

ПРВ ОДДЕЛ

СЛУЧАЈ НА АСАНИ против РЕПУБЛИКА МАКЕДОНИЈА
(Жалба бр. 27962/10)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

1 Февруари 2018

Оваа пресуда ќе стане конечна во согласност со условите предвидени во член 44 § 2 од Конвенцијата. Истата може да биде предмет на редакциски измени.

Во предметот Асани против Република Македонија,

Европскиот суд за човекови права (Прв оддел), во Совет составен

од:

Linou-Alexandre Sicilianos, *претседател*,
Kristina Pardalos,
Krzysztof Wojtyczek,
Ksenija Turković,
Armen Harutyunyan,
Pauliine Koskelo,
Jovan Plevski, *судии*,

и Abel Campos, *секретар на оддел*,

Расправалки на нејавна седница на 9 јануари 2018

ја донесе следнава пресуда, која беше усвоена на истиот датум:

ПОСТАПКА

1. Предметот беше инициран со жалба (бр. 27962/10) против Република Македонија поднесена до Судот согласно член 34 од Конвенцијата за заштита на човековите права и основни слободи („Конвенцијата“) од страна на двајца македонски државјани, г-дин Рамиз Асани и г-дин Наим Асани („жалителите“), на 6 мај 2010 година.

2. Жалителите беа застапувани од г-дин С. Павлески, адвокат од Скопје. Македонската Влада („Владата“) беше застапувана од нејзиниот агент, г-дин К. Богданов, кој подоцна беше наследен од г-ѓа Даница Џонова.

3. Жалителите тврдеа дека нивната осуда била заснована на сведочења на заштитени сведоци со прикриен идентитет и дека нивните права на одбрана биле неприфатливо ограничени, спротивно на членот 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата.

4. На 27 август 2014 година жалбата беше доставена до Владата.

ФАКТИ**I. ОКОЛНОСТИ НА СЛУЧАЈОТ**

5. Апликантите се родени во 1979 односно 1984 година. Тие во моментот се на издржување казна доживотен затвор изречена во оспорените постапки опишани подолу.

А. Позадина на случајот

6. На 18 мај 2006 година во 23:45 часот, неколку лица со автомобил пристигнале пред интернет-кафе во Скопје и почнале да пукаат со огнено оружје, автоматски пушки. Според вештиот наод и мислење изготвен во текот на последователната постапка, кон интернет- кафе то биле испукани околу 70 куршуми. Во инцидентот биле убиени три деца, а шест лица биле тешко повредени („оштетените“).

Б. Кривична постапка против апликантите

7. По кривичната пријава за убиство поднесена против непознати сторители, на 3 август 2006 година јавниот обвинител побарал од истражниот судија да ги сослуша оштетените и одредено лице Б.Х. кое, наводно, било присутно на местото на настанот за време на пукањето.

8. Помеѓу 6 и 19 декември 2006 година истражниот судија ги слушнал усните искази дадени од оштетените и другите сведоци. Ниту еден од нив не ги идентификувал жалителите како сторители на кривичното дело. Некои од оштетените, како и други сведоци кои пристигнале на местото на настанот веднаш по пукањето, изјавиле дека немало улично осветлување и дека видливоста била значително намалена. Истражниот судија, исто така, го слушнал усниот исказ на лицето М.М., кое автомобилот користен во инцидентот го продал на две лица кои тој не ги познавал и „не би можел да ги препознае ако сега ги види“. Тој изјавил дека одредено лице Ф. го запознало со купувачите.

9. За време на истрагата, во неколку наврати истражниот судија неуспешно се обидел да го повика лицето Б.Х. Истовремено била побарана помош и од полицијата. Предупреден од судските покани и полициската интервенција, Б.Х. се појавил во судот за да сведочи пред истражниот судија. На 27 февруари и 23 март 2007 година тој потврдил дека бил присутен на местото на настанот за време на инцидентот и дека бил застрелан во горниот дел од ногата. Тој се онесвестил и определено време закрепнувал во приватна болница надвор од државата. Тој изјавил дека во автомобилот имало четири лица и дека сите пукале во интернет-кафето. Како возач на автомобилот, тој идентификувал одредено лице Ц. Исто така, тврдел дека најверојатно тој самиот бил цел на нападот, поради неговата наводна вмешаност во убиството на братот на жалителите, кое се случило на почетокот од 2006 година. Во тој контекст, тој добил закани по живот.

10. На 4 мај 2007 година, две лица кои биле сведоци на инцидентот дале усни искази во присуство на истражниот судија и јавниот

обвинител. Тие сведочеле како сведоци со прикриен идентитет под псевдонимите „Кораб“ и „Водно“. Вториот сведок побарал да не се открие неговиот идентитет од следниве причини:

„лицата што ги извршија кривичните дела се насилници со криминално досие, затоа и се плашам од закани, тие се вооружени, осудувани лица, се плашам по мојот живот и животот на мојата фамилија како и од освета.“

11. На фотографиите прикажани како докази, двајцата сведоци го идентификувале еден од жалителите како еден од оние кои пукале во интернет-кафето и Ц. како возач на автомобилот. „Водно“, исто така, го идентификувал другиот жалител како сторител. Тој изјавил дека три лица (вклучувајќи ги и жалителите) пукале со оружје во инцидентот од 18 мај 2006 година.

12. На 11 мај 2007 година, пред истражниот судија и јавниот обвинител било испрашувано уште едно лице под псевдонимот „Вардар“, од истите причини како сведокот „Водно“. Тој потврдил дека г-дин Рамиз Асани (жалителот) од лицето М. го купил автомобилот користен во инцидентот. Тој, исто така, изјавил дека по инцидентот г-дин Рамиз Асани му рекол следното:

“тоа што сте го виделе и чуле на телевизија за настанот со возилото на М., тоа сум го направил јас како одмазда зошто ми го убија брат ми...”

