 and *Şandru v. Romania*, Application no. 33882/05, 15 October 2013, §§ 62-70. Насупрот томе, у другим случајевима, недостатак оправданог разлога за одсуство сведока тужилаштва сам по себи сматрао се довољним да се утврди повреда чл. 6. ст. 1. и 3(д). *Rudnichenko v. Ukraine*, Application no. 2775/07, 11 July 2013, §§ 105-10. Међутим, у многобројним пресудама недостатак оправданог разлога се сматрао

правичности суђења подносиоцима представке, Суд мора прво да испита да ли су постојали добри разлози да се идентитет анонимних сведока задржи у тајности. Друго, Суд мора размотрити да ли су искази тих сведока били једини или одлучујући основ за осуду и треће, да ли је постојало довољно фактора противтеже, укључујући постојање јаких процедуралних гаранција, да би се омогућила правична и правилна процена поузданости доказа.

5.1. Да ли су постојали добри разлози који оправдавају заштиту идентитета сведока?

У пракси, у предметима који укључују анонимне сведоке, разлог за тражење анонимности је вероватно страх од одмазде, што је Суд прихватио као добар разлог у контексту *Al-Khawaja* и *Tahery*. Међутим, субјективни страх није довољан и првостепени суд мора да спроведе одговарајућу истрагу како би утврдио да ли постоје објективни разлози за страх који је у питању.⁴⁷

Када сведок није присутан на суђењу услед страха, Суд прави разлику између две врсте страха: страха који је резултат претњи или других активности окривљеног или активности у његово или њено име и страх који је резултат општег страха од тога шта ће се догодити када сведок пружи исказ на суђењу.⁴⁸ На првом месту, с гледишта Суда, “када се страх сведока односи на окривљеног или на активности у његово име, оправдано је допустити да се доказ тог сведока изведе на суђењу без потребе да сведок пружи усмени исказ или да буде испитан од стране окривљеног или његових бранилаца – чак и уколико је такав доказ био једини или одлучујући доказ против окривљеног. Допустити окривљеном да профитира из страха који је изазвао у сведоку било би неспојиво са правима жртава и сведока.”⁴⁹ Стога, за окривљеног који је поступао на овај начин мора се узети да је одустао од својих права да испита такве сведоке према чла. 6. ст. 3(д) и исти закључак се мора применити када претње или активности које су довеле до тога да сведок има страх да сведочи

одлучујућим за неправичност суђења осим уколико је сведочење сведока било очигледно ирелевантно за исход случаја. *Khodorkovskiy and Lebedev v. Russia*, §§ 709-16; *Cevat Soysal v. Turkey*, Application no. 17362/03, 23 September 2014, §§ 76-79 and *Suldin v. Russia*, Application no. 20077/04, 16 October 2014, §§ 56-59. Ми сматрамо да је Суд заузео исправан став у *Schatschaschwili v. Germany*, где је сматрао да одсуство оправданог разлога за неприсуствовање сведока не може само по себи бити одлучујуће за неправичност поступка, али недостатак оправданог разлога је врло важан фактор који треба измерити у равнотежи приликом процене свеукупне правичности суђења, и онај који може усмерити равнотежу у корист проналажења повреде чл. 6. ст. 1. и 3(д). Видети *Schatschaschwili v. Germany*, § 113. У складу са овим размарањем, важно је за Суд да испита све елементе из *Al-Khawaja and Tahery* теста. Видети и *Zadumov v. Russia*, § 50.

⁴⁷ *Ellis and Simms v. the United Kingdom*, § 75.

⁴⁸ *Исто*, §122.

⁴⁹ *Исто*.

