

ТРЕЋЕ ОДЕЉЕЊЕ

ПРЕДМЕТ ДИМОВИЋ И ДРУГИ против СРБИЈЕ

(Представка број 7203/12)

ПРЕСУДА

СТРАЗБУР

11. децембар 2018. године

Ова пресуда ће постати правоснажна у околностима утврђеним у члану 44. став 2. Конвенције. Она може бити предмет редакцијских измена.

У предмету Димовић и други против Србије,

Европски суд за људска права (Треће одељење), на заседању Већа у саставу:

Vincent A. De Gaetano, *председник,*

Branko Lubarda,

Helen Keller,

Pere Pastor Vilanova,

Alena Poláčková,

Georgios A. Serghides,

Jolien Schukking, *судије,*

и Stephen Phillips, *секретар Одељења,*

После већања на затвореној седници одржаној 20. новембра 2018. године,

Доноси следећу пресуду, која је усвојена тог дана:

ПОСТУПАК

1. Предмет је формиран на основу представке (број 7203/12) против Републике Србије коју су Суду поднела, према члану 34. Конвенције за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: „Конвенција”) три српска држављанина, господин Атила Димовић (у даљем тексту: „први подносилац представке”), господин Маријано Димовић (у даљем тексту: „други подносилац представке”) и господин Тихомир Хајнал (у даљем тексту: „трећи подносилац представке”), 11. новембра 2011. године.
2. Подносиоце представки је заступао господин В. Јухас Ђурић, адвокат из Суботице. Владу Србије (у даљем тексту: „Влада”) је заступао њен заступник госпођа Н. Плавшић.
3. Подносиоци представке су навели да је њихова осуда била искључиво или углавном заснована на изјави Р.К, упркос чињеници да нису били у могућности да га испитују у било којој фази поступка. Они су се позвали на члан 6. ст. 1. и 3(д) Конвенције.
4. Представка је 20. јуна 2017. године достављена Влади.
5. Дана 15. септембра 2017. године, у складу са чланом 36. став 2. Конвенције и правилом 44. став 3. Пословника Суда, председник Одељења је одобрио Европском центру за права Рома да се укључи као трећа страна у поступку.

ЧИЊЕНИЦЕ

I. ОКОЛНОСТИ ПРЕДМЕТА

6. Подносиоци представке су рођени 1985. године, 1988. године и 1985. године. Живе у Србији.
7. Дана 26. и 27. марта 2008. године, из куће Л.М. у близини Суботице, украден је казан за ракију, бакрач, два комада пршуте, комад сланине, точак и 10 литара моторног уља. Дана 27. марта 2008. године, Л.М. је пријавио тај злочин полицији. Током ноћи између 27. и 28. марта 2008. године, Л.М. је брутално претучен. Следеће ствари су те ноћи украдене из његовог дома: хладњак од комбајна, преносно цево за воду, тамбурица (жичани инструмент популаран у јужној Европи), карданско вратило, 60 евра (EUR) и мањи износ у српским динарима (RSD).
8. Дана 28. марта 2008. године, око 1 сат ујутру, након дојаве од стране Л.Ф, патрола из полицијске станице Палић је пронашла напуштено возило око 5 km од куће Л.М. Недалеко од аутомобила су пронађена два комада пршуте, комад сланине, хладњак од комбајна, преносно цево за воду и тамбурица. Они су те предмете однели са собом у полицијску станицу Палић. Л.Ф. је полицији рекао да су његови суседи, Ј.М. и Ш.К,

видели четири или пет припадника ромске националности док су напуштали аутомобил. У тој фази нису предузети никакви додатни кораци, јер припадници полиције нису знали да су те ствари украдене од Л.М. дан раније.

9. Дана 28. марта 2008. године, око 2 сата поподне, полиција је пронашла Л.М. у његовом дому. Био је у полусвесном стању. Истражни судија је стигао око 3 сата поподне. Полицијски детектив је, на захтев истражног судије, прикупио ДНК доказни материјал са бокала за воду који се налазио на кухињском столу. Убрзо након тога је сакупио ДНК доказни материјал из горе поменутог аутомобила. Затим се упутио у полицијску станицу Палић како би фотографисао предмете пронађене у близини наведеног аутомобила претходне ноћи.

10. Дана 31. марта 2008. године, први подносилац представке је дао изјаву полицији. Он је изјавио да су у ноћи између 27. и 28. марта 2008. године други и трећи подносилац представке и Р.К. претукли Л.М. и украли од њега хладњак од комбајна, преносиво црево за воду, тамбурицу и EUR 60. Такође је изјавио да је у колима остао, јер је одбио да учествује у пљачки. Додао је да се ауто убрзо након тога покварио, те да су морали да исти напусте и наставе пешице.

11. Истога дана, полиција је ухапсила Р.К. У присуству његовог браниоца, В. Јухаса Ђурића, он је негирао било какво учешће у тој пљачки.

12. Дана 2. априла 2008. године, Р.К је одведен пред истражног судију. У присуству његовог браниоца, он је поново негирао било какво учешће у предметном злочину.