13. На истиот датум, истражниот судија отворил истрага против жалителите и Ц. поради основано сомневање за убиство. Жалителите, во меѓувреме лишени од слобода, биле во притвор. Подоцна, истражниот судија ја прекинал истрагата во врска со Ц. со оглед на тоа дека не можел да биде пронајден.

14. Во обвинението од 13 август 2007 година, јавниот обвинител ги обвинил жалителите - кои претходно биле неосудувани, но имало кривична постапка против нив во врска со други обвиненија - дека пукале со автоматски пушки кон интернет-кафето со намера да го лишат од живот Б.Х. Обвинителот побарал судијата да ги сослуша оштетените и неколку сведоци - вклучувајќи ги и Б.Х. и М.М. и сведоците со прикриен идентитет - и да прифати други материјални докази, вклучително и наодите од обдукциите и други вештачења.

15. На главниот претрес, жалителите, застапувани од двајца адвокати, безуспешно побарале доказите дадени од сведоците со прикриен идентитет да бидат отфрлени, а писмените записници од нивните изјави да бидат издвоени од списите. Сепак, судијата го прифатил предлогот на одбраната сведоците „Кораб“ и „Водно“ да бидат сослушани на главниот претрес. Сослушувањето било спроведено на претресот од 21 јануари 2008 година само во присуство на судијата и јавниот обвинител, како што било предвидено во тогашниот Закон за кривична постапка (види параграф 24 подолу). Двајцата сведоци ги повториле изјавите што ги дале пред истражниот

судија и го потврдиле нивниот страв од негативните последици. Нивните изјави биле прочитани на судењето во присуство на жалителите. Примероци од записниците од нивните изјави биле доставени до жалителите кои на нивно барање добиле рок од десет дена за да подготват писмени прашања кои судот требало да им ги постави на сведоците. Жалителите поставиле седум прашања кои требало да бидат поставени на секој сведок. И двајцата сведоци одговориле, повторно во присуство само на судијата и јавниот обвинител. „Кораб“ изјавил дека само едно лице пукало, а според „Водно“ кон интернет-кафето пукале тројца луѓе. Двајцата сведоци изјавиле дека, и покрај намалената видливост, имало доволно светлина за да ги видат жалителите. Примероци од записниците со нивните одговори им биле доставени на жалителите.

16. Судијата понатаму го сослушал М.М., кој не го препознал г-динот Рамиз Асани како купувач на автомобилот користен во инцидентот. Судијата, исто така, слушнал усни искази од тројца од 25 сведоци предложени од страна на жалителите во врска со тоа каде биле во моментот кога е сторено кривичното дело. Сите тројца сведоци ја потврдиле нивната верзија на настаните, имено дека биле во друго локално кафе во тоа време.

17. Со оглед на тоа дека идентитетот на сведокот „Вардар“ бил откриен во текот на постапката (Ф.С.), судијата го прифатил барањето на жалителите тој повторно да биде сослушан. На сослушувањето одржано на 1 април 2008 година, во присуство на жалителите, Ф.С. негирал дека сведочел како сведок со прикриен идентитет. Тој негирал дека жалителите го купиле автомобилот од М.М. Тој тврдел дека бил претепан од страна на полицијата за да му каже на истражниот судија дека жалителите го купиле автомобилот (види параграф 12 погоре).

18. На истиот претрес, судијата ја прочитал изјавата на Б.Х. дадена пред судењето (види параграф 9 погоре). Судијата го сторил тоа откако во неколку наврати се обидел да обезбеди негово присуство на судењето и откако побарал информација од полицијата за тоа каде се наоѓа. Беше забележано дека, според официјалните забелешки во списите на предметот, не било возможно Б.Х. да биде пронајден. Во записниците од претресот, не е наведено дека жалителите се спротивставиле на ваквото читање на изјавата.

19. Во текот на постапката, судијата го прифатил барањето на жалителите за сослушување на вештите лица-балистичари. Меѓутоа, тој не дозволил дополнително балистичко вештачење и одбил дополнителни докази во врска со интензитетот на уличното осветлување на местото на настанот во критичното време (жалителите тврделе дека уличното светло било преслабо за да можат сведоците со прикриен идентитет да ги видат напаѓачите). Во своите завршни зборови, жалителите тврделе дека Б.Х. бил во државата и бил

инволвиран во инциденти поврзани со парламентарните избори од 1 јуни 2008 година.

20. На 23 јуни 2008 година судот донел пресуда со која жалителите ги прогласил за виновни за убиство и ги осудил на доживотен затвор. Присуството на жалителите на местото на настанот кога се случил инцидентот, како и развојот и динамиката на настаните, бил утврден врз основа на сведочењата на сведоците со прикриен идентитет, „Кораб“ и „Водно“, кои судот ги смета за веродостојни и конзистентни и покрај „малите разлики во изјавите кои се должат на јачината на пукањето и стравот за нивниот живот“. Судот, исто така, поклати верба на изјавата дадена од Ф.С. во преткривичната постапка под псевдонимот „Вардар“. Судот не ја зел предвид неговата изјава од 1 април 2008 година (види параграф 17 погоре), утврдувајќи дека истата е дадена под присила и закана дека тој или неговото семејство ќе бидат убиени. Во врска со ова, судот се осврнa на полицискиот извештај од 24 јануари 2008 година според кој Ф.С. неколку пати бил посетен од непознати луѓе кои му се заканувале на неговото семејство за сведочењето дадено во преткривичната постапка. Мотивот за кривичното дело е утврден врз основа на изјавата дадена од Б.Х. во преткривичната постапка. Овој сведок не бил испрашан на судењето, бидејќи не бил пронајден. Во тој контекст, судот се повикал на службена белешка на полицијата од 9 јануари 2008 година со која го информирала судот дека Б.Х. избегал од државата и дека против него била распишана потерница. Судот не се произнесе во врска со наводите на жалителите дека Б.Х. всушност бил во државата и можел да биде лоциран (види параграф 19 погоре). Според мислењето на судот, доказите што ги дале сведоците на одбраната не биле веродостојни и имале за цел да им овозможат на обвинетите да избегнат кривична одговорност. Поради оваа причина судот сметал дека е ирелевантно да ги сослуша останатите сведоци предложени од одбраната. За одбраната на жалителите дека тие биле на друга локација во критичното време, било утврдено дека е во прилог на одбраната.