потичу од оних који делују у име окривљеног или са његовим знањем и одобрењем."⁵⁰

Међутим, судска пракса показује да је чешћи општи страх сведока од сведочења. На пример, у многим случајевима, страх се може приписати озлоглашености окривљеног или његових сарадника. У *Dzelili v. Germany* нарочито је постојао страх од одмазде.⁵¹ Самим тим, није неопходно да страх сведока директно произилази из претњи упућених од стране окривљеног. Страх од смрти или повреда од стране друге особе или од финансијског губитка се озбиљно разматрају приликом одлучивања да ли се од сведока може захтевати да усмено сведочи, али било који субјективни страх сведока неће бити довољан. Суд мора дефинисати прикладне параметре да одлучи, пре свега, да ли постоје објективни основи за тај страх, и, након тога, да ли постоје докази који иду у прилог тим објективним основима.⁵²

У *Krasniki v. the Czech Republic*, Суд је истакао да се не може закључити на основу снимака начињених приликом обављања разговора са сведоком или извештаја са суђења на који су начин полицијски службеник и судија проценили оправданост личног страха сведока, *vis-à-vis* апликанта, без обзира да ли је испитан од стране полиције или када је сведок саслушан на суђењу. Ни национални суд није спровео такво испитивање озбиљности и оправданости разлога за обезбеђивање анонимности сведоцима када је одобрио пресуду националног суда који је одлучио да искористи исказе анонимних сведока као доказ против апликанта. Према Суду, интерес да сведоци остану анонимни може оправдати ограничавање права апликантау толикој мери.⁵³ Исто становиште Суд је заузео у *Visser v. the Netherlands*.⁵⁴

Конечно, када сведок није био саслушан ни у једној од претходних фаза поступка, дозвољавање укључивања исказа сведока уместо усмених доказа на суђењу мора бити последње средство, па пре него што сведок може бити изузет од сведочења услед страха, суд који спроводи поступак мора бити уверен да би све расположиве алтернативне мере, као што су анонимност сведока и друге посебне мере, биле непримерене или неизводљиве.⁵⁵

У предмету *Ellis and Simms v. the United Kingdom*, Суд на почетку примећује да је кривично гоњење подносилаца представке вођено у позадини насиља у вези са бандама и убистава из освете. Затим, "...они који учествују у таквом насиљу често се ослањају на чињеницу да ће сведоци нерадо сведочити против њих из страха од последица по своју безбедност и безбедност својих породица, а ћутање сведока омогућава учиниоцима да делују некажњено.

⁵⁰ Исто, §123.

⁵¹ *Dzelili v. Germany* (dec.), Application no. 15065/05, 29 September 2009.

⁵² *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 124.

⁵³ *Krasniki v. the Czech Republic*, Application no. 51277/99, 28 February 2006, §§ 80-83.

⁵⁴ *Visser v. the Netherlands*, Application no. 26668/95, 14 February 2002, § 48.

⁵⁵ *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*, § 124.

Несумњив је интерес јавности и жртава да се такав злочин процесуира. Тако су и интереси тих сведока довољно храбри да сведоче да би били заштићени. Омогућавање сведоцима да сведоче анонимно је важно средство у омогућавању покретања кривичног гоњења у вези са убиствима у вези са бандама. Суд даље примећује да је у поступку пред првостепеним судијом прихваћено да се Марк Браун, као и други анонимни сведоци, плашио одмазде и лично и за своју породицу ако се открије његов идентитет. Суд не види разлог да утврди другачије. Сходно томе закључује да су постојали добри разлози да се дозволи Марку Брауну да анонимно сведочи у овом предмету.⁵⁶

У пресуди *Pesukic v. Switzerland*, што се тиче разлога за прихватање анонимног сведока, Суд примећује да је одлука да се Х-ов идентитет не открије јавности или одбрани инспирисана потребом да се од њега прибаве докази, док га истовремено штити од могућности одмазде од стране подносиоца захтева или од њему блиских лица. У овом предмету подносилац представке је познавао сведока Х из виђења, кривично дело о коме је реч се десило на месту трговине дрогом и суд је узео у обзир да Х-ов страх да је његов живот у опасности у случају сведочења. То је било у складу са са општом сликом коју су пренели други сведоци, који су показали акутни страх када је реч о давању било каквих конкретних инкриминишућих изјава. Пошто ова процена претњи не изгледа натегнута, Суд је прихватио да су постојали релевантни разлози да идентитет сведока остане неоткривен. Стога Суд није видео разлог да сумња у неопходност заштите идентитета сведока.⁵⁷