13. Дана 3. априла 2008. године, јавни тужилац је тражио да се отвори истрага о пљачки Л.М. против Р.К. и против другог и трећег подносиоца представке, о којима су информације о боравишту у то време биле непознате.

14. Дана 4. априла 2008. године, Р.К. је поново одведен пред истражног судију. У присуству његовог браниоца, поновио је да није учествовао у пљачки. Овај пут је, међутим, оптужио подносиоце представке. Навео је да су му дана 29. марта 2008. године три подносиоца представке у овом предмету рекли да су опљачкали Л.М. Наводно су му рекли да су морали да напусте свој аутомобил и оставе неке украдене предмете недалеко од куће Л.М. услед несреће. Његов бранилац, В. Јухас Ђурић, се потом повукао из заступања Р.К. пред судом услед сукоба интереса (намеравао је бранити другог и трећег подносиоца представке уколико и када буду били ухапшени).

15. Касније тог дана, истражни судија је отворио истрагу о пљачки Л.М. против Р.К. и против другог и трећег подносиоца представке.

16. Дана 7. априла 2008. године, трећи подносилац представке је ухапшен. Сутрадан је одведен пред истражног судију. У присуству свог браниоца, он је негирао било какво учешће и додао да је Р.К. слагао при давању своје изјаве од 4. априла 2008. године.

17. Дана 18. априла 2008. године, истражни судија је испитивао неколико сведока, укључујући и првог подносиоца представке. Први подносилац представке је повукао своју изјаву од 31. марта 2008. године, тврдећи да је иста била изнуђена услед претње

насиљем од стране полицијских службеника. Даље је изјавио да је Р.К. слагао при давању своје изјаве од 4. априла 2008. године.

18. Јавни тужилац је 22. априла 2008. године затражио продужење истраге о пљачки Л.М. како би у исту био укључен и први подносилац представке.

19. Дана 12. маја 2008. године, други подносилац представке је ухапшен. Дана 20. маја 2008. године, други подносилац је одведен пред истражног судију. У присуству његовог браниоца, он је одбио да призна оптужбе против њега. С обзиром да није течно говорио српски, своју изјаву је дао на мађарском језику.

20. Дана 20. маја 2008. године Л.М. је сведочио пред истражним судијом. Он је, између осталог, рекао да је 27. марта 2008. године уочио групу Рома испред своје куће како бежи са точком који је он поседовао; Један од њих је имао црну косу са плавим праменовима, био ниског раста и имао око 30 година (из наредне изјаве Л.М. се показало да је то заправо Р.К. – види став 27. испод).

21. Дана 26. маја 2008. године, Р.К. је поново сведочио пред истражним судијом. Он је повукао своју изјаву од 4. априла 2008. године, тврдећи да је лагао.

22. Истражни судија је 11. јуна 2008. године проширио истрагу о пљачки Л.М. како би у исту укључио и првог подносиоца представке.

23. Дана 8. јула 2008. године, вештаци су утврдили да ДНК доказни материјал сакупљен са бокала за воду пронађен у Л.М.-овој кухињи одговара ДНК профилима Л.М.-а, и да ДНК доказни материјал сакупљен из аутомобила који се налазио у близини Л.М.-овог дома одговара ДНК профилима трећег подносиоца представке.

24. Јавни тужилац је 10. јула 2008. године подигао оптужницу против подносилаца представке и Р.К. због крађе која је наводно почињена у ноћи између 27. и 28. марта 2008. године (тачка 1) и због провале која је наводно почињена 26. и 27. марта 2008. године (тачка 2).

25. Дана 5. септембра 2008. године, Р.К. пребачен у Специјалну затворску болницу у Београду. Дана 15. октобра 2008. године му је дијагностификован рак стомака у поодмаклој фази. Недељу дана касније, он је оперисан и дат му је морфијум. У међувремену, почетак суђења је морао бити одложен.

26. Дана 28. октобра 2008. године, како би се спречило даље одлагање у предметима против других оптужених, јавни тужилац је затражио да се поступак против Р.К. раздвоји и да му се суди посебно. Оптужница је у складу са тим захтевом измењена.

27. Суђење подносиоцима представке је отпочело 17. новембра 2008. године. Они су се изјаснили да нису криви поводом обе оптужнице. Суд је затим саслушао жртву Л.М, који је изјавио да су га, у ноћи између 27. и 28. марта 2008. године, у његовој кући напала четворица Рома. Није могао да се сети изгледа њихових лица. Након што му је дата на увид фотографија са ликом Р.К, Л.М. је изјавио да је особа на фотографији највероватније човек са плавим праменовима који му је украо точак 27. марта 2008. године (види горе наведени став 20). Додао је и да су тамбурица, хладњак од комбајна и

преносно црево за воду, које је полиција пронашла 28. марта 2008. године око 1 сат ујутру, били у његовом власништву.

28. Суд је 21. новембра 2008. године закључио да Р.К. није у стању да ефективно учествује у кривичном поступку услед свог здравственог стања. Стога је наложио његово хитно пуштање на слободу.

29. Први подносилац представке је 2. децембра 2008. године поднео захтев суду за сведочење у најкраћем року, јер је поседовао неке важне информације у вези са предметом. Међутим, на следећем саслушању, одржаном 23. јануара 2009. године, он се позвао на своје право да се брани ћутањем.