21. На главниот претрес одржан на 10 октомври 2008 и 25 септември 2009 (последната пресуда му била доставена на жалителот на 5 јануари 2010 година) соодветно, Апелациониот суд Скопје и Врховниот суд ја потврдиле осудата на жалителите и изречената казна. Тие ги одбиле жалбите поднесени од страна на жалителите во кои, меѓу другото, тие се жалеле дека судот не ги прифатил докази предложени од одбраната, дека нивната осуда не можела да се заснова единствено на изјавите на сведоци со прикриен идентитет, кои биле незаконски прибавени, и дека судот не го сослушал лицето Б.Х. без оглед на нивните тврдења дека тој би му бил достапен на судот. Во врска со ова, тие тврделе дека станува збор за јавно достапни информации дека во изборните инциденти на 1 јуни 2008 година Б.Х.

биле ранет и хоспитализиран, а подоцна и притворен од страна на полицијата.

22. Судовите сметале дека доказите што ги добиле од сведоци со заштитен идентитет биле законски прибавени и дека можноста на жалителите да им поставуваат писмени прашања ги обезбедила нивните права за одбрана. Фактот што сведоците сведочеле една година по инцидентот, се должел на нивниот страв. Понатаму, тие изјавија дека осудата на жалителите не била заснована исклучиво на доказите што ги обезбедиле овие сведоци. Во врска со ова, тие утврдиле дека судот признал други докази, и документирани и усни. Што се однесува до доказите што ги дал Б.Х., судовите сметале дека судијата се обидел да обезбеди негово присуство на судењето, но тој не бил достапен, како што е наведено и во полициската службена белешка. Повисоките судови, исто така, го признале наодот на судот во врска со мотивот на жалителите за извршување на кривичното дело, утврдено врз основа на доказите што ги обезбедил Б.Х. Тоа било потврдено и изјавата на сведокот Ф.С. дадена под псевдоним „Вардар“ (види параграф 12 погоре).

23. На 2 декември 2010 година Ц. бил пронајден и лишен од слобода. Во кривичната постапка која следела, тој бил прогласен за виновен за убиство и осуден на петнаесет години затвор.

II. РЕЛЕВАНТНО ДОМАШНО ЗАКОНОДАВСТВО

Закон за кривичната постапка, со измени од 22 октомври 2004 година (Службен весник на РМ бр. 74/2004)

24. Според член 270-а од Законот за кривичната постапка, јавниот обвинител, истражниот судија или судечкиот судија презеде мерки за да обезбеди ефективна заштита на сведоците ако постои ризик дека тие би можеле да бидат загрозени или дека нивниот живот, здравје или физички интегритет би можеле да бидат загрозени. Нивната заштита треба да се гарантира со посебен начин на сослушување и нивно учество во постапката. Таквите сведоци ќе бидат сослушани во присуство на јавниот обвинител, истражниот судија или судечкиот судија, на локација со која се гарантира заштитата на нивниот идентитет, освен ако не се согласиле да бидат сослушани со посебни технички уреди за пренос на слика и тон, за кои е потребен судска наредба. Непотпишана копија од изјавата на сведокот ќе биде испратена до обвинетиот и неговиот застапник, кој може да постави прашања во писмена форма преку судот.

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА НА ЧЛЕН 6 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

25. Жалителите се жалеа дека биле прекршени нивните права загарантирани со членот 6 став 1 и 3 (г) како резултат на посебниот начин за сослушување на сведоците со прикриен идентитет „Кораб“ и „Водно“ и поклонувањето верба од страна на домашните судови на изјавата на сведокот Б.Х. Тие, исто така, се жалеа поради одбивањето на домашните судови да ги сослушаат сите сведоци предложени од одбраната, да нареди дополнително вештачење и да ги прифати доказите за наводното слабо улично осветлување во конкретното време и место. Член 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата, во релевантниот дел, гласи:

“1. Во определувањето на... било какво кривично обвинение, секој има право на фер... сослушување... од... трибунал...

...

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

...

(г) самиот да ги сослуша или да бара сослушување на сведоците на обвинението и да бара повикувањето и сослушувањето на сведоците на одбраната да биде под услови што важат и за сведоците на обвинението;

...”

A. Допуштеност

26. Владата не поднесе приговор за допуштеноста на апликацијата.

27. Судот забележува дека апликацијата не е недопуштена во смисла на членот 35 став 3 (а) од Конвенцијата, или по било која друга основа. Од таа причина истата мора да се прогласи за допуштена.

B. Основаност

1. Сослушување на сведоците со прикриен идентитет „Кораб“ и „Водно“ и прифаќање на изјавата на сведокот Б.Х. во преткривичната постапка

(а) Поднесоци на странките

28. Жалителите ги повториле своите жалбени дека сослушувањето на сведоците со прикриен идентитет „Кораб“ и „Водно“ и потпирањето на домашните судови врз непроверената изјава на сведокот Б.Х. ги

прекршиле нивните права за одбрана до тој степен што е неспоиво со условите од членот 6 ставови 1 и 3 (г) од Конвенцијата.