У пресуди *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Суд је увидео да нема сумње да је идентитет сведока остао неоткривен одбрани, пошто су његови лични подаци и адреса били скривени од подносиоца представке и његових правних заступника. Пошто је сведочио на енглеском, обезбеђен је и превод на македонски. Непотписана копија његове изјаве је достављена подносиоцу представке. Упркос заштити идентитета сведока, Суд не сматра да је он требало да се сматра анонимним у смислу судске праксе Суда. Наиме, сведок је био полицијски службеник чија је функција била позната јавном тужиоцу. Штавише, подносилац представке је познавао наведеног агента, ако не по његовом стварном идентитету, барем по физичком изгледу, као резултат тога што га је бар једном срео.⁵⁸ Слично, у предмету *Dončev and Burgov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, подносиоци представке зауставили аутомобил који се кретао брзином већом од 30 км/х преко прописане брзине. Возач је био извесни К.Н. из Скопља („возач“). Подносиоци представке су упозорили возача и уписали његово име и чињеницу да су га упозорили у службени записник. Нису сачинили званичан

⁵⁶ *Ellis and Simms v. the United Kingdom*, § 80.

⁵⁷ *Pesukic v. Switzerland*, § 45-47.

⁵⁸ *Papadakis v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 50254/07 26 February 2013, § 90.

извештај (записник), нити су против њега поднели пријаву. Возач је испитан на начин који је укључивао два рестриктивна аранжмана: (а) пуну заштиту идентитета возача; и (б) немогућност одбране да присуствује његовом испитивању. Суд је приметио да се, упркос заштити идентитета возача, он није смео сматрати анонимним у смислу судске праксе. Стране су се сложиле да су подносиоци представке познавали возача, барем по његовом физичком изгледу. Сходно томе, они су себе лишили могућности да провере ефикасност процедуралне заштите. Суд је сматрао да су подносиоци представке морали да тестирају систем испитивања возача у писаној форми, који им је био на располагању и који би могао да омогући правичну и правилну процену поузданости доказа које је возач пружио. С обзиром на то да возач није сматран анонимним сведоком, не може се претпоставити да би природа и обим питања која су могли да поставе били без сврхе.⁵⁹

5.2. Да ли је исказ анонимног сведока био искључив или одлучујући доказ за осуду апликанта

Други принцип који се мора испитати у сваком случају је да ли је доказ анонимног сведока био једини или одлучујући основ за осуду или је имао толико значајну тежину да је његово укључивање можда хендикепирало одбрану.⁶⁰ Пре свега, неопходно је дефинисати искључив доказ и одлучујући доказ. *Искључив* доказ представља једини доказ који постоји против оптуженог, док *пресудан* доказ указује на доказ таквог значаја или важности да је вероватно да ће бити одлучујући за исход случаја.⁶¹ Доказ који носи *значајну тежину* је такав да његово укључивање може хендикепирати одбрану.⁶² Поред тога, када је писани доказ сведока у складу са другим поткрепљујућим

⁵⁹ *Dončev and Burgov v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*, Application no. 30265/09 12 June 2014, § 51-58.

⁶⁰ Полазна тачка за одлучивање да ли је осуда апликанта заснована искључиво или у одлучујућој мери на исказима одсутних сведока су пресуде националних судова. *Schatschaschwili v. Germany*, § 124, *Beggs v. the United Kingdom*, Application no. 25133/06, 06 November 2012, § 156; *Kostecki v. Poland*, § 67; and *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, Application no. 4184/10, 16 December 2014, §§ 141 and 150. У провокативној пресуди *Re v. Horncastle*, Врховни суд Велике Британије је одбио да прати разлоге из *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom*. Видети Paruch, D., стр. 141; Redmayne, M., *Нав. дело 2012a*, стр. 869; Eckes, C., *EU Accession to the ECHR: Between Autonomy and Adaptation*, *Modern Law Review* 76, no. 2/2013, стр. 276. У *Kostecki v. Poland*, Суд је утврдио да непроверене изјаве сведока нису једини или одлучујући доказ за исход предмета против подносиоца представке, јер су оптужбе против подносиоца представке у овом случају поткрепљене другим сведочењима. *Kostecki v. Poland*, §§ 67-68.