30. Суд је 23. јануара 2009. године саслушао седам сведока.

31. Д.Р, полицијски детектив задужен за овај случај, је рекао да је сакупио ДНК доказни материјал са бокала за воду са кухињског стола у кући Л.М. и из напуштеног аутомобила који се налазио недалеко од те куће. Покушао је такође да узме и отиске прстију са места злочина, али то се показало као немогуће.

32. У.Ђ. је потврдио своју претходно дату изјаву, према којој је у марту 2008. године чуо два младића током вожње локалним аутобусом како планирају да украду виолину из куће музичара те исте ноћи. Они су говорили српским језиком, без нагласка. Један човек је из аутобуса сишао код „Аурометала”, а други у Дубровачкој улици у Палићу. Сведок је одлучио да потоњег прати до напуштене куће у улици Марка Орешковића у Палићу, у којој су боравили припадници ромске националности. Касније је отишао у полицију и пријавио инцидент. Сведок је на саслушању изјавио да је био 50–60% сигуран да је други подносилац представке био иста особа која је изашла из аутобуса код „Аурометала” (сведок га је посматрао у аутобусу око тридесет секунди); трећи подносилац представке је могао бити друга особа, али сведок није био сигуран јер га је могао видети само отпозади.

33. М.П, полицијски службеник, је изјавио да се 14. марта 2008. године, након дојаве од стране У.Ђ, упутио у кућу у улици Марка Орешковића и пронашао подносиоце представки, Р.К. и неке друге припаднике ромске националности у истој. Дана 28. марта 2008. године, око 1 сата поподне, одлучио је да посети Л.М. како би га обавестио да су неки од предмета који су му били украдени дан раније заправо пронађени. Л.М. је био повређен, али је успео да исприча сведоку да су га те ноћи тројица или четворица Рома напала и да су, између осталих ствари, од њега украли и тамбурицу. Сведок се одмах присетио инцидента од 14. марта 2008. године, у вези са завером да се украде музички инструмент. Он је потом отишао да провери аутомобил који је прошле ноћи пронађен недалеко од тог места. Утврдио је да је аутомобил припадао другом или трећем подносиоцу представке. На крају, сведок је додао да су сва три оптужена била претходно позната полицији.

34. О.С, један од вештака који је прегледао ДНК доказни материјал који је прикупљен из куће Л.М.-а и из аутомобила пронађеног у близини куће Л.М.-а, објаснио је свој извештај

од 8. јула 2008. године, према којем се тај материјал поклапа са ДНК профилима Л.М.-а и трећег подносиоца представке (види горе наведени став 23).

35. П.Е. је изјавио да је помогао полицијском службенику М.П.-у да пронађе Л.М.-ову кућу дан након што је Л.М. био претучен и опљачкан.

36. Ј.М. и Ш.К. су потврдили своје раније изјаве према којима су уочили четири или пет припадника ромске националности док су напуштали аутомобил поред пута током ноћи између 27. и 28. марта 2008. године. Ј.М. и његов комшија Л.Ф. су потом пронашли два комада пршуте, комад сланине, тамбурицу, хладњак од комбајна и црево за воду на око 50 метара удаљености од аутомобила. Затим су позвали полицију.

37. Јавни тужилац је 23. јануара 2009. године поднео захтев суду да се изјаве, које је Р.К. дао истражном судији, прочитају на суђењу. Одбрана је уложила приговор, тврдећи да је Р.К. могао бити саслушан само у својству сведока пошто је његов случај био одвојен од овог предмета. Суд је одбацио наведени захтев. Дана 26. јануара 2009. године, одбрана је поднела захтев да два социјална радника поднесу доказе којим би потврдили да други подносилац представке није говорио српски без нагласка (за разлику од особе коју је У.Ђ. чуо приликом ковања завере да украде виолину (види горе наведени став 32)). Суд је тај захтев такође одбацио.

38. Дана 19. фебруара 2009. године, Р.К. је преминуо.

39. На суђењу 30. марта 2009. године су прочитани следећи додатни документи: списи кривичног предмета бр. 119/08 о раздвојеном предмету Р.К.; судски списи према којима је први подносилац представке имао три претходне осуђујуће пресуде, други подносилац представке није раније осуђиван, а трећи подносилац представке је имао две претходне осуђујуће пресуде и, на крају, да је Р.К. имао девет ранијих осуђујућих пресуда; и извештај полиције од 14. марта 2008. године (у вези са овим погледајте изјаве сведока У.Ђ. и М.П. у ста. 32. и 33. горе), у коме се наводи да су особе које је У.Ђ. видео раније тог дана вероватно биле први и трећи подносилац представке (а не други и трећи подносилац представке, како је У.Ђ. изјавио 23. јануара 2009. године). Суд је прогласио изјаве првог подносиоца представке дате пре отварања истраге против њега неприхватљивим. У завршној речи, бранилац је тврдио да изјава Р.К.-а од 4. априла 2008. године није била поуздана, будући да није поднесена под заклетвом и да је повучена 26. маја 2008. године.