29. Владата се произнесе дека сведоците „Кораб“ и „Водно“, кои биле сведоци на настанот, биле сослушани на посебен начин за сослушување на сведоци со прикриен идентитет, согласно Законот за кривичната постапка што бил во сила во тој период. Кога биле сослушани пред истражниот судија и јавниот обвинител, не присуствувале ниту полицајци, ниту претставници на други државни органи кои би имале влијание врз тие сведоци. И истражниот судија и судечките судии одлучиле да го чуваат во тајност нивниот идентитет, со оглед на околностите под кои било сторено кривичното дело, фактот дека сведоците ги знаеле жалителите, криминалната позадина на жалителите и нивната насилна природа, кои земени во целина, го оправдале стравот кај сведоците од жалителите. Понатаму, ризикот дека жалителите би можеле да влијаат врз тие сведоци ако нивниот идентитет биде откриен, било потврдено од околностите околу сослушувањето на сведокот Ф.С. Постоела силна претпоставка, потврдена со полицискиот извештај (види параграф 20 погоре) дека тој ја сменил својата првична изјава дадена под псевдонимот „Вардар“, под притисок од страна на жалителите.

30. Владата понатаму тврдеше дека доказите што ги обезбедиле сведоците со прикриен идентитет, биле јасни и конзистентни и потврдени и од други докази. Одбраната имала можност да ги оспори тие изјави и нивниот кредибилитет. Во врска со тоа, им било дадено доволно време да ги подготват прашањата што требало да им се постават на сведоците. Сведоците, повторно во присуство на судијата и јавниот обвинител, дале детални одговори.

31. Што се однесува до доказите од сведокот Б.Х., Владата призна дека истите служеле како основа врз која се потпирале домашните судови со цел да го утврдат мотивот за сторување на кривичното дело. Сепак, тоа не било единствен доказ во тој контекст. Понатаму, тоа не било одлучувачко за осудата на жалителите, бидејќи имало и други докази за да се потврди нивната вина. На судењето, судијата направил соодветни напори за да обезбеди присуство на Б.Х., што било невозможно од причини кои не му се припишуваат на судот. Одбраната не се спротивставила на читањето на неговата преткривична изјава на судењето. Таа изјава би можела да биде тестирана од други докази на сведоците, особено доказите што ги даваат сведоците со прикриен идентитет. И на крај, одбраната имала доволно можности да ја оспори веродостојноста на таа изјава.

(б) Оценка на Судот

32. Судот повторува дека гаранциите од став 3 (г) од членот 6 се специфични аспекти на правото на фер судење предвидено со став 1 од

овој член, што мора да се земе предвид при секоја оценка на правичноста на постапките. Покрај тоа, главната грижа на Судот според член 6 став 1 е да се оцени целокупната правичност на кривичната постапка (види *Трамневски против Република Македонија*, А.бр. 4570/07, § 42, 10 јули 2012).

33. Судот повторува дека членот 6 став 3 (г) го заштитува начелото дека пред обвинетиот да биде осуден, сите докази против него мора да бидат изнесени во негово присуство, на јавен претрес, заради контрадикторност на постапката (види *Schatschaschwili v. Germany* [GC], А.бр. 9154/10, § 103, ЕЧР 2015). Според ставовите на Големиот судски совет во Ал-Каваја и Тахери (види *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* А.бр. 26766/05 и 22228/06, § 127, ЕСПЧ 2011) кога проблемите предизвикани од анонимни и отсутни сведоци не се идентични, двете ситуации во принцип не се разликуваат, бидејќи (...), секоја резултира со потенцијална неповолност кон обвинетиот. Основниот принцип е дека обвинетиот во кривичното судење треба да има ефективна можност да ги оспори доказите против него. Овој принцип не бара само обвинетиот да го знае идентитетот на сведоците за да може да го оспори нивниот интегритет и кредибилитет, туку дека треба да биде во можност да ја тестира вистинитоста и веродостојноста на нивните докази, преку усна расправа во неговото присуство, било во моментот кога сведокот ја дал изјавата или во некоја подоцнежна фаза од постапката.

34. Во Ал-Каваја и Тахери (цитирана погоре, §§ 119-147), Големиот судски совет ги разјасни принципите што треба да се применат кога сведокот не присуствува на јавно судење. Овие принципи може да се сумираат на следниов начин (види исто така *Horncastle and Others v. the United Kingdom*, А.бр. 4184/10, §§ 131 135, 16 декември 2014 година и *Seton v. the United Kingdom*, А.бр. 55287/10, § 58, 31 март 2016):

(i) Судот прво треба да го разгледа подготвителното прашање за тоа дали постои добра причина за признавање на докази од отсутен сведок, имајќи предвид дека сведоците треба, како општо правило, да дадат исказ за време на судењето и дека треба да се направат разумни напори да се обезбеди нивно присуство;

(ii) вообичаени причини за неприсуство се, како што е во случајот со Ал Каваја и Тахери (цитирана погоре), смрт на сведокот или страв од одмазда. Меѓутоа, постојат и други легитимни причини зошто сведокот можеби нема да присуствува на судењето;

(iii) кога сведокот не бил сослушан во некоја претходна фаза од постапката, дозволувањето да се прифати неговата изјава наместо да биде сослушан на судењето мора да биде последна мерка;

(iv) прифаќањето на изјавите на отсутните сведоци како доказ, резултира со потенцијална неповолност кон обвинетиот, кој во принцип на кривичното судење треба да има ефективна можност да ги

оспори доказите против него. Особено, тој треба да биде во можност да ја тестира вистинитоста и веродостојноста на доказите дадени од сведоците, со тоа што тие ќе бидат усно испрашани во неговото присуство, било во моментот кога ја даде изјавата, или во некоја подоцнежна фаза од постапката;