⁶¹ *Schatschaschwili v. Germany*, § 123.

⁶² *Исмо*, § 116.

доказима, процена да ли је пресудан ће зависити од снаге поткрепљујућих доказа: што су веће снаге други инкриминишући докази, мање је вероватно да ће се доказ анонимног сведока третирати као пресудан.⁶³ Стога, ово значи да Суд у сваком појединачном случају мора да размотри процену националних судова, у светлу значења које је дао *искључивом* и *пресудном* доказу и даље да утврди да ли је ова процена неприхватљива или произвољна.⁶⁴ Ваља поменути да нису сви докази у спису предмета пресудни.⁶⁵ У судској пракси, чест је случај да изјава сведока није једини доказ, али може бити одлучујући, обично према правилу *no statement, no count one*. Ово правило, које је било примењено на доказ неиспитаног сведока, показало се још контраверзнијим⁶⁶, и представљало је главно правило за утврђивање повреде чл. 6. Конвенције⁶⁷, што више није случај. Такође, у неколико пресуда Суд је нагласио да мора да изврши сопствену процену тежине доказа датог од стране одсутног сведока уколико домаћи судови нису изразили свој став по питању тог проблема или њихов став није јасан.⁶⁸

У предмету *Ellis and Simms v. the United Kingdom*, Суд је испитивао да ли је доказ сведока био једини или одлучујући доказ против подносилаца представке. Суд је приметио да тужилаштво није настојало да се ослања искључиво на његове исказе како би уверило пороту у кривицу било ког од подносилаца представке. Заиста, они су тврдили да би било могуће да порота осуди сва три подносиоца представке без икаквог ослањања на доказе сведока, иако је то одбрана снажно оспорила. Првостепени судија је јасно сматрао да исказ сведока није био „једини“ доказ у предмету, а Апелациони суд је накнадно приметио да су докази на мобилном телефону дали случај против подносилаца. Суд се сходно томе уверио да исказ сведока није био једини

⁶³ Исто, § 123.

⁶⁴ *McGlynn v. the United Kingdom* (dec.), Application no. 40612/11, 16 October 2012, § 23 and *Garofolo v. Switzerland* (dec.), Application no.4380/09, 2 April 2013, §§ 52-53. Видети Gray, A., *A Comparison and Critique of Closed Court Hearings*, International Journal of Evidence & Proof 18, no. 3/2014, стр. 230-259.

⁶⁵ Jackson, J. D., *нав. дело*, стр. 701.

⁶⁶ Jackson, J.D., *Common Law Evidence and the Common Law of Human Rights: Towards a Harmonic Convergence*, William & Mary Bill of Rights Journal 27, no. 3/2019, стр. 699.

⁶⁷ Biral, M., *нав. дело*, стр. 336. Grande, E., *Legal Transplants and the Inoculation Effect: How American Criminal Procedure Has Affected Continental Europe*, American Journal of Comparative Law 64, no. 3/2016,607. Неки аутори штавише сматрају да је Суд почео да занемарује сопствено *sole and decisive* правило. Thommen, M., Samadi, M., *The Bigger the Crime, the Smaller the Chance of a Fair Trial: Evidence Exclusion in Serious Crime Cases under Swiss, Dutch and European Human Rights Law*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 24, no. 1/2016, стр. 79.

⁶⁸ *Fafrowicz v. Poland*, Application no. 43609/07, 17 April 2012 § 58, *Pichugin v. Russia*, Application no. 38623/03, 23 October 2012, §§ 196-200, *Tseber v. Czech Republic*, §§ 54-56 and *Nikolitsas v. Greece*, Application no. 63117/09, 03 July 2014, § 36.