40. Истога дана је и суд донео своју пресуду. На основу изјаве Р.К.-а дате 4. априла 2008. године и других доказа који су горе наведени, суд је осудио подносиоце представки за разбојништво и крађу. Први и трећи подносилац представке су осуђени на осам и по година затвора. Имајући у виду чињеницу да није претходно осуђиван, други подносилац представке је осуђен на пет и по година затвора.

41. У својој жалби подносиоци представки су, између осталог, тврдили да изјава Р.К.-а од 4. априла 2008. године није требала бити прихваћена, јер они нису били у могућности да испитају дате доказе путем унакрсног испитивања.

42. Дана 9. марта 2010. године, Апелациони суд у Новом Саду је потврдио пресуду од 30. марта 2009. године. Он је потврдио да је изјава Р.К.-а дата 4. априла 2008. године била једини доказ против првог подносиоца представке, и да је једини потврђујући доказ против другог и трећег подносиоца представке била изјава У.Ђ.-а дата на суђењу 23. јануара 2009. године и ДНК доказни материјал који је потврђен да припада трећем подносиоцу представке а који је пронађен у напуштеном аутомобилу у близини места злочина. Суд је сматрао да је прихватање ове изјаве и даље законито. У том смислу се ослањао на члан 337. став 1. Законика о кривичном поступку, као и на чињеницу да је Р.К. дао изјаву у присуству његовог браниоца, В. Јухаса Ђурића, који је убрзо постао бранилац подносиоца представки.

43. У својој уставној жалби, подносиоци представке су се, између осталог, позвали на право на правично суђење. С тим у вези, они су навели да изјава Р.К.-а од 4. априла 2008. године није требала бити прихваћена, будући да они нису били у могућности да испитају дате доказе путем унакрсног испитивања. Додали су да је ирелевантно то што је В. Јухас Ђурић, њихов тадашњи бранилац, био присутан у тренутку када је Р.К. дао спорну изјаву јер је он постао њихов бранилац тек након тог датума. Према њиховом мишљењу, било је пресудно то што они нису били у могућности да испитују или испитају Р.К.-а, било 4. априла 2008. године или након тог датума. У том погледу, ослањали су се на случај *Lisca против Италије* (бр. 33354/96, ЕСЉП 2001-II).

44. Уставни суд је 29. септембра 2011. године одбио уставну жалбу. Ослањао се, као и другостепени суд, на релевантну домаћу одредбу у складу са којом се изјаве саокривљеног дате истражном судији могу уврстити као доказни материјал уколико је саокривљени у међувремену преминуо. Закључио је да је притужба подносиоца о правичности њиховог суђења била, у суштини, притужба четвртог степена и стога неприхватљива.

45. Подносиоци представке су одслужили своје затворске казне.

II. Б. РЕЛЕВАНТНО ДОМАЋЕ ПРАВО

46. Законик о кривичном поступку из 2001. године („Службени гласник СРЈ”, бр. 70/01 и 68/02, и Службени гласник РС”, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 49/07, 20/09, 72/09 и 76/10) је био на снази до 2013. године. Члан 337. став 1. Законика, између осталог, наводи да се изјаве саокривљених и сведока дате истражном судији могу прочитати на суђењу, а тиме и признати као доказ, ако су таква лица у међувремену преминула или не могу да се појаве пред судом услед лошег здравственог стања. У складу са чланом 91. став 1. и чланом 250. Законика, саокривљени има право да се суочи са другим саокривљеним током фазе истраге. На крају, члан 132а тог законика, који је ступио на снагу 11. септембра 2009. године, увео је могућност видео снимања испитивања сведока и саокривљених у фази истраге.

47. У складу са чланом 485. Законика о кривичном поступку („Службени гласник РС”, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14), може се тражити понављање кривичног поступка уколико Уставни суд или Европски суд за људска права утврди да су

прекршена права осуђеног лица у поступку. Временски рок је три месеца од дана достављања одлуке о утврђивању такве повреде. Осим тога, ако је то лице касније ослобођено, он или она може тражити од државе накнаду материјалне и/или нематеријалне штете, јавно објављивање његове или њене ослобађајуће пресуде и враћање на његов или њен посао (погледати чл. 583–95. наведеног законика).

ПРАВО

I. НАВОДНА ПОВРЕДА ЧЛАНА 6. СТ. 1. И 3(д) КОНВЕНЦИЈЕ

48. Члан 6. ст. 1. и 3(д) Конвенције гласе:

„1. Свако, током 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.

...

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;

...”

А. Допуштеност

49. Влада није изнела никакве приговоре о прихватљивости представке. Пошто ова представка није очигледно неоснована у смислу члана 35. став 3(а) Конвенције, нити неприхватљива по било ком другом основу, она мора бити проглашена прихватљивом.

Б. Основаност

50. Ослањајући се на члан 6. ст. 1. и 3(д) Конвенције, подносиоци представке су се жалили на правичност њиховог суђења. Конкретно, они су тврдили да је њихова осуда била искључиво или у највећем делу заснована на изјави Р.К.-а, коју нису били у могућности да испитају. Истовремено, предузете мере противтеже су биле недовољне да би се омогућила фер и исправна процена поузданости неиспитаних доказа.