(v) според правилото на „единствен или одлучувачки доказ“, ако осудата на обвинетиот е само или главно врз основа на докази што ги даваат сведоците кои обвинетиот не може да ги оспори во било која фаза од постапката, неговите права на одбрана се прекумерно ограничени;

(vi) во овој контекст, зборот „одлучувачки“ треба да биде тесно сфатен како укажување на докази со такво значење или важност, што можат да бидат одлучувачки за исходот во случајот. Кога непроверените докази од сведоците се поддржани од други докази, оценката за тоа дали истите се одлучувачки, ќе зависи од цврстината на другите докази: колку се поцврсти другите инкриминирачки докази, толку е помала веројатноста дека доказите добиени од отсутните сведоци ќе бидат земени како одлучувачки;

(vii) сепак, со оглед на тоа што членот 6 став 3 од Конвенцијата треба да се толкува во контекст на целокупното испитување на правичноста на постапката, правилото за „единствен или одлучувачки доказ“ не треба да се применува на нефлексибилен начин;

(viii) конкретно, кога изјавата за тоа што наводно се случило е единствен или одлучувачки доказ против обвинетиот, неговото земање предвид како доказ, нема автоматски да резултира со повреда на членот 6 § 1. Истовремено, кога осудата е базирана исклучиво или одлучувачки врз доказите од отсутни сведоци, Судот мора да ја води постапката до детално испитување. Поради опасноста од прифаќањето на таквите докази, тоа би претставувало многу важен фактор за балансирање на соодносот и оној за кој би биле потребни значителни фактори за противтежа, вклучувајќи го и постоењето на силни процедурални заштитни мерки. Прашањето во секој случај е дали има доволно фактори за противтежа, вклучувајќи и мерки што овозможуваат правична и правилна проценка на веродостојноста на тие докази. Ова би овозможило осудата да биде заснована на такви докази само ако истите се доволно веродостојни со оглед на нивната важност за случајот.

35. Овие принципи дополнително се разјаснуваат во случајот на Шачашвили (цитирана погоре, §§ 110-31) во која Големиот судски совет потврди дека непостоењето на оправдана причина за неприсуството на сведок, не може само по себе да значи неправичност во судењето, иако тоа остануваше да биде многу важен фактор кој требаше да биде земен предвид во балансирањето при проценката на целокупната правичност, и претставуваше нешто кое би можело да

предизвика нерамнотежа во корист на утврдување повреда на членот 6 §§ 1 и 3 (г). Понатаму, со оглед на тоа дека задачата беше да се утврди дали постапката како целина била правична, Судот не треба само да го преиспита постоењето на значителни фактори на противтежа во случаите кога доказите од отсутен сведок биле единствена или одлучувачка основа за осуда на жалителот, туку исто така и во случаи каде што е нејасно дали предметните докази биле единствени или одлучувачки, но сепак било уверливо дека истите имале значителна тежина и нивното прифаќање би можело да ја оневозможи одбраната. Опсегот на факторите на противтежа потребни за да може судењето да се смета за правично ќе зависи од тежината на доказите од отсутниот сведок. Колку се поважни тие докази, толку повеќе фактори на противтежа би требало да се земат предвид, за да може целата постапка да се смета за правична (види, исто така, *Seton v. the United Kingdom*, А.бр. 55287/10, § 59, 31 март 2016 година).

36. Судот исто така сметаше дека конкретните ограничувања на можноста на одбраната да го оспори сведочењето во постапката, се разликува во двата случаи (анонимни и отсутни сведоци). Оттука, неприсутните сведоци предизвикуваат проблем со тоа што нивните изјави не можат да бидат подложни на испитување од страна на бранителот. Меѓутоа, идентитетот на тие сведоци е познат за одбраната, поради што одбраната може да ги идентификува или испита мотивите што тие би ги имале за лажно сведочење. Во случај на сведочење од страна на целосно анонимни сведоци, за чиј идентитет или позадина не се познати никакви детали, одбраната се соочува со тешкотии да пронајде какви било причини кои сведокот би ги имал за лажно сведочење. Меѓутоа, во пракса, се случува сведокот да биде обелоденет, што создава услови за вкрстено испрашување. Степенот на обелоденување има влијание врз степенот на тешкотијата со која одбраната се соочува. Не е изненадувачки, имајќи го предвид основниот проблем во двата случаи поставени во Ал-Каваја и Тахри, Судот доследно да заземе сличен пристап во контекст на анонимните сведоци како во случаите каде има присутни сведоци (види *Ellis and Simms v. United Kingdom*, А.бр. 46099/06 и 46699/06, §§ 74 и 75, 10 април 2012 година).

37. Според тоа, целисходно ќе биде да се провери тестот од три чекори даден во случајот Ал Каваја, во однос на оценувањето на целокупната правичност на оспорените постапки (види *Schatschaschwili*, цитирана погоре, § 118). При оценувањето на правичноста на судењето на жалителите, Судот мора да испита, прво, дали постојат добри причини за задржување во тајност на идентитетот на анонимните сведоци „Кораб“ и „Водно“ и за неприсуството на сведокот Б.Х. на судењето. Второ, Судот мора да земе предвид и дали доказите на тие сведоци биле единствена или решаваачка основа на

осудата. Трето, дали имало доволни фактори за противтежа, вклучувајќи го и постоењето на силни процедурални заштитни мерки, за да се овозможи правична и правилна процена на веродостојноста на тие докази (види *Al-Khawaja and Tahery*, цитирана погоре, § 147 и *Seton v. the United Kingdom*, А.бр. 55287/10, § 58, 31 март 2016 година).