доказ. Међутим, по питању одлучујуће природе доказа, Суд примећује да је првостепени судија сматрао да не може искључити могућност да је исказ сведока био одлучујући. Суд је стога прихватио, као и првостепени судија, да постоји могућност да је исказ могао бити одлучујући у односу на барем неке од подносилаца представке.

У предмету *Scholer v. Germany*, Суд је морао да испита да ли су изјаве одсутних и анонимних сведока једини или одлучујући доказ против подносиоца представке. Стога напомиње да су искази сведока поткрепљени другим доказима, укључујући дрогу која је предата полицији одмах након сваке трансакције, чињеницу да су подносилац представке и његов саоптужени ухваћени приликом извршења кривичног дела и чињеница да је мала количина амфетамина је пронађена у стану подносиоца представке. Изјаве сведока су се поклапале са изјавама прикривеног иследника. С обзиром на наведене елементе, Суд сматра да је – чак и узимајући у обзир да је дрога заплена у првој и другој трансакцији представљале материјални доказ – осуда за прво и друго кривично дело у одлучујућој мери била заснована на сведочењу полицијског доушника. Насупрот томе, у погледу трећег кривичног дела, чини се да су изјаве доушника биле значајан, али не и одлучујући доказ против подносиоца представке, с обзиром на то да је првостепени суд могао и јесте засновао своје закључке на признању кривичног дела које је дао саоптужени.⁶⁹

У пресуди *Pesukic v. Switzerland*, окрећући се испитивању да ли је сведочење Х био једини или одлучујући доказ против подносиоца представке, Суд примећује да се суд ослонио на сведочење анонимног сведока, које су сматрали веродостојним и убедљивим. Међутим, порота се такође ослонила на друге доказе који поткрепљују овај исказ. Постојали су, посебно, сведоци и посредни докази који омогућавају закључак да је подносилац представке у време злочина живео у региону Цириха, да је познавао жртву и да је са њом трговао опојним дрогама. Суд је ипак водио рачуна о томе да се суд у извесној мери ослањао на сведочење анонимног сведока како би утврдио кривицу подносиоца представке. Касациони суд је чак и исказ који је дао Х сматрао одлучујућим. Иако је Савезни суд ставио значај Х-овог сведочења у перспективу, није са сигурношћу навео да би преостали докази, узети сами по себи, били довољни за утврђивање кривице подносиоца представке. Суд је нагласио да, док је Х био једини сведок који је директно посматрао дело и био спреман да сведочи, суд се могао ослонити на друге доказе који поткрепљују ово сведочење. Имајући у виду ове околности, Суд је сматрао да сведочење које је дао Х није био једини доказ против подносиоца представке, али је имао значајну тежину у утврђивању кривице подносиоца представке.⁷⁰

Што се тиче своје судске праксе да осуда никада не би требало да се заснива ни само ни у одлучујућој мери на анонимним изјавама, Суд је у

⁶⁹ *Scholer v. Germany*, Application no. 1421210, 18 December 2015, § 58-59.

⁷⁰ *Pesukic v. Switzerland*, §§ 48-49.

предмету *Dzelili v. Germany* навео да, иако су домаћи судови засновали осуду подносиоца представке у значајној мери на исказу доушника то нису били једини докази на које су се ослањали. Домаћи судови су такође узели у обзир неколико додатних доказа. Ово укључује нарочито сведочење двојице бивших цимера из ћелије подносиоца представке, који су сведочили да им је подносилац представке признао предметну пљачку. Након пажљиве и детаљне оцене тих исказа, домаћи судови су дошли до закључка да су веродостојни, узимајући при томе у обзир и то да се један од ових сведока на јавном претресу није могао сетити детаља свог претпретресног исказа, због чега је Регионални Суд саслушао полицајца који га је испитивао. Суд напомиње да се овај доказ мора сматрати потпуно независним од исказа који је дао доушник. Штавише, праћени су бројни трагови које је доушник дао полицији и резултирали су поткрепљујућим доказима који су доступни домаћим судовима који поткрепљују исказ доушника. С обзиром на то, и имајући у виду сав материјал употребљен у доказима против подносиоца представке, Суд је мишљења да се не може рећи да је осуда подносиоца представке била заснована „у одлучујућој мери“ на изјавама доушника.⁷¹