51. Влада је тврдила да суд није сматрао да је спорна изјава Р.К.-а једини или одлучујући доказ против подносилаца представки. Посебно, суд је такође узео у обзир следеће доказе: изјаве Л.М.-а, који је први описао и потом препознао једног од починилаца злочина; ДНК доказни материјал пронађен у аутомобилу напуштеном у близини места злочина; изјаве Ј.М.-а и Ш.К.-а, у којима наводе да су видели четири или пет припадника ромске националности у тренутку њиховог напуштања предметног аутомобила; изјава У.Ђ.-а према којој је исти чуо два човека док су планирали да украду виолину из куће музичара у ноћи 14. марта 2008. године и изјава М.П.-а која потврђује изјаву У.Ђ.-а.

Према томе, овај предмет се мора разликовати од предмета *Al-Khawaja u Tahery против Уједињеног Краљевства* ([ВВ], бр. 26766/05 и 22228/06, став 154, ЕСЈП 2011) и од предмета *Димовић против Србије* (бр. 24463/11, став 43, од 28. јуна 2016. године). Влада је такође истакла да домаће законодавство предвиђа да изјаве дате од стране саокривљеног пре суђења могу бити прихваћене као докази под одређеним условима. Даље је нагласила да је спорна изјава Р.К.-а дата пред истражним судијом, а не полицији, за разлику од предмета *Al-Khawaja u Tahery против Уједињеног Краљевства* (цитиран горе, став 3). Подносиоци представке су такође имали прилику да пруже своју верзију догађаја и да оспоре кредибилитет Р.К.-а. Коначно, Влада је тврдила да су подносиоци представки, након што је против њих покренута истрага, имали право да траже суочавање са Р.К.-ом у складу са релевантним домаћим правом наведеним у ставу 46 горе. Међутим, они то нису учинили.

52. Европски центар за права Рома, у својим поднесцима треће стране од 16. октобра 2017. године, тврдио је да у Србији генерално постоји институционални анти-циганизам, а нарочито у кривичном правосудном систему. Они су се ослонили на више извештаја, као и на анкете о ставу јавних службеника према дискриминацији у Републици Србији. Трећа страна је закључила да су Роми вековима били жртве расистичких стереотипа који их приказују као криминалце и да су државе имале позитивну обавезу да обезбеде да њихови системи кривичног правосудја нису загађени таквим стереотипима.

53. Суд констатује да су гаранције из става 3(д) члана 6. специфични аспекти права на правично суђење из става 1. ове одредбе, који се морају узети у обзир приликом сваке процене правичности поступка. Главна улога Суда, према члану 6. став 1, је да процени укупну правичност кривичног поступка. Приликом ове процене, Суд ће сагледати поступак у целини, имајући у виду права одбране, али и интересе јавности и жртава да се то кривично дело правилно гони и, где је то неопходно, права сведока. Такође је у том смислу констатовао да је прихватљивост доказа предмет регулисања од стране домаћег законодавства и домаћих судова, и да је једина улога Суда да испита да ли су поступци спроведени правично (види горе наведени предмет *Al-Khawaja u Tahery*, став 118, и овлашћења цитирана у њему).

54. Члан 6. став 3(д) садржи начело да, пре него што оптужени може бити осуђен, сви докази против њега или ње обично морају бити изведени у његовом или њеном присуству на јавном суђењу са циљем омогућавања расправности поступка. Постоје изузеци од овог начела, али они не смеју кршити права одбране; као опште правило; члан 6. ст. 1. и 3(д) захтева да се окривљеном пружи одговарајућа прилика да оспори и испита сведока против њега, било када он или она даје своје изјаве или у каснијој фази (види *Schatschaschwili против Немачке* [ВВ], бр. 9154/10, ставови 103-05, ЕСЈП 2015). Општа начела у погледу одсутних сведока су поново наведена у предмету *Seton против Уједињеног Краљевства* (бр. 55287/10, ст. 58-59, од 31. марта 2016. године):

„58. У горе цитираном предмету *Al-Khawaja u Tahery против Уједињеног Краљевства*, ст. 119–147, Велико веће је појаснило начела која се примењују када сведок не присуствује јавном суђењу. Ова начела се могу резимирати на следећи начин:

(i) Суд би прво требало да размотри прелиминарно питање да ли постоји добар разлог за прихватање доказа одсутног сведока, имајући у виду да би сведоци требало, као опште правило, да дају доказе током поступка и да треба предузети све разумне напоре како би се обезбедило њихово присуство;

(ii) типични разлози за неприсуствовање су, као у случају *Al-Khawaja u Tahery* (цитираном горе), смрт сведока или страх од одмазде. Постоје, међутим, и други легитимни разлози због којих сведок не може присуствовати суђењу;

(iii) када сведок није испитиван ни у једној претходној фази поступка, дозвољавање прихватања изјаве сведока уместо давања доказа уживо на суђењу мора бити мера последњег средства;

(iv) прихватање изјава одсутних сведока као доказа резултира потенцијалном штетом по окривљеног, који би требало, у начелу, да има ефективну прилику да оспори доказе против њега у кривичном поступку. Нарочито треба да буде у стању да испита истинитост и поузданост доказа датих од стране сведока тако што би исти били усмено испитани у његовом присуству, било у време када је сведок давао своју изјаву или у некој каснијој фази поступка;