(i) Наводна повреда на правата на одбраната на жалителите во врска со испитувањето на сведоците со прикриен идентитет

(а) Дали имало добри причини кои ја оправдуваат заштитата на идентитетот на сведоците

38. Судот забележува дека идентитетот на двајцата сведоци останал непознат за одбраната, бидејќи нивните лични податоци и адреси биле скриени од жалителите и нивните застапници. Сведоците приложиле докази под псевдонимите „Кораб“ и „Водно“. Во такви околности, Судот смета дека тие треба да се сметаат за анонимни во смисла на судската пракса на ЕСЧП (види, обратно, *Пападакис против Република Македонија*, А.бр. 50254/07, § 90, 26 февруари 2013, и *Дончев и Бургов против Република Македонија*, А.бр. 30265/09, § 51, 12 јуни 2014 година).

39. Сведокот „Водно“ пред истражниот судија изјавил дека се плашел од одмазда. И двајцата сведоци дале слични изјави кога биле сослушувани од судечкиот судија (види параграф 10 и 15 погоре). Сите три инстанци кои одлучувале во случајот, се потпирале на стравот на сведоците како основа за зачувување на нивната анонимност. Во врска со ова, Судот потсетува дека секој субјективен страв на сведокот, кој не треба да се припише директно на заканите од страна на обвинетите, со цел тој сведок да биде ослободен од сослушување на судењето, нема да биде доволен и судовите мора да спроведат соодветни истраги со цел да се утврди, прво, дали има објективни причини за тој страв или не, и второ, дали тие објективни основи се поддржани со докази (види *Ал-Каваја и Тахери*, цитирани погоре, § 124). Со оглед на тоа што Судот не може да утврди како домашните судови ја процениле разумноста на личниот страв кај сведоците во однос на жалителите, сепак е доволно, поради причините што ги изнесе Владата, кои не биле оспорени од страна на жалителите, дека употребата на анонимните сведочења може разумно да се смета за оправдана во конкретните околности на случајот (види параграф 29 погоре).

(б) Дали доказите на сведоците биле единствена или решавачка основа за осудата на жалителите

40. Судот забележува дека обвинителството се потпрело на голем број материјални докази и докази од сведочењата, со цел да го убеди судечкиот суд за вината на жалителите (види параграф 14 погоре). Освен овие докази, судечкиот суд прифатил усни докази и од други

сведоци и вешти лица. Според тоа, доказите што ги дале сведоците со прикриен идентитет, не биле единствен доказ. Сепак, за тоа дали тие докази претставуваат решавачка основа за осудата на жалителите, Судот забележува дека и „Кораб“ и „Водно“ биле единствените очевидци кои ги идентификувале жалителите како сторители на кривичното дело. Ниту еден друг доказ прифатен на судењето не посочил директно на жалителите како напаѓачи. Судечкиот суд се повикал на овие докази со цел да се утврди „присуството на жалителите на местото на настанот, развојот и динамиката на настаните“ (види параграф 20 погоре). Во такви околности, јасно е дека доказите дадени од сведоците со прикриен идентитет, биле со голема тежина и без нив, шансите за осудување на жалителите би биле барем значително намалени. Според тоа, анонимното сведочење на „Кораб“ и „Водно“ треба да се смета за одлучувачки докази во конкретниот случај.

(в) Дали имало доволно фактори на противтежа

41. Судот повторува дека факторите на противтежа мораат да дозволат правична и правилна оценка на веродостојноста на доказите изнесени од анонимните сведоци (види Schatschaschwili, цитирана погоре, § 125).

42. Во конкретниот случај, сведоците со прикриен идентитет биле сослушани во посебни услови што биле во сила во тој период, што вклучувало не само целосна заштита на нивната анонимност, туку и исклучување на одбраната од нивното сослушување, вклучувајќи ја и неможноста да имаат пристап до материјали добиени од технички уреди за пренос на слика и тон, што во принцип било дозволено според важечкото законодавство во тој период (види параграф 24 погоре, обратно *Pesukic v. Switzerland*, А.бр. 25088/07, § 51, 6 декември 2012 година, *Rozumecki v. Poland* (декларација), А.бр. 32605/11, § 64, 1 септември 2015 година и *Kok v. the Netherlands* (декларација), А.бр. 43149/98, 4 јули 2000 година). Впрочем, жалителите и нивните адвокати не биле присутни кога овие сведоци дале усни искази пред истражниот судија (жалителите не биле официјално обвинети во тоа време) и судечкиот судија, за разлика од јавниот обвинител кој присуствувал на двете сослушувања. Што се однесува до можноста да се постават писмени прашања на сведоците (по добивањето на копија од нивните изјави) индиректно преку судот, во случајот на Шачашвили, Судот изјави дека таквата можност претставува значајна заштитна мерка понудена на одбраната во врска со испитувањето на отсутен сведок, кој не може да биде сослушан на судењето (*ibid.*, § 219). Сепак, во врска со сведоците со прикриен идентитет, Судот исто така утврдил дека природата и опсегот на тие прашања биле значително ограничени поради одлуката на судечкиот суд дека треба

да се зачува анонимноста на сведоците (види Костовски против Холандија, 20 ноември 1989, § 42, Серија А, бр. 166). Во конкретниот случај, Судот утврди дека можноста понудена на жалителите да им поставуваат писмени прашања на сведоците со прикриен идентитет, не може да се смета како доволна процедурална заштитна мерка за да се урамнотежат ограничувањата со кои се соочуваат во остварувањето на нивното право на одбрана.

(ii) Прифаќање на изјавата на Б.Х. дадена пред судењето

(а) Дали постоела добра причина за негово неприсуство

43. Судот забележува дека Б.Х. бил присутен на местото на настанот и обвинителството побарало негово сослушување веднаш по инцидентот (види параграф 7 погоре). Сведочењето на Б.Х. било добиено во преткривичната фаза на постапката, во присуство на истражниот судија и јавниот обвинител, пред жалителите официјално да бидат обвинети. На судењето, жалителите побарале вкрстено испрашување на Б.Х. Судечкиот судија се обидел да го покани Б.Х. на сослушувањето, но неговите обиди биле неуспешни. На 9 јануари 2008 година, полицијата го известила судот дека Б.Х. избегал од државата и дека против него е издадена меѓународна потерница. Потпирајќи се на таа информација, судечкиот судија утврдил дека Б.Х. не може да биде пронајден и ја прочитал изјавата од неговото сведочење пред судењето. И Апелациониот суд Скопје и Врховниот суд прифатиле дека несослушувањето на Б.Х. било оправдано (види параграф 22 погоре).