5.3. Да ли је постојало довољно фактора уравнотежења

Конечно, трећи корак који треба проценити је да ли је постојало довољно фактора уравнотежења, укључујући снажне процесне гаранције, да надокнаде хендикепе са којима се суочила одбрана као резултат убрајања писаног доказа и да осигурају да је суђење, посматрано у целини, било правично. Иако чл. 6 изричито не захтева да се интереси сведока узму у обзир, њихов живот, слобода или безбедност могу бити угрожени, као што је случај са интересима који генерално спадају у делокруг чл. 8. Конвенције. Државе уговорнице треба да организују своје кривичне поступке тако да ти интереси не буду неоправдано нарушени. Принципи правичног суђења стога захтевају да у одговарајућим случајевима интереси одбране буду у равнотежи са интересима сведока или жртава позваних да сведоче.⁷²

У предмету *Ellis and Simms v. the United Kingdom*, Суд је нагласио да је неопходно испитати да ли су у предмету постојали одговарајући фактори уравнотежења који би омогућили правичну и правилну процену поузданости исказа сведока. У том смислу, Суд је приметно, прво, да су судија, порота и браниоци оптужбе и одбране могли да виде и чују сведока како даје исказ на суду. Стога су могли да посматрају његово држање како би дали сопствену процену истинитости исказа који је дао. Друго, првостепени судија је донео најмање три одлуке по питању анонимности сведока и прихватања његовог сведочења. У контексту својих пресуда, судија је пажљиво размотрио подршку

⁷¹ *Dzelili v. Germany*.

⁷² *Doorson v. the Netherlands*, § 70; *Van Mechelen and Others v. the Netherlands*, § 53.

исказима, обим обелодањивања у предмету и потребу да се заштити право подносилаца представке на правично суђење. Иако је било напада на кредибилитет сведока, судија је био задовољан да постоји извесна подршка за његов исказ, и у том погледу одлука да се дозволи сведочење може се упоредити са одбијањем судије да дозволи анонимни исказ другог сведока, чији је кредибилитет сматрао толико нарушеним да упркос могућности коју је обелодањивање дато у његовом предмету пружио за унакрсно испитивање, не би било безбедно дозволити му да сведочи анонимно. Као што је судија доследно објашњавао, он је своју одлуку о анонимности задржао на преиспитивању, што се показало чињеницом да ју је два пута преиспитао на позив одбране. Треће, судија је очигледно био свестан потребе да се анонимним доказима приступи са опрезом. Овлашћење судије да донесе ослобађајућу пресуду у овој фази је само по себи била важна гаранција. Четврто, пороти су дата пажљива упутства о томе како треба да приступе исказу сведока. Пре него што је ступио на клупу за сведоке, порота је обавештена да чињеница да анонимно сведочи значајно утиче на одбрану и ограничава вођење њихових предмета. По завршетку испитивања сведока, пре него што се порота повукла, првостепени судија је даље упутио пороту у контексту свеобухватног сумирања. Упозорио их је на опасности које су инхерентне доказима о идентификацији и посебно је истакао слабе аспекте доказа о идентификацији које је дао сведок. Нагласио је да пре него што су могли да се ослоне на било шта што је сведок изјавио, морали су да се увере да је он веродостојан сведок; ако нису били сигурни у то, судија им је рекао да морају да игноришу његово сведочење. Наложиио им је да размотре у којој мери постоје други докази о учешћу подносилаца представке у кривичном делу. Пето, у овом предмету је постојала знатна количина обелодањивања која је пружила обиман материјал за унакрсно испитивање. Коначно, у овом предмету постоје јасни докази да је одбрана могла ефикасно да оспори поузданост исказа сведока. Откривени материјал је одбрана искористила да поткопа верзију догађаја коју је дао сведок и да пред поротом изнесе аргумент да је лагао из личних разлога, након чега је кредибилитет сведока озбиљно нарушен.