(v) према правилу „јединог и одлучујућег доказа”, уколико се осуђујућа пресуда окривљеног искључиво или углавном заснива на доказима датим од стране сведока које оптужени не може испитати у било којој фази поступка, његова права одбране су неутемељено ограничена;

(vi) у овом контексту реч „одлучујући” треба уско схватати као показатељ таквог значаја или важности за који је вероватно да ће бити одлучујућ за исход случаја. Када неиспитани доказ сведока поткрепљују други потврђујући докази, процена да ли је такав доказ одлучујућ зависиће од снаге доказа који га поткрепљују: што су други инкриминишући докази јачи, мања је вероватноћа да ће доказ одсутног сведока бити третиран као одлучујућ;

(vii) међутим, како би се члан 6. став 3. Конвенције требао тумачити у контексту свеобухватног испитивања правичности поступка, правило „јединог и одлучујућег доказа” не би требало примењивати на нефлексибилан начин;

(viii) нарочито, када је исказ из друге руке једини или одлучујући доказ против окривљеног, његово прихватање као доказа неће аутоматски довести до кршења члана 6. став 1. Истовремено, када се пресуда заснива искључиво или у одлучујућој мери на доказима одсутних сведока, Суд мора поступак подвргнути изузетном надзору у погледу испитивања истог. Због опасности прихватања таквих доказа, то би представљало веома важан фактор за уравнотежење и онај који би захтевао довољне факторе противтеже, укључујући и постојање јаких процедуралних заштитних мера. Питање у сваком случају јесте да ли постоје довољни фактори противтеже, укључујући мере које омогућавају правичну и исправну процену поузданости тих доказа. Ово би омогућило осуђујућу пресуду засновану на таквим доказима само уколико су довољно поуздани, с обзиром на њихов значај у случају.

59. Та начела су даље појашњена у горе цитираном предмету *Schatschaschwili против Немачке*, ст. 111–131, у којима је Велико веће потврдило да се одсуство доброг разлога за неприсуствовање сведока не би могло, само по себи, сматрати недостатком правичности суђења, иако би исто и даље представљало веома важан фактор који се мора проценити у погледу равнотеже приликом процене укупне правичности, и оно које би могло променити однос равнотеже у корист утврђења кршења члана 6. ст. 1. и 3(д). Поред тога, с обзиром на то да је његова улога да утврди да ли је поступак правичан у целости, Суд не би требао искључиво да разматра постојање довољних фактора противтеже у случајевима када су докази одсутног сведока били једина или одлучујућа основа за осуђујућу пресуду, него и у случајевима када је исти закључио да је нејасно да ли су докази о којима је реч искључиви или одлучујући, али је ипак уверен да су носили значајну тежину и да би њихово прихватање могло оштетити одбрану. Обим фактора противтеже, који су неопходни како би се поступак могао сматрати правичним, би зависио од тежине доказа одсутног сведока. Што су докази важнији, то би фактори противтеже морали имати већу тежину како би се поступак могао сматрати правичним у целости.”

55. На самом почетку, треба напоменути да горе наведена начела важе за предметни случај, иако се не односе на изјаве сведока у строгом смислу, већ на оне дате од стране саокривљеног. У предмету *Lusà против Италије* (цитиран горе, став 41), Суд је сматрао да израз „сведок” има аутономно значење:

„...када се сведочење може материјално сматрати као основа за осуђујућу пресуду, тада, без обзира на то да ли га је дао сведок у строгом смислу или саокривљени, оно представља доказ за гоњење за који се примењују гаранције предвиђене чланом 6. ст. 1. и 3(д) Конвенције...”

Осим тога, чињеница да се, у складу са домаћим правом, изјаве дате пред судом од стране саокривљеног могу прихватити као доказ уколико је он или она у међувремену преминуо/ла (види горе наведени став 46) не може лишити оптуженог његовог или њеног права да, у складу са чланом 6. став 3(д) Конвенције, испита или проучи у оквиру акузаторног поступка било какве материјалне доказе против њега или ње (*Lusà против Италије*, горе цитиран, став 42).

56. Уколико се вратимо на испитивање предмета *Al-Khawaja* описаног горе, очигледно је да је постојао валидан разлог за неприсуствовање Р.К.-а на суђењу. У предмету *Al-Khawaja и Tahery* (цитиран горе, став 121) Суд је утврдио следеће:

„Јасно је да је, у случајевима када је сведок преминуо а како би се његови или њени докази узели у обзир, неопходно изнети његово или њено сведочење ...”

С тим у вези, овај предмет треба разликовати од предмета *Димовић против Србије* (горе цитиран, ст. 41–42). За разлику од овог предмета, у предмету *Димовић*, спорни сведок је био на располагању за саслушање током првог суђења и умро је тек пред почетак поновног суђења. Стога је Суд, у том случају, закључио да је немогућност одбране да испитује оспорене доказе личним суочавањем са сведоком, како се то захтева према Конвенцији, била првенствено услед недостатка марљивости домаћих судова. У овом

предмету, саокривљени је био озбиљно болестан пре почетка суђења и умро је убрзо након тога.