44. Судот повторува дека ситуациите во кои се утврдило дека сведокот не може да биде пронајден, под одредени услови може да претставуваат „добра“ причина зошто тој сведок не може да присуствува на судењето. Сепак, за да бидат искористени доказите добиени од таквите сведоци, од договорните држави се бара да преземат позитивни чекори за да му овозможат на обвинетиот да ги испита или да ги имал испитано сведоците што сведочат против него (види *Sadak and Others v. Turkey* (бр.1), А.бр. 29900/96 и 3 други, § 67, ЕСЧП 2001 VIII и *Gabrielyan v. Armenia*, А.бр. 8088/05, § 81, 10 април 2012 година); тие морале активно да ги бараат таквите сведоци (види *Rachdad v. France*, А.бр 71846/01, § 24, 13 ноември 2003 година). За да се утврди дали мерките преземени од страна на домашните органи биле доволни, Судот треба да утврди дали се направени сите разумни напори и дали властите биле посветени во обезбедувањето присуство на Б.Х. на судењето (види *Tseber v. The Czech Republic*, А.бр. 46203/08, § 48, 22 ноември 2012 година, и референците цитирани во неа).

45. За фактите, Судот забележува дека датумот на одлуката на судечкиот суд за читање на изјавата на Б.Х. бил 1 април 2008 година,

што било речиси три месеци откако полицијата го известила судечкиот суд дека Б.Х. не можел да биде пронајден (види параграфи 17, 18 и 20 погоре). Нема ништо во списите за предметот што сугерира дека биле направени било какви напори во тоа време за да се лоцира Б.Х. и да се обезбеди негово присуство на судењето. Уште поважно, во завршните зборови пред судот, жалителите тврделе дека Б.Х. биле во државата и во рацете на полицијата во врска со насилните инциденти на изборите од 1 јуни 2008 година. Овие наводи биле покренати пред судечкиот суд да ја изрече пресудата. Судот не презел никакво дејство за да ги потврди тие наводи и не дал никакво објаснување за нивната веродостојност. Слично на тоа, ниту Апелациониот суд Скопје, ниту Врховниот суд не ги следеле насоките дадени од жалителите. Според тоа, Судот не може, а да не заклучи дека домашните судови не дале валидни причини за неприсуството на Б.Х. на судењето.

46. Судот повторува дека иако отсуството на добра причина за неприсутиност на сведокот, не може само по себе да биде доказ за неправично судење, тоа е многу важен фактор кој треба да се мери во рамнотежата при оценката на целокупната правичност на судењето и нешто кое би можело да предизвика нерамнотежа во корист на утврдување на повреда на членот 6 став 1 и 3 (г) (види Шачашвили, цитирана погоре, § 113, *Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine*, Абр. 48016/06 и 7817/07, § 106, 10 ноември 2016 година).

(б) Дали доказите биле „единствени или одлучувачки“

47. Во конкретниот случај, Судот забележува дека во својата изјава дадена пред судењето, прифатена на главниот претрес, Б.Х. не ги идентификувал жалителите како сторители, но тврдел дека бил цел на нападот поради неговата наводна вмешаност во убиството на братот на жалителите кое се случило претходно. Обвинителството ја следело таа насока и ги обвинило жалителите дека имале намера да го убијат Б.Х. во знак на одмазда за смртта на нивниот брат (види параграф 14 погоре). Судечкиот суд се потпрел на изјавата на Б.Х. за да го утврди мотивот за кривичното дело (види параграф 20 погоре). Повисоките судови и Владата го потврдиле тоа и додадоа дека придонесот на Б.Х. во врска со наводниот мотив, бил потврден од страна на сведокот Ф.С. (види параграфи 22 и 31 погоре).

48. Според тоа, Судот е уверен дека домашните судови утврдиле важен елемент во однос на кривичната одговорност на жалителите врз основа на предметното сведочење. Иако тоа не било единствен доказ во тој поглед и не бил од директна важност, останува фактот дека тој имал значителна тежина, бидејќи индиректно обезбедил поддршка на вината на жалителите, а прифаќањето на истиот можел да предизвика хендикеп за одбраната.

(в) Дали постоеле доволно фактори за противтежа

49. Големиот судски совет во случајот на Шатшашвили ги идентификувал следниве елементи како релевантни во овој контекст: пристапот на судечкиот суд до непроверените докази, достапноста и цврстината на дополнителните инкриминирачки докази и процедуралните мерки преземени за да се компензира недостатокот на можност сведоците директно да бидат испитани на судењето (види Шачашвили, цитирана погоре, § 145).

50. Судот забележува дека во пресудите на домашните судови не постои индикација дека кон изјавата дадена од Б.Х. пристапиле со посебна претпазливост или фактот дека тој бил отсутен сведок ги поттикнал домашните судови да ѝ дадат помала тежина на неговата изјава (види *Paic v. Croatia*, А.бр.47082/12, § 43, 29 март 2016 година).

51. Судот е свесен дека сведочењето на Б.Х. било поткрепено, со оглед на тоа дека не можело директно да инкриминира било кој од жалителите и дека други докази, како што е наведено погоре (види параграф 36 погоре), носеле поголема тежина во осудата на жалителите. Меѓутоа, со оглед на хендикепот под кој одбраната работела во врска со тие докази (види параграф 38 погоре), неговата достапност и цврстина не можат да се сметаат за доволен фактор на противтежа.