У *Schatschaschwili v. Germany*, Суд је логично закључио да обим фактора уравнотежења зависи од тежине доказа одсутног сведока, и што је тај доказ важнији већу тежину фактора уравнотежења би требало да носи како би се поступак у целини сматрао правичним.⁷³ Поред тога, ови фактори треба да обезбеде правичну и правилну процену поузданости тог доказа.⁷⁴

У предмету *Scholer v. Germany*, Суд сматра да је главни противтежни фактор за ограничење права на одбрану подносиоца представке био то што је подносиоцу представке дата могућност, као и суду, тужилаштву и саоптуженим, да писмено поставе питања доушнику на које је потоњи

⁷³ *Schatschaschwili v. Germany*, § 116.

⁷⁴ *Al-Khawaja and Tahery*, § 147.

одговорио, а одговоре је поновио његов надзорни полицијски службеник на рочишту. Штавише, Окружни суд је са посебном пажњом оценио доказе из друге руке. Тестирао је поузданост тих доказа у светлу поткрепљујућих доказа који су му били на располагању. Конкретно, додатни докази прибављени у вези са трећим и најтежим кривичним делом су послужили да поткрепе доказе из друге руке у вези са првом и другом трансакцијом дрогом између истих лица. Окружни суд је утврдио да доушник није дао контрадикторне изјаве током свог првог и другог испитивања, те је Суд нашао да је постојало довољно фактора у равнотежења који су омогућили првостепеном суду да правично и правилно процени поузданост доказа оспорених сведока.⁷⁵

У пресуди *Pesukic v. Switzerland*, Суд је скренуо пажњу да је првостепени суд био свестан неопходности фактора у равнотежења због ограничења која су наметнута одбрани саслушањем анонимног сведока. Стога је набројао следеће мере предузете у циљу заштите права одбране. Прво, сведока није саслушао регионални тужилац, већ председник суда. Друго, идентитет X-а је потврдио полицијски службеник задужен за истрагу и био је познат регионалном тужиоцу и председнику суда. Треће, полицајац и регионални тужилац су сведочили о X-овој репутацији, његовом криминалном досијеу и кредибилитету. Штавише, X је саслушан пред комплетним судом и сва лица која учествују у процесу одлучивања могла су да стекну лични утисак о сведоку и његовој реакцији на постављена питања. На крају, порота је узела у обзир да, према судској пракси Европског суда за људска права која је била применљива у релевантно време, осуда не може бити заснована искључиво на сведочењу анонимног сведока. Сходно томе, суд пороте се није ослонио на X-ове аргументе у вези са непосредним околностима кривичног дела. Савезни суд је пажљиво испитао питање да ли се браниоцу подносиоца представке може дозволити да присуствује испитивању анонимног сведока, али је сматрао да је ризик да идентитет сведока постане познат подносиоцу представке био неприхватљиво висок. Одбрана је на тај начин била спречена да посматра X-ово понашање под директним испитивањем, а самим тим и да тестира његову поузданост. Бранилац подносиоца представке је могао да поставља питања сведоку путем звучне везе, на која је сведок одговарао све док није ризиковао да изда свој идентитет. Сви чланови пороте су могли директно да посматрају реакције сведока. Узимајући у обзир наведено и, посебно, пажљиво испитивање од стране домаћих судова, Суд је сматрао да је, без обзира на недостатке под којима је одбрана радила, било довољно фактора у равнотежења да се закључи да су околности под којима је анонимни сведок X саслушан није резултирало кршењем чл. 6. ст. 1. у вези са чл. 6 ст. 3 (д) Конвенције.⁷⁶

На крају навешћемо и предмет *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*. У овом случају, анонимни сведоци су испитани према посебним

⁷⁵ *Scholer v. Germany*, §§ 60-62.