57. Што се тиче другог корака у погледу испитивања предмета *Al-Khawaja*, Влада је истакла да се суд у овом предмету није ослањао само на оспорену изјаву Р.К.-а, већ и на друге доказе. Међутим, Апелациони суд је сматрао да је спорна изјава била једини доказ против првог подносиоца представке, и да је једини потврђујући доказ против другог и трећег подносиоца представке била изјава У.Ћ.-а дата на суђењу 23. јануара 2009. године и ДНК доказни материјал који је потврђен да припада трећем подносиоцу представке а који је пронађен у напуштеном аутомобилу у близини места злочина. (види горе наведени став 42). Суд, као и Апелациони суд сматра да су други докази на које се суд ослонио били небитни за одлучивање о кривичној оптужби против овде подносилаца представке. Заиста, особа коју је Л.М. препознао као једног од извршилаца је била Р.К, који није подносилац представке у овом предмету (види горе наведени став 27). Сведоци Ј.М. и Ш.К. су само изјавили да су видели четворо или пет припадника ромске националности у тренутку док су излазили из аутомобила који је напуштен у близини места злочина, без давања било каквих детаља (види горе наведени став 36). На крају, изјава М.П.-а је само показала да су се подносиоци представке и Р.К. познавали и да су се састали 14. марта 2008. године (види горе наведени став 33).

58. Уколико се сада вратимо на доказе на које се ослања Апелациони суд, осим оспорене изјаве Р.К.-а, Суд констатује да је У.Ћ. изјавио да је 14. марта 2008. године чуо двојицу мушкараца током вожње локалним аутобусом како планирају да украду виолину из куће музичара. Био је 50–60% сигуран да је други подносилац представке био један од та два лица. Друго, иако је рекао да су двојица мушкараца говорили српским језиком без нагласка, из списка предмета произилази да други подносилац представке није говорио течно српски (он је свој исказ дао истражном судији на мађарском – види горе наведени став 19). Одбрана је на суђењу поднела захтев да се испитају два социјална радника како би се та чињеница доказала, али је суд одбацио тај захтев. Треће, у извештају полиције од 14. марта 2008. године наводи се да је једна од особа коју је У.Ћ. видео раније тога дана вероватно била први подносилац представке, а не други подносилац представке (према том извештају, друга особа је вероватно била трећи подносилац представке). На крају, чак и под претпоставком да је други подносилац представке заиста био у том аутобусу, планирајући да украде виолину из куће музичара у ноћи између 14. и 15. марта 2008. године, није јасно како би то доказало да је исти украо тамбурицу и низ других ствари из куће Л.М.-а, који није био музичар, око две недеље касније. Што се тиче ДНК доказног материјала који припада трећем подносиоцу представке, а који је нађен у аутомобилу који се налазио на око 5 км од куће Л.М.-а, Суд се слаже с тим да је ово чврст доказ против трећег подносиоца представке с обзиром на чињеницу да је неколико предмета украдених од Л.М.-а пронађено недалеко од тог аутомобила.

59. Сходно томе, Суд закључује да изјава Р.К.-а од 4. априла 2008. године није била „одлучујућа” у погледу трећег подносиоца представке, али да је била „одлучујућа” у погледу друга два подносиоца представке.

60. Што се тиче другог корака у погледу испитивања предмета *Al-Khawaja*, Суд примећује да се Р.К. озбиљно разболео након што је прелиминарна истрага завршена и након што је подигнута оптужница (види ст. 24–25 горе). Према томе, истражним органима се не може приговорити због тога што нису уприличили суочавање између њега и подносилаца представки током фазе истраге. У том тренутку се једноставно није могло предвидети да Р.К. неће присуствовати каснијем суђењу (насупротив предмету *Schatschaschwili*, цитираном горе, ст. 158–60. и *Vronchenko против Естоније*, бр. 59632/09, став 61, од 18. јула 2013. године). Из истог разлога, подносиоцима представки се не може приговорити то што нису тражили суочавање са Р.К.-ом у тој фази, иако су на то имали право у складу са домаћим правом (види горе наведени став 46).

61. Чињеница да је оспорена изјава Р.К.-а дата у присуству и под надзором истражног судије се сама по себи не може сматрати мером која може заменити право подносилаца представки да истог испита (види *Tseber против Чешке*, бр. 46203/08, став 62, од 22. новембра 2012. године), али зато представља једну од процедуралних заштитних мера права на правично суђење (види *Štuliћ против Чешке*, бр. 36705/12, став 69, од 12. јануара 2017. године).

62. Суд је раније утврдио да би додатна заштитна мера у овом контексту могла бити да се на суђењу покаже видео снимак испитивања одсутног сведока у фази истраге како би се омогућило суду, тужиоцима и одбрани да посматрају понашање сведока у фази испитивања и да формирају свој утисак о његовој или њеној поузданости (види *Schatschaschwili*, цитиран горе, ст. 127, и овлашћења цитирана у њему). Међутим, када је Р.К. дао своју оспорену изјаву, домаће право није предвиђало могућност видео снимања испитивања сведока и саокривљеног у фази истраге (види горе наведени став 46).