52. На крај, Судот забележува дека жалителите имале можност да дадат своја сопствена верзија на настаните и да предизвикаат сомневање во кредибилитетот на Б.Х. како сведок, чиј идентитет им бил познат. Сепак, ниту жалителите ниту нивните адвокати немале можност во која било фаза од постапката да се соочат и да го испитаат Б.Х. или тој усно да биде испитан во нивно присуство. Фактот дека изјавите на Б.Х. биле земени во присуство и под надзор на истражниот судија, самиот по себе не може да се смета за замена на правото на жалителите да го испитаат (види Цебер, цитиран погоре, § 62). Понатаму, судечкиот судија никогаш не го испитал Б.Х. и не можел да го набљудува неговото однесување со цел да направи своја проценка за веродостојноста на улогата што му ја дал. Отсуството на јасен приговор на жалителите за изјавата на Б.Х. која била прочитана на претресот (види параграф 18 погоре) не може да се толкува како недвосмислено откажување од нивното право да се испита овој сведок. Жалителите се жалеле пред Апелациониот суд и Врховниот суд дека не биле во можност да го испитаат Б.Х. како сведок (види *Rudnichenko v. Ukraine*, А.бр. 2775/07, § 108, 11 јули 2013 и *Gabrielyan*, цитиран погоре, § 85). И на крај, Судот не гледа како одбраната можела да се потпре на други докази од сведоците, особено доказите што ги дале сведоците со прикриен идентитет, со цел да се тестира кредибилитетот на Б.Х. (види параграф 31 погоре).

(iii) Заклучок

53. Со оглед на горенаведеното, Судот заклучува дека во околностите на случајот ограничувањата кои влијаат врз остварувањето на правото на одбрана на жалителите во однос на сведоците со прикриен идентитет и сведокот Б.Х. беа спротивни на гаранциите за правично судење. Според тоа, постои повреда на членот 6 став 1 и 3 (г) од Конвенцијата.

2. Останати жалбени наводи според членот 6 од Конвенцијата

54. Жалителите, исто така, се жалеа на одбивањето на домашните судови да прифатат дополнителни докази предложени од одбраната.

55. Имајќи ги предвид горенаведените наоди, Судот ги прогласува останатите жалбени наводи на жалителите за допуштени според членот 6 од Конвенцијата и смета дека не е потребно да одлучува по нив (види Пападакис, цитирана погоре, § 96).

II. ПРИМЕНА НА ЧЛЕН 41 ОД КОНВЕНЦИЈАТА

56. Член 41 од Конвенцијата предвидува:

„Ако Судот оцени дека постои повреда на Конвенцијата или на нејзините Протоколи, и ако домашното право на заинтересираната Висока страна договорничка овозможува само делумно отстранување на последиците на таа повреда, Судот на оштетената страна ѝ дава, доколку е потребно, правичен надомест.“

A. Надомест на штета

57. Жалителите побарале 16.800 евра (ЕУР) за материјална штета. Оваа бројка претставува загуба на приходот за време на нивното затворање. Тие, исто така, побарале 16.000 евра за нематеријална штета за повреда на нивната чест и углед како резултат на нивната осуда и затворање.

58. Владата го оспори барањето како неосновано и прекумерно. Понатаму тврдеше дека немало причинско-последична врска помеѓу бараниот надомест на штета и наводните повреди.

59. Судот смета дека основата за доделување на правичен надомест во конкретниот случај мора да биде повреда на правата на одбраната на жалителите според член 6 од Конвенцијата во врска со доказите дадени од анонимните и отсутни сведоци. Тој понатаму забележува дека барањата на жалителите за правичен надомест под оваа ставка се однесуваат на нивната осуда и затворање, а не на наводната повреда на нивното право на фер судење (види, обратно, *Илџи против Република Македонија*, А.бр. 56539/08, § 50, 3 октомври 2013 година). Судот прво забележува дека во конкретниот случај доделувањето правичен

надомест може да се заснова само на фактот дека жалителите немале корист од гаранциите предвидени во членот 6 став 1 и 3 (г) пред домашните судови (види *Mežnarić v. Croatia*, бр.71615/01, § 43, 15 јули 2005 година). Не може да се шпекулира за тоа каков би бил исходот од постапката ако повредата не се случила (види *Bönisch v. Austria* (член 50), пресуда од 2 јуни 1986 година, Серија А бр. 103, § 11). Според тоа, не наоѓа никаква причинско-последична врска помеѓу бараниот надомест на штета и нејзиниот наод за повреда на членот 6. Според тоа, Судот не доделува надомест под оваа ставка (види Пападакис, цитирана погоре, § 111 и Трампевски, цитирана погоре, § 57).

Б. Трошоци и надомести

60. Апликантите не поднеле барање под оваа ставка. Според тоа, Судот не доделува никаква сума под оваа ставка.

ОД ОВИЕ ПРИЧИНИ, СУДОТ, ЕДНОГЛАСНО,

1. *Ја прогласува* жалбата за допуштена;
2. *Утврдува* дека има повреда на член 6 §§ 1 и 3 (г) од Конвенцијата во однос на правото на одбраната на жалителите во врска со испитувањето на анонимните и отсутни сведоци;
3. *Утврдува* дека не постои потреба посебно да се испитаат другите приговори на жалителите според член 6 од Конвенцијата во врска со кривичната постапка против нив;
4. *Го одбива* барањето на апликантите за правичен надомест.

Изготвено на Англиски јазик, и објавено во писмена форма на 1 февруари 2018, согласно Правилото 77 §§ 2 и 3 од Правилата на Судот.

Abel Campos
Registrar

Linos-Alexandre Sicilianos
President