⁷⁶ *Pesukic v. Switzerland*, §§ 50-52.

аранжманима испитивања који су били на снази у то време, што је подразумевало не само потпуну заштиту њихове анонимности, већ и искључење одбране да присуствује њиховом испитивању, укључујући и немогућност коришћења користи стримовање медија, што је, у принципу, било дозвољено према важећим законима. Подносиоци представке и њихови браниоци нису били присутни када су ови сведоци дали усмене исказе и пред истражним судијом (подносиоци представке у то време нису били званично оптужени) и пред судијом, за разлику од јавног тужиоца, који је присуствовао испитивањима. Што се тиче могућности постављања писмених питања сведоцима (након добијања транскрипта њиховог исказа) посредно преко суда, Суд је навео да таква могућност представља значајну гаранцију понуђену одбрани у вези са испитивањем сведока. Међутим, када је реч о анонимним сведоцима, Суд је такође нагласио да су природа и обим тих питања били знатно ограничени због одлуке првостепеног суда да треба сачувати анонимност сведока. У овом случају, Суд налази да се могућност која је понуђена подносиоцима представке да постављају писмена питања анонимним сведоцима не може сматрати довољном процедуралним заштитним средством за противтежу ограничењима са којима су били суочени у остваривању својих права на одбрану.⁷⁷

6. Закључак

Право на правично суђење заузима важно место у савременом друштву и представља фундаментално правило и идеал правде. Има велики утицај како на националне, тако и на међународни правни систем. Једна од области у којој Европски суд континуирано развија своју јуриспруденцију и заштиту људских права је чл. 6. Европске конвенције и, у овим разматрањима, ст. 3(д). С једне стране, јуриспруденција Суда се окреће ка положају окривљеног у ситуацијама када сведок не даје исказ на главном претресу. С друге, пак, стране, права окривљеног су значајно умањена и допуштањем сведочења лица чији идентитет сведок не зна. Положај жртве као сведока заузима значајно место. Као и приликом разматрања положаја и права сведока да не присуствује главном претресу, неопходно је разматрање тростепеног теста. Пресуда *Al-Khawaja and Tahery* донела је додатну заштиту оптуженима, мада је како је *Redmayne* истакао, фрустрирајућа у неким погледима.⁷⁸ Тростепени тест је временом добио нови облик када су у питању анонимни сведоци. Међутим, важно је да судови испитају све кораке поменутог теста зато што позитиван одговор на један корак теста не представља нужно повреду чл. 6. Мора постојати свеобухватна процена свих корака. Судска пракса је довољно богата

⁷⁷ *Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, § 42.

⁷⁸ *Redmayne, M., нав, дело 2012а, стр. 877.*

да може да укаже на смернице по којима треба да се крећу национална законодавства.

*Veljko Turanjanin, Ph.D.,
Associate Professor*

ANONYMOUS WITNESSES AND THE PROTECTION OF HUMAN RIGHTS

Summary

The author deals with the problem of anonymous witnesses in the context of the right to a fair trial in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. One of the problems in the application of Article 6 of the European Convention on Human Rights is related to the testimonies of anonymous witnesses in criminal proceedings. The case law of the European Court of Human Rights has developed certain criteria that must be followed in national legislation, but it is obvious that there is insufficient knowledge regarding this problem, as well as the reluctance to apply the mentioned rules. The standards developed by the ECtHR are very important for national laws and jurisprudence. The author explains the development of a three-step test that needs to be examined when assessing a violation of the right to a fair trial, through an analysis of a multitude of judgments, in order to provide guidance on the application of Article 6 § 3 (d) of the European Convention on Human Rights. After introductory considerations, the author explains who can be a witness under the Convention, since this question is raised independently of national legislation, and then explains the right to examine witnesses, the admissibility of testimonies by anonymous witnesses and the examination of the three-stage test, and gives concluding remarks.

Key words: *witness' statement, anonymous witness, Al-Khawaja and Tahery test, ECtHR case law.*