63. На крају, Суд констатује да у пресудама домаћих судова нема назнака да су са било каквом посебном пажњом испитали поузданост изјаве Р.К.-а дате 4. априла 2008. године (супротно предмету *Sievert против Немачке*, бр. 29881/07, став 65, од 19. јула 2012. године и *Brzuszczynski против Пољске*, бр. 23789/09, ст. 85–86. и 89, од 17. септембра 2013. године). Пре свега, домаћи судови нису узели у обзир чињеницу да је предметна изјава касније повучена (види горе наведени став 21). Нити постоје било какве назнаке да су домаћи судови свесни да је изјава одсутног сведока, као што је Р.К., имала мању тежину (у вези с овим, видети *Паић против Хрватске*, бр. 47082/12, став 43, од 29. марта 2016. године, *Димовић*, цитиран горе, став 44. и *Manucharуan против Јерменије*, бр. 35688/11, став 58, од 24. новембра 2016. године).

64. Наведена разматрања су довољна да Суд може закључити да није дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције тумаченог заједно са чланом 6. став 3(д) у погледу трећег подносиоца представке, и да је дошло до повреде тог члана у погледу првог подносиоца представке и другог подносиоца представке.

II. ПРИМЕНА ЧЛАНА 41. КОНВЕНЦИЈЕ

65. Члан 41. Конвенције гласи:

„Када Суд утврди прекршај Конвенције или протокола уз њу, а унутрашње право Високе стране уговорнице у питању омогућава само делимичну одштету, Суд ће, ако је то потребно, пружити правично задовољење оштећеној страни.”

66. Будући да није дошло до повреде у погледу трећег подносиоца представке, правично задовољење треба размотрити само у погледу друга два подносиоца представке.

A. Штета

67. Подносиоци представки су тражили износ од 6.000 евра (EUR) по подносиоцу у вези са нематеријалном штетом коју је претрпео сваки од њих.

68. Влада је тврдила да је тражени износ претеран.

69. Суд сматра да су подносиоци представки засигурно претрпели узнемиреност и стрепњу услед утврђених повреда. Одлучујући на равноправној основи, како се то захтева према члану 41. Конвенције, Суд сваком од њих додељује по EUR 2.400 због претрпљене нематеријалне штете.

Б. Трошкови

70. Подносиоци представки су такође тражили око EUR 12.200 за трошкове и издатке који су настали пред домаћим судовима и око EUR 1.100 за трошкове и издатке који су настали пред Судом.

71. Влада је тврдила да је овај захтев неоснован.

72. Према судској пракси Суда, подносилац представке има право на повраћај трошкова и издатака само у оној мери у којој је доказано да су стварно и нужно настали и да су разумни у погледу квантитета. То јест, подносилац представке је сигурно имао трошкове или је био обавезан да их плати, у складу са правном или уговорном обавезом, те је вероватно да су наведени издаци били неизбежни у циљу спречавања утврђеног кршења или зарад стицања правне заштите. Суд захтева прецизиране рачуне и фактуре који су довољно детаљни како би се могло утврдити у којој мери су горе наведени захтеви испуњени. Што се тиче овог случаја, имајући у виду доступну документацију и горе наведене критеријуме, Суд сматра да је разумно доделити износ од EUR 8.100, који би требао да покрије трошкове под свим тачкама.

В. Затезна камата

73. Суд сматра да је примерено да затезна камата буде заснована на маргиналној каматној стопи Европске централе банке уз додатак од три процентна поена.

ИЗ ТИХ РАЗЛОГА, СУД, ЈЕДНОГЛАСНО,

1. *Проглашава* представку прихватљивом;

2. *Утврђује* да није дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције тумаченог заједно са чланом 6. став 3(д) у погледу трећег подносиоца представке;

3. *Утврђује* да је дошло до повреде члана 6. став 1. Конвенције тумаченог заједно са чланом 6. став 3(д) у погледу првог подносиоца представке и другог подносиоца представке;

4. *Утврђује*

(а) да Тужена мора да плати првом подносиоцу представке и другом подносиоцу представке, у року од три месеца од дана када ова пресуда постане правоснажна у складу са чланом 44. став 2. Конвенције, следеће износе које треба претворити у националну валуту Тужене по стопи која се примењује на дан исплате:

(i) по EUR 2.400 (две хиљаде и четири стотине евра), као и било који порез који се може наплатити у вези са нематеријалном штетом;

(ii) укупно EUR 8.100 (осам хиљада и сто евра), као и било који порез који се може наплатити подносиоцима представки у вези са овим износом у погледу трошкова и издатака;

(б) да, по истеку горе наведена три месеца до исплате, треба исплатити обичну камату на горе наведене износе по стопи која је једнака маргиналној каматној стопи Европске централе банке уз додатак од три процентна поена;

5. *Одбија* преостали део захтева подносилаца представки за правично задовољење.

Састављено на енглеском језику и достављено у писаној форми на дан 11. децембра 2018. године, у складу са правилом 77. ст. 2. и 3. Пословника Суда.

Stephen Phillips

Секретар

Vincent A. De Gaetano

Председник